DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

TOMO II

ESPECIALES FORMAS DE
APARICIÓN DEL DELITO

7 - 0 - 7

CONSEJO EDITORIAL

RICARDO ALONSO GARCÍA
LUIS DÍEZ-PICAZO
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
AURELIO MENÉNDEZ
ALFREDO MONTOYA MELGAR
GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

CLAUS ROXIN
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Catedrático emérito de Derecho penal y
Procesal penal. Universidad de Múnich

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

TOMO II

ESPECIALES FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

Traducción de la 1ª edición alemana y notas por

Diego-Manuel Luzón Peña (director)
Catedrático de Derecho Penal en la
Universidad de Alcalá

José Manuel Paredes Castañón
Catedrático de Derecho Penal en la
Universidad de Oviedo

Miguel Díaz y García Conlledo
Catedrático de Derecho Penal en la
Universidad de León

Javier de Vicente Remesal
Catedrático de Derecho Penal en la
Universidad de Vigo

Traducción conjunta con D.-M. Luzón por

Marta García Mosquera
Prof. Contratada Dra. de D. Penal
Universidad de Vigo

María A. Trapero Barreales
acredit. Catedrática de Derecho Penal
Univ. de León

Inés Olaizola Nogales
Catedrática de Derecho Penal
Univ. Pública de Navarra

Raquel Roso Cañadillas
Prof. Titular de D. Penal
Universidad de Alcalá

Soledad Barber Burusco
Prof. Titular de D. Penal
Univ. Pública de Navarra

Leticia Jericó Ojer
acredit. Prof. Titular de D. Penal
Univ. Pública de Navarra

Isabel Durán Seco
acredit. Prof. Titular D. Penal
Universidad de León

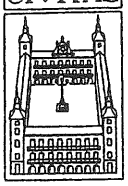
Virxilio Rodríguez Vázquez
Prof. Contratado Dr. de D. Penal
Universidad de Vigo

Silvia Martínez Cantón
Magistrada. Juzgado 1ª Inst. e
Instr. nº 7 Ponferrada (León)

José-Zamyr Vega Gutiérrez
acredit. Prof. Ayudante Dr. de D. Penal
Universidad de Alcalá

Susana Escobar Vélez
Investigadora de D. Penal
Univs. de León y EAFIT (Medellín)

CIVITAS



Primera edición (en Thomson Reuters-Civitas) 2014

Traducción de la 1ª ed. alemana. Título original: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Besondere Erscheinungsformen der Straftat
Verlag C. H. Beck, München, 2003
en Internet: **beck.de**
ISBN 3 406 43868 7

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (*www.conlicencia.com*; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2014 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Claus Roxin]
© 2014, de la traducción y notas, Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal
Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-470-5024-6
Depósito Legal: 1692/2014
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

Dedico este tomo
a Marlies Kotting, Ulrich Sieber, Heinz Schöch y
–clast not least– Bernd Schünemann,
sin cuya generosa y amigable ayuda el libro
no se hubiera podido concluir.

PARTES REALIZADAS POR CADA TRADUCTOR

AUTORES:

Diego-M. Luzón Peña	Dirección y supervisión de la uniformidad de toda la traducción de la obra. Notas * y aclaraciones intercaladas en el texto (entre corchetes) en sus traducciones. Traducción sólo suya en: § 26 nm. 38-288 (A IV y V, B y C: participación en su mayor parte), § 28 nm. 43-111 (IV-VII de fases previas de la intervención pluripersonal); § 32 nm. 176-180 (fragmento de omisión impropia); § 33 nm. 140-198 (concursos). Notas * y aclaraciones intercaladas en el texto (entre corchetes) en sus traducciones. Y los diversos Índices: general, de abreviaturas y analítico, y los prólogos. En los §§ 27 A (elementos personales especiales y accesoriedad), 31, 32 y 33 (omisión en general y omisión impropia, y concursos) versión final de la traducción, conjuntamente con la inicial de M. García Mosquera, M. Trapero, I. Olaizola, R. Roso, etc. (salvo en el § 32 nm. 176-180 y en el § 33 nm. 140-198, donde la traducción es sólo suya)
José Manuel Paredes Castañón	§§ 27 B (nm. 84-139), 29 y 30 B: nm. 33-353 (responsabilidad de órganos y representantes; tentativa; desistimiento: incapacidad para desistir y desistimiento). Notas * y aclaraciones intercaladas en el texto (entre corchetes) en sus traducciones.
Miguel Díaz y García Conlledo	§§ 25; 26 nm. 1-37 y 28 I-III (nm. 1-42) (autoría; inicio de: participación; inicio de: fases previas de la intervención pluripersonal). Notas * y aclaraciones intercaladas en el texto (entre corchetes) en sus traducciones.
Javier de Vicente Remesal	§ 30 A y C: nm. 1-32, 354-446 (desistimiento: *ratio* y ubicación sistemática; voluntariedad del desistimiento). Notas * y aclaraciones intercaladas en el texto (entre corchetes) en sus traducciones.
Marta García Mosquera	§ 27 A, nm. 34-83 (accesoriedad y elementos personales especiales); § 33 nm. 199-239 (concursos). Junto con D. Luzón
María A. Trapero Barreales	§ 31 (omisión en general) nm. 207-251. En § 32 (equiparación de omisión con comisión) § 32 nm. 1-32. Junto con D. Luzón

Inés Olaizola Nogales	§ 31 nm. 1-68. Junto con D. Luzón
Raquel Roso Cañadillas	§ 32 nm. 33-107. Junto con D. Luzón
Soledad Barber Burusco	§ 33 (concursos), nm. 80-139. Junto con D. Luzón
Isabel Durán Seco	§ 33 nm. 1-79. Junto con D. Luzón
Leticia Jericó Ojer	§ 31 nm. 68-123, 176-206 . Junto con D. Luzón
Virxilio Rodríguez Vázquez	§ 27 A, nm. 1-33 (accesoriedad); § 33 nm. 240-282 (concursos). Junto con D. Luzón
Silvia Martínez Cantón	§ 32 nm. 108-175. Junto con D. Luzón
José-Zamyr Vega Gutiérrez	§ 32 nm. 181-249. Junto con D. Luzón
Susana Escobar Vélez	§ 31 nm. 124-175. Junto con D. Luzón

PARTES DE LA OBRA

Prólogos, índice general e índice de abreviaturas	Diego-M. Luzón Peña
§ 25	Miguel Díaz y García Conlledo
§ 26 nm. 1-37	Miguel Díaz y García Conlledo
§ 26 nm. 38-288	Diego-M. Luzón Peña
§ 27 A nm. 1-33	Virxilio Rodríguez Vázquez (versión inicial) y D.-M. Luzón (final)
§ 27 A nm. 34-83	Marta García Mosquera (versión inicial) y D.-M. Luzón (final)
§ 27 B nm. 84-139	José Manuel Paredes Castañón
§ 28 nm. 1-42	Miguel Díaz y García Conlledo
§ 28 nm. 43-111	Diego-M. Luzón Peña
§ 29	José Manuel Paredes Castañón
§ 30 A, nm. 1-32	Javier de Vicente Remesal
§ 30 B, nm. 33-353	José Manuel Paredes Castañón
§ 30 C, nm. 354-446	Javier de Vicente Remesal
§ 31 nm. 1-68	Inés Olaizola Nogales (versión inicial) y D.-M. Luzón (final)
§ 31 nm. 68-123	Leticia Jericó Ojer (versión inicial) y D.-M. Luzón (final)
§ 31 nm. 124-175	Susana Escobar Vélez (versión inicial) y D.-M. Luzón (final)
§ 31 nm. 176-206	Leticia Jericó Ojer (versión inicial) y D.-M. Luzón (final)
§ 31 nm. 207-251	María A. Trapero Barreales versión (inicial) y D.-M. Luzón (final)
§ 32 nm. 1-32	María A. Trapero Barreales (versión inicial) y D.-M. Luzón (final)
§ 32 nm. 33-107	Raquel Roso Cañadillas (inicial) y D.-M. Luzón (final)
§ 32 nm. 108-175	Silvia Martínez Cantón (versión inicial) y D.-M. Luzón (final)
§ 32 nm. 176-180	Diego-M. Luzón Peña
§ 32 nm. 181-249	José-Zamyr Vega Gutiérrez (versión inicial) y D.-M. Luzón (final)
§ 33 nm. 1-79	Isabel Durán Seco (versión inicial) y D.-M. Luzón (final)
§ 33 nm. 80-139	Soledad Barber Burusco (versión inicial) y D.-M. Luzón (final)
§ 33 nm. 140-198	Diego-M. Luzón Peña
§ 33 nm. 199-239	Marta García Mosquera (versión inicial) y D.-M. Luzón (final)
§ 33 nm. 240-282	Virxilio Rodríguez Vázquez (versión inicial) y D.-M. Luzón (final)
Índice analítico	Diego-M. Luzón Peña

PRÓLOGO A LA VERSIÓN ESPAÑOLA

Con la traducción de este tomo II del Derecho Penal, Parte General, de Claus Roxin se concluye la versión al español del Tratado de Derecho Penal, Parte General, sin la menor duda más importante hasta ahora de la ciencia jurídico-penal alemana, lo que simultáneamente significa la más importante obra de la ciencia penal mundial a lo largo del siglo XX y comienzos del presente siglo.

Ello es así, en primer lugar, por la magnitud y plenitud de la exposición de la doctrina científica y jurisprudencial (de la dogmática jurídicopenal en lengua alemana, aunque también de alguna contada aportación relevante de la doctrina en lengua española) en toda la teoría general del delito y demás cuestiones nucleares del Derecho penal, donde el lector encuentra, aun sin llegar al carácter enciclopédico ni menos farragoso de algunos tratados de mayor extensión, una exposición completísima y en perfecto orden sistemático de todas las teorías, interpretaciones y concepciones importantes, en un tratamiento de las mismas que combina magistralmente la síntesis inicial de los rasgos fundamentales con el posterior desarrollo de los detalles y la valoración crítica.

Y en segundo lugar, por la excepcional calidad de las aportaciones personales de Roxin a la teoría general del Derecho penal y a su parte central: la estructura general del delito. La extraordinaria brillantez y el genio del autor presiden tanto su sistemática general plenamente coherente y guiada por una orientación teleológica y valorativa, por tanto normativa pero atendiendo simultáneamente al mundo de la realidad, y preocupada además por las repercusiones políticocriminales, como luego el tratamiento y desarrollo en detalle de cada una de las cuestiones. Con las soluciones y conclusiones concretas se puede estar de acuerdo o discrepar de las mismas, pero en todo caso el lector no puede por menos que reconocer y admirar la inteligencia que se encuentra presente en todas las páginas del libro.

Las dimensiones de esta obra ciclópea explican el tiempo transcurrido desde el tomo I a la aparición del tomo II en la versión alemana: desde 1991 la 1ª edición del tomo I (aunque luego sus ediciones han llegado hasta la 4ª) hasta 2003, en que aparece la edición alemana de este tomo II, y también el tiempo que nos ha demorado la presente traducción hasta su finalización, dados los otros múltiples compromisos que entretanto hemos tenido que cumplir. En efecto, este último volumen iguala las mil páginas largas del tomo primero, cantidad que era más normal para un estudio amplio de la introducción y todos los elementos básicos de la teoría general del delito, pero que supone una extensión excepcional en el análisis de las formas especiales de aparición de los delitos, es decir, la autoría y participación, el *iter criminis* desde la preparación impune o punible a la consumación, los delitos omisivos propios e impropios y los concursos de leyes y de delitos. El tratamiento de muchas de estas cuestiones en la obra constituye prácticamente un estudio monográfico del tema, entre otras cosas porque en la gran mayoría de los puntos recoge, aun sintetizando algo, el tratamiento extenso de la materia que ya había efectuado Roxin con anterioridad en sus innumerables artículos y demás publicaciones.

Por todo ello es una inmensa satisfacción y honor ser los responsables de la versión en lengua española, y por ello la más leída entre penalistas en un mayor número

de países, de la obra cumbre completa de nuestro muy admirado y querido maestro alemán, Claus Roxin, y que en la traducción de este tomo final hayamos participado no sólo nosotros cuatro en la medida más importante, sino también, ciertamente con una colaboración más reducida, la mayor parte de los miembros de nuestra escuela que manejan el idioma alemán. El maestro Roxin quiso desde el principio que su tratado de Parte General fuera traducido al español por Diego Luzón o bajo su dirección, por la confianza que le inspiraba desde su traducción del libro recopilatorio Problemas básicos del Derecho Penal, Madrid, 1976. En el tomo I, cuya traducción (de la 2.ªed.) se publicó en 1997, D. Luzón quiso repartir la tarea con sus dos discípulos entonces catedráticos, Javier de Vicente y Miguel Díaz, asumiendo éste una parte mucho mayor que J. de Vicente. Pero en este segundo tomo, cuya aparición en versión española lamentablemente no ha podido ser con la premura que hubiéramos deseado, Diego Luzón como director, supervisor y responsable de la obra no sólo ha incorporado a la labor a su tercer discípulo directo catedrático, José Manuel Paredes, junto con Miguel Díaz y Javier de Vicente, sino que ha querido integrar también en la misma a otros once discípulos directos o indirectos suyos: Inés Olaizola, María Trapero, Raquel Roso, Soledad Barber, Isabel Durán, Leticia Jericó, Marta García Mosquera, Virxilio Rodríguez Vázquez, Silvia Martínez Cantón, José-Zamyr Vega y Susana Escobar, llevando a cabo una primera versión de traducción, a continuación revisada por él, en muchos de los parágrafos de los que se había responsabilizado en exclusiva: los de la omisión y los concursos y la primera parte del § 27 sobre participación en delitos especiales.

Todos ellos, por cierto, habían realizado sus estancias de investigación y ampliación de formación en Alemania precisamente bajo la tutela o bien del propio maestro Roxin o bien de alguno de sus discípulos como B. Schünemann, J. Wolter o W. Bottke, y todos ellos se han iniciado de este modo en la responsabilidad de traducir toda una parte de un texto. Dependiendo de los casos ha sido más o menos fácil la revisión de su primera traducción; pero es de justicia destacar de entre las traducciones muy buenas que en el caso de Marta García Mosquera sus traducciones iniciales en las partes asignadas de dos parágrafos, el 27 y el 33, eran prácticamente perfectas, de modo que ha sido mínima en su caso la labor supervisora del director.

De este modo, sobre todo, la gran mayoría de los integrantes de nuestra escuela científica han tenido la satisfacción de poder vincular su nombre a la traducción de la obra fundamental de nuestro común maestro alemán y con ello, como ya hemos destacado, a la obra actualmente más importante de la ciencia del Derecho penal.

La enunciación de los traductores, y en su caso anotadores breves, de este tomo II del tratado de Roxin se realiza, como ya hicimos en el tomo I, por el orden de la extensión e importancia de la tarea asumida por cada uno, y no por el orden de jerarquía académica y de antigüedad en la misma.

Por eso, en los cuatro primeros traductores, especialmente destacados porque nos hemos hecho cargo de la mayor parte del peso de la traducción, después de D. Luzón (que se responsabiliza de la dirección total de la traducción y de los parágrafos sobre omisión propia y omisión impropia y sobre concurso de delitos y de normas, de la codelincuencia en delitos especiales, así como de la mayor parte de la participación y de las fases previas o preparatorias de la intervención pluripersonal, de los diversos índices y de la supervisión de la uniformidad de toda la obra), no figura en primer lugar J. de Vicente Remesal, su discípulo más antiguo, sino, dado que

éste ha traducido del § 30 sólo el fundamento y ubicación sistemática y la voluntariedad del desistimiento, el tercero de sus discípulos, J. M. Paredes, que ha traducido la responsabilidad de órganos y representantes (el actuar por otro) y los parágrafos de la tentativa y del resto del desistimiento de la misma, y a continuación el segundo en orden de antigüedad, M. Díaz y García Conlledo, que se ha hecho cargo de la autoría y de la parte inicial de la participación y de la introducción a las fases previas de la intervención pluripersonal.

Y así sucesivamente se enumeran, siguiendo fundamentalmente ese criterio de la extensión y peso asumidos en la traducción, los siguientes traductores ya indicados, miembros todos de nuestra escuela, que nos han ayudado del modo descrito en la versión al español de esta inmensa obra. La parte de traducción realizada por cada uno figura detalladamente en página separada antes de estos prólogos.

Igual que en el tomo I, los párrafos intercalados entre corchetes, tanto en el texto como en las notas, son aclaraciones, observaciones o breves adiciones del traductor respectivo de nosotros cuatro. Cuando la aclaración y observación ha de ser más larga, se pone en nota con asterisco, que finaliza con la indicación: [N. del T.].

Una última observación con una pequeña aclaración: cuando en la edición alemana se cita el tomo I se menciona la 3.ª ed., que ya había aparecido antes de la publicación en 2003 de este tomo II; pero Roxin sigue mencionando siempre la numeración de los nm. correspondientes a la 2.ª ed. (la traducida en la versión española), porque para la 3.ª ed. él pensaba que no se modificaría la numeración, ya que previsoramente (y como se hace en muchas obras similares) había entregado a la imprenta las adiciones en su caso de nuevos números marginales intercalando números con la letra añadida a, b, c ...; y sin embargo la editorial alemana decidió modificar el nuevo número árabe, con lo que en algunos parágrafos a partir del momento en que se intercala un nuevo nm. cambia ya toda la numeración. Por eso en algunos casos en la cita que hace la versión alemana de este tomo II, aunque figura como ed. del t. I la 3ª, realmente la numeración corresponde a la 2ª ed. Y en esos casos nosotros hemos optado, como método más sencillo, por sustituir la referencia a 3ª ed. por 2.ª, que es a la que realmente corresponde la numeración.

Alcalá de Henares, Vigo, León y Oviedo (España), agosto de 2014
Diego-M. Luzón, Javier de Vicente, Miguel Díaz, José Manuel Paredes

PRÓLOGO A LA VERSIÓN ORIGINAL ALEMANA

El presente segundo tomo de mi obra "Derecho Penal, Parte General" ("Strafrecht, Allgemeiner Teil") aparece doce años después del primero. El largo tiempo que he necesitado para plasmar y concluir este libro coincide con el que precisé para el tomo primero. Ello se explica no sólo por la amplitud del trabajo que ha habido que realizar, sino también por el hecho de tener que ocuparme simultáneamente de otros libros en múltiples nuevas ediciones que me requirieron comentarios y monografías, y de conferencias y otras aportaciones publicísticas, y por último porque hasta el otoño de 1999 tuve también que atender a numerosas y amplias obligaciones de clases, exámenes y cuestiones administrativas.

El estado del material examinado llega hasta el verano de 2002: el texto tipografiado se cerró en julio de este año (con adiciones en septiembre). El tomo abarca las "formas especiales de aparición del hecho punible", bajo cuyo concepto entiendo comprendidas autoría y participación, la tentativa, las omisiones y también los concursos. Con ello completa el tomo primero, dedicado a las cuestiones políticocriminales fundamentales y a la estructura de la teoría del delito, de tal manera que ahora han quedado tratados de modo completo en ambos tomos la dogmática de la Parte General y su fundamento políticocriminal.

El plan originario, de incluir también en la obra el Derecho de la determinación de la pena y el Derecho de las sanciones, he tenido que abandonarlo siguiendo el modelo de muchos manuales recientes. En primer lugar habría sido necesario para ello un tercer tomo, para cuya redacción y conclusión difícilmente habrían bastado mis fuerzas y capacidad de trabajo teniendo al lado que satisfacer todas mis demás obligaciones y cometidos científicos. En segundo lugar, esas materias representan en la formación del universitario sólo un papel relativamente menor en comparación con las jurídicas en sentido estricto y sólo despertarían un interés especial entre los estudiantes de la especialización en Derecho penal. Y en tercer lugar, hoy en día una exposición realmente a fondo de las consecuencias jurídicas penales del delito requiere un saber propio del experto criminólogo, del que un jurista pese a todo su compromiso políticocriminal sólo dispone en limitada medida. Sin embargo me permito hacer referencia a que para los lectores estudiantes el libro recientemente aparecido "Strafrechtliche Sanktionen" (Sanciones jurídicopenales) de Bernd-Dieter Meier (2001) ofrece una excelente introducción a la parte de las consecuencias jurídicas del Derecho penal, que trata también en detalle la determinación de la pena y las medidas de seguridad.

Sobre los objetivos que persigo ccon mi "Parte General" ya me he pronunciado en el prólogo al tomo I. Ahora quisiera añadir que también en este segundo tomo he pretendido hacer uso de las posibilidades que le puede ofrece al público deseoso de lectura y profundización una exposición extensa en comparación con la enunciación comprimida de la materia: se intenta que el lector pueda leer el texto en sus correspondientes contextos y conexiones sin dificultades de comprensión y sin aburridos y paralizantes excesos; que pueda conocer y averiguar no sólo conclusiones y "opiniones dominantes", sino todos los argumentos a favor y en contra de una determinada opinión, efectuar por sí mismo la ponderación de ésta, y de ese modo

formarse su propia opinión y familiarizarse con el procedimiento de solución de los problemas en Derecho penal. En particular he tenido especial interés en describir detalladamente las sentencias que han marcado directrices en la jurisprudencia, que son especialmente numerosas precisamente en las materias de este tomo segundo, y dar a conocer al lector la discusión de la literatura científica sobre ellas. El hecho de que en todas partes me he esforzado por desarrollar y conseguir la mayor vigencia posible de concepciones propias y de ideas que supongan un avance en la discusión, es algo que se entiende ya al margen. Pero intento siempre hacerlo, no ignorando o simplemente rechazando otras posiciones, sino en discusión con ellas.

Me alegra mucho la acogida y consideración que el tomo primero ha encontrado también en el extranjero y confío en que el segundo obtenga una resonancia similar. Los catedráticos Profs. Luzón Peña, Díaz y Garcia Conlledo y de Vicente Remesal, que han traducido el tomo primero al español de un modo tan magnífico, me han dado la alegría de decidirse a traducir también este tomo segundo. También el catedrático Prof. Nobuyuki Yoshida, que tuvo una cuota esencial en la traducción al japonés del tomo primero, está dispuesto a hacerse cargo también de la versión en esa lengua del tomo segundo. Y también está en marcha una traducción de toda la obra al idioma chino por el Prof. Wang (Pekín).

Para concluir me resta el agradable deber de dar las gracias de corazón a todos aquellos que me han ayudado en el trabajo en este libro. Esa gratitud, junto con la expresada en la dedicatoria a quienes han sido promotores decisivos de la obra, se la debo sobre todos a mis Ayudantes durante tantos años los Dres. Manfred Heinrich, Harald Niedermair, Christian Jäger und Christoph Knauer, pero también a numerosos colaboradores que han estado a mi lado a lo largo de los años. De entre ellos mencionaré con especial agradecimiento a la Sra. Vera Laun y a los Sres. Luis Greco, Andreas Homuth y Michael Vollmar, que me han apoyado (y esperemos que hecho todo correctamente) en la redacción final de este tomo. La auténtica "figura central" en la elaboración del libro, a quien ya he dado las gracias en la dedicatoria, es la Sra. Marlies Kotting: ella ha transcrito todo el texto en la computadora, hecho copias, unificado los modos de citar, detectado discordancias y coordinado de modo óptimo la actividad de los cambiantes colaboradores. Su comprometida dedicación ha contribuido en mucho a mi satisfacción por este trabajo.

München/Múnich, en noviembre de 2002
Claus Roxin

ÍNDICE

	Nm.	Pág.
Partes realizadas por cada traductor		9
Partes de la obra		11
Prólogo a la versión española		13
Prólogo a la versión original alemana		17
Índice (general) del tomo II		19
Índice de abreviaturas		45

Sección 8ª – Autoría y participación

§ 25. Autoría	1	59
A. La tripartición de las formas de intervención delictiva (pluripersonal)	1	64
B. Lo fundamental para la delimitación de autoría y participación	10	68
I. El autor como figura central del acontecer de la acción	10	68
II. La mezcolanza de la doctrina del dominio del hecho y la teoría subjetiva	17	70
III. La teoría subjetiva en su forma original	18	71
IV. La "teoría normativa de la combinación" de la jurispr. actual	22	73
V. El dominio del hecho como única característica o elemento de la autoría en los delitos comun	27	75
VI. Otras teorías delimitadoras	33	77
1. La teoría subjetiva en la doctrina científica	33	77
2. La teoría de la totalidad	34	78
3. La diferenciación según la perentoriedad de la norma de conducta	35	79
4. Otras concepciones recientes	37	80
C. Delitos de dominio	38	80
I. La autoría inmediata como dominio de la acción	38	80
II. La autoría mediata como dominio de la voluntad	45	84
1. El dominio de la voluntad en virtud de coacción	47	85
2. El dominio de la voluntad en virtud de error	61	91
a) El ejecutor actúa sin dolo	63	92
b) El ejecutor actúa en error de prohibición	76	98

	Nm.	Pág.
c) El ejecutor yerra sobre los requisitos del estado de necesidad disculpante	91	104
d) El ejecutor obra de manera plenamente delictiva	94	105
aa) El engaño sobre la magnitud del injusto	96	106
bb) El engaño sobre circunstancias cualificantes	99	108
cc) El engaño sobre la identidad de la víctima	102	109
3. El dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder	105	111
a) La idea básica de esta concepción	105	111
b) La recepción de esta doctrina en la ciencia y en la jurisprudencia, en el extranjero y en el Derecho penal de gentes	108	112
c) Objeciones al dominio de organización	113	115
d) La apreciación de coautoría	120	117
e) La apreciación de inducción	125	119
f) La extensión del dominio de organización a las empresas	129	121
4. El dominio de la voluntad en el caso de inimputables y sujetos con imputabilidad disminuida	139	125
a) El sujeto incapaz de culpabilidad o inimputable que actúa como medio (en el hecho)	139	125
b) El sujeto con imputabilidad considerablemente reducida o disminuida (o semiimputable) que actúa como medio (en el hecho)	149	130
5. ¿Dominio de la voluntad en el caso de instrumento doloso sin intención?	153	132
6. El error sobre condiciones del autor en la autoría mediata	158	134
a) La falta de conocimiento de circunstancias fundamentadoras de dominio del hecho	158	134
b) La suposición errónea de circunstancias fundamentadoras de dominio del hecho	163	136
7. Exceso y cambio de objeto en sujetos que actúan como medio en el hecho (mediadores en el hecho)	168	138
8. Concepciones discrepantes	172	140
a) *Stein*	173	140
b) M.-K. Meyer	174	140
c) Renzikowski	175	141
d) Köhler	178	142
e) Schumann	182	143
f) Heinrich	183	144
g) Schild	186	145

Índice

	Nm.	Pág.
III. La coautoría como dominio funcional del hecho	188	146
1. La estructura de la coautoría	188	146
2. El plan común	190	147
3. La ejecución conjunta	198	151
a) La colaboración en la fase ejecutiva	198	151
b) La esencialidad de la contribución al hecho en la fase ejecutiva	211	157
4. La coautoría sucesiva	219	160
5. Otras formas especiales de coautoría	229	163
a) La coautoría aditiva	229	163
b) La coautoría alternativa	231	164
c) Características o elementos especiales de autor como requisito de la coautoría	234	165
d) La coautoría parcial	235	165
e) Coautoría en caso de inculpabilidad de un interviniente	237	166
f) Coparticipación (o "participación en forma de coautoría")	238	167
g) Coautoría imprudente	239	168
6. Concepciones discrepantes	243	169
a) Derivaciones a partir de la teoría subjetiva de la participación	243	169
b) La doctrina de Stein de la graduación de las normas de conducta	246	171
c) El dominio configurativo en Jakobs y Derksen	249	172
d) La coautoría como "dominio positivo del hecho" en Díaz y *García Conlledo*	252	173
e) La coautoría como inducción recíproca en Puppe	258	175
f) La coautoría como problema de la Parte Especial en Freund	259	175
g) La coautoría como "unión o comunidad de decisión" en Heinrich	263	177
7. Autoría [y participación] yuxtapuesta (o paralela o accesoria)	265	178
D. Delitos de infracción de deber	267	179
I. Delitos de dominio y de infracción de deber	267	179
II. La infracción del deber específico para el tipo referida al resultado como criterio de autoría	271	181
III. El problema del instrumento doloso no cualificado	275	183
IV. Las objeciones aducidas contra la admisión de delitos de infracción de deber	281	186
E. Delitos de propia mano	288	189

	Nm.	Pág.
I. La teoría del tenor literal	289	189
II. La teoría del movimiento corporal	291	190
III. La opinión propia	297	192
1. Delitos ligados a la conducta	297	192
2. Delitos de Derecho penal de autor	301	194
3. Delitos de infracción de deberes altamente personales	303	195
IV. Acerca de la más reciente discusión sobre el carácter de propia mano	308	197
§ 26. Participación		199
A. Cuestiones fundamentales de la teoría de la participación	1	204
I. El concepto de participación en el Derecho penal alemán	1	204
1. La accesoriedad de la participación	2	204
2. La accesoriedad limitada	4	204
3. La exigencia de hecho principal doloso	6	205
4. La exigencia de ataque autónomo al bien jurídico	8	206
5. La participación como concepto "secundario"	10	207
II. El fundamento del castigo de la participación	11	207
1. La participación como ataque accesorio al bien jurídico	11	207
2. La teoría pura de la causación	12	208
3. La teoría de participación en la culpabilidad o en el injusto	16	210
4. La solidarización con el injusto ajeno como fundamento del castigo de la participación	22	212
5. La teoría de la causación orientada a la accesoriedad	26	213
III. La accesoriedad limitada	32	216
IV. La exigencia de hecho principal doloso	35	217
V. La participación necesaria	41	220
1. La impunidad de los intervinientes necesarios derivada del fundamento del castigo de la participación	44	221
a) El interviniente necesario es titular del bien jurídico típicamenteprotegido	44	221
b) El interviniente necesario se halla en una situación análoga al estado de necesidad	46	222
2. La colaboración mínima típicamente necesaria	50	223
3. La intervención de otro en la intervención necesaria	56	226
B. Inducción	57	226
I. Visión de conjunto	57	226
1. La determinación al hecho (nm. 65-73)	58	227

	Nm.	Pág.
2. La determinación mediante incitación (nm. 74-89)	59	227
3. El concepto 'de hecho (nm. 90-129)	60	227
4. El dolo del inductor (nm. 130-166)	61	227
5. Formas especiales de inducción (nm. 167-178)	62	228
6. La pena de la inducción (nm. 179-182)	63	228
II. La determinación al hecho	65	228
1. La opinión propia	65	228
2. Pareceres semejantes y discrepantes	71	230
III. La necesidad de determinar incitando	74	232
IV. El hecho como objeto de la inducción	90	237
1. La reversoducción o inducción a cambiar	91	238
a) El cambio de autor	92	238
b) El cambio de tipo	93	238
c) El cambio de objeto del hecho	95	239
d) El cambio de móvil del hecho	99	240
e) El cambio de modalidades del hecho	100	240
2. El sobreacrecentamiento (inducción incrementada, a más) grave	102	241
3. El exceso del autor	109	244
a) El exceso doloso	109	244
b) El exceso no doloso	116	246
aa) La admisión de inducción intentada	119	247
bb) La admisión de inducción a la tentativa	122	248
cc) La admisión de inducción al hecho consumado	123	249
dd) Soluciones diferenciadoras	127	250
V. El dolo del inductor	130	252
1. El dolo dirigido a la resolución al hecho	130	252
2. El dolo dirigido al hecho	132	252
a) La determinación o precisión del dolo del inductor	133	253
b) La lesión del bien jurídico como objeto del dolo	150	260
aa) Delitos de peligro abstracto	157	263
bb) Delitos de preparación y delitos de emprendimiento, elevados a tipos autónomos	158	264
cc) Tipos con elementos de intención referidos al bien jurídico	161	265
VI. Formas especiales de inducción	167	268
1. La inducción a delitos cualificados por el resultado	167	268

	Nm.	Pág.
2. La inducción a delitos de infracción de deber y a delitos de propia mano	168	269
3. La inducción a delitos de omisión	170	269
4. Unidad y pluralidad en la inducción	172	270
5. Autoría y participación en la inducción	173	270
a) Coinducción	173	270
b) Inducción mediata	175	271
c) Inducción en cadena	176	272
d) Complicidad o cooperación en la inducción e inducción a la cooperación	178	273
VII. La pena del inductor	179	273
C. La complicidad o cooperación	183	274
I. La causalidad de la cooperación o complicidad	184	275
1. La opinión propia	184	275
2. La fórmula del fomento o favorecimiento usada por la jurisprudencia	186	276
3. La complicidad o cooperación como delito de peligro	191	279
4. La cooperación o complicidad como solidarización	194	280
5. La complicidad o cooperación psíquica	197	281
II. La complicidad o cooperación como incremento causal del riesgo	210	287
III. La cooperación o complicidad como incremento causal del riesgo jurídicamente desaprobado. Acerca de la punibilidad de las "acciones cotidianas"	218	291
1. El colaborador conoce la resolución delictiva del autor	221	292
2. El colaborador únicamente cuenta con una conducta delictiva del autor	241	299
3. La jurisprudencia	247	302
IV. El momento de la complicidad o cooperación	255	304
V. El dolo del cómplice. El exceso del autor	267	310
VI. Formas especiales de complicidad o cooperación	284	316
VII. La pena del cómplice o cooperador	287	317
§ 27. Elementos personales especiales. Relajamiento de la accesoriedad y responsabilidad del representante		319
A. La regulación de la accesoriedad de los §§ 28 y 29	1	321
I. El sentido de las disposiciones legales	1	321
II. La relación recíproca entre los §§ 28 y 29	5	322
III. El § 28 y el fundamento del castigo de la participación	16	326
IV. ¿Qué son los "elementos personales especiales"?	23	330

Índice

	Nm.	Pág.
1. Elementos personales	23	330
a) El concepto de elemento	23	330
b) La delimitación respecto de los elementos objetivos	24	330
2. Elementos personales especiales	27	331
a) La distinción entre elementos referidos al hecho y referidos al sujeto	28	332
b) Los elementos personales especiales como elementos no referidos al bien jurídico	34	335
c) La solución unitaria de Schünemann	41	338
d) La teoría de Herzberg de la exclusión de los elementos meramente perfiladores del delito del ámbito de aplicación del § 28	47	340
e) La opinión propia: elementos relevantes para la punibilidad más allá del injusto y elementos cualificados de deber como elementos personales especiales	51	341
f) La delimitación en concreto	63	347
aa) Elementos personales especiales fundamentadores de la punición según el § 28 I	64	347
bb) Elementos agravantes, atenuantes y excluyentes de la punición según el § 28 II	74	351
V. La aplicación del § 28 en casos especiales	79	353
1. El § 28 en la inducción intentada	79	353
2. ¿Aplicabilidad de los §§ 28 y 29 a la participación en el delito cualificado por el resultado?	80	353
VI. La pena según el § 28	81	354
B. La responsabilidad del órgano y del representante del § 14	84	355
I. Finalidad y trasfondo del precepto	84	355
II. Sobre la valoración político-jurídica del § 14	92	358
1. § 14 y "punto de vista fáctico"	93	359
2. El § 14 y la responsabilidad del representante conforme al ap. 2	94	359
3. El § 14 y el fundamento jurídico de su extensión de la punibilidad	96	360
4. El § 14 y el concepto de elementos personales especiales	97	360
III. El § 14 como expresión de la asunción de deberes	98	361
IV. La punibilidad del actuar por otro como resultado de una interpretación del tipo independiente del § 14	105	365
V. Sobre la posibilidad de recurrir al § 14 en detalle	113	369
VI. El representante según el § 14 I	115	370
1. Órganos y miembros del los órganos conforme al § 14 I nº. 1	115	370

	Nm.	Pág.
2. Socios con derecho a representación conforme al § 14 I nº. 2 ..	117	370
3. Representantes legales según el § 14 I nº. 3	121	372
4. El actuar "como" órgano, socio, representante	122	372
a) El actuar por el representado	122	372
b) El actuar "como" órgano, etc. en la omisión de varios	124	373
VII. Los encargados según el § 14 II	126	373
1. El encargo de dirigir o dirigir parcialmente un establecimiento o empresa	127	374
2. La encomienda expresa de asumir bajo responsabilidad propia tareas de la empresa	132	375
3. La actuación conforme al encargo por una entidad que asume tareas de la Administración pública	135	377
4. La actuación "por razón del encargo"	136	378
VIII. La responsabilidad subsistente del representado, del propietario de la empresa o del director de la entidad	137	378
IX. Relaciones fácticas de representación	139	379
§ 28. Fases previas de la intervención delictiva pluripersonal		381
I. La ubicación sistemática del § 30	1	381
II. Sobre la finalidad legislativa y la justificación político-jurídica del precepto	5	383
III. La inducción intentada (§ 30 I)	9	385
1. Formas de aparición o manifestaciones de la inducción intentada	9	385
2. Los presupuestos objetivos de la inducción intentada	10	387
3. Los presupuestos subjetivos de la inducción intentada	14	389
a) La "seriedad" de la tentativa de inducción	15	389
b) La delimitación de inducción intentada y autoría mediata intentada (o preparada)	19	391
c) Concreción del dolo del inductor, inducción a un cambio de planes, inducción a algo más grave o incrementada y exceso del autor	20	391
d) La tentativa inidónea de inducción	22	392
e) El error en la tentativa de inducción	24	393
4. Cualidad del delito y elementos personales especiales	25	393
5. Cuestiones de participación en el § 30 I	31	396
a) La inducción en cadena intentada	31	396
b) La inducción a la inducción intentada	32	396

	Nm.	Pág.
c) La cooperación o complicidad en una inducción intentada punible conforme al § 30 I	33	397
d) Inducción y complicidad en la cooperación o complicidad intentada	36	398
6. Concursos	37	398
IV. La conspiración (§ 30 II)	43	400
1. El acuerdo de voluntades de los intervinientes	43	400
2. La intervención pluripersonal aparente	47	402
3. Vicios o defectos de voluntad en la conspiración	52	404
4. Los requisitos de concreción en la conspiración	56	405
5. La conspiración inidónea	58	406
6. La conspiración alternativa	59	407
7. La conspiración como fase previa de la coautoría	60	407
8. Conspiración y elementos personales especiales	62	408
9. Participación en la conspiración para el delito	66	409
10. La conspiración intentada	68	410
11. Problemas concursales en la conspiración	69	410
a) La subsidiariedad respecto del hecho intentado y consumado	69	410
b) La relación del § 30 II con otras fases previas de la intervención delictiva pluripersonal	71	412
12. La elección del marco de pena en el § 30 II	72	412
V. El declararse dispuesto	74	413
1. Las dos manifestaciones o formas de aparición del declararse dispuesto	74	413
2. La aceptación o admisión de una incitación o provocación	76	414
3. El ofrecerse	78	415
a) El ofrecerse propio como inducción en cadena intentada	78	415
b) El ofrecerse impropio	79	415
c) ¿Debe el declararse dispuesto dirigirse al destinatario en forma de ofrecerse propio?	80	416
d) Problemas concursales en el ofrecerse	81	416
VI. La aceptación de un ofrecimiento (§ 30 II)	82	417
1. La aceptación del ofrecimiento como inducción intentada	82	417
2. ¿La aceptación de un ofrecimiento como complicidad psíquica intentada?	83	417
3. ¿Es también punible la aceptación de un ofrecimiento que no iba en serio?	85	418

	Nm.	Pág.
4. Problemas concursales y de error en la aceptación de un ofrecimiento	87	419
VII. El desistimiento de la intervención pluripersonal intentada (§ 31)...	88	419
1. Adscripción sistemática y ámbito de aplicación del precepto	88	419
2. El desistimiento de la inducción intentada (§ 31 I nº. 1).....	90	420
a) Los tres casos de "cesar o dejarlo" en la tentativa de inducción	90	420
b) ¿El "peligro de que el otro cometa el hecho" presupone la resolución de éste a cometer el hecho?	93	421
c) ¿El "peligro de que el otro cometa el hecho" ha de determinarseobjetiva o subjetivamente?	94	422
d) ¿El peligro que ha de evitarse debe haber sido causado por el propio inductor?	96	423
e) La restricción del § 31 I a actos preparatorios	97	424
3. El desistimiento del declararse dispuesto (§ 31 I nº. 2)	98	425
4. El desistimiento de la conspiración (§ 31 I nº. 3)	101	426
a) La necesidad de impedir el hecho	101	426
b) Formas de impedir el hecho	102	426
c) Ejecución del hecho a pesar la suposición (del que se retira) de que impide el hecho	103	427
d) La ejecución del hecho de otra forma o con otros compañeros	104	427
5. El desistimiento de la aceptación de un ofrecimiento (§ 31 nº. 3)	106	428
6. El esfuerzo voluntario y serio (§ 31 II)	107	429
a) Las dos variantes del § 31 II	107	429
b) El esfuerzo voluntario y serio	110	430

Sección 9.ª – La teoría de la tentativa

§ 29. La tentativa		431
A. Definición y fundamento de la punición de la tentativa	1	434
I. El concepto de tentativa	1	434
II. El fundamento de la punición de la tentativa	9	436
1. La tentativa como puesta en peligro próxima al tipo o infracción de la norma próxima a la realización típica y que perturba el Derecho (teoría de la unión)	10	436
2. Las teorías objetivas de la tentativa	25	442

	Nm.	Pág.
3. La teoría subjetiva de la tentativa	32	444
4. La teoría de la impresión	46	449
5. Nuevos esfuerzos para restringir la punibilidad de la tentativa	51	450
B. La decisión o resolución de actuar (de realizar el hecho)	59	452
I. La decisión de actuar (de realizar el hecho) como elemento subjetivo del delito	59	452
II. Decisión de actuar incondicionada y condicionada	81	459
C. Preparación y tentativa	97	464
I. El comienzo de la ejecución en la tentativa inacabada del autor directo individual	99	465
1. Imposibilidad de deducción a partir de las teorías sobre el fundamento de la punición de la tentativa	99	465
2. La proximidad al tipo como criterio guía para determinar el comienzo de la tentativa	102	466
3. ¿Determinación de la tentativa como cuestión de interpretación del tipo?	104	466
4. ¿La realización parcial del tipo como criterio más seguro para la tentativa?	110	468
5. Fórmulas de delimitación	121	472
6. Crítica de las fórmulas de delimitación	129	475
7. La teoría de los actos parciales, concretada	139	479
8. Grupos de casos problemáticos	145	482
a) Los casos de aproximación	145	482
b) Los casos de estar al acecho y de espera	155	485
c) Los casos de prueba y examen	160	487
d) Los casos de reducción de la protección	162	488
e) Casos de abuso	166	490
f) Cualificaciones y supuestos agravados	170	491
9. Actos preparatorios prototípicos	173	492
a) Obtención y posesión de armas e instrumentos del delito, así como producción de condiciones decisivas para el delito	174	493
b) La búsqueda del lugar de comisión del delito y la permanencia (aún) discreta en el mismo	177	494
c) El reconocimiento y la creación de la ocasión para la comisión del delito	179	495
10. Otros puntos de vista en la doctrina moderna	180	495
a) La teoría de la totalidad de Schmidhäuser	180	495
b) La teoría de la inequivocidad de Jürgen Meyer	182	496

	Nm.	Pág.
c) La optimización de la protección del bien jurídico, según Kratzsch	184	497
d) El "tener en un puño" el bien jurídico atacado, según Zazyck	186	498
e) El riesgo inadecuado al rol, según Vehling	188	499
II. El comienzo de la ejecución en la tentativa acabada del autor directo unipersonal	192	501
1. Las diversas opiniones en pugna	192	501
a) La entrada de la víctima en el ámbito de actuación del método delictivo como comienzo de la tentativa	193	501
b) La finalización de la acción del autor como comienzo de la tentativa	194	502
c) "Salida de la propia esfera de dominio" e y "inmediata puesta en peligro" como criterios alternativos para la determinación de la tentativa	195	503
2. Una fundamentación más profunda de la fórmula alternativa	196	503
a) Discusión con la teoría que sostiene la entrada de la víctima en el ámbito de actuación del instrumento del delito como momento decisivo	196	503
b) Discusión con la teoría de la finalización de la acción del autor como momento decisivo	205	506
3. La jurisprudencia del BGH	212	509
III. El comienzo de la ejecución en la tentativa del autor mediato	226	513
1. Las diversas opiniones en pugna	226	513
a) El inicio de la intermediación delictiva como comienzo de la tentativa (solución unificadora o conjunta)	228	514
b) La influencia en el mediador del hecho como comienzo de la tentativa (teoría de la influencia, solución individualizadora)	229	515
c) La "salida del acontecimiento del ámbito de dominio del autor mediato" como criterio para el comienzo de la tentativa (solución individualizadora modificada)	230	515
d) La determinación diferenciada del comienzo de la tentativa con mediador del hecho no doloso y doloso (teoría de la diferenciación)	231	515
e) El recurso a las reglas aplicables a la tentativa inacabada (teoría generalizadora)	232	516
f) Evolución de la jurisprudencia	234	517
aa) El RG	235	517
bb) El BGH	238	518
2. Fundamentación de la solución individualizadora modificada	244	521

	Nm.	Pág.
a) La salida del ámbito de dominio del autor mediato como criterio decisivo de delimitación	244	521
b) La solución unificadora o conjunta	247	522
c) La solución individualizadora	257	525
d) La teoría de la diferenciación	258	526
e) La teoría generalizadora	260	527
IV. El comienzo de la ejecución en la tentativa omisiva	266	529
1. Delitos impropios de omisión	266	529
a) La salida del ámbito de dominio del omitente y la puesta en peligro inmediata como criterios alternativos para la delimitación de la tentativa	271	531
b) La teoría de la primera intervención posible	280	533
c) La teoría de la última intervención posible	284	535
d) La fundamentación basada exclusivamente en la puesta en peligro inmediata	286	535
e) La delimitación en la jurisprudencia	288	536
2. Delitos de omisión propia	292	537
V. El comienzo de la tentativa en la tentativa del coautor	295	538
1. La solución unificadora o conjunta	295	538
2. La superioridad de la solución individualizadora	297	539
a) Argumentos derivados de la teoría de la participación	299	540
b) Argumentos derivados de la teoría de la tentativa	303	541
c) La teoría de atribución de la actividad y el argumento del azar	306	542
d) La problemática de la tentativa inidónea en la coautoría	308	543
e) Sobre la necesidad de restringir la coautoría a las acciones ejecutivas	315	545
D. Casos especiales de tentativa	318	546
I. La tentativa en los delitos cualificados por el resultado	318	546
1. Dos grupos de casos distintos	318	546
2. La cualificación por el resultado en grado de tentativa	319	547
3. La tentativa cualificada por el resultado	322	548
II. La tentativa en la preparación y en los delitos de emprendimiento	339	553
1. La tentativa de actos preparatorios	340	554
a) Los actos preparatorios no regulados de forma independiente	342	554
b) Los actos preparatorios regulados de forma independiente	343	554
2. Tentativa en los delitos de emprendimiento	345	555
E. Tentativa inidónea y delito putativo	346	555

Índice

	Nm.	Pág.
I. Las manifestaciones o formas de aparición de la tentativa inidónea	347	556
1. La tentativa sobre un objeto inidóneo	347	556
2. La tentativa con medios inidóneos	348	556
3. La tentativa con medios inidóneos sobre un objeto inidóneo	349	557
4. La tentativa de un sujeto inidóneo	350	557
a) Casos indiscutidos	351	557
b) Casos polémicos	354	559
II. La tentativa derivada de una tosca o burda (completa) falta de comprensión	363	562
III. La tentativa supersticiosa	371	566
IV. La tentativa omisiva inidónea	376	568
V. Delimitación entre la tentativa inidónea y el delito putativo	378	569
1. Un principio sencillo y una delimitación dificultosa	378	569
2. Casos indiscutidos	380	570
a) Los errores sobre los hechos no dan lugar (casi) nunca a delito putativo	380	570
b) La creencia en la existencia de un tipo penal inexistente como delito putativo	381	570
c) El desconocimiento de causas de justificación y de otras exenciones de pena como delito putativo	382	570
d) La ampliación excesiva de los conceptos empleados en los tipos penales como delito putativo	383	571
3. Casos polémicos: errores autoinculpantes en el ámbito pretípico (antesala o campo previo al tipo)	388	573
a) Grupos de casos	388	573
aa) Ajenidad	389	573
bb) Perjuicio patrimonial	390	573
cc) Competencia	391	574
dd) El hecho previo en la obstrucción a la justicia o encubrimiento	392	574
ee) La obligación tributaria	393	575
b) Teoría del efecto fundamentador de los errores pretípicos (en la antesala o campo previo al tipo) sobre la tentativa	394	575
c) Teoría de la impunidad de todos los errores de Derecho autoinculpantes	398	577
d) La teoría del argumento a contrario	401	578
e) Solución diferenciadora correcta	409	582

	Nm.	Pág.
f) La jurisprudencia relativa a los errores pre-típicos (en la antesala o campo previo al tipo)	416	585
§ 30. El desistimiento de la tentativa		587
A. Ratio y ubicación sistemática del desistimiento liberador de pena	1	590
I. El fundamento jurídico de la exención	1	590
1. Regulación legal y planteamiento del problema	1	590
2. La teoría de los fines de la pena	4	591
3. Las teorías jurídicas	11	594
4. La teoría del puente de plata	14	595
5. Las teorías de la gracia o indulgencia o del premio	22	598
6. La teoría del cumplimiento o saldo de la deuda o culpa	25	599
II. La ubicación sistemática del desistimiento liberador de pena	29	601
B. Incapacidad para desistir y desistimiento	33	604
I. Concepción básica del desistimiento	33	604
II. La tentativa que ha alcanzado su objetivo como supuesto de incapacidad para desistir	47	608
1. Resoluciones decisivas de la jurisprudencia	48	608
a) BGH, 1. Senat (Senado o Sala 1.ª), NJW 1984, 1693	48	608
b) BGH, 1. Senat (Sala 1.ª), NStZ 1989, 317	49	609
c) BGH, 1. Senat (Sala 1.ª), NStZ 1990, 30	50	609
d) BGH, 2. Senat (Sala 2.ª), NStZ 1990, 77	51	609
e) BGH, 5. Senat (Sala 5.ª), NJW 1991, 1189	52	609
f) BGH, 1. Senat (Sala 1.ª), NStZ 1993, 280 (auto de remisión); BGH, Großer Senat (Gran Sala), BGHSt 39, 221	53	610
g) BGH, 5. Senat (Sala 5.ª), NStZ 1994, 493	54	610
2. La ausencia de desistimiento en todos los casos de obtención de las finalidades	58	611
3. Los argumentos en contra y su refutación	66	613
III. La tentativa fracasada como supuesto de incapacidad para desistir	77	617
1. Concepto y fundamento teleológico de la tentativa fracasada	77	617
2. Delimitación entre la tentativa fracasada y la tentativa inidónea	82	619
3. Desarrollo y situación actual de la teoría de la tentativa fracasada	83	620
4. Grupos de casos de tentativa fracasada	85	621
a) Imposibilidad para completar el tipo	85	621

	Nm.	Pág.
b) La identidad del objeto material de la acción no se corresponde con el plan delictivo	94	624
c) El objeto material queda por debajo de las expectativas del Autor	101	626
d) No existe fracaso en los supuestos de desviación en las modalidades del hecho, en los de desaparición de motivos y en los de actos ejecutivos susceptibles de repetición	108	630
aa) Las modalidades del hecho se desvían del plan delictivo	109	630
bb) La desaparición de los motivos	111	632
cc) El acto ejecutivo susceptible de repetición	112	632
IV. La producción de un resultado objetiva y subjetivamente imputable como supuesto de incapacidad para desistir	113	633
1. El riesgo de producción del resultado antes de la finalización de la tentativa	115	633
2. El riesgo de producción del resultado después de la finalización de la tentativa	125	636
3. El riesgo de producción del resultado en los delitos de omisión impropia	136	639
a) Opiniones doctrinales	136	639
b) La jurisprudencia sobre el desistimiento en la tentativa omisiva	145	642
V. La renuncia o abandono como forma de desistimiento en la tentativa inacabada	52	643
1. Renunciar o abandonar	152	643
2. La delimitación entre la tentativa inacabada y la acabada	163	647
3. El desistimiento de acciones ejecutivas que aún no han tenido éxito pero que son susceptibles de repetirse, con vistas a producir resultado	175	652
a) La teoría del plan delictivo	177	652
b) La teoría del acto individual	178	653
c) La teoría de la perspectiva global	180	654
d) Soluciones intermedias	184	655
e) La teoría modificada de la perspectiva global como solución preferible	187	656
aa) Fundamentos de mi concepción	187	656
bb) Discusión de otras interpretaciones divergentes	201	661
VI. La evitación de la consumación como desistimiento en la tentativa acabada	211	665
1. Introducción	211	665

	Nm.	Pág.
2. La evitación en la jurisprudencia moderna	221	668
a) La teoría de la apertura de oportunidades	221	668
b) La teoría de la actuación óptima	229	670
3. Argumentos en favor de la teoría de la apertura de oportunidades	233	671
a) El argumento del tenor literal	234	672
b) El argumento de la protección de la víctima	235	672
c) El argumento derivado de la imputación objetiva	236	672
4. Argumentos en favor de la teoría de la actuación óptima	237	673
a) El argumento del dolo eventual	237	673
b) El ejemplo de la tentativa inidónea	241	674
c) El argumento de la omisión	242	674
5. La teoría de la diferenciación como solución más correcta	243	675
a) Evitación de propia mano del resultado	243	675
b) Evitación del resultado mediante actuaciones de terceros	246	676
c) Grupos de casos de evitación del resultado mediante actuaciones de terceros	251	677
VII. El esfuerzo voluntario y serio en un desistimiento sin efecto	265	682
1. Razón de ser y origen del precepto	265	682
2. Esforzarse	267	683
3. La seriedad del esfuerzo	275	686
4. El desistimiento en caso de producción no imputable del resultado	284	689
VIII. El desistimiento de un delito cualificado por el resultado	285	690
1. Jurisprudencia y doctrina dominante: el desistimiento es posible	285	690
2. La opinión minoritaria: se excluye el desistimiento	288	691
3. Preferencia por la opinión minoritaria	289	692
4. Relevancia práctica de este grupo de casos	294	694
IX. El desistimiento parcial	295	694
X. El desistimiento en los supuestos de intervención de varios sujetos	301	697
1. Visión de conjunto	301	697
2. Sujetos afectados por el § 24 II	305	698
3. El "desistimiento" en la fase preparatoria	309	699
4. No existe desistimiento cuando una aportación de un interviniente produce efecto hasta la fase de consumación	314	701
5. Las posibilidades de desistimiento excluyente de la pena	331	706

	Nm.	Pág.
a) Agravación de la punición en el Derecho vigente	331	706
b) La evitación	337	708
c) El esfuerzo voluntario y serio	338	708
6. Desistimiento excluyente de la pena en la ejecución de un hecho distinto	345	711
C. La voluntariedad del desistimiento	354	714
I. Teorías psicológicas y normativas	354	714
II. La insostenibilidad del enfoque psicológico	365	717
1. La incompatibilidad de la teoría psicológica con la ratio del privilegio del desistimiento	366	718
2. La impracticabilidad de la teoría psicológica	368	718
III. Sobre la fundamentación de la concepción normativa de la voluntariedad	379	722
1. El retorno a la senda del Derecho por la renuncia al delito contraria al plan o impidiendo el resultado	379	722
2. Grupos de casos de desistimiento voluntario	387	726
a) El autor desiste por motivos internos	387	726
b) El autor se ve impulsado al desistimiento por circunstancias externas, que no aumentan en nada, o sólo de forma insignificante, el riesgo de fracaso o de posterior punición	389	727
3. Grupos de casos de desistimiento involuntario	393	728
a) El temor, basado en una modificación de las circunstancias externas, de que la consumación del hecho podría resultar impedida	393	728
b) El temor, basado en una modificación de las circunstancias externas, de ser detenido y castigado tras la consumación del hecho, o de ser privado del botín	395	729
c) El autor desiste a causa de otras complicaciones	398	730
d) El autor desiste a causa de la inesperada amenaza de consecuencias secundarias	399	731
e) El autor desiste porque desaparece su motivo del delito	403	732
4. La objeción del tenor literal	406	733
5. La objeción del fracaso de la teoría de los fines de la pena en caso de reserva o de intención de una repetición posterior	413	736
6. La objeción del fracaso de la teoría de los fines de la pena en el caso de cambio de delito	416	737
7. Hecho y plan del hecho en la teoría del desistimiento	421	739
IV. Otras opiniones sobre la voluntariedad	431	743
1. La fórmula de Frank	431	743
2. La distinción entre motivos autónomos y heterónomos	433	743

	Nm.	Pág.
3. El criterio de los intereses, de Schmidhäuser	435	744
4. La propuesta de Herzberg del apoyo en el Derecho civil	437	745
5. La propuesta de Jäger del apoyo en la autoría mediata	442	747

Sección 10ª. El delito de omisión

§ 31. El delito de omisión en general y sus divergencias respecto del delitocomisivo o de comisión 751

I. Introducción	1	753
II. La omisión	5	754
1. La expectativa de acción	6	755
2. La capacidad individual de acción	8	756
III. Omisión propia e impropia	16	759
1. La distinción básica o de principio	16	759
2. La "igualdad a la comisión" como criterio de delimitación	17	759
3. No emprendimiento de una acción y no evitación del resultado como elementos o características de la omisión propia e impropia	21	760
4. Tipos omisivos escritos y no escritos como criterios del carácter propio o impropio	24	761
5. La infracción de una norma de prohibición o de mandato como criterio de distinción	27	762
6. La importancia práctica de la distinción	28	763
IV. Omisión y *nullum crimen sine lege*	31	764
V. La causalidad en la omisión	37	766
1. ¿Hay causalidad en la omisión?	37	766
a) ¿Omisión como fuerza operativa?	37	766
b) La omisión como condición conforme a las leyes (naturales)	39	766
2. La constatación de la causalidad de la omisión en la jurisprudencia	44	768
3. ¿Basta ya para la imputación del resultado con que la actuación requerida hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado?	46	769
a) La jurisprudencia	46	769
b) El estado de la discusión en la doctrina	51	772
c) La solución diferenciadora	54	773
4. La causalidad de la omisión cuando la actuación requerida habría conducido a la evitación del resultado sólo a través de la conducta libre y responsable de un tercero	64	776

	Nm.	Pág.
5. La causalidad de la omisión en caso de decisiones colegiadas	65	777
VI. La delimitación de comisión y omisión	69	779
1. Necesidad y significado de la delimitación	69	779
2. La delimitación en formas de conducta ambivalentes	73	780
3. La falta de importancia del hacer no causal para la delimitación	88	785
4. Formas de conducta con inexistente o escaso empleo de energía	92	786
5. La sucesión de formas de conducta	96	788
6. Omisión u omitir por hacer	99	788
a) La participación activa en el delito omisivo	101	789
b) La omissio libera in causa	103	790
c) El intento interrumpido de cumplir el mandato	108	791
d) La interrupción técnica del tratamiento	115	793
VII. Autoría y cooperación o complicidad por omisión	124	796
1. La delimitación entre autoría y cooperación por omisión	125	796
a) La transmisión o traspaso a la omisión de las reglas válidas para delitos comisivos	125	796
aa) La jurisprudencia	125	796
bb) La inidoneidad de los criterios empleados por la jurisprudencia	132	799
b) La concepción propia: El omitente es autor siempre que cumpla los criterios de equivalencia y los demás presupuestos o requisitos del tipo (teoría del delito de infracción de deber)	140	801
c) La teoría de la cooperación unitaria	151	805
d) La distinción según la clase de posición de los deberes	158	808
e) La solución con ayuda de la cláusula de la correspondencia	166	810
f) Omisión de dificultamiento del hecho como cooperación	169	811
2. Coautoría por omisión	171	812
3. ¿Autoría mediata por omisión?	175	813
VIII. El tipo en los delitos de omisión	176	813
1. El tipo objetivo	176	813
a) La situación típica	177	814
b) La no realización de la acción requerida	179	814
c) La capacidad individual de acción	181	815
d) La imputabilidad objetiva del resultado	182	815

	Nm.	Pág.
e) Posición de garante y correspondencia	183	815
2. El tipo subjetivo	184	815
a) El dolo	184	815
b) La intención o ánimo y otros elementos subjetivos en los tipos de la parte especial	194	819
c) La omisión imprudente	196	820
IX. La antijuridicidad en delitos omisivos	201	822
X. La culpabilidad en delitos omisivos	207	824
1. El error de prohibición en las omisiones	209	824
2. La inexigibilidad en las omisiones	211	825
a) La jurisprudencia del RG	211	825
b) La jurisprudencia de la postguerra	212	826
c) El alcance limitado de la idea de la inexigibilidad	216	827
d) La incardinación sistemática de la inexigibilidad	229	832
XI. La posibilidad de atenuación de la pena conforme al § 13 II	236	835
§ 32. La equiparación de la omisión con la comisión		841
A. El tener que responder	1	844
I. Sobre la evolución histórica	1	844
II. El rechazo de la teoría del deber jurídico formal	10	848
III. El punto de partida correcto de la teoría bipartita (sobre todo de la concepción de *Schünemann*)	17	851
IV. El dominio sobre el desamparo del bien jurídico (posición de garante de protección o custodia)	33	857
1. Relaciones de protección familiares o análogas a las familires	33	857
a) La relación de los padres respecto de sus hijos	33	857
b) Otras relaciones de parentesco	42	860
c) Matrimonio y relaciones de pareja análogas al matrimonio	45	862
2. La asunción de otras funciones de protección	53	865
3. Posiciones de protección basadas en posiciones orgánicas y en deberes de los titulares de un cargo	77	873
a) en referencia a derechos privados y soberanos del Estado	77	873
b) en especial en la persecución del delito	80	874
c) en referencia a personas individuales, especialmente en la relación de la policía con ciudadanos amenazados por delitos	85	876

	Nm.	Pág.
d) en referencia a bienes jurídicos de la comunidad, ilustrado con el ejemplo de la protección de las aguas	99	881
V. El dominio sobre el foco del peligro (posición de garante de vigilancia o aseguramiento	107	884
1. El deber de vigilancia de cosas peligrosas en el propio ámbito de dominio	108	885
2. El deber de asegurar (dar seguridad) a la comunidad ante hechos antijurídicos de terceros	125	892
a) El principio de la autorresponsabilidad	126	892
b) La nula o limitada responsabilidad de la persona que ha de ser vigilada	127	893
c) Posiciones de garantía basadas en relaciones de supraordinación en relación con la actuación de personas responsables	133	895
3. El deber de evitar el resultado basado en el actuar precedente (ingerencia)	143	899
a) Sobre la posibilidad de una posición de garante por ingerencia	143	899
b) Restricciones de la posición de garante por ingerencia	155	905
aa) El principio o punto de partida: la acción previa ha de ser objetivamente imputable al causante	155	905
bb) No hay posición de garante si la acción previa se mantiene dentro del riesgo permitido	160	907
cc) No hay posición de garante si el peligro provocado por la acción previa reside exclusivamente en el ámbito de responsabilidad del sujeto puesto en peligro	175	913
dd) No hay posición de garante si la creación del peligro está justificada por legítima defensa	181	915
ee) Afirmación de una posición de garante si la acción precedente está justificada por estado de necesidad	186	917
ff) Afirmación de una posición de garante si, en caso de una acción previa justificada con efecto permanente, posteriormente desaparecen los presupuestos de la justificación	189	918
gg) Omisión precedente que infringe el deber de garante	190	918
hh) ¿Fundamentan los hechos dolosos dirigidos al resultado un deber de garante de evitar el resultado?	191	919
VI. La responsabilidad penal por el producto	195	920
1. ¿Posiciones de garante por (derivadas de) actuar precedente?	198	921

	Nm.	Pág.
2. ¿Posiciones de garante por conducta previa con incremento de riesgo?	201	922
3. ¿Posición de garante por ley?	206	923
4. ¿Posición de garante por deber de supervisión o vigilancia y control?	208	924
5. ¿Posición de garante por asunción de una función de protección?	210	925
6. La competencia dentro de la empresa para revocar y advertir o avisar	217	927
B. La cláusula de la correspondencia	218	927
I. Sobre la evolución legislativa	218	927
II. El actual estado de opinión	223	929
III. No existe valoración global ni doble función de la cláusula de la correspondencia	227	931
IV. No necesidad de la cláusula de la correspondencia para producir una equivalencia general de las modalidades	230	932
V. La limitación de la cláusula de la correspondencia a elementos cualificadores relativos al autor comisivo	239	935

Sección 11.ª. Concursos

§ 33. Concursos		939
I. Introducción	1	941
II. Unidad de acción y pluralidad de acciones	10	943
1. Concepto y manifestaciones de la unidad de acción	10	943
2. La acción en sentido natural	17	945
3. La unidad típica de acción	19	946
4. La unidad natural de acción	29	949
a) La realización iterativa del tipo	32	950
b) La realización sucesiva del tipo	42	953
c) ¿Unidad de acción en caso de realización de distintos tipos?	50	956
5. Unidad de acción y pluralidad de acciones en la omisión	61	960
6. La unidad de acción en los delitos imprudentes	67	962
III. La unidad de hecho (concurso ideal)	70	963
1. La estructura básica del concurso ideal	70	963
2. La identidad total de la acción ejecutiva o de ejecución	80	966
3. La identidad parcial de las acciones ejecutivas o de ejecución	82	967

	Nm.	Pág.
4. La coincidencia de delitos de estado y permanentes	93	971
5. El efecto abrazadera del tercer delito	101	974
6. El tratamiento jurídico del concurso ideal	109	978
IV. La pluralidad de hechos (concurso real)	119	981
1. ¿Qué es concurso real?	119	981
2. ¿Con arreglo a qué principios se forma la pena en caso de concurso real?	122	981
a) Principio de asperación y principio de acumulación	122	981
b) Pluralidad de penas privativas de libertad	124	982
c) Pluralidad de penas de multa	128	983
d) Pena privativa de libertad (de prisión) y de multa en caso de distintos hechos	131	984
e) Pena privativa de libertad (de prisión) y de multa en el mismo hecho	137	986
f) Pena privativa de libertad (de prisión) y penas accesorias, consecuencias accesorias y medidas	139	986
3. La formación de la pena conjunta o global	140	987
a) La fijación o asignación de las penas particulares	140	987
b) La determinación de la pena de arranque o base de partida	142	987
c) La agravación conforme al principio de asperación	143	988
4. La posterior formación de la pena conjunta o global	156	992
a) La comisión antes de la condena anterior	157	993
b) La pena anterior aún no puede estar extinguida	163	994
c) La sentencia anterior ha de ser firme	165	995
d) La formación de la posterior pena conjunta o global	166	995
e) La posterior formación de la pena conjunta mediante decisión con arreglo al § 460 StPO	168	996
V. El concurso de leyes (unidad de ley)	170	997
1. ¿Qué es concurso de leyes?	170	997
2. Especialidad	177	999
a) Tipos cualificados y privilegiados	180	1000
b) Tipos compuestos o complejos	186	1002
c) Delitos con elementos de autor cualificantes	189	1003
2. Subsidiariedad	190	1003
a) Subsidiariedad formal	192	1004
b) Subsidiariedad material	199	1006
4. Consunción	213	1011
a) El típico hecho concomitante	216	1012

	Nm.	Pág.
b) El hecho posterior impune	219	1013
5. El tratamiento jurídico del concurso de leyes	227	1017
a) La reaparición de la ley desplazada en caso de imposibilidad de punición por el tipo preferente	229	1018
b) La consideración del hecho posterior impune en la determinación o medición de la pena	240	1022
c) La consideración de la pena mínima de la ley desplazada	243	1023
d) La posibilidad de una cooperación punible en la ley desplazada	246	1025
e) La ley desplazada puede acarrear penas accesorias, consecuencias accesorias y medidas (§ 11 I n.º 8)	247	1025
VI. La abandonada construcción de la acción continuada	248	1025
1. Sobre el tratamiento del delito continuado en la anterior jurisprudencia y doctrina	248	1025
2. La crítica a la acción continuada	256	1027
3. La situación tras la decisión de la Gran Sala (Gran Senado)	262	1029
VII. Delitos colectivos y delitos masa	274	1034
1. El delito colectivo (delito conjunto)	275	1034
2. El delito masa	281	1036
Índice de materias		1037

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil (Proyecto Alternativo de CP, Parte General), 1966 (2.ª, 1969); v. PA
AG	– Aktiengesellschaft (Sociedad Anónima o por Acccciones) – Amtsgericht (Tribunal de Primera Instancia)
AK-(redactor)	Kommentar zum Strafgesetzbuch (en la colección "Reihe Alternativkommentare"), t. 1, 1990
AktG	Aktiengesetz (Ley de Acciones) de 6-9-1965 (BGBl. I, 1089)
a.l.i.c.	*actio libera in causa*
Alt.	Alternativa
Anm.	Anmerkung (anotación, nota, comentario)
anotac.	anotación (Anmerkung)
AO	Abgabenordnung: Ordenanza Tributaria de 16-3-1976 (BGBl. I, 613)
ap.	apartado
apénd.	apéndice
aprob.	aprobando, de modo aprobatorio
aprox.	aproximadamente
art.	artículo
Arzt/Weber, BT	*Gunther Arzt/Ulrich Weber*, Strafrecht. Besonderer Teil, 2000
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
Baumann/Mitsch, AT,	*Wolfgang Mitsch*, en: *Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch*, Strafrecht.Allgemeiner Teil, 10.ª ed., 1995
Baumann/Weber, AT,	*Ulrich Weber*, en: *Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 10.ª ed., 1995
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Supremo del Land de Baviera)
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo del Land de Baviera en materia penal)
BB	Betriebsberater (revista)
BBG	Bundesbeamtengesetz (Ley de funcionarios federales), en versión promulgada el 31-3-1999 (BGBl. I, 675)
Bd.	Band (tomo)
v. Beling, 11.ª 1930	*Ernst von Beling*, Grundzüge des Strafrechts, 11.ª, 1930
Begr.	Begründung (fundamentación)
Bespr.	Besprechung (recensión)

BG	Bundesgericht (Tribunal Federal, suizo)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil) de 18-8-1896 (RGBl. 195)
BGBl	Bundesgesetzblatt (Boletín Legislativo Federal)
BGE	Bundesgerichts-Entscheidungen (Sentencias del Tribunal Federal, suizo)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHR	BGH-Rechtsprechung Strafsachen (Jurisprudencia del BGH en materia penal), ed. por Jueces del Bundesgerichtshof (cit. abreviadamente por parágrafo del StGB, voz guía y número)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia penal)
bibl.	bibliografía, bibliográfico(a)
Binding, Handbuch StrafR	*Karl Binding*, Handbuch des Strafrechts, t. I, 1885
Binding, Normen	*Karl Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, t. I, 4.ª, 1922; t. II, 1ª mitad (pp. 1-629), 2.ª, 1914; t. II, 2.ª mitad (pp. 630 ss.) , 2.ª, 1916; t. III, 1918; t. IV, 1919. reimpr. de los 4 tomos, 1991
Blei, AT	*Hermann Blei*, Strafrecht I. Allgemeiner Teil, 18.ª, 1983
Blei, PdW, AT,	*Hermann Blei*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Prüfe dein Wissen, 12.ª, 1996
BMJ	Bundesministerium der Justiz (Ministerio Federal de Justicia)
Bockelmann, AT	*Paul Bockelmann*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3.ª, 1979;
Bockelmann, Untersuchungen	*Paul Bockelmann*, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957
Bockelmann/Volk, AT	*Paul Bockelmann/Klaus Volk*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4.ª, 1987
BörsenG	Börsengesetz (Ley de Bolsas) de 22-8-1896 (RGBl. 157) en la versión de 27-5-1908 (RGBl. 215, RGBl. III 4 Nr. 4110-1)
BSeuchG	Bundes-Seuchengesetz (Ley Federal de Epidemias) de 18-7-1961 (BGBl. I, 1012)
BT	Besonderer Teil (Parte especial)
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages (Boletín del Parlamento Federal Alemán)
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz) (Ley sobre tráfico de Estupefacientes) en versión promulgada el 1-3-1994 (BGBl. I, 358)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal)
Cap.	Capítulo

cit., cits.	citado(a), citados(as)
col.	columna
cfr.	confróntese
cm	centímetro(s)
Com.	Comentario [Anmerkung] (a una Sent. o a una ley)
CP	Código Penal
crít.	críticamente, crítico(a)
DAR	Deutsches Autorecht (revista)
DepotG	Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (Ley sobre la Custodia y Adquisición de Títulos Valores), en la versión promulgada el 11-1-1995 (BGBl. I, 34)
discr.	discrepando, discrepante
Diss.	Dissertation (tesis doctoral)
DJ	Deutsche Justiz. Rechtspflege und Rechtspolitik (Órgano oficial del Ministro de Justicia del Reich: Amtliches Organ des Reichsministers der Justiz)
DJT	Deutscher Juristentag (Jornadas Alemanas de los Juristas)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (revista)
DM	Deutsche Mark: marco(s) alemán(es)
doc. dom.	doctrina dominante
doc. mayor.	doctrina mayoritaria
z. Dohna,	*Alexander zu Dohna,* Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3.ª, 1947
dom.	dominante
DP	Derecho penal
DR	Deutsches Recht (revista)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (revista)
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (revista)
DStR	Deutsches Strafrecht (revista)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Boletín Alemán de la Administración)
E	Entwurf (Proyecto); Entscheidung (sentencia)
E 1958	Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches 1958 (Proyecto de la Parte General del Código Penal de 1958)
E 1959	Entwurf eines Strafgesetzbuches. Nach den Beschlüssen der Großen Strafrechts-kommission (Proyecto de un CP. Según las resoluciones de la Gran Comisión de Derecho Penal, Bonn 1959
E 1959 II	Entwurf eines Strafgesetzbuches. Nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission, in 2. Lesung (Proy-

	ecto de un CP. Según las resoluciones de la Gran Comisión de Derecho penal, en 2.ª Lectura), Bonn 1959
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches (Proyecto de CP) 1962 (= BT-Drucks. IV/650)
ebd.	ebenda
Ebert, AT	*Udo Ebert*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3.ª 2001
EEGOWiG	Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Proyecto de Ley de introducción a la Ley sobre Contravenciones), BT-Drs. V/1319
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Corte/Tribunal Europeo de Derechos Humanos)
ej., ejs.	ejemplo (s)
e.r.c.	en relación con
Eser, StrafR II	*Albin Eser*, Juristischer Studienkurs. Strafrecht II, 3.ª, 1980
etc.	et cetera
evtl.	eventualmente
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (revista), denom. posteriormente: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FG	Festgabe (Libro homenaje, *liber amicorum*)
FleischbeschauG	Fleischbeschaugesetz (Ley de Inspección Cárnica) en versión de 29-10-1940 (RGBl. I, 1463)
Frank, StGB,	*Reinhard Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.ª, 1931/1936
Freund, AT	*Georg Freund*, Strafrecht: Allgemeiner Teil; Personale Straftatlehre, 1999
FS	Festschrift (Libro Homenaje)
FU	Freie Universität (Universidad Libre)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (revista)
Gallas, Materialien	*Wilhelm Gallas*, Täterschaft und Teilnahme. Materialien zur Strafrechtsreform, t. I, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954
GaststG	Gaststättengesetz (Ley de establecimientos hosteleros) en la versión promulgada el 20-11-1998 (BGBl. I, 3418)
Geilen, AT	*Gerd Geilen*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5.ª, 1980
GenStA	Generalstaatsanwaltschaft (Fiscalía General del Estado)
GerS	Der Gerichtssaal (revista)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de la República Federal Alemana: Constitución) de 23-5-1949 (BGBl. I, 1)

Gieseke/Wiedemann/ Czychowski, WHG	*Paul Gieseke/Werner Wiedemann/Manfred Czychowski*, Wasserhaushaltsgesetz: unter Berücksichtigung der Landeswassergesetze und des Wasserstrafrechts, 7.ª 1998
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (sociedad de responsabilidad limitada)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) en la versión promulgada el 20-5-1898 (RGBl., 846)
Göhler, OWiG	*Erich Göhler*, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5.ª 1977
Gropp, AT,	*Walter Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª 2001
GrSen	Großer Senat (Gran Senado o Sala)
GS	Gedächtnisschrift (Libro en memoria, *in memoriam*)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Organización de Tribunales), en la versión promulgada el 9-5-1975 (BGBl. I, 1077)
Haft, AT,	*Fritjof Haft*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 8.ª 1998
HESt	Höchstrichterliche Entscheidungen in Strafsachen. Sammlungen von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen (Sentencias de los Tribunales Superiores en materia penal. Colección de sentencias de los Tribunales Superiores de los Länder en materia penal)
HGB	Handelsgesetzbuch (Código de Comercio) de 10-5-1897 (RGBl. 219)
v. Hippel, StrafR II	*Robert v. Hippel*, Deutsches Strafrecht, t. II: Das Verbrechen, 1930
HIV	v. VIH
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jurisprudencia de los Tribunales Superiores)
Huelva-Sammelband	Ferré Olivé/Borrallo (eds.), Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, 1999
i. f.	*in fine* (lat.: al final)
JA	Juristische Arbeitsblätter (revista)
Jakobs, AT	*Günther Jakobs*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.ª 1991
Jakobs, PG	*Günther Jakobs*, Derecho Penal, Parte General, trad. de la 2ª ed. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, 2.ª 1997
JBl.	Juristische Blätter (revista)
Jescheck/Weigend, AT,	*Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5.ª, 1996

JGG	Jugendgerichtsgesetz (Ley de Tribunales de Jóvenes o Menores) en la versión promulgada el 11-12-1974 (BGBl. I, 3427)
JK	Jura Kartei (revista)
JMBl. NW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen (Boletín del Ministerio deJusticia del Land de Renania del Norte-Westfalia)
Joecks,	*Wolfgang Joecks*, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 3.ª, 2001
JR	Juristische Rundschau (revista)
JugendarbeitsschutzG	Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Ley de Protección de la Juventud trabajadora) de 12-4-1976 (BGBl. I, 965)
JurA	Juristische Analysen (revista)
Jura	Juristische Ausbildung (revista)
jurispr.	jurisprudencia
JuS	Juristische Schulung (revista)
Justiz	Die Justiz (Amtsblatt des Ministeriums für Justiz, Bundes-und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg: Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, Asuntos Federales y de Europa de Baden-Württemberg)
JW	Juristische Wochenschrift (revista)
JZ	Juristenzeitung (revista)
Kfz	Kraftfahrzeug (vehículo de motor)
KG	– Kammergericht (Tribunal de Cámara) – Kommanditgesellschaft (Sociedad comanditaria)
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien (sociedad comanditaria por acciones)
Kienapfel, AT	*Diethelm Kienapfel*, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Eine systematische Darstellung des österreichischen Strafrechts, 4.ª 1991
Kindhäuser, StGB	*Urs Kindhäuser*, Strafgesetzbuch. Lehr-und Praxiskommentar, 2002
Kindhäuser, AT	*Urs Kindhäuser*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 2.ª 2002
KK-OWiG-(redactor)	Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Comentarios de Karlsruhe a la Ley de Contravenciones), ed. por *Karlheinz Boujong*, 2.ª 2000
km/h	kilómetros por hora
KO	Konkursordnung (Ordenanza Concursal) en la versión promulgada el 20-5-1898 (RGBl. 612)
Köhler, AT	*Michael Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997
Kohlmann, SteuerstrafR	*Günter Kohlmann*, Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht einschließlich Verfahrensrecht: Kommentar zu den §§ 369 - 412 AO 1977, 7.ª, 1997

Kohlrausch/Lange, StGB,	*Eduard Kohlrausch/Richard Lange*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43.ª, 1961
KreditwesenG	Gesetz über das Kreditwesen (Ley del Sistema Crediticio) en la versión promulgada el 9-9-1998 (BGBl. I, 2776)
Krey, AT/2	*Volker Krey*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, t. 2, 2.ª, 2002
Krey, BT I,	*Volker Krey*, Strafrecht. Besonderer Teil, Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung. t. 1: Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 11.ª, 1998
Kriminalistik	Kriminalistik: Unabhängige Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis (revista)
Kühl, AT,	*Kristian Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3.ª, 2000
KWKG	Ausführungsgesetz zu Art. 26 Abs. 2 des Grundgesetzes (Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen) (Ley de ejecución del art. 26 ap. 2 de la Ley Fundamental: Ley sobre el Control de Armas de Guerra) en la versión promulgada el 22-11-1990 (BGBl. I, 2506)
KZ	Konzentrationslager (campo de concentración)
Lackner/Kühl,	*Karl Lackner/Kristian Kühl*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24.ª, 2001
LadenschlußG	Gesetz über den Ladenschluß (Ley sobre Cierre de Comercios) de 28-11-1956 (BGBl. I, 875)
lat.	(del, en) latín
LG	Landgericht (Tribunal del Land)
v. Liszt, StrafR	*Franz v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1.ª 1881; 21.ª/22.ª 1919;
v. Liszt/Schmidt, StrafR	*Franz v. Liszt/Eberhard Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25.ª, 1927
lit.	*litera* (lat.: letra)
LK-(redactor)	Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 9.ª, 1970-1974, ed. por *P. Baldus* y *G. Willms*; 10.ª 1978-1989, ed. por *H.-H. Jescheck, W. Ruß* y *G. Willms*; 11.ª desde 1992, ed. por *B. Jähnke, H. W. Laufhütte* y *W. Odersky*
LM	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes im Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes (Sentencias del BGH en la obra de consulta del BGH), ed. por *Lindenmaier, Möhring* y otros, desde 1951
loc. cit.	*locus citatus, loco citato*: lugar citado, en el lugar citado
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (revista)
MatStrRef	Materialien zur Strafrechtsreform (Materiales sobre la Reforma del Derecho Penal), 15 tomos, 1954-1962
Maurach, AT	*Reinhart Maurach*, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4.ª 1971

Maurach/Gössel, AT/2	*Karl Heinz Gössel* en: *Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. vol. 2, 7.ª 1989
Maurach/Schroeder, BT/2	*Friedrich-Christian Schroeder* en: *Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald*, Strafrecht. Besonderer Teil. vol. 2: Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 8.ª 1999
H. Mayer, LB AT	*Hellmuth Mayer*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1953
H. Mayer, StuB AT	*Hellmuth Mayer*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1967
M. E. Mayer, AT	*Max Ernst Mayer*, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915; 2.ª 1923 (inalterada)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (revista)
MDR (D)	Monatsschrift für Deutsches Recht (revista), por Dallinger
MDR (H)	Monatsschrift für Deutsches Recht (revista), por Holtz
MedR	Medizinrecht (revista)
Mezger, StrafR	*Edmund Mezger*, Strafrecht, 2.ª 1933; 3.ª 1949
Mezger/Blei, AT,	*Edmund Mezger/Hermann Blei*, Strafrecht. t. I. Allgemeiner Teil, 9.ª 1983
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (revista)
MutterschutzG	Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (Ley de Protección de las Madres laboralmente activas) en la versión promulgada el 18-4-1968 (BGBl. I, 315)
n.	nota
N. del T.	nota del traductor
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege (revista)
n. F.	neue Fassung (versión nueva)
NiedStrKom	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskomission, (Actas de lassesiones de la Gran Comisión de Derecho Penal), t. 1, 1956; t. 2-6, 1958; t. 7-12, 1959; t. 13, 14, 1960
NJ	Neue Justiz (revista)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (revista)
NK-(redactor)	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, desde 1995
nm.	número(s) marginal(es)
n.º.	número
NS	Nacionalsocialismo, nazi, nazismo
NStE	Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht, ed. por *Rebmann/Dahs/Miebach*, desde 1987
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista)
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report (Reporte de Jurisprudencia-NStZ, revista)
núm.	número
NuR	Natur und Recht (revista)

NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (revista)
NZWehrR	Neue Zeitschrift für Wehrrecht (revista)
obj.	objetivo/a, objetivamente
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (revista)
Österreich. OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Austriaco)
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo para la Zona Británica en asuntos penales)
OHG	Offene Handelsgesellschaft (sociedad mercantil abierta)
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Land)
OLGSt	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrensrecht (Sentencias de los Tribunales Superiores de los Länder en Derecho penal y Derecho procesal penal)
Olshausen	*Justus v. Olshausen*, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11.ª ed. 1927
op. dom.	opinión dominante
Otto, AT,	*Harro Otto*, Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil. Allgemeine Strafrechtslehre, 6.ª ed., 2000
OWiG	Gesetz über Ordungswidrigkeiten (Ley sobre Contravenciones], en versión promulgada el 19-2-1987 (BGBl. I, 602)
P 1962	Proyecto de Código Penal 1962 (=BT-Drucks. IV/650); v.: E 1962
PA	Proyecto Alternativo de Código Penal, Parte General, 1966 (2ª ed. 1969); véase: AE
pass.	*passim*: adverb. lat.: en todas partes, aquí y allí, en lugares diversos
PE	Parte especial
p.ej.	por ejemplo
PG	Parte general
Preisendanz	*Holger Preisendanz*, Strafgesetzbuch, 30.ª 1978
Prot. V. W.	Beratungen des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform i. d. 5. Wahlperiode (Deliberaciones de la Comisión especial del Parlamento Federal para la Reforma del Derecho Penal en el V Periodo de legislatura), Bonn 1966-1969 (cit. por la página)
Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG	*Rebmann, Kurt/Roth, Werner/Herrmann, Siegfried*, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten:OWiG; Kommentar, 3.ª 1998
Rev.Ger.	Revisionsgericht (Tribunal de revisión)

RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich: del Imperio alemán)
RGBl	Reichs-Gesetzblatt (Boletín Legislativo del Reich)
RGRspr.	Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen (Jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reich en asuntos penales)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo del Reich en asuntos penales)
Rotberg, OWiG	*Hans Eberhard Rotberg*, Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4.ª 1969
Roxin, AT I,	*Claus Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, t. I: Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre, 2.ª 1994; 3.ª 1997
Roxin, PG I	*Claus Roxin*, Derecho Penal, Parte General, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2.ª ed. alemana de D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal, 1997
Roxin, HRR AT	*Claus Roxin*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts: 100 Entscheidungen für Studium und Referendariat mit Fragen und Antworten, 1998
Roxin, StrafverfahrensR	*Claus Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25.ª 1998
Roxin, Täterschaft	*Claus Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963; 2.ª 1967; 3.ª 1975; 4.ª 1984; 5.ª 1990; 6. ª 1994; 7.ª 2000 (vers. española: Autoría y dominio del hecho en DP, trad. de la 7.ª ed. de J. Cuello/J.L. Serrano, 1999)
Sack, UmweltschutzstrafR	*Hans-Jürgen Sack*, Umweltschutz-Strafrecht: Erläuterungen der Straf-und Bußgeldvorschriften, desde 1978
Samson, StrafR I	*Erich Samson*, Strafrecht I, 7.ª 1988
Sauer, AT	*Wilhelm Sauer*, Allgemeine Strafrechtslehre, 3.ª 1955
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (revista)
SchlHOLG	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land de Schleswig-Holstein)
Schmidhäuser, LB AT	*Eberhard Schmidhäuser*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 1.ª 1970; 2.ª 1975
Schmidhäuser, StuB AT	*Eberhard Schmidhäuser*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch, 2.ª 1984
Sch/Sch/(redactor)	*Adolf Schönke/Horst Schröder*, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26.ª ed., 2000, de la obra fundada por *Adolf Schönke*, proseguida en fase intermedia por *Horst Schröder* y reelaborada por *Theodor Lenckner, Peter Cramer, Albin Eser* y *Walter Stree*
Schroth, BT	*Ulrich Schroth*, Strafrecht. Besonderer Teil: Strukturen, Aufbauschemata, Fälle und Definitionen, 3.ª 2000

schweiz.	schweizerisch: suizo
Schweizer. BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Sentencias del Tribunal Federal Suizo)
SchwJZ	Schweizerische Juristenzeitung (revista)
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (revista)
scil.	*scilicet* (lat.= es decir, se refiere a)
SeemannsG	Seemannsgesetz (Ley del Marino), de 26-7-1957 (BGBl. II, 713)
sent.	sentencia
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung (revista)
SK-(redactor)	*Hans-Joachim Rudolphi, Eckhard Horn, Erich Samson, Hans-Ludwig Günther, Andreas Hoyer, Gereon Wolters* y (hasta la 2.ª ed.) *Hans-Ludwig Schreiber*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. I. Allgemeiner Teil (§§ 1–79b), 4.ª desde 1983; 5.ª desde 1987; 6.ª desde 1992; t. II. Besonderer Teil (§§ 80–358), 6.ª desde 1993, 7.ª desde 2000, 8.ª desde 2002
SoldG	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten [Ley sobre el Estatuto jurídico del Soldado]según la versión promulgada el 19-8-1975 (BGBl. I, 2273)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal) en la versión promulgada el 13-11-1998 (BGBl. I, 3322)
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal) en la versión promulgada el 7-4-1987(BGBl. I, 1074)
StR	Strafrecht (Derecho penal)
Str.Abh.	Strafrechtliche Abhandlungen (serie: "Monografías de Derecho Penal")
StraFo	Strafverteidiger Forum (revista)
6. StrafrRefG	Sechstes Strafrechtsreformgesetz (Sexta Ley de Reforma del Derecho Penal) de 26-1-1998 (BGBl. I, 164)
Stratenwerth, AT	*Günther Stratenwerth*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat, 1.ª 1971; 3.ª 1981; 4.ª 2000
Stratenwerth, SchwStrafR	*Günther Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. t. I. Die Straftat, 2.ª 1996
StrSen	Strafsenat (Senado o Sala Penal)
StV	Strafverteidiger (revista)
StVG	Straßenverkehrsgesetz (Ley del tráfico viario), de 19-12-1952 (BGBl. I, 837)
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung (Ordenanza del tráfico viario), de 16-11-1970 (BGBl. I, 1565, correc. 1971, 38)
t.	tomo
TabaksteuerG	Tabaksteuergesetz (Ley del Impuesto sobre el Tabaco) de 21-12-1992 (BGBl. I, 2150)

Trechsel, SchwStGB	*Stefan Trechsel*, Schweizerisches StGB, Kurzkommentar, 2.ª 1997
Tröndle/Fischer	*Herbert Tröndle/Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50.ª 2000
UrhC	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) (Ley sobre derechos de autor y derechos de protección conexos) de 9. 9. 1965 (BGBl. I, 1273)
Urt.	Urteil (Sentencia)
USA	United States of America
v.	véase; von (en alemán: de)
v. a.	versión antigua
VDA	Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, t. I-IV, 1908
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung (revista)
v.gr.	*verbi gratia*
VIH	virus de inmunodeficiencia humana (sida)
V-Mann	Vertrauensmann (confidente, hombre de confianza –de la policía–, infiltrado)
VO	Verordnung (Decreto, ordenanza)
VOR	Zeitschrift für Verkehrs-und Ordnungswidrigkeitenrecht (revista)
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung (revista)
WaffG	Waffengesetz (Ley de Armas) según la versión promulgada el 8-3-1976 (BGBl. I, 432)
Welzel, StrafR	*Hans Welzel*, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11.ª, 1969
Wessels/Beulke, AT	*Johannes Wessels/Werner Beulke*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 31.ª, 2001
Wessels/Hillenkamp, BT/2	*Johannes Wessels/ Thomas Hillenkam*p, Strafrecht, Besonderer Teil, t. 2, 24.ª 2001
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz) [Ley de Ordenación del régimen de Aguas (Ley de régimen de Aguas)] en la versión promulgada el 12-11-1996 (BGBl. I, 1695)
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (revista)
WiKG	Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (Ley para la Lucha contra la Criminalidad Económica): 1. WiKG, de 29-7-1976 (BGBl. I, 2034); 2. WiKG, de 15-5-1986 (BGBl. I, 721)
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (revista)

WK-(redactor)	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, ed. por *E. Foregger* y *F. Nowakowski*, desde 1977
WStG	Wehrstrafgesetz (Ley penal militar), de 24-5-1974 (BGBl. I, 1213)
z.	zu (en alemán: para, sobre, de)
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (revista)
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht (revista)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (revista)
ZPO	Zivilprozeßordnung (Ordenanza Procesal Civil), en versión de 12-9-1950 (BGBl. I, 533)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (revista)
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (revista)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista)

SECCIÓN 8ª
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

§ 25. Autoría

Bibliografía: *v. Buri*, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860; *el mismo*, Urheberschaft und Beihülfe, GA 17 (1869), 233, 305; *el mismo*, Über Causalität und deren Verantwortung, 1873; *el mismo*, Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885; *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen von Schwarzenberg bis Feuerbach, 1896; *Engelmann*, Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters, Binding–FS, Bd. 2, 1911, 387; *Binding*, Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe, in: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, 251; *Engelsing*, Eigenhändige Delikte, 1926; *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, 1928; *el mismo*, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW 49 (1929), 39; *Schaffstein*, Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts, 1930 (erweiterter Neudruck 1973); *Eb. Schmidt*, Die Mittelbare Täterschaft, Frank–FS, Bd. II, 1930, 106; *Bruns*, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932; *Grünhut*, Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme, JW 1932, 366; *Lobe*, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, 1933; *Bähr*, Restriktiver und extensiver Täterbegriff, 1934; *Lony*, Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?, 1934; *Lange*, Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935; *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491; *zu Dohna*, Das Reichsgericht zur Teilnahmelehre, DStR 1940, 120; *Klee*, Zur Abgrenzung von Teilnahme und Täterschaft, ZAkDR 1940, 188; *Straub*, Täterschaft und Teilnahme im englischen Recht, 1952; *Gallas*, Täterschaft und Teilnahme, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, 121; *Hartung*, Der "Badewannenfall", JZ 1954, 430; *Dietz*, Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht, 1957; *Gallas*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, ZStW–Sonderheft Athen, 1957, 3; *Roeder*, Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt, ZStW 69 (1957), 223; *Sax*, Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission, ZStW 69 (1957), 412; *Frühauf*, Eigenhändige Delikte, 1959; *Benakis*, Täterschaft und Teilnahme im deutschen und griechischen Strafrecht, 1961; *Baumann*, Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963, 85; *Roxin*, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, 193; *Sax*, Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre, JZ 1963, 329; *Hardwig*, Über den Begriff der Täterschaft, JZ 1965, 667; *Korn*, Täterschaft und Teilnahme bei den staatlich organisierten Verbrechen, NJW 1965, 1206; *Rudolphi*, Der Begriff der Zueignung, GA 1965, 33; *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965; *Roxin*, Besprechung von Fr.–Chr. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, ZStW 78 (1966), 222; *Hanack*, Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen, 1967; *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboten handelndem Werkzeug, 1967; *Gimbernat Ordeig*, Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre, ZStW 80 (1968), 915; *Cramer*, Die Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nach § 9 OWiG, NJW 1969, 1929; *Cramer/Dreher*, Nochmals: Zum Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1970, 1114; *Dreher*, Plädoyer für den Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1970, 217; *Herzberg*, Eigenhändige Delikte, ZStW 82 (1970), 896; *Maiwald*, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970; *Dreher/Kienapfel*, Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1971, 121; *Kienapfel*, Der Ein-

heitstäter im Strafrecht, 1971; *Kienapfel*, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, in: Müller-Dietz (ed.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, 21 *Roxin*, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971), 369; *Detzler*, Die Problematik der Einheitstäterlösung, 1972; *Otto*, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Maurach-FS, 1972, 91; *Welp*, Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, VOR 1972, 299; *Letzgus*, Vorstufen der Beteiligung, 1972; *Bockelmann*, Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlich rechtswidrigen Taten, Gallas-FS, 1973, 261; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2ª, 1973; *Geilen*, Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974, 145; *Herzberg*, Grundfälle zur Tatherrschaftslehre, JuS 1974, 374; *Otto*, Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht – OLG Hamm, NJW 1973, 1422, JuS 1974, 702; *Spendel*, Fahrlässige Teilnahme an Selbst- oder Fremdtötung, JuS 1974, 749; *Fincke*, Der Täter neben dem Täter, GA 1975, 161; *Roxin*, in: Roxin/Stree/Zipf/Jung, Einführung in das neue Strafrecht,, 2ª, 1975; *Schilling*, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975; *Schöneborn*, Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem für das Strafrecht, ZStW 87 (1975), 902; *H. Wagner*, Amtsverbrechen, 1975; *Zipf*, Die mittelbare Täterschaft und ihre Einordnung in § 12 StGB, ÖJZ 1975, 617; *Baumann/Schüler/Weber*, Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts, 1976; *Roxin*, Bemerkungen zum Täter hinter dem Täter, Lange-FS, 1976, 173; *Spendel*, Der "Täter hinter dem Täter" – eine notwendige Rechtsfigur?, Lange-FS, 1976, 147; *Tenckhoff*, "Ein mißgünstiger Nachbar", JuS 1976, 526; *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977; *Roxin*, Die Mitwirkung beim Suizid – ein Tötungsdelikt?, Dreher-FS, 1977, 331; *Auerbach*, Die eigenhändigen Delikte, 1978; *Bindokat*, Fahrlässige Mittäterschaft im Strafrecht, JZ 1979, 434; *Cramer*, Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Bockelmann-FS, 1979, 399; *Haft*, Eigenhändige Delikte, JA 1979, 651; *Küper*, Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979, 775; *Roxin*, Die Mittäterschaft im Strafrecht, JA 1979, 519; *Rudolphi*, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriff bei der Mittäterschaft, Bockelmann-FS, 1979, 369; *Schall*, Auslegungsfragen des § 179 StGB und das Problem der eigenhändigen Delikte, JuS 1979, 104; *Schumann*, Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG, 1979; *Spotowski*, Erscheinungsformen der Straftat im deutschen und polnischen Recht, 1979; *Arzt*, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, 553; *Seelmann*, Mittäterschaft im Strafrecht, JuS 1980, 571; *Tenckhoff*, Der Zueignungsbegriff bei Diebstahl und Unterschlagung, JuS 1980, 723; *Arzt*, Rezension des Leipziger Kommentars (10. Aufl.), JZ 1981, 412; *Küper*, Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft, JZ 1981, 568; *Maiwald*, Literaturbericht, Strafrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, ZStW 93 (1981), 864; *Kühl*, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JuS 1982, 189; *Schünemann*, Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln, NStZ 1982, 60; *Bottke*, Probleme der Suizidbeteiligung, GA 1983, 23; *Kienapfel*, Zur Einheitstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1983, 2236; *Sippel*, Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, NJW 1983, 2226; *Triffterer*, Die österreichische Beteiligungslehre, 1983; *M.-K.Meyer*, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984; *Sippel*, Nochmals: Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, NJW 1984, 1866; *Sippel*, Nochmals: Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, JA 1984, 480; *v. Spiegel*, Nochmals: Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, NJW 1984, 110; 1867; *Teubner*, Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, JA 1984, 144; *Baumann*, Dogmatik und Gesetzgeber, Jescheck-FS, 1985, 105; *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *Gössel*, Sukzessive Mittäterschaft und Täterschaftstheorien, Jescheck-FS, 1985, 537; *Herzberg*, Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, JA 1985, 336; *Neumann*, Abgrenzung von Teilnahme am Selbstmord und Tötung in mittelbarer Täterschaft, JuS 1985, 677; *Neumann*, Besprechung von M.K.Meyer, Der Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, GA 1985, 474; *Brandts*, Selbstmord und Fremdtötung – provoziert durch Täuschung, Jura 1986, 495; *Charalambakis*, Selbsttötung aufgrund Irrtums und mittelbare Täterschaft, GA 1986, 485; *Küper*, "Autonomie", Irrtum und Zwang bei mittel-

barer Täterschaft und Einwilligung, JZ 1986, 219; *Küpper*, Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, GA 1986, 437; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik, GA 1986, 293; *Brandts/Schlehofer*, Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre, JZ 1987, 442; *Herzberg*, Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorität der Teilnahme, ZStW 99 (1987), 49; *Hünerfeld*, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der BRD, ZStW 99 (1987), 228; *Meurer*, Besprechung von Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, NJW 1987, 2424; *Neumann*, Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des "Opfers", JA 1987, 244; *Otto*, Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Jura 1987, 246; *Frisch*, Besprechung von H. Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, JZ 1988, 655; *Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988; *Just–Dahlmann/Just*, "Die Gehilfen". NS–Verbrechen und die Justiz nach 1945, 1988; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *Donatsch*, Mittäterschaft oder Teilnahme am fahrlässigen Erfolgsdelikt?, SchwJZ 1989, 109; *Küper*, Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip, JZ 1989, 935; *Schaffstein*, Der Täter hinter dem Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum und verminderter Schuldfähigkeit des Tatmittlers, NStZ 1989, 153; *Stoffers*, Mittäterschaft und Versuchsbeginn, MDR 1989, 208; *Geerds*, Täterschaft und Teilnahme, Jura 1990, 173; *Herzberg*, Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums, Jura 1990, 16; *Otto*, Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1990, 47; *Seier*, Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JA 1990, 342, 382; *Brammsen*, Kausalitäts– und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern, Jura 1991, 533; *Díaz y García Conlledo*, La Autoría en Derecho Penal, 1991; *Erb*, Mord in Mittäterschaft – BGH NJW 1991, 1068, JuS 1992, 197; *Hecker*, Die abfallstraf– und bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit für illegale Müllablagerungen Dritter, 1991; *Herzberg*, Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale, GA 1991, 145; *Herzberg*, Mittäterschaft durch Mitvorbereitung: eine actio communis in causa?, JZ 1991, 856; *Küpper*, Mord und Totschlag in Mittäterschaft – BGHSt 36, 231, JuS 1991, 639; *Merkel*, Teilnahme am Suizid – Tötung auf Verlangen – Euthanasie usw., in: Hegselmann/Merkel (ed.). Zur Debatte über Euthanasie, 1991, 71; *Puppe*, Wie wird man Mittäter durch konkludentes Verhalten?, NStZ 1991, 571; *Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992; *el mismo*, Der praktische Fall – Strafrecht: Marderfall(e), JuS 1992, 765; *Brammsen/Kaiser*, Übungshausarbeit Strafrecht: Heiße Nacht in der Chemiefabrik, Jura 1992, 35; *Erb*, Mord in Mittäterschaft – BGH NJW 1991, 1068, JuS 1992, 197; *Eschenbach*, Zurechnungsmomente im Strafrecht – BGH v. 11. 7. 1991 – 1 StR 357/91, Jura 1992, 637; *Herlitz*, Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object. A Comparative Study of the Alternatives Provided by the Model Penal Code, Swedish Law and Claus Roxin, 1992; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, 1992; *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992; *Jun*, Die mittelbare Täterschaft bei der Suizidbeteiligung nach deutschem und koreanischem Strafrecht, Diss. Göttingen, 1992; *Klinger*, Die Strafbarkeit der Beteiligung an einer durch Täuschung herbeigeführten Selbsttötung, Diss. Bielefeld, 1992, zugleich 1995; *Lüderssen*, Der Beitrag der Kriminologie zur Strafrechtsdogmatik – eine Konkretisierung im Blick auf die Probleme von Täterschaft und Teilnahme, in: Lathi/Nuotio (ed.), Criminal law theory in transition. Finnish and comparative perspectives. Strafrechtstheorie im Umbruch. Finn. und vergl. Perspektiven, 1992, 465; *Otto*, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, Spendel-FS, 1992, 271; *Lothar Welzel*, Die Lehre von der Beteiligung an der Straftat unter besonderer Berücksichtigung der Unterschiede zwischen der DDR und der BRD, in: Lathi/Nuotio (ed.), aaO., 503; *Derksen*, Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft, GA 1993, 163; *Küper*, Ein "neues Bild"

der Lehre von Täterschaft und Teilnahme. Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre Ulrich Steins, ZStW 105 (1993), 445; *Küpper*, Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW 105 (1993), 295; *Lesch*, Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993), 271; *Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre, 1993; *Otto*, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 1993; *Roxin*, Die Abgrenzung von straffoser Suizidteilnahme, strafbarem Tötungsdelikt und gerechtfertigter Euthanasie, 140 Jahre GA, 1993, 177; *Schmidhäuser*, "Tatherrschaft" als Deckname der ganzheitlichen Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, in: Stree/Wessels-FS, 1993, 343; *Wiegmann*, Abgrenzung von (Mit-)Täterschaft und Beihilfe – BGHSt 38, 315, JuS 1993, 1003; *Czepluch*, Täterschaft und Teilnahme im französischen Strafrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1994; *Danwitz*, Ist die Mittäterschaft abhängig von einem gemeinsamen Tatentschluß der Beteiligten? Ein Beitrag zur Zurechnung bei Arbeitsteilung, Diss. Bonn, 1994; *Frank/Eder/Harrer*, Doppelselbstmord. Mitwirkung am Selbstmord? Tötung auf Verlangen?, ÖJZ 1994, 805; *Hauf*, Neuere Entscheidungen zur Mittäterschaft unter besonderer Berücksichtigung der Problematik der Aufgabe der Mitwirkung eines Beteiligten während der Tatausführung bzw. vor Eintritt in das Versuchsstadium, NStZ 1994, 263; *Hilgendorf*, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils, NStZ 1994, 561; *Lampe*, Systemunrecht und Unrechtssysteme, ZStW 106 (1994), 683; *Lesch*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft – Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wilfried Bottke, GA 1994, 112; *Muñoz Conde*, Die Verleitung zum Suizid durch Täuschung. Ein Grenzfall zwischen Mord in mittelbarer Täterschaft und Anstiftung oder Beihilfe zum Selbstmord, ZStW 1994, 547; *Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994; *Schroeder*, Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen, ZStW 1994, 565; *Schumann*, Rezension: Schmidt-Salzer, Produkthaftung, Band I: Strafrecht, StV 1994, 106; *Woelk*, Täterschaft bei zweiaktigen Delikten. Am Beisp. d. § 307 Nr. 3 StGB, 1994; *Amelung*, Zum Verantwortungsmaßstab bei der mittelbaren Täterschaft durch Beherrschung eines nicht verantwortlichen Selbstschädigers, in: Schünemann (ed.), Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Roxin, 1995, 247; *Bolowich*, Urheberschaft und reflexives Verständnis. Untersuchungen zur Grundlage einer strafrechtlichen Beteiligungslehre, 1995; *Bottke*, Die Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafgesetzbuches, in: Schünemann (ed.), aaO., 235; *Huber*, Die mittelbare Täterschaft beim gemeinen vorsätzlichen Begehungsdelikt, insbes. deren Abgrenzung von der Anstiftung, 1995; *Krack*, Teilnahme am Suizid und Tötung auf Verlangen. Ein Appell an den Gesetzgeber, KJ 1995, 60; *Küpper/Mosbacher*, Untauglicher Versuch bei vermeintlicher Mittäterschaft, JuS 1995, 488; *Pizarro Beleza*, Die Täterschaftstruktur bei Pflichtdelikten – Pflichtträgerschaft versus Tatherrschaft?, in: Coimbra-Symposium für Roxin, 1995, 267; *Schroeder*, "Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis", JR 1995, 177; *Weißer*, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1995; *Zieschang*, Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?, ZStW 107 (1995), 361; *Bloy*, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, 425; *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996; *Gropp*, Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als "Mittelbare Mittäter hinter den Tätern"?, JuS 1996, 13; *Hilgendorf*, Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB, Jura 1996, 9; *Hirsch*, Rechtsstaatliches Strafrecht, 1996; *Murmann*, Tatherrschaft durch Weisungsmacht, GA 1996, 316; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996; *Rönnau*, Sterbehilfe, JA 1996, 108; *Schubarth*, Eigenhändiges Delikt und mittelbare Täterschaft, SchwZStr 114 (1996), 325; *Wohlers*, Der Erlaß rechtsfehlerhafter Genehmigungsbescheide als Grundlage mittelbarer Täterschaft, ZStW 108 (1996), 61; *Randt*, Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen, 1997 (a la vez, tesis doctoral Kiel, 1996); *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997; *U. Schulz*, Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft – eine notwen-

dige Rechtsfortbildung?, JuS 1997, 109; *Stratenwerth*, Gibt es eigenhändige Delikte?, SchwZStr 115 (1997), 86; *Ambos*, Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, GA 1998, 226; *Küpper*, Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, GA 1998, 519; *Murmann*, Zur mittelbaren Täterschaft bei Verbotsirrtum des Vordermannes, GA 1998, 78; *Rotsch*, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen, NStZ 1998, 491; *el mismo*, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998; *Schubarth*, Binnenstrafrechtsdogmatik und ihre Grenzen, ZStW 110 (1998), 827; *Weißer*, Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?, JZ 1998, 230; *Wohlers*, Trunkenheitsfahrten als eigenhändige Delikte, SchwZStr 116 (1998), 95; *Ferré Olivé*, "Blanqueo" de capitales y criminalidad organizada, Huelva-Sammelband, 1999, 85; *Figueiredo Dias*, Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: El "dominio de la organización", *ibidem*, 99; *Kamm*, Fahrlässige Mittäterschaft, 1999; *Merkel*, Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung, JZ 1999, 502; *Muñoz Conde*, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, Huelva-Sammelband, 1999, 191; *Noak*, Gesellschaftsrecht, 1999; *Rotsch*, Unternehmen, Umwelt und Strafrecht – Ätiologie einer Misere (Teil 1), wistra 1999, 321; *Roxin*, Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, Grünwald-FS, 1999, 549; *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999; *Köhler*, Beteiligung und Unterlassen beim erfolgsqualifizierten Delikt am Beispiel der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 I StGB), 2000 (a la vez, tesis doctoral Potsdam, 1998/1999); *Dencker*, Mittäterschaft in Gremien, in: Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen usw., 2000, 63; *Heine*, Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten, JZ 2000, 920; *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftätern in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, 33; *el mismo*, Antwort auf die Anmerkung von Prof. Dr. Roxin, ebd. 57; *Kuhlen*, Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, insbesondere bei den sog. Betriebsbeauftragten, in: Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen usw., 2000, 71; *Rogall*, Bewältigung von Systemkriminalität, BGH-FG, Bd. IV, 2000, 338; *Rotsch*, Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft, ZStW 112 (2000), 518; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, BGH-FG, Bd. IV, 2000, 621; *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001; *Puppe*, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, Spinellis-FS, 2001, 915 (Bd. 2); *Luzón Peña/Díaz y García Conlledo*, Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale, Roxin–FS, 2001, 575 [también, con ligeras diferencias, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Número extraordinario en Homenaje al Prof. Dr. Don Luis García San Miguel, volumen VIII, curso 1998-1999, 2000, 53, y Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional (Bogotá, Colombia) 2 (2003), 89]; *Rodríguez Montañés*, Einige Bemerkungen über das Kausalitätsproblem und die Täterschaft im Falle rechtswidriger Kollegialentscheidungen, Roxin–FS, 2001, 307; *Vest*, Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?, ZStW 113 (2001), 457; *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002; *Dencker*, Beteiligung ohne Täter, Lüderssen-FS, 2002, 525; *Graul*, Zur Haftung eines (potentiellen) Mittäters für die Vollendung bei Lossagung von der Tat im Vorbereitungsstadium, Meurer-GS, 2002, 89; *Heinrich*, Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002; *Muñoz Conde*, Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿como imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, Revista Penal, 2002, 59; *Nestler*, (Mit-)Täterschaft beim bewaffneten Betäubungsmittelhandel, StV 2002, 504; *Roso Cañadillas*, Autoría y participación imprudente, 2002; *Spendel*, Zum Begriff der Täterschaft, Lüderssen-FS, 2002, 605.

A. La tripartición de las formas de intervención delictiva* (pluripersonal)

1 En relación con los intervinientes en un delito el legislador distingue entre **autores** (§ 25), **inductores** (§ 26) y **cooperadores o cómplices**** (§ 27). Esta tripartición, que procede del Code Pénal francés de 1810 (arts. 59, 60), llegó al StGB de 1871 (§§ 47-49) a través del StGB prusiano de 1851 (§§ 34, 35) y se mantuvo en la reforma penal sin crítica de importancia. Pero en modo alguno resulta evidente. Desde el Derecho italiano de la Edad Media se ha distinguido entre diferentes formas de intervención[1]. Ello ha venido sucediendo de forma cambiante y a menudo limitada a determinados delitos. Hoy en día estos esfuerzos poseen ya sólo relevancia desde el punto de vista histórico. También la mayoría de los ordenamientos jurídicos extranjeros conoce la tripartición, dentro de la cual, sin embargo, se delimitan entre sí las formas de colaboración de muy diferentes maneras[2]. Todas estas variantes no han ejercido influencia en el desarrollo reciente del Derecho alemán; por ello podemos pasarlas por alto aquí.

2 El único modelo opuesto que ha llegado a poseer una cierta influencia en la discusión político-criminal reciente es la **teoría unitaria de la autoría o**

---

* He traducido aquí "*Beteiligungsformen*" como "formas de intervención delictiva" "pluripersonal" pues, al menos en el primer párrafo, abarca tanto supuestos de intervención de diversas personas como de una sola. No obstante, lo habitual es que la expresión "*Beteiligung*" y similares se utilicen para denominar cualquier forma de implicación (no posterior) en un delito, pero comúnmente sólo cuando se trata de varias personas. Las traducciones pueden ser diversas: intervención, participación (en sentido amplio), implicación (aunque esta resulta más problemática) y seguramente otras, a las que en español parece preferible (o, al menos, es más común) añadir "delictiva" o "en el delito". Pero, para indicar que se trata de intervención en un supuesto en que lo hacen diversas personas, en ocasiones utilizaré la expresión "intervención pluripersonal" (nuevamente cabrían otras, aunque esta me parezca la preferible: intervención delictiva plural, pluriintervención en el delito, intervención de varias personas en el delito o hasta codelincuencia, aunque esta palabra quizá resulte en español más genérica aún o, como mínimo, menos literal, y, además, no suelen usarse derivados suyos como "codelincuente") [N. del T.].

** Aunque la traducción "cómplice" para la palabra "*Gehilfe*" es la más habitual y porque, dado que el § 27 StGB establece una rebaja obligatoria de pena para el *Gehilfe*, como nuestra complicidad del art. 29 CP, lo cierto es que el término alemán puede traducirse también por "cooperación". De ahí que aquí utilice la doble traducción. Al contrario que en el StGB, que conoce sólo la citada forma de cooperación o complicidad, el CP español establece dos formas de cooperación o complicidad (como participación en sentido estricto): la habitualmente llamada cooperación necesaria (art. 28, segundo párrafo, letra b), conminada con la misma pena del autor y que actualmente no tiene parangón en la ley alemana, donde, en tanto siga tratándose de una forma de participación y no de autoría, habría que incluirla también en el § 27, con la correspondiente rebaja de pena (la figura española podría llamarse sin problema también complicidad necesaria), y la complicidad (simple o no necesaria, que sin problema podría denominarse también cooperación simple o no necesaria) del ya citado art. 29. Teniendo esto en cuenta, en adelante y por simplificar, se traducirá a veces "*Gehilfe*" y "*Beihilfe*" como "cómplice" y "complicidad", aunque también se utilizará con frecuencia la doble traducción. V. además la N. del T. *infra* § 26, nm. 183 (en el apartado C) [N. del T.].

[1] Para más detalles *Heimberger*, 1896; *Engelmann*, Binding-FS, Bd. 2, 1911, 387 ss.; *Schaffstein*, 1930 (1973), 169 ss.

[2] Cfr. *Dietz*, 1957; *Benakis*, 1961; *Straub*, 1952; *Spotowski*, 1979; *Hertitz*, 1992; *Köhler*, AT, 499 ss. Ofrecen una panorámica del Derecho extranjero *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 61 VIII. Proporciona abundante material de Derecho comparado *Ambos*, 2002, 543 ss.

de autor, que por principio trata de la misma manera a cada interviniente como autor[3]. Esta teoría impera en la OwiG[4], cuyo § 14 I 1 reza: "Si varias personas intervienen en una contravención, cada una de ellas actúa contravencionalmente (cometiendo una contravención)". Entre los Códigos Penales especialmente próximos al alemán, el StGB austriaco ha adoptado el concepto unitario de autor en su § 12[5]: "No sólo comete el la acción punible el autor inmediato, sino también todo el que determina a otro a ejecutarla o contribuye de cualquier otro modo a su ejecución". El concepto unitario de autor persigue la finalidad de hacer mayormente superflua la a menudo difícil delimitación de autoría, inducción y complicidad y así simplificar la aplicación del Derecho. No obstante, debe preferirse, con la doc. dom. en Alemania, la tripartición de las formas de intervención.

Esta satisface la exigencia propia de un Estado de Derecho de que la punibi- 3
lidad ha de fundarse en la realización del tipo y referirse a ella. Sólo ella se corresponde también con la concepción social expresada en el uso cotidiano del lenguaje, que distingue entre autores, inductores y cooperadores o cómplices y que no permite decir que, p. ej., quien incita a otro a un hurto o le presta una ganzúa para ello "toma o sustrae" así "una cosa mueble ajena" como exige el § 242 [hurto]. Sobre todo, la teoría unitaria de la autoría da lugar a una intolerable ampliación de la punibilidad por la reducción de la realización típica a la causalidad, si se sigue consecuentemente su planteamiento. No permite una atenuación obligatoria de la pena para la complicidad, como la que prevé el § 27. Excluye también una atenuación facultativa de la pena para la inducción que, si bien no existe en el Derecho vigente, es deseable en términos de política jurídica y que se podría hacer realidad sin más en el sistema de tripartición. Debería tratar la inducción intentada y la cooperación o complicidad intentada como la autoría intentada, mientras que, con razón, el StGB no conmina en absoluto con pena la cooperación o complicidad intentada y sólo en el caso de los delitos graves (*Verbrechen*) la inducción intentada (§ 30). Además, debe aplicar a todos los intervinientes el mismo marco penal cuando concurren elementos personales (v. gr. la condición de autoridad o funcionario público) que fundamentan o incrementan la pena (así también el § 14 I 2 OwiG y el § 14 I StGB austr.), pese a que un interviniente no vinculado por el deber merece una pena menor. Si, por otro lado, se efectúan diferenciaciones, como hacen el Derecho alemán de contravenciones y el StGB austriaco cuando de-

---

[3] El principal defensor del concepto unitario de autor también para el Derecho penal alemán es *Kienapfel*, docente en Linz (Austria); cfr. su escrito "Der Einheitstäter im Strafrecht", 1971, así como sus artículos en NJW 1970, 1826; en: Müller-Dietz (ed.), 1971, 21; JuS 1974, 1; JBl. 1974, 113, 180. Cfr. tb. *Seier*, JA 1990, 342, 382.

[4] ... y también en este ámbito se discute mucho, aunque la problemática es de menor transcendencia, porque se trata de una sanción no jurídico-penal y para la sanción de multa por regla general se dispone sólo de todos modos de un marco único. Sobre esta discusión *Cramer*, NJW 1969, 1929; *Detzler*, 1972; *Dreher*, NJW 1970, 217 ss.; *Cramer/Dreher*, NJW 1970, 1114; *Kienapfel*, NJW 1983, 2236; *Dreher/Kienapfel*, NJW 1971, 121; *Schumann*, 1979; *Welp*, VOR 1972, 299.

[5] Al respecto *Bloy*, 1985, 166 ss.; *Triffterer*, 1983.

claran impune la participación intentada o, al menos, la cooperación o complicidad intentada (§ 15 II StGB austr.), deben restablecerse o reintroducirse las distinciones cuya eliminación era el objetivo de la regulación legal.

4 Junto con el concepto unitario de autor hay que rechazar también **el concepto extensivo de autor**[6]. Parte de la base de que en principio es autor todo el que causa el resultado típico, de modo que inducción y cooperación o complicidad representan restricciones legales de la en sí misma omnicomprensiva autoría. Esta teoría sustituye el tipo como categoría central para la autoría por la causación. En el fondo no puede explicar la tripartición legal; pues no se necesitarían las categorías jurídicas de la inducción y de la complicidad si de todas maneras cualquier causante sería autor. El concepto extensivo de autor tampoco es compatible con el tenor literal de la ley desde diversos puntos de vista. Pues, en primer lugar, el legislador no describe al autor en el § 25 como causante, sino como aquel que "comete" el hecho; y lo hace de una forma que no incluye la determinación al hecho (§ 26) ni la prestación de ayuda (§ 26). En segundo lugar, la inducción y la complicidad presuponen un hecho principal doloso, de modo que la determinación o la prestación de ayuda a un hecho no doloso no posibilitan la punición por hecho consumado en los casos no comprendidos en la autoría mediata (cfr. § 26 nm. 6 s., 35 ss.), pese a que se da una causación o provocación dolosa del resultado. En tercer y último lugar, el concepto extensivo de autor no es compatible con la existencia de delitos especiales y de propia mano, que, sin atender a la causación, convierten en requisito de la autoría determinadas circunstancias cualificantes: así, v. gr., sólo puede ser autor de una prevaricación (§ 336) una autoridad o funcionario público y autor de un falso testimonio con perjurio (§ 154) sólo el mismo que jura y no un causante ajeno (extraño o no cualificado).

5 Por el contrario, es correcto **el concepto restrictivo de autor**, según el cual la autoría se limita o restringe por principio a la conducta descrita en los tipos de la Parte Especial. Inducción y cooperación o complicidad son en consecuencia causas de extensión de la pena que van más allá del ámbito nuclear de la punibilidad, descrito por la autoría. Con ello se halla a la vez el punto de partida correcto para la delimitación de autoría y participación: radica en la realización del tipo y no en la causación.

6 En Europa es hoy ampliamente dominante el sistema que distingue entre autoría, inducción y cooperación o complicidad. El concepto unitario de autor rige, aparte de en Austria (cfr. nm. 2), sólo en Dinamarca e Italia, siendo así que también estos países hacen ciertas concesiones a la división

---

[6] El término procede, al igual que el de concepto "restrictivo" de autor (al respecto nm. 5), de *Zimmerl*, ZStW 49 (1929), 39-54. La disputa en torno al concepto estensivo o restrictivo de autor fue en los años treinta un tema capital de la doctrina de la autoría. Cfr. *Eb. Schmidt*, Frank-FS, Bd. II, 1930, 106; *Bruns*, 1932; *Grünhut*, JW 1932, 366; *Bälz*, 1934; *Lony*, 1934; *Lange*, 1935.

de formas de colaboración[7]. De ahí que *Tiedemann* asegure con razón[8] que la tripartición es "un bien común de la tradición europea y es preferible desde puntos de vista propios del Estado de Derecho (la vinculación con el tipo)". Un Convenio de Derecho de Gentes para la Protección de los Intereses Financieros de la Comunidad Europea de julio de 1995 regula la intervención de varias personas en la estafa comunitaria (en la CE) (art. 2 I, 3) y parte de la distinción entre autores, inductores y cooperadores o cómplices. El "Corpus Juris para un espacio jurídico unitario europeo para la protección de los intereses financieros de la CE", publicado en 1997 y elaborado por encargo del Parlamento Europeo, define en su art. 2 incluso las tres formas de intervención (en el caso de la inducción de manera algo diferente al Derecho alemán, por influencia francesa)[9]. Como continuación de estas regulaciones, *Tiedemann*[10] ha desarrollado una propuesta detallada para un futuro Código Penal Modelo europeo que se basa igualmente en el sistema tripartito y que es plenamente compatible con el Derecho alemán vigente. Se puede partir por tanto de que la diferenciación dominará también el futuro Derecho alemán y europeo. También en el Derecho de Gentes se reconoce la distinción entre autoría y participación y se lleva a cabo en gran medida con ayuda de la teoría del dominio del hecho defendida en este libro[11].

Sin embargo, lo anterior no cambia el hecho de que en el vigente Derecho alemán existen también "tendencias a la autoría unitaria"[12]. Ello rige en primer lugar para el legislador y en concreto sobre todo en los delitos de organización y en el ámbito del Derecho penal económico[13]. A modo de ejemplo, en el § 129 (creación o fundación de asociaciones criminales) se castiga al mero favorecedor o patrocinador de una de esas asociaciones o a quien recluta miembros o patrocinadores para ella igual que al miembro, o sea, como autor. Así se anula la diferencia entre cooperación o complicidad, autoría e inducción. Quien se alza con una cosa asegurada (la oculta) para ayudar al tomador del seguro en su estafa de seguros no es castigado como cómplice de una estafa, sino como autor del § 265 (abuso de seguro). De manera similar procede la jurispr. p. ej. en el Derecho de drogas o estupefacientes, en el que se entiende por "traficar" (§ 29 I nº 1 BtMG) cualquier actividad dirigida a posibilitar o fomentar el manejo de drogas o estupefacientes, con lo que se nivela o iguala en gran medida la diferencia entre autoría y cooperación o complicidad[14]. Cuanto más abstracta sea la formulación de los bienes jurídicos y de las conductas delictivas –para lo cual 7

[7] Cfr. en detalle *Tiedemann*, Nishihara-FS, 1998, 501 s.

[8] *Tiedemann*, Nishihara-FS, 1998, 501.

[9] *Tiedemann*, Nishihara-FS, 1998, 500.

[10] *Tiedemann*, Nishihara-FS, 1998, 509 ss.

[11] Fundamental *Ambos*, 2002, 546 ss.

[12] Así *Volk*, Roxin-FS, 2001, 563. La cita del texto se corresponde con el título de su contribución, cuyo subtítulo reza: "El poder oculto del concepto unitario de autor".

[13] Con más detalle *Volk*, Roxin-FS, 2001, 564 ss.

[14] Cfr. al respecto *Roxin*, StV 1986, 386.

la tentación es grande sobre todo en los bienes jurídicos de la colectividad-, de manera más rápida se desdibujan las diferencias entre las distintas formas de intervención. Es necesario oponerse con énfasis a estos desarrollos o evoluciones contrarios al sistema y cuestionables desde el punto de vista del Estado de Derecho.

8 Sin embargo, el concepto unitario de autor rige con carácter absolutamente general también en el Derecho penal alemán vigente: en los delitos imprudentes. En ellos no hay inducción ni cooperación o complicidad, pues ambas formas de participación sólo pueden ser realizadas dolosamente, según el inequívoco tenor literal de la ley (§§ 26 [inducción] y 27 [cooperación o complicidad]). Quien causa por imprudencia un resultado típico es por lo tanto siempre autor de un hecho imprudente. Con ello, no obstante, no se excluye la posibilidad de una coautoría imprudente (con más detalle nm. 239 ss.).

9 A lo anterior se puede oponer que la restricción del Derecho penal alemán a la participación dolosa no probaría que no exista participación imprudente, sino sólo que esta no sería punible[15]. En efecto, p. ej. el fomento no doloso de hechos dolosos ajenos es impune en muchos casos. Sin embargo tales supuestos son tratados en la dogmática alemana como casos de falta de imputación objetiva (con más detalle *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 24, nm. 29 ss.). Por ello no se necesita la figura jurídica de la participación imprudente. Si, no obstante, se quisiera aplicar, debería determinarse conforme a los criterios que son decisivos para la imputación objetiva.

B. Lo fundamental para la delimitación de autoría y participación

I. El autor como figura central del acontecer de la acción

10 Si se busca una característica general para todas las manifestaciones o formas de aparición de la autoría que la delimite de la participación, se ha de decir: el autor es la **figura central** en la realización de la acción ejecutiva típica (§ 25). El partícipe es una figura marginal o personaje secundario que provoca el hecho del autor mediante una incitación (§ 26: inducción) o contribuye a él mediante la prestación de ayuda (§ 27: cooperación o complicidad). Que ello es así puede deducirse de la ley, que distingue entre "comisión" por el autor (§ 25) y la mera determinación (§ 26) y ayuda (§ 27) a ella y hace dependientes ambas formas de participación de la concurrencia de una autoría dolosa y las apoya en ella.

11 El legislador distingue tres formas de autoría: la autoría inmediata (§ 25 I: "quien por sí mismo... comete ... el hecho constitutivo de delito"), la autoría

---

[15] En este sentido, con razones dignas de ser tenidas en cuenta y amplias referencias *Luzón Peña/Díaz y García*, en: Roxin-FS, 2001, 598 ss.

mediata (§ 25 I: "quien ... a través de otro comete ... el hecho constitutivo de delito") y la coautoría (§ 25 II: "si varios cometen el hecho conjuntamente"). Las tres formas de aparición de la autoría son sin embargo sólo distintas manifestaciones de la figura central de un acontecer ejecutivo. Tanto si alguien de propia mano hurta o roba ("por sí mismo") como si fuerza a otro a ello pistola en mano ("a través de otro") o si colabora en ello con otros compañeros ("conjuntamente"): es siempre la figura central de la acción de ejecución, pudiendo en el caso últimamente mencionado de la coautoría estar también varias personas en el centro del acontecer.

Ciertamente, el criterio de la figura central no es un concepto del que puedan deducirse delimitaciones concretas. Más bien se trata de un baremo de diferenciación que sólo puede desarrollarse y concretarse paso a paso de la mano de las circunstancias reales de la actuación delictiva. Eso se hará a continuación. Y al hacerlo se pondrá de relieve que la figura central no se determina de igual manera en todos los tipos. 12

En la mayoría de los delitos el criterio decisivo para la autoría es, según una doctrina hoy totalmente dominante y formulada por primera vez de forma completa por mí[16], el **"dominio del hecho"**: figura central del suceso delictivo es quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito, mientras que los partícipes, si bien ejercen igualmente influencia en el acontecer, sin embargo no configuran de manera decisiva o determinante su ejecución. Hablo en este caso de **"delitos de dominio"**. En los delitos comunes como homicidios, lesiones, daños, hurto, etc. es siempre figura central y con ello autor quien por sí solo o con otros posee el dominio del hecho. 13

Pero también existen delitos en los que en el centro de la realización típica sólo aparece quien ha infringido un deber personal que no incumbe a cualquiera. A estos delitos los denomino **"delitos de infracción de deber"**. Así, por ejemplo, en el tipo de administración o gestión desleal (§ 266) no se describe la acción típica, como en los delitos de dominio, mediante determinados comportamientos externos, sino a través de la infracción de un deber de administrar correctamente el patrimonio. En estos casos es autor (= figura central del suceso delictivo) quien realiza* el resultado (de la forma que sea) mediante la infracción de su deber especial específico para el tipo, mientras que alguien a quien no incumba este deber (o sea, p. ej., quien no tiene deber de administrar correctamente el patrimonio en relación con la 14

---

[16] En mi libro "Täterschaft und Tatherrschaft", 1ª, 1963-7ª, 2000 [existe hoy una 8ª ed., 2006; hay traducción al español de la 7ª ed. alemana de *Cuello Contreras/Serrano González de Murillo*, 2000. N. del T.].

* *Roxin* utiliza aquí el verbo *"verletzen"* ("wer den Erfolg ... verletzt"), pero entiendo que se trata de una errata motivada por la continua utilización de ese verbo (con el significado de infringir –un deber-) y sus derivados en este nm. Pero en relación con el resultado (Erfolg) no parece tener sentido, sino que seguramente el verbo adecuado sería *verwirklichen* (realizar, como he traducido para restar carga causal a la frase), *herbeiführen* (provocar, causar, producir) o similar [N. del T.].

víctima) no puede ser más que partícipe, con total independencia de la importancia de su contribución externa al hecho.

15 Una tercera forma de autoría viene representada por los **delitos de propia mano**, en los que no puede ser contemplado como figura central de la ejecución del delito más que quien realiza de propia mano el tipo. Así sucede, p. ej., en el delito de embriaguez plena o absoluta [colocarse en estado de ebriedad o similar y cometer en él un delito por el que no puede castigársele por faltar o no poder excluirse que falte la imputabilidad] (§ 323 a), en el que sólo puede ser autor "quien se ... coloca en un estado de ebriedad". Quien coloca a otro en un estado de ebriedad puede dominar por completo el suceso ocultando a la víctima el carácter embriagante de la bebida que se le sirve. Pero con ello no puede convertirse en autor, por lo que la autoría mediata y la coautoría no de propia mano no pueden producirse en los deltios de propia mano.

16 De acuerdo con esta tripartición en delitos de dominio, delitos de infracción de deber y delitos de propia mano se expondrá la teoría de la autoría en las tres secciones siguientes (C, nm. 38 ss.; D, nm. 267 ss.; E, nm. 288 ss.). Frente a ello, si bien en la jurispr. y la doctrina un sector admite asimismo los delitos delitos de infracción de deber y los delitos de propia mano, estos se tratan sin embargo de manera sólo muy marginal. En primer plano de la discusión aparece la cuestión de si autoría y participación han de delimitarse conforme a la teoría ya mencionada del dominio del hecho o conforme a la llamada teoría subjetiva, que dominó en la jurispr. del BGH y que aún hoy desempeña también un papel cambiante en la jurisprudencia. Esto se expondrá en primer lugar.

II. La mezcolanza de la doctrina del dominio del hecho y la teoría subjetiva

17 Hoy en día ya tan sólo están en disputa en lo esencial dos concepciones en torno a la delimitación entre autoría y participación: la **teoría del dominio del hecho**, absolutamente dominante en la doctrina, y la **teoría subjetiva de la participación**. La teoría del dominio del hecho sólo surge en los años treinta de nuestro siglo* a partir de enfoques diversos[17] y se ha ido imponiendo cada vez más. Como ya se ha mencionado, contempla, entre varios intervinientes, sólo como a autor a aquel que domina el hecho, es decir, desempeña el papel decisivo o determinante en la realización del tipo. La teoría subjetiva, que siempre fue discutida en la doctrina científica, pero que ha sido defendida por la jurisprudencia constantemente desde 1871[18], caracteriza por

---

* Evidentemente *Roxin* se refiere al siglo XX, aunque el original alemán de esta obra (y, por supuesto, la presente traducción) se publicara ya en el XXI [N. del T.].

[17] Con más detalle *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 60 ss.

[18] Sobre su evolución *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 51 ss.

el contrario al autor mediante la "**voluntad de autor**" (*animus auctoris*) y al partícipe mediante la "**voluntad de partícipe**" (*animus socii*). No obstante, lo que haya de entenderse por tal "dirección de la voluntad" ha variado mucho a lo largo del tiempo. La jurisprudencia reciente ha entremezclado tanto el concepto de voluntad de autor con elementos de la teoría del dominio del hecho que puede hablarse de un acercamiento significativo de las posiciones en disputa. Esto requiere una exposición más detallada, porque sólo puede comprenderse a partir del trasfondo de la evolución histórica del actual estado de la discusión y sólo así puede fundamentarse la solución propia.

III. La teoría subjetiva en su forma original

A la determinación de la "voluntad de autor", que representa el elemento 18
decisivo de delimitación para la teoría subjetiva, dedicaron sus esfuerzos al principio sobre todo la teoría del dolo (o del *dolus**) y la del interés. Según la **teoría del dolo (o del *dolus*)**, el autor posee una voluntad independiente y el partícipe una voluntad dependiente. En este sentido, el juez asesor del Reichsgericht *v. Buri*, que ejerció una notable influencia en la jurispr. del RG en sus comienzos, enseñaba[19]: "La diferencia entre el autor [*Urheber*[20]] y el cómplice sólo puede encontrarse en la independencia de la voluntad de autor y la dependencia de la de cómplice. El cómplice quiere el resultado sólo para el caso de que el autor lo quiera y, para el caso de que el autor no lo quiera, él tampoco lo quiere. Por tanto, debe dejar a criterio del autor la decisión de si el resultado debe producirse o no". Por consiguiente, en el fallo RGSt 3, 181 ss. (182 s.), fundamental para la jurispr. que siguió, se lee "que el cómplice sólo puede poseer una voluntad dependiente de la del autor, es decir, que somete su voluntad a la del autor de tal manera que deja a criterio de este si el hecho ha de llegar a la consumación o no. En contraposición a esta voluntad dependiente del cómplice, el coautor no reconoce o acepta una voluntad que domine la suya".

---

* Aunque en España lo habitual es hablar de la teoría del dolo como una de las variantes de la teoría subjetiva en materia de autoría y participación, hago la doble traducción porque *Roxin* habla aquí de *Dolustheorie* (con el término latino para referirse a dolo) y no de *Vorsatztheorie*, como sí hace en relación con la teoría del dolo (la contrapuesta a la de la culpabilidad) en materia de error de prohibición: v., p. ej., *Roxin*, AT I, 3ª, § 7, nm. 38 s., § 21, nm. 6 ss. [PG I, § 7, nm. 37 s., § 21, nm. 6 ss.], entre otros lugares. Aunque es difícil que se produzca una confusión entre las dos teorías del dolo (en materia de intervención delictiva plural y en materia de error), la doble traducción aquí utilizada la evitaría en todo caso.

[19] *v. Buri*, 1885, 41; cfr. además *el mismo*, 1860; *el mismo*, 1873; *el mismo*, GA 17 (1869), 233, 305.

[20] Conforme al uso actual del lenguaje: el autor [*Täter*; he traducido las dos palabras alemanas por autor, pues en España no existió, que yo sepa, una diferencia terminológica similar a la alemana; la palabra que usa en el texto *v. Buri*, *Urheber* (artífice, autor, causante) era frecuente en su época (a veces con un significado más amplio que el de la actual autoría), pero desde hace tiempo sólo se utiliza, en el contexto que nos interesa (pues en otros, como el de los derechos de autor, sigue empleándose *Urheber*), *Täter*: N. del T.].

19 De un modo diferente, la **teoría del interés** parte de la base de que la voluntad de autor se caracterizaría por el interés propio en el hecho y la de partícipe por la falta de tal interés. Así, en el llamativo **"caso de la bañera"** (RGSt 74, 85; con más detalle nm. 39), el RG explicaba: "El que alguien quiera el hecho como propio depende prioritaria, aunque no exclusivamente, del grado de su interés en el resultado". Dado que los procesos internos que determinan el "dejar al criterio de" y el "grado de interés" son difícilmente comprobables *a posteriori*, la cuestión de si alguien quiso el hecho"como propio" o "como ajeno" se juzga a menudo en la jurispr. también por la medida de punibilidad o merecimiento de pena o de peligrosidad que se aprecia y se reviste sólo formularia o estereotipadamente con las expresiones la teoría subjetiva.

20 En la discusión actual perviven aún los elementos de la teoría subjetiva original de dos maneras. La teoría del dolo (o del *dolus*), con el criterio de la "subordinación de la voluntad", puede contemplarse como precursora de la teoría del dominio del hecho. Pues puede defenderse la opinión de que los inductores y los cooperadores o cómplices (deben) subordinar su voluntad a la del autor, (deben) "dejar a su criterio" la comisión del hecho, porque es él el que decide sobre la ejecución y, con ello, posee el dominio del hecho. Con este modo de entenderla, la teoría del dolo (o del *dolus*) sería una especie de variante subjetiva de la teoría del dominio del hecho, en tanto que no se basa inmediatamente en las relaciones objetivas de poder, sino en su efecto sobre la voluntad de los intervinientes (y así, sin embargo, mediatamente en ellas). Por otra parte, desde la teoría del interés no hay camino que conduzca a la teoría del dominio del hecho. Pero ha mantenido su relevancia por el hecho de que la jurispr. actual sigue viendo en el interés propio un indicio importante (junto a otros) para la determinación de la autoría (nm. 22, 26).

21 Al margen de lo anterior, la antigua teoría subjetiva, como concepción teórica, ya no constituye una base adecuada de la doctrina de la autoría. Su fundamento es el positivismo naturalista del siglo XIX, que creía que también en las ciencias del espíritu había que recurrir a "leyes naturales" como la causalidad e ignoraba otras diferencias en el mundo fenomenológico objetivo no comprensibles como propias de las ciencias naturales. Puesto que autoría, inducción y cooperación o complicidad son igualmente causales para el resultado, o sea, no surgen diferenciaciones en este aspecto, la delimitación debería buscarse necesariamente en la parte subjetiva. En lo anterior se manifiesta una posición metodológica superada: las delimitaciones jurídicas deben efectuarse conforme a criterios político-criminales jurídicos y precisamente no con ayuda de categorías ajenas al Derecho procedentes de otros ámbitos de la existencia o el ser (cfr. *Roxin*, AT I, 2ª [PG I], § 7, nm. 40, 45, 50 ss.). Este inadecuado punto de partida induce también a error en el plano dogmático. Pues, como en la época de la estructura "clásica" del sistema, en la que se produce el apogeo de esta teoría, todos los elementos

psíquicos se adscribían sistemáticamente a la culpabilidad (cfr. *Roxin*, AT 1, 3ª, § 7, nm. 13, 18 [PG I, § 7, nm. 12, 17]), pareció lógico para la jurisprudencia reducir la "voluntad de autor" a consideraciones de punibilidad o merecimiento de pena relacionadas con la culpabilidad, que aproximaron la determinación de la autoría a un acto de discrecionalidad o arbitrio judicial (cfr. ya nm. 19) y que hicieron que casi cayera en el olvido la idea hoy en día segura de que autoría y participación son manifestaciones o formas de aparición del injusto.

IV. La "teoría normativa de la combinación" de la jurispr. actual

La jurispr. del BGH[21] se ha ido apartando cada vez más de la teoría subje- 22
tiva en el sentido estricto de la palabra y, en relación con la más importante delimitación para la praxis, la de coautoría y cooperación o complicidad, ha pasado a sostener una "teoría normativa de la combinación" que no entiende ya la voluntad de autor como algo psíquicamente constatable, sino que la atribuye valorativamente sobre la base de una combinación de distintos indicios: El punto de partida de esta evolución lo constituye una rsentencia de la Sala 5ª (BGH JR 1955, 304 s.) en la que se dice que la voluntad de autor no es "un hecho interior, que el juez de instancia (encargado de fijar los hechos probados) pueda constatar de manera vinculante. Se trata más bien de un juicio valorativo. Para este constituye un indicio importante hasta dónde ha codominado el curso del suceso el interviniente, de modo que acontecer y resultado del hecho dependan también de manera determinante de su voluntad". Este punto de partida se concretó en la doctrina posterior de los tribunales y se ha consolidado ya entretanto como jurispr. constante. Según ella, la cuestión de si alguien tiene voluntad de autor ha de juzgarse en una contemplación valorativa "según el conjunto de circunstancias". Los indicios esenciales para esta valoración radican "en el grado de interés propio en el resultado del hecho, en la magnitud de la intervención en el hecho y en el dominio del hecho o, al menos, en la voluntad de dominio del hecho, de modo que realización y desenlace o resultado del hecho dependan de forma determinante de voluntad del acusado" (BGH StV 1981, 275 s.)[22].

---

[21] Una exposición cronológica y un análisis de todas las resol. esenciales los proporciona *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 90-106, 557-643; *el mismo* ofrece en LK, 11ª, § 25, nm. 16-29, un resumen de la evolución con amplias referencias; igualmente *el mismo*, en BGH-FS, Bd. IV, 2000, 177.

[22] En el mismo sentido las resoluciones del BGH en GA 1977, 306; NJW 1979, 1259; StV 1982, 17; NStZ 1982, 243; StV 1983, 501; GA 1984, 287; NStZ 1985, 165; 1987, 224 s..; 1987, 364; 1988, 507; 1990, 80; 1990, 130; 1991, 91; 1991, 280; wistra 1992, 181; StV 1992, 579; BGHSt 39, 381; StV 1993, 474; NStZ 1993, 444; StV 1994, 22; 1994, 421; 1994, 422; NStZ 1994, 92; BGHSt 40, 218; 40, 257; NStZ 1995, 285; StV 1995, 197; 1995, 198; 1995, 624; 1997, 411; 1997, 544; StraFo 1998, 166; NStZ 1998, 136 = StV 1998, 540; StV 1999, 429 = NStZ 1999, 451; NStZ-RR 1999, 186 = StV 1999, 427; StV 1999, 435; NStZ 2000, 482; 2000, 278; wistra 2001, 420; NStZ-RR 2001, 148.

23 Esta línea más reciente del BGH se encuentra en el medio de la teoría subjetiva original y de la doctrina del dominio del hecho. Ha conservado de la teoría subjetiva el término de la voluntad de autor y el interés propio como criterio importante de delimitación y deja entrever todavía también la teoría del dolo (o del *dolus*), con la mención separada de la voluntad de dominio del hecho. Pero incluye también con el mismo rango el dominio del hecho como criterio de juicio o valoración y, además, los elementos adicionalmente nombrados de la "magnitud de la intervención en el hecho" y de la "voluntad de dominio del hecho" no pueden sino interpretarse como indicios del propio dominio del hecho. En la autoría inmediata (nm. 38 ss.) y mediata (nm. 45 ss.) se destaca aún de forma más pronunciada el apoyo en la teoría del dominio del hecho.

24 La "teoría normativa de la combinación", como aquella en que se manifiesta hoy la teoría subjetiva, no está ya sometida a las objeciones contra la teoría subjetiva en su forma original (nm. 21). Pues aquella se orienta por criterios valorativos de tipo prioritariamente objetivo; y también sus "indicios" psíquico-internos (voluntad de dominio del hecho, interés) pueden adscribirse sin más al tipo subjetivo, tal y como se entiende modernamente, y así la libran de la confusión con factores relativos a la culpabilidad y a la determinación de la pena.

25 Su debilidad decisiva reside sin embargo en que los criterios valorativos por los que habría de determinarse la autoría ni se mencionan de forma concluyente ni se colocan en un orden o se someten siquiera a un principio rector. No queda claro por qué son tan esenciales precisamente esos elementos y cómo deben ponderarse. De ello se deriva una considerable inseguridad en la delimitación que resulta extrema sobre todo cuando alguien actúa con fuerte interés propio, pero sin dominio del hecho, o con dominio del hecho, pero sin especial interés propio. Queda abierto o sin resolver el que el juez entonces dé prioridad a este o aquel criterio, de modo que también conforme a la teoría normativa de la combinación se pueden fundamentar resultados contradictorios o contrapuestos con el mismo, y por tanto escaso, grado de plausibilidad.

26 A ello se añade que el criterio del interés resulta totalmente inidóneo como "indicio o punto de referencia esencial" para la delimitación de autoría y participación. En primer lugar, contradice el tenor literal de la ley, que atiende a la "comisión" (por sí mismo, a través de otro o conjuntamente) del hecho (§ 25); no se ve cómo pueda determinarse este elemento objetivo conforme al interés subjetivo. Carece también de aptitud para delimitar. Pues en el caso normal uno interviene en un delito (aunque sea como inductor o cooperador o cómplice) exclusivamente cuando tiene algún interés en él. Mas lo que por regla general vale para todos los intervinientes no sirve para diferenciarlos y ha de da lugar a una ampliación excesiva de la autoría. Por fin, también contradice el empleo del interés propio como criterio de auto-

ría la circunstancia de que varios tipos (como los de los §§ 259 [receptación] y 263 [estafa]) incluyan expresamente la actuación en interés de tercero y el que, por lo demás, el autor individual evidentemente no pueda escapar de su condición de autor y alcanzar la impunidad por el hecho de actuar en interés de otro.

V. El dominio del hecho como única característica o elemento de la autoría en los delitos comunes

27 De manera correcta, la autoría habrá de determinarse en los casos normales[23] a través del dominio del hecho –y sólo a través de él-. Posee el dominio del hecho y es autor quien en la realización del delito aparece como **figura clave**, como **personaje central** por su influencia determinante o decisiva en el acontecimiento. En esta perífrasis no se contiene una definición de la autoría, sino, como se expuso (nm. 12), sólo un baremo rector que ha de concretarse con ayuda de las diferentes configuraciones del supuesto de hecho[24]. El legislador ha dado el primer paso al efecto al distinguir tres formas de autoría: la autoría inmediata ("quien comete por sí mismo el hecho delictivo", § 25 I, 1ª alternativa), la autoría mediata ("quien comete el hecho delictivo a través de otro", § 25 I, 2ª alternativa) y la coautoría ("[si] varios cometen conjuntamente el hecho delictivo", § 25 II).

28 A esta tríada se corresponden tres formas de dominio del hecho. En primer lugar, se puede dominar el hecho llevando a cabo su ejecución de propia mano (más precisamente: de propio cuerpo, con el propio cuerpo) y convirtiéndose así a través de su acción en el centro del acontecimiento (**dominio de la acción** que caracteriza a la **autoría inmediata**). En segundo lugar, se puede dominar el acontecimiento, sin tener que participar en [el momento de] la realización típica o colaborar de otra manera, dominando al ejecutor, v. gr. mediante fuerza o engaño (**dominio de la voluntad** que confiere su impronta a la **autoría mediata**). Y, en tercer lugar, se puede dominar la realización típica desempeñando, en división del trabajo con otros, una función esencial para el éxito del hecho en la ejecución (**dominio funcional** que constituye la esencia de la **coautoría**). Estas tres formas básicas de dominio del hecho requieren a su vez de una diferenciación que se ha de abordar en discusión con jurispr. y doctrina y que se añadirá [aquí] tras aclarar los aspectos fundamentales.

29 Contemplada desde el punto de vista dogmático, la teoría del dominio del hecho se basa en el entendimiento de la autoría como una **realización del tipo en sentido material**. Hacia 1930 todavía dominaba en la litera-

---

[23] Es decir, salvo en los delito de infracción de deber (nm. 267 ss.) y los delitos de propia mano (nm. 288 ss.).

[24] Sobre la fundamentación metodológica de tal proceso y sobre el dominio del hecho como concepto concreto dialéctico *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 528 ss.

tura científica la llamada **teoría objetivo-formal**[25], que pretendía admitir como autoría sólo la realización de propia mano del tipo (o sea, la actual autoría inmediata). Este criterio formal del carácter de propia mano, si bien se adecúa plenamente a la orientación del concepto de autor al tipo y comprende también un prototipo de la autoría, es sin embargo demasiado estrecho y, como muestra el tenor literal del § 25, tampoco es ya compatible hoy con la ley. Pues en sentido material cumple o encaja en el tipo también quien tiene en sus manos de otra manera su realización. Quien pistola en mano coacciona u obliga a una falsificación documental es, conforme a su papel en el acontecer de la acción, el auténtico falsificador y, por ello, autor (mediato) aun cuando no haya puesto la pluma sobre el papel. Y quien chocando contra el coche de la víctima lo detiene, ha asesinado conjuntamente con otro (como coautor), aun cuando este otro sea el que realice el disparo mortal inmediatamente después conforme a lo acordado.

30 En perspectiva histórica, la teoría del dominio del hecho es sin embargo un desarrollo de enfoques tanto subjetivos como objetivos, de modo que representa realmente una síntesis de las concepciones con anterioridad extremadamente divergentes y debe también seguramente a esta conciliación de los contrarios el haberse impuesto ampliamente. Halló su primera formulación en el año 1933 en *Lobe*[26], en quien se lee: "Lo esencial para la autoría ... no es sólo la concurrencia de una voluntad cuyo contenido sea cometer el hecho como propio, sino que debe además producirse la realización de esta voluntad de tal modo que se ejecute bajo su dominio, que la voluntad domine y dirija también la ejecución que sirve a su realización ... En la participación falta el dominio de la acción ejecutiva que persigue la producción del resultado ...". Aquí se complementa por tanto la teoría del dolo (o del *dolus*), de cuyo parentesco con la teoría del dominio del hecho ya se ha advertido (nm. 20), mediante su componente objetivo.

31 Mientras que las explicaciones de *Lobe* se quedaron sin resonancia, *Welzel* desarrolló después, en el año 1939[27], el concepto del "dominio final del hecho" y contribuyó de manera esencial a la imposición de la teoría del dominio del hecho mediante la conexión de la teoría de la autoría con el debate acerca del finalismo[28], entonces en el centro de la discusión. "El criterio esencial del dominio del hecho no es una vaga voluntad de autor, sino el verdadero dominio final del hecho", se lee en él[29]. "Al respecto, corresponde el dominio del hecho a aquel que, con consciencia de la finalidad, lleva su resolución de voluntad a la realización". Sin embargo, con el criterio

---

[25] Con más detalle *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 34 ss.

[26] *Lobe*, 1933, 122 s.

[27] En sus "Studien zum System des Strafrechts" ["Estudios sobre el sistema del Derecho penal", N. del T.], ZStW 58 (1939), 491 ss. (539 ss.).

[28] Al respecto *Roxin*, AT I, 2ª [PG I], § 7, nm.. 15, 19; § 8, nm. 16 ss.

[29] *Welzel*, ZStW 58 (1939), 543.

de la finalidad sólo puede explicarse que en los hechos imprudentes (y, por lo tanto, no finales) no es posible ningún dominio del hecho y por tanto tampoco ninguna distinción entre autoría y participación, mientras que en los delitos dolosos autores, inductores y cooperadores o cómplices actúan de igual manera finalmente y por ello no pueden distinguirse con ayuda de este elemento. En todo caso, *Welzel* también deriva su teoría de aspectos subjetivos.

Sólo *Gallas*[30], en los primeros tiempos de la posguerra, intentó deter- 32
minar por primera vez de forma mucho más concreta que *Lobe* y *Welzel* el concepto de dominio del hecho desde un punto de partida objetivo. Usó el concepto de dominio del hecho como "baremo para una interpretación, 'relajada' de la conducta típica", como sucede también en el presente libro (nm. 29). También le debe mucho a *Gallas* mi propia obra sobre "Täterschaft und Tatherrschaft" ["Autoría y dominio del hecho"] (1963, 7ª 2000 [8ª 2006]), que intentó por primera vez elaborar de manera completa en forma de monografía el concepto de dominio del hecho y los límites de su aplicabilidad. Hoy casi toda la literatura científica sigue la teoría del dominio del hecho[31].

VI. Otras teorías delimitadoras

1. La teoría subjetiva en la doctrina científica

Prescindiendo de los delitos de infracción de deber y de los delitos de pro- 33
pia mano, la delimitación de autoría y participación en los hechos dolosos ha de realizarse por consiguiente conforme al baremo del dominio del hecho.

---

[30] *Gallas*, 1954, 121; *el mismo*, ZStW-Sonderheft 1957, 3 (la cita se encuentra en p. 14).

[31] *Blei*, AT, 18ª, §§ 71 II, 78 III 1; *Bloy*, 1985; *Bockelmann/Volk*, AT, 4ª, §§ 22 I 3, 23 II 1-4; *Bottke*, 1992, 35 ss.; LK-*Busch*, 9ª, Com. Previo al § 47, nm. 13; *Dreher*, Prot. V. WP., 91. Sitzung [sesión 91ª], 1826; *Ebert*, AT, 3ª, 189 ss., 190 ss.; *Eser*, StrafR II, 3ª, Fall [caso] 37, nm. 14 ss.; *Gropp*, AT, 2ª, § 10, nm. 34 ss., 38; *Herzberg*, 1977, passim; SK-*Hoyer*, 7ª, antes del § 25, nm. 11 ss.; *Jakobs*, AT, 2ª, 21/35 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 61 V; *Joecks*, 3ª, § 25, nm. 5 ss. (6); *Kindhäuser*, StGB, antes del § 25, nm. 22 ss., 32 ss. (sin toma de postura del todo inequívoca); *Kohlrausch/Lange*, StGB, 43ª, antes del § 47 I 4, § 47 I; *Krey*, AT/2, nm. 48 ss.; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 25 ss., 29; *Lackner/Kühl*, 24ª, antes del § 25, nm. 6; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, § 47, nm. 84 ss.; *Murmann*, 1993; *Neumann*, JuS 1993, 747; *Otto*, AT, 6ª, § 21 II 2, 3; *Preisendanz*, 30ª, antes del § 25, 2 b bb; *Renzikowski*, 1997; *Samson*, StrafR I, 7ª, Fall [caso] 39; *Sax*, JZ 1963, 329 ss.; *Schild*, 1994; *Schroeder*, 1965; *Schünemann*, GA 1986, 327 ss.; *Seelmann*, JuS 1980, 573; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 15 ss., 16; *Welzel*, StrafR, 11ª, 100; *Wessels/Beulke*, 31ª, nm. 517 ss.; ahora también *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, antes de los §§ 25 ss., nm. 64 ss. A favor del dominio del hecho desde el punto de vista del Derecho suizo *Huber*, 1995, 72 y *pass.* ("el criterio correcto para la delimitación del círculo de la autoría"). *Bolowich*, 1995, 185 y *pass.* reconoce en la teoría del dominio del hecho "elementos importantes para la comprensión con sentido de las estructuras humanas de intervención pluripersonal", pero censura que "no atribuya importancia a la comprensión o entendimiento reflexivo de los intervinientes". Sobre los defensores más antiguos de la teoría del dominio del hecho, cfr. *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 60-89.

Ello se corresponde con la op. muy ampliamente dom. (sin perjuicio de algunas cuestiones concretas discutidas). Como representantes de la teoría subjetiva[32] en la tratadística ya sólo puede considerarse a *Baumann/Weber*[33]. Pero cuando dicen "que, a la vista de la equivalencia de todas las condiciones para la causación del resultado, sólo una delimitación subjetiva augura éxito", quedan presos de un pensamiento causal hoy superado (cfr. nm. 21). Y cuando se lee: "No puede ser que se contemple como autor a aquel que únicamente pretende fomentar un hecho delictivo ajeno, pero al que por cualesquiera casualidades le corresponde el dominio del hecho. Se le imputaría así una culpabilidad que no tiene", se trata de un modo equivocado de ver las cosas. Pues, en primer lugar, a nadie le puede "corresponder" inadvertidamente contra su voluntad el dominio del hecho, sino que sólo se tiene en tanto se asume y ejercita actuando activamente. Y, en segundo lugar, en la autoría se trata en primera instancia de una conducta que se ha de adscribir sistemáticamente al tipo y no de un problema de culpabilidad.

2. La teoría de la totalidad

34 *Schmidhäuser*[34] defiende una "teoría de la totalidad o globalidad" en la que, para la delimitación de autoría y participación, no debe "ser nunca decisivo un único momento individual, sino ... cada momento individual sólo dentro del contexto total o global". Menciona, en una enumeración no cerrada, 16 de tales "momentos", como la presencia en el lugar del hecho, la magnitud de la aportación, el interés, la planificación del hecho, etc. y opina que, en la determinación de la autoría, puede ser decisivo una vez este y otra vez aquel otro momento. Ello deja la delimitación de autoría y participación en gran medida al arbitrio del juez, tiene algo de irracional debido a que atiende a una visión global que se produce sin baremo rector y vulnera el principio *nullum crimen sine lege*. Por ello esta teoría no ha podido conseguir casi ningún seguidor[35]. El intento posterior de *Schmidhäuser*[36] de entender también el dominio del hecho sólo como un "falso nombre" para el método delimitador global o total por él defendido fracasa a causa de las diferencias fundamentales entre ambas concepciones. Pues el dominio del hecho posee, con su diferenciación entre dominio de la acción, dominio de la voluntad

---

[32] No obstante, algunos autores defienden una teoría del dominio del hecho que, por razones condicionadas históricamente (cfr. nm. 30 s.), presenta trazas de la teoría subjetiva. Ello se tendrá en cuenta en la exposición de la teoría del dominio del hecho.

[33] *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 29 III 2 d; de aquí son también las citas. También los discípulos de *Baumann, Weber* (1976, 296 ss., 327 ss.) y *Arzt* (JA 1980, 553, 556; JZ 1981, 412, 414; StV 1986, 337), parten de la teoría subjetiva.

[34] *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 14/156 ss. (la cita en 14/157); *el mismo*, StuB AT, 2ª, 10/46; similar, pero más próximos a la teoría normativa de la combinación de la jurispr., *Geerds*, Jura 1990, 176; *Köhler*, AT, 497 ss.

[35] Crít. *Roxin*, ZStW 83 (1971), 394 ss.; *Küpper*, GA 1986, 443 s.; *Bloy*, 1985, 370 ss.; *Stein*, 1988, 121 ss.; *Bottke*, 1992, 39 s.

[36] *Schmidhäuser*, Stree/Wessels-FS, 1993, 343.

(con sus subdivisiones) y dominio funcional del hecho, una estructura muy clara que conduce a resultados precisos, que justamente le falta a la teoría de la totalidad o globalidad[37].

3. La diferenciación según la perentoriedad de la norma de conducta

Por último, *Stein* ha presentado una concepción totalmente novedosa[38]. Distingue entre autores, inductores y cómplices no según que dominen o no dominen el acontecer del hecho que conduce al resultado, sino según las "normas de conducta" diferenciadas que infrinjan. Estas normas de conducta serían de distinta "perentoriedad o urgencia" y para el partícipe serían en principio menos perentorias que para el autor, porque el deber de impedir lesiones de bienes jurídicos impuesto al autor erigiría un "muro de protección o dique" para el objeto del bien jurídico[39]. Ciertamente, la norma de conducta del inductor estaría provista de la misma perentoriedad que la norma de conducta del autor, como demostraría la igual punición al autor; pero ello se debería a que el inductor mermaría la motivación fiel al Derecho del autor y así "perforaría" el muro de protección o dique erigido ante el bien jurídico. 35

Las repercusiones prácticas de esta concepción, que coinciden en parte con las de la teoría del dominio del hecho, sólo pueden ser tratadas en los correspondientes contextos. Una objeción fundamental contra ella radica en que no se puede reducir tipo y formas de intervención a la infracción de la norma de conducta o al desvalor de acción, sino que el resultado forma parte inseparablemente de la acción del autor y de la del partícipe[40]. Las diferencias de conducta pueden influir en la "forma de intervención" sólo en la medida en que repercutan en el resultado típico; al respecto es más adecuado el principio del dominio del hecho que una "teoría de la norma de conducta" flotante desvinculada del resultado. También parece poco plausible la idea de que la distinta perentoriedad o urgencia de las normas de conducta haya de cargar con la delimitación de autoría y participación. Pues, prescindiendo de que en el caso de la autoría y la inducción no se puede deducir de las conminaciones de pena una perentoriedad distinta, las normas sólo pueden prohibir u ordenar algo y no permiten al hacerlo un más o un menos. Su mandato rige totalmente y no está abierto a escalas de perentoriedad. Sólo es distinto el **merecimiento de pena** de la correspondiente infracción de la norma y por ello (y no por diferentes grados de intensidad de la norma) se explican las distintas magnitudes o cuantías de pena[41]. 36

---

[37] Cfr. al respecto además *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 646 s.

[38] *Stein*, 1988.

[39] *Stein*, 1988, 241; la siguiente cita en 242 s.

[40] Con más detalle *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 10, nm. 88 ss.

[41] Más detallada y extensamente sobre *Stein*: *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 647 ss. El análisis –con rechazo crítico- más a fondo de *Stein* lo ofrece *Küper*, ZStW 105 (1993), 445 ss. Cfr. sobre *Stein* además –igualmente críticos– *Bottke*, 1992, 43; *Lesch*, 1992, 224 ss.; *Renzikowski*, 1997, 25 s.

4. Otras concepciones recientes

37 La literatura científica de los diez últimos años ha producido otros varios criterios que se apartan de la teoría del dominio del hecho en su fundamentación teórica, pero que se aproximan mucho a ella en sus resultados prácticos. Ello vale para el intento de *Köhler*, basado en la filosofía idealista, de deducir la delimitación de autoría y participación de las "peculiaridades del contexto o relación de conductas entre sujetos libres"[42], para los esfuerzos de *Freund*[43] por entender la autoría, con ayuda de la teoría objetivo-formal, como "cada conducta típica específica" y para el intento de *Heinrich*[44] de determinar la autoría como "titularidad o capacidad de decisión". Dado que sin embargo estas concepciones sólo se apartan en lo esencial de la teoría del dominio del hecho en sus resultados prácticos en concretas manifestaciones o formas de aparición de la autoría (*Köhler* en la autoría mediata, *Freund* en la coautoría), la discusión con ellos habrá de tener lugar allí donde las divergencias resulten relevantes (cfr. sobre *Köhler* nm. 178 ss., sobre *Freund* nm. 259 ss., sobre *Heinrich nm.* 183 ss., 263 s.). También el intento, cercano a la teoría del dominio del hecho, pero no plenamente idéntico a ella en sus premisas, de delimitar la autoría mediata a través de los principios de "autonomía" (*M.-K. Meyer*[45], *Renzikowski*[46]) o "autorresponsabilidad" (*Schumann*[47]), habrá de tratarse sólo en el marco de esta forma de autoría (cfr. nm. 174, 175 ss., 182).

C. Delitos de dominio

I. La autoría inmediata como dominio de la acción

38 En primer lugar es autor quien –sea solo, sea con intervención de varios– cumple o realiza el tipo global mediante propia actividad corporal (es decir, por regla general, de propia mano). No se puede dominar mejor un hecho que cuando lo ejecuta uno mismo. En la autoría inmediata el dominio le viene dado al ejecutor por la realización de la acción que se corresponde con el tipo; por ello hablo de **"dominio de la acción"**[48]. Se trata en este caso del

---

[42] *Köhler*, AT, 488; con más detalle al respecto *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 649 ss.

[43] *Freund*, AT, § 10, nm. 51; con más detalle al respecto *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 651 ss.

[44] *Heinrich*, 2002 (cfr. *loc. cit.*, 182, 195: "Titular de o capacitado para la decisión y con ello autor es quien como destinatario de la norma adopta una decisión dirigida al tipo de modo que se ha de atribuir precisamente a su realización o puesta en práctica inmediata el acontecer tocante o correspondiente al tipo del que se trate").

[45] *M.-K. Meyer*, 1984.

[46] *Renzikowski*, 1997.

[47] *Schumann*, 1986.

[48] La expresión es acogida por *Ebert*, AT, 3ª, 190; *Freund*, AT, § 10, nm. 42; *Herzberg*, 1977, § 3 III 3; SK-*Hoyer*, 7ª, § 25, nm. 13; *Jakobs*, AT, 2ª, 21/35; *Krey*, AT/2, § 27, nm. 94; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 46; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 538.

tipo de autoría más obvio, porque esta forma de dominio se corresponde del modo más claro posible con el entendimiento de la autoría como realización del tipo. La admisión de autoría en caso de realización de propia mano del tipo se confirma por el tenor literal de la ley, que atribuye la autoría a quien "comete ... por sí mismo" el hecho.

Sin embargo, la aparente evidencia de la autoría en estos casos no resultó ob- 39
via en modo alguno para la jurispr. durante mucho tiempo y no es reconocida por ella hasta hoy sin excepciones. Pues si, a partir del punto de vista de la teoría subjetiva (nm. 18 s.), se pone en primer plano el criterio del interés y en caso de actuación en interés ajeno a ser posible se considera existente además una subordinación de la voluntad, se ha de llegar a la conclusión de que también quien ejecuta solo el hecho es únicamente cómplice cuando actúa para otro y convierte su hacer en dependiente de los deseos de este. Así, en el muy citado **caso "de la bañera"** (RGSt 74, 84)[49] la hermana de la madre del niño había ahogado de propia mano en la bañera al niño recién nacido, a petición y en interés de esta. El RG no lo considero suficiente para condenarla como autora[50] y atendió a "si quiso como propia la acción de matar o solamente pretendió apoyar el hecho de su hermana (scil. la madre del niño)" (cfr. ya nm. 19). En caso de mera voluntad de apoyar personalmente desinteresada, la muerte llevada a cabo de propia mano sólo fundamentaría una complicidad.

En un primer momento el BGH siguió parcialmente a esta jurispr. No 40
obstante, la Sala 5ª se había apartado inicialmente de ella de manera expresa y había fallado con claro acercamiento a la teoría del dominio del hecho (BGHSt 8, 393): "Quien mata de propia mano a un ser humano es por principio también autor cuando lo hace bajo la influencia y en presencia de otro sólo en interés de este (contra RGSt 74, 84)". El conocido **caso "Staschyinskij"** (BGH 18, 87) provocó sin embargo después un vuelco que retrotajo a la jurispr. posterior ampliamente al subjetivismo. Un agente soviético había matado de propia mano con una pistola con veneno, por encargo de su servicio secreto, a dos políticos exiliados en la República Federal [de Alemania], pero más tarde había huido del ámbito de influencia soviético y se había entregado a la policía alemana. El BGH lo consideró culpable sólo de una complicidad en el asesinato[51]. Por adhesión a esto, en los procesos contra delitos violentos NS [del nacional-socialismo, de la época del nacional-socialismo], quienes habían asesinado a seres humanos por encargo de altas instancias fueron condenados reiteradamente sólo como cómplices con el fundamento de que habrían actuado en interés ajeno y se habrían subordinado a la voluntad ajena[52]. Pero, incluso prescindiendo de tales casos "políticos", hasta la entrada en vigor de la nueva "Parte General" no pocos

[49] Cfr. *Hartung*, JZ 1954, 430, acerca de los motivos del juez decisor de entonces.

[50] Contra el RG ya la literatura científica de la época; cfr. sólo *Mezger*, DR 1940, 634; *zu Dohna*, DStR 1940, 120; *Klee*, ZAkDR 1940, 188.

[51] Un análisis exhaustivo de la sentencia en *Roxin*, Täterschaft, 7, 2000, 562 ss.

[52] Cfr. con más detalle *Just-Dahlmann/Just*, 1988; *Hanack*, 1967.

supuestos de hecho se fallaron o resolvieron en el sentido del subjetivismo extremo. Todavía en el año 1974 el BGH[53] juzgó sólo mero cómplice a una persona que clavó la navaja o cuchillo: "Quien por sí mismo cumple o reúne en su persona todos los elementos del tipo puede ser contemplado como mero cómplice, siempre y cuando su voluntad fuera encaminada sólo a apoyar un hecho ajeno ... El que él mismo clavara el cuchillo con el afán de no aparecer como cobarde a los ojos de los otros habla ... a favor de que se ha subordinado a su voluntad".

41 Lo anterior era ya jurídicamente insostenible en aquella época, pero desde la entrada en vigor del § 25 I contraviene inequívocamente también el tenor literal de la ley. Pues quien de propia mano lleva a cabo un hecho lo ha cometido "por sí mismo" aun cuando actúe en interés de otro; "por sí mismo" significa "en persona (propia) o personalmente", pero no "en interés propio". También los materiales legislativos[54] se pronuncian, en relación con el tenor literal del § 25 I, en el sentido de que quien p. ej. mata en persona (propia) o personalmente "siempre es autor y no puede ser partícipe v. gr. por falta de voluntad de autor, como se ha apreciado a veces en la jurispr.". A causa del cambio de situación legal también se reconoce cada vez más en la jurispr. el dominio de la acción como criterio de la autoría inmediata. Así, el OLG Stuttgart explica expresamente (OLG Stuttgart NJW 1978, 715 s.): "Quien realiza en (propia) persona o personalmente todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo no es cómplice, sino autor". El BGH sigue aún manifestándose con mayores reservas cuando subraya (BGH NStZ 1987, 224 s.) que él no habría "defendido esta estricta concepción así hasta ahora". No sería precisa sin embargo en el caso concreto una discusión sobre "si es correcta" o sobre si "en casos excepcionales extremos" es posible apartarse del principio de la autoría del ejecutor de propia mano del hecho. En la práctica tales "excepciones extremas" nunca se han producido hasta ahora. En el espectacular **"caso del rey de los gatos"** (BGHSt 35, 347; con más detalle nm. 76 ss.) ni la imputabilidad disminuida ni el error de prohibición ni el actuar en provecho ajeno y dependiente de las instrucciones de otro del ejecutor hicieron dudar al BGH de su autoría. BGHSt 38, 315[55] afirmó también la autoría en el caso normal para el cumplimiento o realización de propia mano del tipo en forma de coautoría: Para el coautor que por sí mismo "realiza de forma antijurídica y culpable todos los elementos del tipo" "no" regiría "otra cosa según este principio distinta" a la que rige para el autor individual. "También él es autor inmediato en el sentido del § 25 ap. 1 StGB" (*loc. cit.*, 316). La cuestión de si puede valer otra cosa para "casos excepcionales extremos" se deja también aquí abierta.

---

[53] BGH MDR (D) 1974, 547; sobre la crítica *Schönebom*, ZStW 87 (1975), 902 (904 ss.).

[54] Fundamentación del P 1962, BT-Drucks. IV/650, 149.

[55] Al respecto *Wiegmann*, JuS 1993, 1003.

Sin embargo, se debe partir de la idea de que el cumplimiento o realización de propia mano del tipo siempre conduce a la autoría y que tampoco "casos excepcionales extremos" pueden modificar esto. La opinión contraria, que considera que tal posibilidad no está excluida legalmente[56], se apoya en las discusiones o deliberaciones de la Comisión Especial (*Sonderausschuss*) sobre la nueva Parte General. En ellas existió consenso sobre que, en supuestos de hecho del tipo del caso de la bañera o el caso Staschynkij (nm. 39, 40), con la nueva ley debería apreciarse autoría. No obstante, se adujo por algunos que p. ej. en el caso de los miembros de un pelotón de ejecución que actúa sometido a órdenes entraría en consideración una mera complicidad. Sin embargo, ni el tenor literal ni la *ratio* del § 25 I permiten tal interpretación[57]. Pues los ejecutores [los miembros del pelotón] han cometido el hecho "por sí mismos", han dominado el proceso o acontecer de matar y han actuado típicamente. La presión a que puedan haber estado sometidos merecerá ser considerada en la determinación de la pena; para la cuestión de la autoría son irrelevantes tales factores que afectan a la medida de la culpabilidad. 42

Incluso la circunstancia de que alguien cometa un hecho bajo influencia de una coacción (§ 35 [estado de necesidad disculpante]) o en error de prohibición que no es culpa de quien lo sufre (§ 17) deja intactos su dominio del acontecer típico y su autoría. Será entonces un autor disculpado, pero un autor. Ciertamente es muy posible que un sujeto de atrás que haya coaccionado al ejecutor o provocado su error de prohibición entre por ello en el papel de un autor mediato (con más detalle nm. 45 ss.). Pero precisamente por eso no existe motivo alguno para alterar el dominio de la acción del ejecutor inmediato. 43

Quien no realiza de propia mano todo el tipo, sino sólo algunos de sus elementos no es por ello aún autor inmediato. Pues la ejecución de algunas acciones del hecho no es todavía realización típica que domine todo el acontecer de manera inmediata. Quien, por tanto, no ejerce violencia en un robo (§ 249), sino que sólo toma o se apodera de cosas, si bien es autor inmediato de un hurto (§ 249), no lo es sin embargo de un robo. Ciertamente existe aquí, cuando otro ejerce la violencia conforme a lo acordado, una coautoría (con más detalle nm. 188 ss.), de modo que debe producirse no obstante como resultado una condena como autor de un robo. 44

---

[56] *Baumann*, Jescheck-FS, 1985, 108; *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 29 III 2 b en n. 61 y en el texto correspondiente; *Geerds*, Jura 1990, 176; LK-*Jähnke*, 10ª, § 212, nm. 6; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 61 II; todavía *Lackner/Kühl*, 23ª, § 25, nm. 1 (como aquí sin embargo ahora *Lackner/Kühl*, 24ª, § 25, nm. 1); *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 47/64; *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 1 a; *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 14/168.

[57] Una exposición crítica del debate en *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 549 ss.

II. La autoría mediata como dominio de la voluntad

45 Sin embargo, se puede realizar también un tipo sirviéndose de otro (de **"alguien que actúa como medio [en el hecho]"***) y empleando la persona de este para los fines propios de modo que, mediante su instrumentalización (su utilización como **"instrumento"**), se domina mediatamente (como **"sujeto de atrás"**) el acontecer. Tal comisión del hecho "a través de otro" (§ 25 I, 2ª alternativa) se denomina **autoría mediata**; se presenta en estos casos como **"dominio de la voluntad"**[58]. En el caso normal, sin embargo, el instigador del hecho o quien de otra manera influye en él sin estar implicado inmediatamente en la realización del tipo es sólo inductor o cooperador o cómplice. Pues quien incita a otro a cometer un hecho o le da consejos o instrumentos precisamente no domina la realización del tipo, porque la decisión determinante sobre la ejecución recae en el autor inmediato, que es el único que posee el dominio del hecho. En los delitos de dominio una autoría mediata entra en consideración más bien sólo en tres casos prototípicos o idealmente típicos:

---

* La palabra alemana que emplea (y empleará en toda la obra con mucha frecuencia) *Roxin*, igual que lo hacen otros autores, es *"Tatmittler"*, que a menudo se traduce al español por instrumento, ejecutor o expresiones similares. Pero para instrumento y ejecutor existen y se usan palabras alemanas muy precisas: *"Werkzeug"* y *"Ausführender"*, que, además, aunque dan perfecta idea del papel del sujeto de delante en la autoría mediata, no traducen idiomáticamente el matiz de la palabra empleada aquí. Otras traducciones, como p. ej., sujeto interpuesto o persona interpuesta, podrían valer (aunque corresponderían literalmente a expresiones alemanas distintas) y encajar en la primera acepción, tal vez demasiado neutra a nuestros efectos, que el DRAE da de interponer: "Poner algo entre cosas o personas"; pero se corre el riego de que se identifique la expresión con la segunda acepción que el DRAE ofrece y que es inadecuada (y seguramente hasta induciría a confusión) en nuestro contexto: "Dicho de una persona: Utilizar su influencia, su autoridad, etc., en favor de alguien". Por otra parte, la expresión *"Tatmittler"* se usa a veces también en materia de inducción, lo que haría en esa sede inadecuada o al menos confusa la traducción como instrumento. Creo que no existe una palabra en español que sea traducción precisa de *"Tatmittler"*, por lo que se utilizará el giro que refleja el contenido y la forma de la expresión alemana "persona o sujeto que actúa como medio (en el hecho)", a veces con la parte entre paréntesis y a veces sin ella y, en ocasiones, con otra posible traducción, como "mediador (en el hecho)". También cabría traducir como "intermediario (en el hecho)", pero el DRAE define así intermediario: "Dicho de un proveedor, de un tendero, etc.: Que median entre dos o más personas, y especialmente entre el productor y el consumidor de géneros o mercancías" (la segunda acepción es la de intermediador: "Que actúa poniendo en relación a dos o más personas o entidades"), mientras que define mediador como el "Que media"; mediar posee múltiples acepciones, algunas (la 2ª y la 3ª) referidas ya a personas en general y no a proveedores, tenderos, etc. Y algunas otras que, aunque referidas a cosas, cuadran (si se explican) relativamente bien en nuestro contexto: la 4ª: "Dicho de una cosa: Existir o estar en medio de otras", y la 5ª: "Dicho de una cosa: Ocurrir entre dos momentos", pues el sujeto de delante está en medio de otro sujeto (el de detrás, y, por cierto, también de un objeto, la acción de este) y un (otro) objeto (el hecho) y su actividad ocurre entre dos momentos (el de la actuación del sujeto de atrás y el de la producción del hecho como consecuencia de la actuación del mediador). Además, diferentes diccionarios de alemán-español traducen frecuentemente *"Mittler"* por mediador, mientras que reservan la traducción de intermediario al *"Vermittler"* (a veces con sentido comercial similar al recogido por el DRAE, si bien es cierto que también lo traducen por mediador) [N. del T.].

[58] En el fondo igualmente *Bottke*, 1992, 71, quien habla de un "dominio configurativo relevantemente superior". El concepto acuñado por mí (Täterschaft, 7ª, 2000, 141 ss.) del "dominio de la voluntad" ha sido asumido a menudo en la literatura científica, cfr. sólo *Gropp*, AT, 2ª, § 10, nm-. 38; SK-*Hoyer*, 7ª, § 25, nm. 13, 27; *Krey*, AT/2, nm. 54; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 27.

En primer lugar, se puede dominar un hecho como sujeto de atrás forzando al ejecutor a la realización del tipo (**dominio de la voluntad en virtud de coacción**). En segundo lugar, se puede dirigir el acontecer desde la retaguardia engañando al ejecutor y convirtiéndolo así en ejecutante de su plan delictivo (**dominio de la voluntad en virtud de error**). Y, en tercer lugar, se puede controlar el acontecer de manera determinante o decisiva pudiendo servirse discrecionalmente, como persona que da órdenes, de un aparato organizado* de poder, de los órganos de ejecución intercambiables y no dependiendo así ya de la disposición de un autor individual a ejecutar el hecho (**dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder**). No son concebibles otras formas fundamentales de dominio que estas tres. La autoría mediata en caso de utilización de inimputables, sujetos con imputabilidad disminuida y jóvenes, que se tratará aparte aquí, es estructuralmente una combinación de dominio en virtud de coacción y en virtud de error. 46

1. El dominio de la voluntad en virtud de coacción

El caso relativamente más sencillo de dominio de la voluntad basado en una intervención con fuerza es la coacción (§ 35 [estado de necesidad disculpante]). De modo que si A coacciona u obliga a B, mediante la amenaza de matarle a él o a uno de sus parientes, a que cometa un hecho delictivo, v. gr. un asalto o ataque (§ 224 I nº 3 [lesiones peligrosas mediante asalto o ataque alevoso o artero]), será castigado como autor mediato conforme al § 224 I nº 3. Ha cometido el hecho "a través de otro" (§ 25 I, 2ª alternativa). Si bien la ejecución la domina B solo, que por ello es autor inmediato (aunque disculpado), puesto que A domina a B, domina también de manera mediata la ejecución. Tenemos aquí ante nosotros un caso de "autor tras el autor" (disculpado). Consiguientemente no es verdad que, como se admite con frecuencia, la autoría del ejecutor inmediato excluya sin más la autoría mediata de un sujeto de atrás. Por el contrario, en el caso de la coacción el dominio de la voluntad del sujeto de atrás presupone en realidad el dominio de la acción por el ejecutor. 47

Un punto polémico se refiere a cómo de fuerte o intensa debe ser la presión ejercida por el sujeto de atrás para fundamentar una autoría mediata. Está claro que no cualquier presión puede bastar; pues también el inductor ejerce una influencia motivadora sobre el autor, sin que por ello tenga ya el dominio del hecho. La op. dom. sigue el "**principio de responsabilidad**" desarrollado por mí[59] [60]. Conforme a él, la presión ejercida por el sujeto 48

---

* Sigo la traducción al uso por estar fuertemente asentada en español, si bien la palabra alemana "*organisatorisch*" que utiliza *Roxin* es más bien organizador o relativo a la organización (organizado sería "*organisiert*").

[59] *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 143-148.

[60] En la literatura científica: *Bloy*, 1985, 345 ss; *Botthe*, 1992, 51 ss.; *Herzberg*, 1977, § 3 III 2 (discrepando ahora *el mismo*, Jura 1990, 16); *Jakobs*, AT, 2ª, 21/91 ss..; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 II 6; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 64; *Küper*, JZ 1989, 948; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 25, nm. 2; *Maiwald*, ZStW 93 (1981), 891 ss; *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 3 a; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 25, nm. 35; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm.

de atrás produce el efecto de fundamentar el dominio en el momento en que cumple los requisitos del § 35 [estado de necesidad disculpante], o sea, cuando exime al ejecutor de responsabilidad penal. Ello se basa en la idea de que imputar al sujeto de atrás la realización del tipo en cuanto el ejecutor se ve descargado de la responsabilidad en razón de la presión ejercida sobre él se corresponde con la valoración del legislador que se refleja en el § 35. La delimitación se funda por tanto en una circunstancia empírica, la fuerza de la presión psíquica, pero determina normativamente la frontera conforme a la regla del § 35. Pues, dado que el grado de influencia o efecto coactivo escapa a la posibilidad de medición exacta, el dominio del hecho, como todos los conceptos jurídicos –prescindiendo de la adopción o utilización de medidas y cifras matemáticamente inequívocas-, cae en el terreno fronterizo o límite de la determinación o interpretación teleológica.

49 En la literatura científica, una opinión minoritaria intenta delimitar la autoría mediata y la inducción en los supuestos de coacción con independencia de la responsabilidad del ejecutor y según las circunstancias del caso concreto. Así, *Schroeder*[61] pretende apreciar autoría mediata ya "en el terreno fronterizo o limítrofe con las causas de exculpación". *Maurach/Gössel*[62] afirman el dominio del hecho del sujeto de atrás en caso de "dominación psíquica del sujeto que actúa como medio (en el hecho) de forma punible", p. ej. en el caso de que alguien determine, con la amenaza de dejarla si no lo hace, a la mujer (dependiente por) prendada de él a que mate a su marido. Y *Herzberg*[63] pretendió transitoriamente sustituir el principio de responsabilidad por un "principio del instrumento", según el cual puede acaso existir también autoría mediata cuando el autor inmediato que está bajo presión coactiva no resulta exculpado como consecuencia de la cláusula excepcional del § 35 I 2 [sujeto al que le es exigible soportar el peligro según las circunstancias, principalmente por haber causado él mismo el peligro o por hallarse en una posición (situación o relación) jurídica especial].

50 Sin embargo, una delimitación de autoría mediata e inducción orientada de tal manera al caso concreto ha de rechazarse. Pues conduce a inseguridad jurídica y a un decisionismo judicial ya no defendible en el Derecho penal. Dónde comienza el "terreno fronterizo o limítrofe", cuándo el influjo sobre

---

49 ss., 57; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 540 ss. Desde la perspectiva de su principio de responsabilidad propia o autoresponsabilidad también *Schumann*, 1986, 76. Crít. *Küper*, JZ 1989, 935 ss. (948), quien aboga sin embargo también por el mantenimiento del principio de responsabilidad. *Krey*, AT/2, Rn. 99 ss., considera el principio de responsabilidad, que en mi opinión sólo es aplicable en caso de instrumentos coaccionados e inculpables, la "base" absoluta o general "de la autoría mediata". De esta y de opiniones similares en la literatura científica me ocuparé con más detalle en relación con las restantes manifestaciones o formas de aparición de la autoría mediata.

[61] *Schroeder*, 1965, 120 ss. (crít. *Roxin*, ZStW 78 [1966], 222 ss., 230 ss.); similar *Stein*, 1988, 298.

[62] *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 48/86.

[63] *Herzberg*, Jura 1990, 16 (22 ss.), abandonando su anterior opinión orientada hacia el principio de responsabilidad. En *Herzberg*, 2000, 33 ss., 55 ss., retornó al principio de responsabilidad.

alguien que actúa con responsabilidad se convierte en una "dominación psíquica" y cuándo se le puede enjuiciar o valorar como "instrumento" no se puede determinar desde la contemplación del caso concreto, sino sólo según un baremo rector. Pero este falta si no se admite como pauta vinculante la inculpación o exculpación del ejecutor trazada o establecida por el legislador. Además, hay que tener en consideración que la decisión legal acerca de la responsabilidad del autor inmediato repercute en las circunstancias psíquicas: quien se sabe exculpado por el legislador sucumbirá a una presión ejercida sobre él mucho más fácilmente que quien se sabe no exonerado de su responsabilidad penal.

Existe también autoría mediata cuando el sujeto de atrás provoca el estado de necesidad en el autor inmediato, no mediante una amenaza, sino mediante la creación de una situación externa que se corresponda con el § 35 [estado de necesidad disculpante]. Si A provoca dolosamente la muerte de C poniendo a B en una situación de peligro de la que este, tal y como lo prevé A, sólo puede salvarse matando a C, A es autor mediato de un delito de homicidio [en sentido amplio]. Pues él es el auténtico dominador de la situación y se sirve de B sólo como de un instrumento no penalmente responsable[64]. Sin embargo tales casos son infrecuentes en la práctica. 51

De otra forma se plantea el problema cuando el sujeto de atrás no ha creado la situación disculpante, sino que se la encuentra ya dada y sólo la aprovecha para sus fines. Aquí existe una autoría mediata sólo en dos constelaciones [de casos]. El primer caso es aquel en que alguien somete la salvación a la condición de que se cometa un hecho delictivo: A, que es el único que puede llevar a tiempo al hospital a B, que ha sufrido un accidente, hace depender su ayuda salvadora de que B firme previamente un documento falsificado. Se trata de una falsificación de documento (§ 267) en autoría mediata. Pues el efecto coactivo de la conminación o amenaza con el no salvamento se corresponde plenamente con la conminación o amenaza de muerte o lesión mediante una conducta activa. En segundo lugar, se ha de castigar al sujeto de atrás como autor mediato cuando proporciona a quien ha caído en situación de estado de necesidad la posibilidad inexistente anteriormente de salvarse a costa de personas no responsables o implicadas [en este sentido inocentes] de la situación[65]: A proporciona al minero B, que ha quedado sepultado y de otro modo va a morir, un explosivo con el que puede conseguir mediante voladura una vía de escape; A y B saben que el efecto explosivo va a producir la muerte de otros mineros que, de lo contrario, serían salvados. En este caso B está disculpado; sin embargo A, que sin necesidad propia ha utilizado el miedo a morir de otro para matar a personas no implicadas, es autor mediato. 52

---

[64] Asimismo *Gallas*, Materialien, 134; *Blei*, AT, 18ª, § 72 I 3 b; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 II 6. Discrepa *Schumann*, 1986, 81 ss.

[65] Discr. *Blei*, AT, 18ª, § 72 I 3 b y seguramente también *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 II, 6; de acuerdo por contra *Herzberg*, 1977, § 3 III 2.

53 Por el contrario, existe sólo participación cuando un sujeto ajeno a la situación colabora en el hecho cometido en estado de necesidad disculpante por otro, sin haber creado la situación de estado de necesidad o sin poderla modificar o transformar[66]. Así sucede cuando alguien incita a quien ha caído en situación de necesidad a salvarse a costa de un tercero o cuando refuerza la decisión de aquel disuadiéndole de sus reparos o escrúpulos para hacerlo. Una intervención así sólo es punible como inducción o cooperación o complicidad respectivamente, figuras que también son posibles en caso de hecho principal no culpable (§§ 26 [inducción], 27 [cooperación o complicidad] y 29 [que dispone que cada interviniente será castigado conforme a su culpabilidad, sin tener en cuenta la culpabilidad del otro]). Pues no se tiene dominio alguno sobre el hecho cuando no se ha creado la presión psíquica bajo la cual el ejecutor realiza el tipo. Quien sólo ejerce influencia psíquica resulta incluso impune en caso de que se limite a indicar a quien ha caído en una situación de estado de necesidad que su conducta es impune si se libera de su situación mediante la comisión de un hecho antijurídico[67].

54 La reglas desarrolladas anteriormente rigen de manera análoga para la **coacción a la autolesión o el autodaño o daño a uno mismo**[68]. Por tanto, a quien coacciona o fuerza a alguien a un experimento con su cuerpo dañino para su salud o a un suicidio sólo se le puede castigar por un delito de lesiones u homicidio [en sentido amplio] como autor mediato cuando lo hace concurriendo los requisitos del § 35 [estado de necesidad disculpante], o sea, si amenaza con un "peligro para la vida, la integridad física o la libertad". Cuando, p. ej., lo que se anuncia es sólo sacar a luz un escándalo, al instigador no se le ha de castigar por lesiones o incluso por asesinato, sino sólo, en su caso, por coacciones (§ 240). La aplicación a tales casos del § 35 es sólo "análoga o analógica", porque la autolesión o daño a uno mismo no es una conducta típicamente antijurídica en el sentido del § 35 y por ello no precisa de la exculpación de que se trata en realidad en este precepto. Está indicada una aplicación análoga o analógica porque a la autolesión o autodaño o daño a uno mismo se opone una barrera psicológica o umbral de inhibición de similar altura (en caso de daños graves seguramente incluso de mayor altura) a la de la comisión del delito y porque no se entiende bien por qué alguien ya no habría de ser responsable por una autolesión o autodaño –presupuesta su salud psíquica– mientras que resulta penalmente responsable sin restricciones por un delito

---

[66] Asimismo *Blei*, AT, 18ª, § 72 I 3 b; *Herzberg*, 1977, § 3 III 2; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 II 6; *Maurach*, AT, 3ª, §§ 33 III 5 a, 53 III C 2 a.

[67] Con más detalle, también sobre la cuestión de la punibilidad en principio de la participación en el hecho cometido en estado de necesidad *Roxin*, AT 1, 3ª = PG I, § 22, nm. 66 s.

[68] Con exhausitvidad *Roxin*, Dreher-FS, 1977, 331 ss.; *el mismo*, Täterschaft, 7ª, 2000, 158-163, 643-645. Posteriormente *Arzt/Weber*, BT, 3/24 ss., 26; *Bottke*, 1992, 247 ss.; *el mismo*, GA 1983, 30 ss.; *Charalambakis*, GA 1986, 489 ss., 498 ss.; *Hirsch*, JR 1979, 432; *Jakobs*, AT, 2ª, 21/56 ss., 97 ss.; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2ª,, 10/91; *el mismo*, LB AT, 2ª, 14/45; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 25, nm. 10; SK-*Hoyer*, 7ª, § 25, nm. 52 ss.; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 72.

cometido bajo la misma presión coactiva. En tanto la conducta del instigador merezca pena, ello se satisface de manera suficiente con una condena por coacciones (cfr. nm. 58).

La jurispr. no se ha ocupado aún con carácter general de la cuestión, 55
pero parte la mayoría de las veces de la opinión aquí defendida. Así, BGHSt 32, 40 se refiere expresamente al § 35 [estado de necesidad disculpante] para la delimitación de la autoría de homicidio [en sentido amplio] y la participación impune en el suicidio[69]. OGHSt 2, 7 s. afirma acertadamente la existencia de lesiones en un caso en el que presos de un campo de concentración fueron obligados con los medios del § 35 a permanecer durante horas en agua helada. Se ha de enjuiciar como tentativa de homicidio [en sentido amplio] el caso Hoefeld[70], en el que unos padres empujaron a su hija mediante golpes a una tentativa de suicidio. Ha de contemplarse como homicidio consumado el caso del Mariscal General de Campo Rommel, quien fue considerado por Hitler sospechoso de estar involucrado en el atentado de 20 de julio de 1944 y obligado al suicidio mediante amenaza de ejecución.

Una opinión extendida[71] exige sin embargo, en el caso de coacción 56
para la autolesión o el autodaño, considerablemente menores requistos a la autoría mediata que en el caso de coacción para la comisión de delitos. Sólo se admite responsabilidad del que se autolesiona o autodaña cuando actúa en condiciones que harían aparecer el consentimiento como eficaz en el caso de lesión o daño a tercero [heterolesión] o cuando el suicidio, a pesar de la coacción, fue querido "expresa y seriamente" en el sentido del § 216 [muerte u homicidio –en sentido amplio- a petición de la víctima]. Ello acaba conduciendo al resultado de que cualquier "amenaza importante" del tercero ya lo convierte en responsable de la autolesión o autodaño. Una vez[72] el BGH consideró incluso suficiente para el dominio del hecho de la mujer y la afirmación de una autoría mediata de homicidio [en sentido amplio] la circunstancia de que una esposa hubiera propuesto a su marido un suicidio, mezclado el veneno y conseguido el plan "sin dificultad", sin que siquiera hubiera existido una verdadera amenaza o coacción.

---

[69] BGHSt 32, 265 s. deja abierta la cuestión, igual que OLG München JZ 1988, 201 s. (202).

[70] Del que informa *R. Lange*, 1935, 32 s.

[71] Primero en *Geilen*, JZ 1974, 151 s. La idea fue después elaborada sobre todo por *Herzberg*, JuS 1974, 378 s.; *el mismo*, JA 1985, 336; *el mismo*, 1977, § 3 III 7 y en repetidas ocasiones, y ha encontrado muchos seguidores. *Amelung*, Coimbra-Symposium, 1995, 247; *Brandts*, Jura 1986, 495; *Freund*, AT, § 10, nm. 97; SK-*Horn*, 6ª, § 212, nm. 11 ss.; *Krey*, AT/2, nm. 137 ss.; *el mismo*, BT I, 11ª, nm. 89; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 50 s.; *Lackner/Kühl*, 24ª, antes del § 211, nm. 13 a; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, § 48/93; *Neumann*, JuS 1985, 677 ss., 679 s.; *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 4 d; *el mismo*, Jura 1987, 256 s.; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 539; *Wessels/Hettinger*, BT 1, 25ª, nm. 48 ss.

[72] BGH GA 1986, 508 s. Al respecto *Charalambakis*, GA 1986, 485; *Brandts/Schlehofer*, JZ 1987, 442; *Neumann*, JA 1987, 244.

57 Sin embargo, todo ello va demasiado lejos. Pues se puede y se debe resistir las coacciones por debajo del umbral del § 35 [estado de necesidad disculpante], como lo prueba la regulación legal. Además, el baremo de la opinión contraria es demasiado poco claro. No se puede objetivar de manera suficiente cuándo una coacción es "importante" o una situación, como en el caso de suicidio juzgado por el BGH (nm. 56), "atosigante o constitutiva de acoso". En particular en el suicidio no sirve de ayuda tampoco el criterio de la seriedad del § 216 [muerte u homicidio –en sentido amplio- a petición de la víctima]. Pues el mismo suicido prueba, cuando se lleva a cabo en situación de plena responsabilidad, la seriedad de la decisión, mientras que esta debe ser investigada o averiguada en caso de petición. Los baremos del homicidio [en sentido amplio] a petición [de la víctima] y del consentimiento tampoco deberían transferirse o aplicarse a la autolesión o autodaño, porque el legislador expresamente **no** trata conforme a los mismos principios la colaboración en una autolesión o autodaño y la lesión o daño a tercero [heterolesión] consentida o a petición del lesionado o dañado. Pues, mientras que la participación en el suicidio resulta impune, el homicidio [en sentido amplio] a petición y el homicidio [en sentido amplio] con consentimiento de la persona a que se mata resultan punibles. De manera similar, la colaboración en una autolesión como tal resulta siempre impune, mientras que, en caso de lesión a tercero [heterolesión] con consentimiento del lesionado, rigen las restricciones del § 228 [que establece que las lesiones consentidas son sólo antijurídicas cuando atentan contra las buenas costumbres][73].

58 Se han considerar también las consecuencias prácticas de la opinión contraria, ¡que sólo a primera vista satisface el sentido de la justicia o del Derecho! Sin duda existe una necesidad de castigo cuando alguien empuja a otro de manera reprobable al suicidio mediante la amenaza de denuncia penal o –v. gr. en el caso de los políticos- de sacar a la luz la corrupción u otro comportamiento incorrecto. No obstante, los cinco años de prisión con que conmina como máximo el § 240 [coacciones] son plenamente suficientes para su punición. Pero, ¿qué sucede si alguien posee razones respetables para dirigirse a otro con tales avisos y en tal caso sólo obligado por la necesidad se conforma (o acepta o se resigna) con la posibilidad de un suicidio de la persona a que se desenmascara? El que hubiera que castigar por homicidio doloso a quien amenaza, cuando efectivamente se comete el suicidio, me parece que conduce o reduce al absurdo a la opinión contraria.

59 Finalmente, es concebible un dominio por coacción a través de un instrumento que actúa conforme a Derecho[74]: A obliga a B, mediante amenaza de

---

[73] Cfr. al respecto *Roxin*, AT I, 3ª[PG I], § 13, nm. 36.

[74] Cfr. en la literatura científica (yendo un sector de ella más lejos) *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 29 V 3 b; *Herzberg*, 1967, 29; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 II 3; *Kindhäuser*, StGB, § 25, nm. 27; *Köhler*, AT, 508 s.; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 59; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 48/73; *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 3 c bb; *Sch/*

muerte, a agredir a C, quien entonces mata a tiros a B en legítima defensa. Si A lo ha querido o incluso sólo se ha conformado* con ello, es autor mediato de la muerte de B. Pues B y C son ambos sus "instrumentos", porque la ley no los hace responsables de su conducta forzada o incluso los justifica. Si, por el contrario, A sólo ha pedido o animado, pero no obligado a B a la agresión contra C, no se le puede imputar la muerte de B provocada por la acción de C en legítima defensa. Pues en este caso B tenía todavía él mismo el dominio del hecho, mientras que A sólo es penalmente responsable como inductor del hecho acaso cometido por B.

Una orden oficial o militar ya no puede fundamentar hoy en el Derecho penal un dominio del hecho por coacción. Pues los mandatos de un superior dirigidos a la comisión de acciones punibles pueden no ser cumplidos (cfr. p. ej. los §§ 56 II 3 BBG** y 11 II 1 SoldG). Sin embargo, en el caso de los soldados, aún es posible una orden antijurídica vinculante en tanto se refiera a una contravención. En tal caso el superior tiene el dominio de la voluntad mediante coacción y es autor mediato. Se discute si el subordinado está justificado o disculpado (al respecto, *Roxin*, AT I, 2ª [PG I], § 17, nm. 15-20), pero ello es irrelevante en este contexto; pues el dominio del hecho reside en todo caso en el superior. Ciertamente todo esto sólo es interesante desde el punto de vista de la estructura del dominio del hecho; en la práctica, carece de importancia debido al concepto unitario de autor vigente en el Derecho de contravenciones (cfr. nm. 2). 60

2. El dominio de la voluntad en virtud de error

Un dominio de la voluntad en virtud de error, la segunda forma de autoría mediata, es posible en cuatro supuestos escalonados[75]. 61

a) En el primer escalón o nivel, el sujeto que actúa como medio en el hecho lo hace sin dolo. Es el caso más claro y menos discutido de autoría mediata debida a error.

b) En el segundo escalón o nivel, el ejecutor posee dolo típico, pero se encuentra en un error de prohibición que el sujeto de atrás ha provocado o al menos aprovecha. En este caso se discute mucho hasta qué punto es posible una autoría mediata.

c) En el tercer escalón o nivel, el autor inmediato sabe que actúa típica y antijurídicamente; pero supone circunstancias que, si concurrieran, excluirían su responsabilidad. La cuestión de si un sujeto de atrás que provoca tal

---

Sch/Cramer/Heine, 26ª, § 25, nm. 26 ss.; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 44; *Welzel*, StrafR, 11ª, 104 s. Acerca de la discusión con la doctrina más antigua, de la problemática constructiva del instrumento que actúa conforme a Derecho y otras variantes discutidas de la constelación básica, cfr. *Roxin*, Täterschaft, 7ª 2000, 163-168.

* Sobre las distintas posibilidades de traducción de "*Inkaufnehmen*" o, como aquí "*in Kauf nehmen*" v. la N. del T. en *Roxin*, PG I, § 12, nm. 29 (p. 428, tras n. 32) [N. del T.].

** La actual BBG (Ley de Funcionarios Federales) no es la que cita *Roxin*, sino la posterior de 5 de febrero de 2009, con ulteriores modificaciones. La remisión en ella podría ser al § 63.2 (o 63 II en la forma de cita de *Roxin*) [N. del T.].

[75] Esta teoría de los escalones o niveles se desarrolla exhaustivamente en *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 170-232.

error o le saca provecho para sus fines es autor mediato ha sido hasta ahora poco tratada.

d) En el cuarto escalón o nivel, finalmente, el ejecutor tiene responsabilidad penal plena, pero el sujeto de atrás ve o comprende la clase o la magnitud del daño mejor que el autor inmediato. La cuestión de si y con qué requisitos es posible en tales casos un "autor" (mediato) "tras el autor plenamente responsable" es una de las más debatidas de la teoría de la autoría.

62 Todas las formas de dominio de la voluntad en virtud de error poseen una estructura distinta del dominio por coacción[76]. Lo que posibilita al sujeto de atrás el control con dominio del suceso no es la fuerza, sino el mayor conocimiento. El autor mediato ve o comprende lo que el ejecutor no sabe o no quiere admitir; así, aquel, en el ámbito de su mayor saber, lo puede incluir como mero factor causal en su planificación. Dado que la superior comprensión del sujeto de atrás se refiere a menudo sólo a partes o parcelas del suceso y por ello no se corresponde sin más con una exclusión de la responsabilidad del que actúa de manera inmediata, el principio de responsabilidad que rige en el dominio por coacción (nm. 48) no se puede trasladar al dominio por error. Sin embargo, estas diferencias de estructura se valoran de muy diferentes maneras y requieren una explicación por grupos de casos (a-d).

a) El ejecutor actúa sin dolo

63 No se discute la autoría mediata del sujeto de atrás cuando pone al ejecutor en situación de error de error de tipo excluyente del dolo, de modo que este actúa **sin culpa** o, en todo caso, **con imprudencia inconsciente**. Por lo tanto, A es autor mediato de un asesinato si instiga a B a poner a C una supuesta inyección sedante que A ha llenado en realidad de un veneno mortal. Igualmente D es autor mediato de un hurto cuando hace recoger a E, que actúa de buena fe, una cosa supuestamente perteneciente a él, a D, pero que realmente pertenece a F. La forma de dominio por error aquí existente se aproxima a la autoría inmediata, porque el instigador del hecho es el único que ve o comprende el curso causal y porque la puesta en marcha de factores causales que se desarrollan por sí solos no excluye tampoco en otros casos la autoría inmediata. Sin embargo, se trata más bien de un problema terminológico; la puesta en marcha de un medio o mediador humano justifica hablar también aquí, con un uso generalizado del lenguaje, de autoría mediata.

64 Tambien ha de apreciarse una autoría mediata cuando el sujeto de atrás **no ha provocado** el error del ejecutor, **sino que sólo lo aprovecha,** de modo que, en caso de que el sujeto que actúa como medio o mediador hubiera actuado dolosamente, existiría sólo complicidad. Si p. ej. A quiere disparar por travesura a un espantapájaros y B le presta para ello

---

[76] Con más detalle *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 170 ss., 659 ss.

su escopeta, pese a que ve que el supuesto espantapájaros es el vagabundo V, B es autor mediato de un homicidio si A mata de un tiro a V por error[77]. No obstante, lo anterior se refuta por un sector doctrinal[78], pero sin razón. Pues B es el único que mata conscientemente a un ser humano. No se comprende por qué esto no habría de ser una autoría mediata de la muerte sólo porque porque B sería mero cómplice en el caso totalmente distinto de que A viera o comprendiera la situación. Lo poco que el rechazo de una autoría mediata se corresponde con las intenciones del legislador puede deducirse del hecho de que no es posible conforme al Derecho vigente una complicidad en el homicidio no doloso; pues toda partcipación requiere o presupone un hecho doloso (§§ 26 y 27). Castigar a la persona B de nuestro ejemplo sólo por omisión del socorro (§ 323 c)[79] resulta sin embargo insatisfactorio y además apenas posible desde el punto de vista constructivo. Pues, dado que A no habría podido disparar sin la escopeta, no se le puede reprochar a B omisión alguna, sino sólo su hacer productor de la muerte.

También se ha de apreciar además una autoría mediata de quien provoca o aprovecha un error excluyente del dolo cuando el ejecutor actúa **con imprudencia consciente**. Ciertamente esto no resulta evidente, porque el sujeto que actúa como medio (en el hecho) al fin al cabo no causa el resultado "ciegamente". Pero en tales casos, por regla general, el sujeto de atrás verá más que el ejecutor inmediato en tanto que p. ej. conoce la seguridad o probabilidad de la producción del resultado que el que actúa sólo considera precisamente posible[80]. Entonces, el mayor conocimiento le permite ya el dominio del resultado en cuya no producción confía el ejecutor. Pero incluso si el sujeto de atrás y el ejecutor ven lo mismo, pero el sujeto de atrás persigue o incluso sólo se conforma con un resultado que el ejecutor cree poder evitar, ello es suficiente para una autoría mediata. Pues cuando alguien confía descuidadamente en un buen desenlace, carece de motivo de inhibición y el aprovechamiento de este déficit fundamenta ya el dominio del hecho de quien persigue el resultado o al menos toma en serio la posibilidad de que se produzca el resultado. 65

Se debe tener en cuenta que la autoría está **referida al tipo**, de modo que en el caso de una misma acción puede existir autoría mediata respecto de un tipo, pero mera inducción respecto de otro. BGHSt 30, 363 tuvo por base un 66

---

[77] Cfr. *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 173-178; LK-*Roxin*, 11ª, § 25, nm. 75; en los dos lugares referidos se halla una discusión exhaustiva con la opinión contraria. Además, cfr., exhaustivamente LK-*Busch*, 9ª, § 47, nm. 32; *Freund*, AT, § 10, nm. 58; con ligeras restricciones *Gallas*, MatStrRef. I, 138; *el mismo*, ZStW-Sonderheft Athen, 1957, 11; *Köhler*, AT, 508; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 48/89; *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 3 c aa; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 36.

[78] Anteriormente, sobre todo por *M. E. Mayer*, AT, 2ª, 377; en tiempos más recientes por *Nowakowski*, JZ 1956, 549; *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 14/42; *el mismo*, StuB AT, 2ª, 10/84; *Schumann*, 1986, 98 ss.

[79] Esta es la solución de *Schumann*, 1986, 102.

[80] En Täterschaft, 1ª,1963, 180-193, 220-225, quise restringir a tales casos la autoría mediata.

supuesto de hecho en el que el acusado había incitado a dos hombres a un robo y les había dado un supuesto somnífero para adormecer o aturdir a la víctima, que en verdad se componía de ácido clorhídrico de efectos letales. En este caso el acusado, de llevarse a cabo el plan, habría cometido un asesinato en autoría mediata, mientras que sólo habría existido una inducción a robo y lesiones. Aisladamente[81] se niega lo anterior con el argumento de que los delitos conocidos por el ejecutor suponían ya motivos de inhibición suficientes, de modo que faltaría el dominio del hecho del sujeto de atrás también en relación con el asesinato. Sin embargo, esto no es correcto. Pues respecto de un asesinato existe un umbral de inhibición mucho más alto que frente a otros delitos. De haber conocido la situación, los ejecutores inmediatos no lo hubieran cometido, como mostró también nuestro supuesto de hecho, de modo que, en caso de ejecución del hecho, en relación con el asesinato sólo el acusado habría dominado el suceso. Además, no puede ser que no se castigue como autor mediatio a alguien que pone en situación de error de tipo a un sujeto que actúa como medio (en el hecho) en relación con un delito muy grave sólo porque a la vez induce además al ejecutor a delitos menos graves.

67 Existe también autoría mediata cuando el sujeto de atrás **simula** ante el que actúa de manera inmediata una **situación justificante** o **aprovecha** un **error de tipo permisivo** ya existente en este. Por tanto, si A aparenta ante B que va a ser agredido por C, de modo que B, en una supuesta legítima defensa, derriba al en realidad inocente C, A es autor mediato de unas lesiones. Lo mismo rige cuando B, debido a un error propio, cree que C está a punto de atracarle y A le presta una pistola para que se defienda del presunto ladrón, aunque sabe que C tiene intenciones inocuas. En ambos casos, la autoría inmediata es evidente si, con la teoría restringida de la culpabilidad aquí defendida[82], se considera excluyente del dolo el error de tipo permisivo en aplicación directa o analógica del § 16, pues entonces existe el caso normal de un instrumento que actúa sin dolo. Pero, incluso si se piensa que tal error deja intacto el dolo del ejecutor, debería apreciarse una autoría mediata. Pues, en cualquier caso, el que actúa de forma inmediata yerra sobre circunstancias externas que son decisivas para el injusto de su hecho. El sujeto de atrás es el único que ve o comprende el supuesto de hecho del injusto y eso lo convierte en dueño o dominador del suceso.

68 En el contexto del sujeto que actúa sin dolo como medio (en el hecho) se incluye también **el problema del "instrumento conforme a Derecho"**. Sucede sobre todo en las acciones estatales que el error sobre el supuesto de hecho de una autoridad o funcionario público excluye no sólo el dolo delictivo, sino incluso la antijuridicidad de su conducta. Si p. ej. A acusa falsamente a B de la comisión de

---

[81] *Sippel*, NJW 1983, 2226 ss.; *el mismo*, NJW 1984, 1866; *el mismo*, JA 1984, 480 s. Contra él, con razón, *Spiegel*, NJW 1984, 110, 1867; *Teubner*, JA 1984, 144 s.

[82] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 14, nm. 51 ss.

un delito grave y reúne para ello indicios aparentemente concluyentes, puede llegar a haber un arresto o una detención provisional conformes a Derecho del injustamente inculpado (§§ 112 y 127 II StPO), siempre y cuando surja *ex ante* una alta sospecha. Las autoridades o funcionarios públicos implicados (policías, fiscal, juez) son entonces medios o mediadores que actúan conforme a Derecho en el hecho de A, al que hay que castigar por detención ilegal en autoría mediata (BGHSt 3, 4; 10, 306). Un caso muy frecuente es también el de la estafa procesal, en la cual una parte consigue, engañando al juez, una condena injustificada o un rechazo injusto de la demanda con efecto perjudicial para el patrimonio. La sentencia perdura entonces hasta una eventual revocación y despliega efectos jurídicos, de modo que el juez ha actuado al respecto no sólo sin dolo, sino también conforme a Derecho.

Pero también en el "tráfico privado" un engaño puede producir, en determi- 69
nadas circunstancias, un instrumento que actúe no sólo sin dolo, sino incluso conforme a Derecho. Así, es imaginable que un sujeto de atrás difunda públicamente una injuria o difamación a través de otro al que le ampare una salvaguarda de intereses legítimos (RGSt 64, 23). Y si A aparenta ante B que existe una agresión ilegítima o antijurídica de C y en consecuencia B ejerce una legítima defensa putativa y C, por el contrario, una legítima defensa real, A es autor mediato de unas lesiones conformes a Derecho cometidas por C, siempre y cuando hubiera previsto y organizado de manera consciente el curso del hecho o al menos se hubiera conformado con él. En este caso además existe una sutil peculiaridad consistente en que uno de los instrumentos (B) actía sin dolo y el otro (C) de manera justificada (y, por tanto, igualmente sin dolo de injusto).

Las reglas del dominio por error (de manera similar a las reglas del 70
dominio por coacción, cfr. nm. 54 ss.) han de aplicarse de manera análoga en la **autolesión o autodaño provocado mediante engaño**. Quien con intención de matar suministra a alguien una comida envenenada es evidentemente autor de un delito de homicidio [en sentido amplio] incluso si la acción que conduce inmediatamente a la muerte (el consumo de la comida) ha sido realizada por la propia víctima. El **caso Sirio o Sirius** ofrece un ejemplo espectacular tomado de la jurisprudencia (BGHSt 32, 38), en el que un hombre supuestamente proveniente de la estrella Sirio o Sirius pretendía, con intención de realizar una estafa de seguros, matar a una mujer y, aprovechándose de la superstición de esta, le había mentido diciéndole que volvería a despertarse en una habitación en el lago Lemán en un cuerpo ennoblecido, si se metía en la bañera con un secador de pelo en marcha y de este modo "se separaba de su antiguo cuerpo". El plan fracasó porque el secador no funcionó. El BGH apreció con razón un asesinato intentado en autoría mediata[83]. Pues la víctima se encontraba en un cuasi-error de tipo, porque creía que seguiría viviendo en este mundo, si bien en

[83] Cfr. sobre el caso *Roxin*, NStZ 1984, 73; *el mismo*, Täterschaft, 7ª,2000, 584 ss., 597; SK-*Hoyer*, 7ª, § 25, nm. 80; *Küpper*, JA 1983, 672 s.; *Muñoz Conde*, ZStW 106 (1994), 547; *Neumann*, JuS 1985, 677;

un cuerpo ennoblecido[84]. No existió por tanto una tentativa de suicidio en la que sólo se habría podido colaborar impunemente. El ejemplo muestra que la delimitación de autoría mediata y participación en una autolesión o autodaño en la práctica [o a efectos prácticos] es aún más importante que la delimitación de autoría mediata e inducción. Pues en el primer caso es cuestión de castigo o impunidad, mientras que en el segundo, al menos si hecho es consumado, los marcos penales para autoría e inducción son los mismos.

71 Al contrario que en el engaño sobre la muerte de la víctima (realizada a través de su propia actuación) no es suficiente para fundamentar una autoría mediata la **provocación de otros errores motivadores de suicidio**. El **aparentar que se quiere ir con el otro a la muerte** no fundamenta por tanto aún autoría mediata de homicidio [en sentido amplio] si el engañado comete a continuación suicidio en la creencia errónea de que el otro le seguirá en la muerte. En un caso análogo, el BGH[85] dejó abierta la cuestión de "si una provocación así de un error basta por sí sola para fundamentar la autoría de quien engaña arteramente". En la literatura científica se afirma a menudo la existencia de una autoría mediata debida a error[86]. Sin embargo, merece aplauso su rechazo[87]. Pues, dado que el suicida va conscientemente a la muerte, sólo yerra sobre un motivo de su decisión; tales errores sobre los motivos deben quedar sin consideración o relevancia, si no se quiere perder toda seguridad en la delimitación. Dado que normalmente nadie comete suicidio sólo porque otro también afirma querer hacerlo, a menudo queda poco clara además la importancia que la voluntad de suicidiarse del otro tiene en la estructura motivacional del suicida; ello también habla en contra de la admisión de una autoría mediata.

72 Tampoco el **hacer creer a alguien con engaño que padece una enfermedad incurable**, creencia que conduce al suicidio del engañado, fundamenta sin más –ni siquiera si se da el dolo correspondiente- una autoría mediata de quien engaña. Esta **puede** existir si el que engaña empuja a la víctima a una depresión y utiliza su turbación anímica para provocar un suicidio cometido en estado de inimputabilidad (cfr. nm. 144 ss.). Pero si la víctima engañada sigue siendo responsable de su suicidio, ha de rechazarse la autoría mediata. Su admision llevaría demasiado lejos también porque el engañado puede, por regla general, protegerse frente a tales manifestaciones engañosas, haciendo comprobar por expertos si realmente existe la enfermedad. Por ello no es casualidad que la jurispr. nunca haya tenido aún que decidir sobre un caso así.

Schmidhäuser, NStZ 1984, 195; *Sippel*, NStZ 1984, 357. Por el contrario *Spendel*, Lüderssen-FS, 2002, 605, aprecia una autoría inmediata.

[84] Discr., sin embargo, *Freund*, AT, § 10, n. 60, 61; *Merkel*, JZ 1999, 502, 504 s.

[85] BGH GA 1986, 508 s.; cfr. sobre este supuesto de hecho ya nm. 56, 57.

[86] Cfr. v. gr. *Brandts/Schlehofer*, JZ 1987, 442; *Herzberg*, 1977, § 3 III 7 a. E.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 II 1; *Meyer*, 1984, 227 ss.; *Neumann*, JA 1987, 244; *Wessels/Hettinger*, BT/1, 24ª, § 1, nm. 52.

[87] *Bottke*, 1992, 267; *Charalambakis*, GA 1986, 485; *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 225 ss., 596 ss.

Cuestión distinta es la de si instigar a un suicidio mediante la provocación de un error de motivo debería seguir resultando absolutamente impune, como debe admitirse conforme al Derecho vigente. La instigación a suicidios no es poco frecuente y tampoco sólo merecedora de pena en caso de provocación de errorres de motivo relevantes para el suicidio. Sólo sucede que estos casos no se pueden ubicar sistemáticamente de manera correcta en el asesinato y el homicidio. Por ello se debería considerar la introducción de un precepto según el ejemplo del art. 115 StGB suizo, conforme al cual se castiga a "quien por móviles egoistas induce a otro al suicidio o le presta ayuda para él". 73

Tampoco en el supuesto de las **autolesiones** son infrecuentes los casos de autoría mediata. Si A emborracha a B, que no tiene ni idea, añadiendo en secreto alcohol en una bebida o echa en la comida de B sin su conocimiento una sustancia que causa dolores de estómago, A es en ambos casos autor mediato de unas lesiones. El BGH (NStZ 1986, 266) apreció con razón lesiones en autoría mediata (con resultado de muerte: § 227*) en el caso de un hombre que había instigado, ocultando conscientemente el riesgo, a una joven no acostumbrada al alcohol a consumir una cantidad mortal de aguardiente de frutas. 74

En la instigación a suicidios y demás autolesiones o autodaños es especialmente frecuente el caso de que un extraño **vea o comprenda el riesgo de producción del resultado mejor** que el que actúa de manera inmediata. En tanto que la víctima actúe sólo con imprudencia (consciente), pero el sujeto de atrás lo haga dolosamente, resulta una autoría mediata conforme a los criterios ya desarrollados para la lesión o daño a terceros (nm. 65): si A proporciona heroína a B, que este se inyecta con efecto letal, A es autor mediato de un homicidio (§ 212), si B actuó sólo imprudentemente en relación con la posible producción de la muerte, pero A –por regla general debido a su mayor conocimiento del riesgo– lo hizo dolosamente. Si ambos actúan con dolo eventual y con el mismo conocimiento del riesgo, sólo existe, desde la perspectiva de los delitos de homicidio [en sentido amplio], colaboración impune en una autopuesta en peligro (BGHSt 32, 262[88]). Finalmente, si ambos, el que suministra la droga y la víctima, actúan con dolo eventual en lo que se refiere a la posibilidad de un desenlace letal, pero el suministrador engaña a la víctima sobre la dimensión del riesgo o incluso si sólo sabe del menor conocimiento del riesgo por parte de esta, ello puede bastar ya para una autoría mediata. Sin embargo, esta constelación encaja sólo en el ámbito 75

---

* Entiendo que la referencia al § 226 StGB que aparece en el original alemán de la obra es incorrecta, pues ese § regula (y regulaba ya en el momento de la aparición de la obra) las lesiones graves por su resultado, sin incluir el de muerte. La referencia al § 226 se debe sin duda a que en el momento en que *Roxin* redactó el texto efectivamente las lesiones con resultado de muerte se tipificaban en él y así fue hasta la 6ª Ley de Reforma del Derecho Penal (StrRG), de 26 de enero de 1998, en vigor desde el 1 de abril de 1998. El § 227 StGB por el que sustituyo el que aparece en el original se titula precisamente "lesiones con resultado de muerte".

[88] Con com. de *Roxin*, NStZ 1984, 411; *Kienapfel*, JZ 1984, 750. La sentencia supone un cambio de orientación respecto de la jurispr. más antigua. Además: BGH MDR 1984, 503; NStZ 1984, 452; 1985, 25; 1986, 266. Las resoluciones se ocupan hasta ahora sólo de la imputación en la imprudencia, pero lo propio debe valer para el caso de dolo de un extraño o tercero.

del cuarto escalón o nivel del dominio por error (d); se trata de un caso que ha de tratarse de modo análogo al del autor tras del autor plenamente responsable (nm. 98).

b) El ejecutor actúa en error de prohibición

76 Si bien la cuestión de cómo se ha de enjuiciar el caso en que un sujeto de atrás que ve o comprende la situación jurídica se aprovecha del error de prohibición de un ejecutor inmediato se discute desde hace décadas[89], sólo se ha resuelto por primera vez por el BGH en 1988. En el abstruso pero instructivo **"caso del Rey de los Gatos"** (BGHSt 35, 347), se llevó por parte de la señora H y de P al autor inmediato R, aprovechando su superstición, a la idea delirante de que un "Rey de los Gatos" aniquilaría a millones de seres humanos si no se le ofrecía una "víctima humana en la persona de la señora N". En realidad, H y P pretendían matar de esta forma, por odio y celos, a N. R* creía estar autorizado a matar a la señora N para salvar a millones de seres humanos, pero fracasó en el intento de apuñalarla.

77 Se trata de un caso singular y remoto de provocación de un error de prohibición con fines delictivos[90]. Pero también son fácilmente imaginables constelaciones de casos cercanas a la vida real. En el Derecho penal secundario o accesorio y en el Derecho penal económico las fronteras de lo permitido son a menudo tan difícilmente reconocibles que un asesor real o supuestamente experto en Derecho puede provocar errores de prohibición sin gran esfuerzo. Y mismamente en el Derecho penal nuclear, incluso en los delitos de homicidio [en sentido amplio] (v. gr. en casos de ayuda a morir, de transmisión del sida o de tráfico de estupefacientes), puede convertirse en un medio decisivo de influencia en el hecho la creación o aprovechamiento de un error de prohibición.

78 Hoy en día existe unanimidad casi completa en que **la provocación de un error de prohibición invencible** convierte en autor mediato al sujeto de atrás que posee una orientación o información jurídica correcta[91].

---

[89] Cfr. *Roxin*, Täterschaft, 1963, 193 ss, donde se expone el estado de la discusión en el año 1963 (sobre la evolución de la discusión hasta 2000, *loc. cit.*, 7ª, 2000, 672 ss.).

* El nombre P que aparece en el original alemán ha de tratarse necesariamente de una errata [N. del T.].

[90] Algunos autores (*Herzberg*, Jura 1990, 16; *Schumann*, NStZ 1990, 32) discuten incluso que la superstición pueda fundamentar un error de prohibición en el sentido del § 17; pero, a decir verdad, sin razón. Pues el estado de conciencia que denominamos error de prohibición es independiente del modo en que se origine. El error de prohibición lo constituye el **que** y no el **porqué** alguien considere permitido algo antijurídico. Con todo, se trata de un caso atípico, y se vuelve aún más atípico por el hecho de que se evidencia una inimputabilidad del que actúa de manera inmediata; no obstante, el BGH sólo apreció un supuesto del § 21 [imputabilidad disminuida]. *Spendel*, Lüderssen-FS, 2002, 605, aprecia inducción en el "caso del Rey de los Gatos".

[91] De otra opinión *Köhler*, AT, 509; *Welzel*, StrafR, 11ª, 103; *Bockelmann/Volk*, AT, 4ª, § 22 II 2 c. Estos autores consideran posible de todos modos una participación en el hecho de quien yerra de

Pues en este caso el ejecutor actúa sin culpabilidad (§ 17 ap. 1) y no tiene siquiera la posibilidad de alcanzar un conocimiento o comprensión de la ilicitud o injusto inhibidora de la comisión del hecho. Tambien las reglas que rigen para el estado de necesidad (nm. 48-50) y la inimputabilidad (nm. 139 ss.) abonan la tesis de que cuando se emplee un sujeto inculpable que actúa como medio (en el hecho) en principio ha de apreciarse autoría mediata. Sin embargo, es muy discutido el caso de lejos más frecuente en la práctica de que el ejecutor actúe **en error de prohibición vencible**. En este supuesto se enfrentan dos grandes bloques de opiniones:

Según una concepción (la "**tesis de la participación**") el ejecutor, en caso de que el error de prohibición sea sólo vencible, relega siempre al sujeto de atrás al papel de mero inductor[92]. Dado que al que actúa de manera inmediata se le hace responsable como autor doloso (aunque sea concediéndole, por regla general, una disminución de culpabilidad, § 17 ap. 2), de la aplicación del principio de responsabilidad que rige para la coacción (cfr. nm. 48) resulta que el sujeto de atrás sólo puede ser inductor o –en caso de aprovechamiento de un error ya existente- cooperador o cómplice. La opinión contraria[93] (la "**tesis de la autoría**") aprecia autoría mediata. Se apoya sobre todo en el argumento de que la estructura piscológica de la relación de dominio sería la misma en el error de prohibición invencible y en el vencible y de que por ello el principio de responsabilidad no sería trasladable o aplicable a los casos de error[94]: "El estado de conciencia del sujeto que actúa como medio (en el hecho) es *ceteris paribus* el mismo en el error vencible y en el invencible; en consecuencia, el que el ejecutor hubiera podido tener conocimientos que *actualiter* no tenía no varía un ápice en cuanto a la influencia del sujeto de atrás (es decir, en cuanto a su ejercicio de dominio)". 79

El BGH no se ha adherido directamente a ninguna de las dos concepciones. Cree que del tenor literal de la ley y de la ubicación sistemática de la autoría mediata "no" se podría "deducir forzosamente la primacía por principio de uno de 80

---

modo no culpable.

[92] *Bloy*, 1985, 347 ss., 351; *Herzberg*, JuS 1974, 374; *Jakobs*, AT, 2ª, 21/96; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 II 5; *Köhler*, AT, 509; *Krey*, AT/2, § 28, nm. 148 ss.; *Maiwald*, ZStW 88 (1976), 736 s.; *el mismo*, ZStW 93 (1981), 892 s.; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm 53 ss. Cfr. en general sobre la delimitación de error de prohibición vencible e invencible *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 21, nm. 34 ss.

[93] *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 29 V 3 d; *Bottke*, 1992, 68 s.; *Ebert*, AT, 3ª, 197 (si bien no para todos los casos de error de prohibición vencible); *Freund*, AT, § 10, Rn. 89; *Gropp*, AT, 2ª, § 10, nm. 52; *Heinrich*, 2002, 219 ss.; *Herzberg*, 1977, § 3 III 3 a; *el mismo*, Jura 1990, 16 ss.; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 77 ss.; *Küper*, JZ 1989, 935 ss.; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 25, nm. 4; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 48, 81 ss. (de un modo no del todo claro); *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 3 c bb; *el mismo*, Jura 1987, 255; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2ª, 10/88; *el mismo*, LB AT, 2ª, 14/39; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 25, nm. 38; *Schroeder*, 1965, 76 ss., 126 ss.; *Schumann*, 1986, 77 ss.

[94] *Roxin*, Lange-FS. 1976, 179.

los criterios de solución"[95]. Rechaza sin embargo expresamente el principio de responsabilidad de la tesis de la participación, dando la razón a la argumentación psicológica de la tesis de la autoría: "El que él (scil. el ejecutor) hubiera podido tener conocimientos que no tenía en el caso concreto no tiene por qué cambiar nada en lo que se refiere al dominio del hecho del sujeto de atrás que aparenta o hace creer [al de delante] que el hecho está permitido". Por lo demás, se trataría de un" problema valorativo abierto". La cuestión de si, en caso de error de prohibición del que actúa de manera inmediata, el sujeto de atrás sería autor mediato y tendría "el dominio objetivo del hecho sostenido por la voluntad de autor" "no podría resolverse conforme a reglas rígidas", sino sólo "valorando la configuración concreta del caso en el supuesto particular". La delimitación dependería "en el caso concreto de la clase y el alcance del error y de la intensidad de la influencia del sujeto de atrás". No obstante, sería en todo caso autor mediato el "que intencionadamente da lugar y dirige el suceso con ayuda del error provocado conscientemente por él".

81 El que el BGH haya eludido adoptar una decisión clara entre las opiniones en liza y quiera dejar la delimitación "al caso concreto" ha sido objeto de viva protesta[96], pese a la laudable declaración en favor del criterio del dominio del hecho. Esta crítica está justificada en tanto se dirige contra el hecho de que se renuncie a criterios de concreción para la determinación del dominio del hecho y se deje de hecho la decisión al arbitrio judicial en el caso concreto. Sin embargo, una mirada más detenida muestra que el BGH está muchísimo más cerca de la tesis de la autoría que de la tesis de la participación y, además, dispone de una solución clara para la constelación de casos de lejos más importante. Rechazando el principio de responsabilidad en el ámbito del dominio por error por principio (BGHSt 35, 353: "no [es] un criterio idóneo de delimitación") y atribuyendo o asignando "en todo caso" a la autoría mediata el control del suceso con ayuda de un "error provocado conscientemente", asume la idea central de la tesis de la autoría.

82 Se ha de estar de acuerdo[97]. Quien provoca un error de prohibición en el ejecutor para realizar de este modo un plan delictivo es en principio autor mediato. Pues elimina o disipa las inhibiciones (por regla general decisivas) que se derivan del conocimiento de la prohibición e incluso ya de la propia duda sobre la prohibición y, visto en perspectiva psicológica, no domina el suceso ni un ápice menos en caso de error vencible que en caso de error invencible (cfr. ya nm. 79, 80). Resulta equivocada la objeción de que, si en el dominio por coacción se delimitan normativamente (conforme al principio de responsabilidad) autoría mediata e inducción, sería inconsecuente efectuar el deslinde conforme a criterios psicológicos en los casos de error[98].

---

[95] BGHSt 35, 353 s.

[96] Por *Küper*, JZ 1989, 935 ss.; *Herzberg*, Jura 1990, 16 ss.; más bien en el sentido del BGH sin embargo *Schaffstein*, NStZ 1989, 153.

[97] Acerca de mi propia concepción, con más detalle, *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 193 ss., 658 ss.; *el mismo*, Lange-FS, 1976, 173 ss.; *el mismo*, LK, 11ª, § 25, nm. 83 ss.

[98] Al respecto, acertadamente, *Küper*, JZ 1989, 948.

Pues también en el dominio por coacción el criterio decisivo es la fuerza de la presión ejercida por el sujeto de atrás (la amenaza con un peligro actual "para la vida, la integridad física o la libertad"). Únicamente debido a que la presión ejecida no puede medirse con exactitud se han de aplicar las reglas o especificaciones normativas del § 35 para la delimitación. En el dominio por error se atiende –conforme a su estructura-, no a la presión psíquica, sino al criterio asimismo psicológico de la eliminación del motivo de inhibición en el ejecutor; la vencibilidad o invencibilidad del error son indiferentes o irrelevantes al respecto. La normativización también necesaria en este caso en el terreno límite radica en el deslinde del error de prohibición respecto de errores irrelevantes de subsunción y de punibilidad, y también de los muchos casos en que persiste la duda sobre la prohibición, en los cuales un sujeto de atrás que engaña sólo puede ser estimado inductor (cfr. con más detalle *Roxin*, AT I, 2ª [PG I], § 12, nm. 84 ss.; § 21, nm. 28 ss.).

La tesis de la autoría tiene por tanto en su mayor parte razón. Pero se ha de estar de acuerdo con el BGH en que un error de prohibición del ejecutor no convierte sin excepción al sujeto de atrás que ve o comprende la situación jurídica en autor mediato. Más bien resulta indicado partir de una mera participación en dos constelaciones de casos: 83

La primera se refiere al caso en que **el error del ejecutor se debe a enemistad u hostilidad al Derecho** y, por ello, ni siquiera conduce a la atenuación facultativa de la pena prevista en el § 17 ap. 2 (cfr. *Roxin*, AT I, 2ª [PG I], § 21, nm. 8 s., 67). Tal error es irrelevante según la valoración legal, porque el carácter socialmente intolerable de la conducta del autor, evidente para cualquiera, debería ofrecer al que actúa motivo suficiente para abstenerse o desistir de su manera de proceder. El sujeto ve la antijuridicidad material de su conducta y es plenamente responsable como autor; el que ignore la prohibición –es decir, yerre sobre la antijuridicidad formal- no reduce su responsabilidad. Lo acorde con ello es considerar a un tercero o sujeto externo sólo partícipe; pues no puede dirigir en el modo propio del dominio del hecho a una persona hostil al Derecho en la realización del injusto. Para este grupo de casos valdría la observación contenida en BGHSt 35, 354 de que la delimitación dependería "de la clase y el alcance" del error: el error de quien actúa con hostilidad al Derecho es tan irrelevante en cuanto a "clase y alcance" que no basta para fundamentar una autoría mediata. 84

Por tanto, un autor que yerra sobre la prohibición actúa con hostilidad al Derecho en el sentido aquí empleado cuando conoce la lesividad social de su conducta, pero cree, por razones jurídicamente no comprensibles, que no se le puede hacer responsable por ello. Tales casos son poco frecuentes, pero imaginables. Quien insulta a otro lesionando su honor (§§ 185-187) y cree que un derecho ilimitado a la libre expresión le protege frente a una sanción; quien maltrata brutalmente a sus hijos (§ 225) y considera que su derecho como padre, en el que no tendría que inmiscuirse el Estado, se lo permite; quien explota 85

usurariamente a otras personas de la peor forma (§ 291) y se ampara en la tesis de que ello se corresponde con las reglas de una sociedad capitalista sabe todo lo que lleva al legislador a prohibir su conducta y se le castigará por ello como autor doloso con el marco penal no reducido del delito doloso. Por ello no es posible una supradeterminación con sentido por un sujeto de atrás que le persuada o engañe contra su propia convicción sobre tales tesis hostiles al Derecho y cínicas. Se queda en una inducción.

86 Esta concepción, que defiendo desde hace ya 40 años[99], ha vuelto a ser fundamentada recientemente con exhaustividad y profundización por *Otto*[100]. Este autor pone con razón de relieve que a través del mero conocimiento de la antijuridicidad formal del hecho realizado "no se fundamenta un conocimiento material superior jurídicamente relevante" por parte del sujeto de atrás[101]. Quien le dice a alguien falsamente que su conducta socialmente lesiva no tendrá consecuencias jurídicas le estaría tentando. "Pero el sucumbir a la tentación es cosa de su [del tentado] propia resolución o decisión de voluntad, y por ello el sujeto de atrás no domina el suceso ... La situación es comparable a la del señuelo de una motivación mediante la perspectiva de una recompensa, pero no a la del dominio de otro mediante el aprovechamiento del conocimiento material superior".

87 Sin embargo, será mucho más frecuente el caso de una autoría mediata cuando alguien motiva a la realización de un tipo mediante la provocación de un error de prohibición. Pues en la periferia o zona límite o marginal de los tipos –sobre todo del Derecho penal económico- la delimitación de lo socialmente permitido y prohibido sólo es posible para expertos con cierta fiabilidad. Por ello puede resultar más fácil para un sujeto de atrás ocultar al que actúa de manera inmediata la lesividad social de su actuación, simulando conocimientos jurídicos superiores. Precisamente esto es lo que justifica la delimitación aquí efectuada entre autoría mediata e inducción.

88 Se habrá de hacer la segunda excepción **cuando un sujeto de atrás no provoca ni la resolución a cometer el hecho ni el error de prohibición del que actúa de manera inmediata** y los apoya, pese a su propia [del sujeto de atrás] comprensión o conocimiento de la ilicitud (o injusto)[102]. Tal apoyo no proporciona al sujeto de atrás una influencia con carácter de dominio, pues el ejecutor ya está decidido o resuelto por iniciativa propia a realizar el hecho y además yerra sobre la prohibición bajo propia responsabilidad[103]. El reconocimiento de este grupo de casos satisfaría la sugerencia del BGH de que, en la determinación de la autoría mediata, hay que tener en cuen-

---

[99] *Roxin*, Täterschaft, 7ª,2000, 483 ss.; de acuerdo *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 244; *Otto*, Jura 1987, 255; *el mismo.*, AT, 6ª, § 21 IV 3 c bb.

[100] *Otto*, Roxin-FS, 2001, 483 ss.

[101] En esto y en lo que sigue *Otto*, Roxin-FS, 2001, 490 s.

[102] Cfr. *Roxin*, Lange-FS, 1976, 181.

[103] De acuerdo en la conclusión *Schumann*, 1986, 100 s.

ta también la "intensidad de la influencia del sujeto de atrás". Al realizar su consideración, el BGH podría haber estado pensando también en una constelación de casos como la descrita. Pues sólo se menciona como caso de autoría mediata el control del suceso a través de un error "conscientemente provocado" (BGHSt 35, 354). Sin embargo, apreciar sólo participación en todos los casos en que un sujeto de atrás aprovecha, sin haberlo provocado, el error de prohibición del que actúa inmediatamente sería ir demasiado lejos[104]: quien se percata del completo desconocimiento jurídico de otro y precisamente por ello lo determina a la comisión de acciones punibles en las cuales puede empujar cómodamente a este como hombre de paja "de buena fe" domina el suceso y es autor mediato. **Lo decisivo es por tanto la provocación de la resolución a cometer el hecho y no la provocación del error de prohibición**[105].

Si sujeto de atrás y ejecutor actúan por igual en error de prohibición, 89
sólo entra en consideración una participación del sujeto externo o tercero. Pues, si le falta el saber superior, no puede alcanzar el dominio del hecho. Esto vale incluso cuando el sujeto de atrás actúa en error de prohibición vencible y el autor inmediato, sin embargo, en error de prohibición invencible. Pues tampoco la vencibilidad del error de prohibición le da al sujeto externo o tercero la comprensión o conocimiento jurídico superior sólo a través del cual podría tener el dominio del hecho. Por desgracia, BGHSt 40, 267 ha oscurecido esta conclusión, que no se puede cuestionar seriamente. En el supuesto de hecho que sirve de base a la decisión, un médico que se ocupaba del tratamiento en un hospital había dado al personal sanitario la instrucción de suspender la alimentación artificial de una paciente que había perdido la conciencia de forma irreversible. El BGH pretende apreciar en ese caso una tentativa de homicidio del médico en autoría mediata y sustentarla, entre otras cosas, en un error de prohibición provocado por él en el personal del hospital. Sin embargo, dado que, como también subraya el BGH, el propio médico se encontraba en error de prohibición, debió quedar excluido desde el principio un dominio de la voluntad en virtud de error. "Quien ... se equivoca sobre la misma circunstancia que su 'instrumento' no puede (pretender) dominar a este por error"[106].

Una posición peculiar es defendida por *Murmann*[107], quien atiende a "en 90
qué medida el sujeto de atrás tiene, en favor de la víctima, un deber de omitir la provocación o el aprovechamiento de errores sobre cuestiones jurídicas". Tal deber sólo se aprecia excepcionalmente, sobre todo en instancias

---

[104] Cfr. también las explicaciones diferenciadoras de *Schaffstein*, NStZ 1989, 157.

[105] Por el contrario *Blei*, AT, 18ª, § 72 I 3 c, atiende a la provocación del error de prohibición, de modo que su mero aprovechamiento conduce para él siempre a la participación.

[106] *Merkel*, ZStW 107 (1995), 554. Asimismo *Roxin*, Grünwald-FS, 1999, 559 s.; *el mismo*, Täterschaft, 7ª, 2000, 612; *Murmann*, GA 1998, 87; *Otto*, Roxin-FS, 2001, 486; *Vogel*, MDR 1995, 339.

[107] *Murmann*, GA 1998, 78 ss. (83, 85).

o autoridades estatales [públicas]. El círculo de estas personas sobre las que recae ese deber coincide a menudo, según Murmann, "con el círculo de personas cuyas informaciones fundamentan la invencibilidad del error de prohibición según la jurisprudencia", de modo que por lo general sólo se aprecia una autoría mediata en caso de invencibilidad del error de prohibición. Sin embargo, frente a ello hay que decir que todo sujeto de atrás tiene el deber de no dañar a otros, con independencia de que ello ocurra inmediata o mediatamente a través de la provocación o el aprovechamiento de un error de prohibición en un sujeto que actúa como medio en el hecho[108].

c) El ejecutor yerra sobre los requisitos del estado de necesidad disculpante

91 Este grupo de casos no ha desempeñado hasta ahora papel alguno en la práctica, siendo sin embargo absolutamente verosímil o próximo a la realidad. Si los amigos de un delincuente, simulando o haciéndole creer que concurren los requisitos del § 35 [estado de necesidad disculpante] (p. ej. por una vana amenaza de muerte), inducen a un tercero a un delito de obstrucción a la justicia penal [por impedir la imposición de una pena o una medida a quien le correspondería conforme a la ley penal] (§ 258), el ejecutor actúa en un error de exculpación que se ha de valorar conforme al § 35 II [que prevé una atenuación obligatoria por error sobre la concurrencia de los presupuestos del estado de necesidad disculpante][109]. Se habrá de considerar a los sujetos de atrás en un caso así autores mediatos[110]. Pues la representación de no poder ser hecho penalmente responsable quita ya al ejecutor, junto con la presión psíquica producida por su error, la motivación inhibidora. La autoría mediata del sujeto externo o tercero se fundamenta también porque la estructura psíquica del dominio del hecho no se diferencia en el caso de una situación de necesidad real y en el de una simulada. Por ello rigen también aquí análogamente las reglas conforme a las cuales, en caso de estado de necesidad real del ejecutor, excepcionalmente sólo entra en consideración una participación del sujeto de atrás* (nm. 52, 53).

92 El error de exculpación del ejecutor se presentará a menudo junto a un error de prohibición, pues la representación de una situación exculpante puede hacer que a la vez el sujeto se represente que la actuación a la que compele la necesidad está permitida. Así, en el caso del Rey de los Gatos (nm. 76), el ejecutor podría haber supuesto la concurrencia de los requisitos de una causa supralegal de exculpación[111], si se admite como tal el sacrificio

---

[108] Cfr. al respecto también *Otto*, Roxin-FS, 2001, 487.

[109] Con mayor detalle *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 22, Rn. 59 ss.

[110] *Herzberg*, Jura 1990, 25, llega al mismo resultado en un caso análogo, asimismo *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 71.

* La referencia en el original alemán al ejecutor es obviamente una errata [N. del T.].

[111] En BGHSt 35, 350 s., si bien se advierte la cuestión, se trata de manera insuficiente. Con más detalle *Küper*, JZ 1989, 626 ss.

de un ser humano para salvar a millones de otros[112]. Igualmente habría existido, en caso de suposición de un peligro para la vida que amenazara a todos los enfermos, un error de exculpación junto a un error de prohibición en el conocido caso de los "médicos de la eutanasia"[113], que entregaron a la muerte a algunos enfermos para salvar a la mayoría. Si en un caso así el error es provocado o aprovechado por un sujeto externo o tercero [alguien ajeno a la situación], entra en consideración una autoría mediata tanto conforme a los nm. 76 ss. como conforme al nm. 91; la existencia simultánea de distintos casos de autoría mediata es plenamente posible.

También es concebible una participación en caso de error de exculpa- 93
ción cuando quien actúa de manera inmediata y el sujeto externo o tercero creen erróneamente de igual manera en la concurrencia de una situación exculpante. No obstante, cuando un sujeto de atrás no se considera a sí mismo, sino sólo al ejecutor, en peligro, hay que afirmar asimismo una autoría mediata en los casos en que, de haber una auténtica situación de necesidad, habría de apreciarse una autoría mediata (nm. 52).

d) El ejecutor obra de manera plenamente delictiva

Cuando un ejecutor actúa "de manera plenamente delictiva", es decir, 94
no sólo típica, antijurídica y culpablemente, sino también sin las atenuaciones de la culpabilidad de los §§ 17 ap. 2 [atenuación facultativa por error de prohibición vencible] y 35 II [atenuación obligatoria por error sobre la concurrencia de los presupuestos del estado de necesidad disculpante], la influencia psíquica de un extraño o tercero sólo puede fundamentar por regla general inducción o cooperación o complicidad (psíquica), aun cuando se sirva como medio del engaño. Pues el dominio del hecho concurre en el ejecutor, que ve o comprende la realización del tipo en todos sus aspectos jurídicos relevantes y resuelve la comisión del hecho bajo responsabilidad propia. La provocación de un **error en los motivos** no puede modificar en nada estas relaciones o circunstancias de dominio (cfr. al respecto ya, en relación con la autolesión o autodaño provocado mediante engaño, nm. 71, 72). Por tanto, si A le miente a B diciéndole que C ha cometido adulterio con la esposa de B y, mediante esa patraña, conforme a su plan, consigue que B le dé una paliza a C, se trata sin embargo sólo de una inducción a lesiones. Pues el engaño no se refiere al hecho delictivo como tal, sino sólo a las razones o motivos para su comisión. Si bien es verdad que los motivos de los intervinientes poseen relevancia en la determinación de la pena, carecen sin embargo de importancia para la delimitación de autoría mediata e inducción en tanto no repercutan en la valoración jurídica del hecho (con mayor detalle nm. 99 ss.).

---

[112] Cfr. al respecto, detalladamente y estableciendo diferencias *supra Roxin*, AT I, 2ª [PG I], § 22, nm. 142 ss., 152 ss.

[113] *Roxin*, AT I, 2ª [PG I], § 16, nm. 31 ss., § 22, nm. 143 ss.

95 Sin embargo, no es digna de aplauso la suposición muy extendida de que un "autor tras el autor que obra de manera plenamente delictiva" no podría existir jamás[114]. Pues hay engaños que, si bien es verdad que no se refieren a la responsabilidad jurídica del que actúa de manera inmediata, tampoco lo hacen sólo a sus motivos, sino al hecho como tal y lo convierten en otro que puede ser imputado al sujeto de atrás. Distingo[115] tres grupos de casos de esta clase: el engaño sobre la magnitud del injusto (aa), el engaño sobre circunstancias cualificantes (bb) y el engaño sobre la identidad de la víctima (cc).

aa) El engaño sobre la magnitud del injusto

96 Si A instiga a B a poner en la cerveza de C unos polvos que supuestamente producen dolores de estómago de corta duración, pero que en realidad hacen necesaria una estancia hospitalaria de la víctima durante meses, se ha de castigar a B como autor de unas lesiones; pues se ha de subsumir en el § 223 [tipo básico de lesiones] la causación de dolores de estómago. Sin embargo, las consecuencias más graves, aunque no equiparables a las del § 226 [tipo de lesiones graves], corren sólo a cargo de A, que en ese sentido se sirve de B como "instrumento ciego". Es por ello adecuado enjuiciar a A como inductor hasta donde el dolo de B abarcara las consecuencias de su actuación. En cuanto a las consecuencias mucho más graves más allá de lo anterior, A es autor mediato, a pesar de que inducción y autoría mediata se refieran en un caso así al mismo tipo[116]. Por lo demás, tales errores son también fácilmente imaginables: p. ej. se hace creer a alguien que con un encierro sólo causará una privación de libertad de corta duración (§ 239 [detenciones ilegales]) o mediante una acción de dañar causará un daño pequeño (§ 303 [daños en las cosas]), mientras que en realidad la actuación del autor ha de dar lugar, como sabe sólo el sujeto de atrás, a una privación de libertad o detención ilegal de varios días o a un daño muy elevado. Ciertamente, el engaño sobre la magnitud del injusto ha de ser notable o importante para hacer aparecer como otro el hecho causado por el sujeto de atrás en relación con el que se imagina el ejecutor.

97 Una parte importante de la literatura científica rechaza la autoría mediata en tales casos y pretende que se castigue sólo por inducción y que "el dolo"

---

[114] Sobre los defensores de la opinión contraria en cada una de las constelaciones de supuestos de hecho, cfr. el texto que sigue a continuación; explicaciones básicas sobre las "concepciones discrepantes", principalmente sobre el principio de autonomía y de autorresponsabilidad, se encuentran en los nm. 172 ss., 174, 175 ss., 178 ss., 182. *Huber*, 1995, 199, opina que "la figura (alemana) del autor tras el autor es desconocida" en el Derecho penal suizo..

[115] Por primera vez en Lange-FS, 1976, 173.

[116] Esta solución fue desarrollada en primer lugar por *Herzberg*, 1977, 27 ss., quien habla aquí de un "error de tipo gradual". Siguiéndole *Roxin*, Lange-FS, 1976, 185; *Bloy*, 1985, 353 ss.; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 75; *M.-K. Meyer*, 1984, 175; *Neumann*, JA 1987, 250; *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 3 c dd; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 25, nm. 22.

más amplio "del sujeto de atras ... se contemple ... en la determinación de la pena"[117]. Sin embargo, ello no es digno de aplauso. El argumento de que la conciencia de la realización propia del delito daría al ejecutor suficiente motivo para distanciarse o abstenerse del hecho no convence. Pues la autoría mediata, como se ha mostrado ya en el caso de conocimiento del riesgo (nm. 64, 75), de error de prohibición (nm. 79 ss.) y de error de exculpación (nm. 91 ss.), no requiere la falta total de motivos de inhibición en el ejecutor; basta que, como sucede también en el caso de error sobre la magnitud del injusto, se eliminen factores esenciales de inhibición mediante la manipulación del sujeto de atrás o que su falta sea aprovechada por él. ¡Es más, el "redireccionamiento o desvío" del hecho a otro objeto causado por el engaño puede fundamentar el dominio sobre el otro hecho así provocado, incluso permaneciendo igual la magnitud de injusto y de culpabilidad (con más detalle nm. 102 ss.)! A favor de apreciar autoría mediata en los casos de engaño sobre la magnitud de injusto habla además la circunstancia de que, en caso de tipos distintos, también la op. absolutamente dom. considera posible inducción y autoría mediata en relación con una (y la) misma acción; p. ej., una inducción a lesiones puede a la vez ser un asesinato en autoría mediata (BGHSt 30, 363; al respecto nm. 66). Si en ese caso la conciencia de la realización del delito en el ejecutor no impide una autoría mediata, no puede valer otra cosa para el engaño sobre la magnitud del injusto en el marco del mismo tipo. Y, por fin, hay que tener en cuenta que, en caso de "sobreacrecentamiento" en la inducción [o inducción incrementada, a más, a algo más grave o sobreinducción] procedente del sujeto de atrás sin engaño (con más detalle § 26 nm. 102 ss.) puede existir una inducción también dentro del mismo tipo (con más detalle § 26, nm. 104 ss.): a quien convence al que está decidido a dar un bofetón de que golpee a la víctima hasta dejarla medio muerta (o lista para el hospital) ha de castigársele por inducción a un delito de lesiones. Pero entonces ha de apreciarse autoría mediata en caso de provocación del correspondiente error en la persona del ejecutor.

Estos principios se han de trasladar a las autolesiones o autodaños pro- 98
vocados mediante engaño y desempeñan un importante papel en caso de conocimiento superior del riesgo por el sujeto externo o tercero. Si A da a B droga a consecuencia de cuyo consumo B muere, A resulta impune como partícipe en una autopuesta en peligro, siempre y cuando ambos vean o comprendan el riesgo en la misma medida (BGHSt 32, 262; cfr. nm. 75). Si, por el contrario, el sujeto externo o tercero minimiza intencionadamente el riesgo o incluso solamente entrega la droga, pese a que sabe que el destinatario no conoce de manera suficiente el riesgo, existe un delito de homicidio [en sentido amplio] en autoría mediata. "La punibilidad puede ... empezar en el punto en que el que se implica o interviene comprende mejor el riesgo

[117] *Bottke*, 1992, 71; *Gropp*, AT, 2ª, § 10, nm. 53 s.; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 242 s.; *Jakobs*, AT, 2ª, 21/101; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 II 2; *Krey*, AT/2, § 28, nm. 162; *Renzikowski*, 1997, 82; *Schumann*, 1986, 75; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 61.

que el que se pone a sí mismo en peligro" (BGHSt 32, 265). Entonces ha de afirmarse una autoría mediata aunque la víctima se siga poniendo a sí misma en peligro (con menor conocimiento del riesgo) dolosamente.

bb) El engaño sobre circunstancias cualificantes

99 Las constelaciones de este tipo son a menudo sólo casos especiales de engaño sobre la magnitud del injusto y entonces hay que tratarlos como estos[118]: Si el sujeto de atrás A incita a B, que actúa de manera inmediata, a echar en los ojos de un tercero un gas lacrimógeno inocuo o poco lesivo con una pistola pulverizadora, cuando sabe perfectamente que la sustancia química ha de provocar la destrucción o pérdida de la vista, A es autor mediato del delito del § 226 I nº 1 [lesiones graves por pérdida de la vista], mientras que a B hay que castigarlo como autor del delito del § 223 [tipo básico de lesiones] (o como máximo del § 224 [lesiones peligrosas]). Pero este grupo de casos adquiere significación autónoma cuando la cualificación se basa en circunstancias que elevan la culpabilidad. A BGHSt 1, 368[119] le sirvió de base un supuesto de hecho en el que el acusado incitó en la primavera de 1945 a los soldados americanos que entraban en el país a ejecutar a L por el motivo, que él sabía contrario a la verdad, de que este último había asesinado a varios trabajadores extranjeros. El acusado quería quitar de en medio por móviles bajos o abyectos a L, partiendo de la idea de que los americanos lo ejecutarían sin comprobar la acusación y sin proceso. Y así sucedió. En este caso los americanos, ejecutores inmediatos del hecho, cometieron un homicidio (§ 212), mientras que al acusado ha de hacérsele responder como autor mediato de un asesinato (§ 211 [una de cuyas modalidades consiste en el StGB en matar por móviles bajos o abyectos]).

100 En supuestos de hecho de esa clase se rechaza a menudo la autoría mediata también por quienes la afirman en el grupo de casos expuesto en los nm. 96 ss.[120]. El BGH apreció inducción al delito del § 212 [homicidio][121], pero parece considerar ahora[122] existente una autoría mediata cuando afirma, invocando expresamente la opinión aquí defendida respecto de BGHSt 1, 368 (nm. 99), la comisión del hecho "por medio de otro" cuando este, "a consecuencia de un error provocado o aprovechado por el autor mediato, no actúa dolosamente, pero también **cuando el que actúa como medio (en el hecho) cree, a consecuencia del error, cometer un delito menos grave**". El rechazo de una autoría mediata, cuando no se basa en la no aceptación general o global del autor detrás del autor que actúa de manera plenamente delictiva, se sustenta sobre todo en la suposición de que una diferencia de

---

[118] El ejemplo es de *Roxin*, Lange-FS, 1976, 188, donde el grupo de casos se trata por primera vez (186-189). Hasta aquí de acuerdo *Bloy*, 1985, 355.

[119] Sobre ella por primera vez *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 213 ss.

[120] *Herzberg*, 1977, 26; *Bloy*, 1985, 355 ss.

[121] Una constelación similar trata BGHSt 2, 223; al respecto LK-*Roxin*, 11ª, § 25, nm. 101.

[122] BGHSt 30, 363, 364 s.

culpabilidad debida al engaño entre el sujeto de atrás y el ejecutor no es suficiente para fundamentar una autoría mediata.

Pero ello no convence si se tiene en cuenta que, en el caso de provocación 101
de un error de prohibición o de exculpación (nm. 76 ss., 91 ss.), en una valoración relativa a aspectos sistemáticos del delito, la autoría mediata se basa también solamente en la mayor culpabilidad del sujeto de atrás, pero que en estos casos aparece asimismo un hacer injusto doloso del autor inmediato. El error provocado en el caso del ejemplo es sin duda también un error en los motivos en cuanto que los soldados ejecutantes, al contrario que el sujeto de atrás, no actuaron por un "móvil bajo o abyecto". Pero la diferencia decisiva respecto del error en los motivos sólo relevante para la determinación de la pena radica en que en el ejemplo el error está "referido al hecho", o sea, convierte el hecho del asesinato pretendido por el sujeto de atrás en un mero homicidio en los ejecutores y con ello en otro hecho. Cuando *Bloy*[123] opina que un asesinato por móviles bajos o abyectos no sería "otro hecho frente al homicidio, sino el mismo hecho con otro contenido de culpabilidad", se trata de una deducción sitemática arbitraria, dado que precisamente este autor aprecia también, en caso engaño sobre la magnitud del injusto, otro hecho y no el mismo "con un contenido más elevado de injusto". Lo que en el caso del ejemplo convierte en otro el hecho del sujeto de atrás no es sin embargo su mayor contenido de culpabilidad como tal, sino la circunstancia de que el legislador lo ha "objetivado" y lo ha convertido en la razón de la creación de un precepto penal independiente –el del asesinato–. No es raro o infrecuente que el legilsador constituya una acción punible también mediante elementos de culpabilidad[124], y entonces un hecho en que concurre el elemento de culpabilidad requerido es otro distinto a aquel en el que falta (y que a menudo no es siquiera punible).

cc) El engaño sobre la identidad de la víctima

El caso de un *error in persona* manipulado por el sujeto de atrás es teóri- 102
camente discutido del modo más vehemente, pero apenas posee importancia en la práctica. La constelación básica de casos es del tipo de que A quiere matar a tiros a B, pero en vez de ello, a consecuencia de un *error in persona*[125], mata de un disparo a C porque un taimado sujeto de atrás, D, le ha hecho creer que el que venía de camino, C, se trataba de la persona a que se esperaba, B. Una variante del caso es la de que D no engaña o induce a error a A verbalmente, sino atrayendo a C al lugar donde A espera a B a consecuencia de una cita y entonces confunde a C, que es el que aparece, con B, tal y como esperaba D, y lo mata de un disparo. Está fuera de duda que el que actúa de

[123] *Bloy*, 1985, 357. *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 62, quien sólo aprecia también una inducción, concede al menos: "Aquí el error les ha convertido (scil. a los soldados americanos) en cierto sentido realmente en instrumentos del denunciante".

[124] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 10, nm. 78 ss.

[125] Al respecto *Roxin*, AT 1, 2ª [PG I], § 12, nm. 168 ss.

manera inmediata en tales casos (aquí: A) es autor doloso de un homicidio o asesinato; pues su *error in persona* no le exonera. Pero D es, conforme a la opinión aquí defendida, autor mediato de un delito de homicidio [en sentido amplio], porque ha provocado el *error in persona* del que dispara y por ello ha de responder de la muerte de la persona a que *in concreto* se ha matado a tiros (C). En lo que respecta al homicidio [en sentido amplio] de C, se ha servido de B como de un instrumento en ese aspecto "ciego".

103 La autoría mediata se basa en este caso en que el redireccionamiento o desvío de la acción del autor de B a C, o sea, hacia una nueva víctima, convierte al hecho en otro (distinto)[126]. Si D no hubiera engañado, sino convencido a A de matar a tiros mejor a C en vez de a B, se trataría indiscutiblemente de una inducción a un delito de homicidio [en sentido amplio]. ¡Pero lo que en caso de ser conocido por el incitado sería una inducción es sin duda autoría mediata en caso de engaño sobre las correspondientes circunstancias! Cuando un objeto determinado del hecho es objeto del plan del hecho, el dolo es dolo concretado hacia este objeto[127], de modo que D realiza un dolo distinto de A y, con ello, también otro homicidio [en sentido amplio] (distinto). Si se pretendiera rechazar la autoría mediata, se llegaría por lo demás al resultado intolerable de que el sujeto de atrás debería quedar totalmente impune. Pues, si no se concreta el dolo, sino que se determina conforme a elementos abstractos de especie o clase (conforme al lema: "A quería matar a un ser humano y ha matado a un ser humano"), no entraría en consideración una inducción de A por D, porque A ya estaba resuelto a matar a un ser humano; y quedaría excluida una cooperación o complicidad, porque D no ha apoyado A, sino que precisamente ha frustrado su plan.

104 Pese a todo, una opinión contraria, con divisiones dentro de ella, rechaza apreciar autoría mediata. Intenta evitar la exención de responsabilidad penal de D en parte considerándolo autor yuxtapuesto (o paralelo o accesorio)[128] o autor inmediato[129] de un delito de homicidio [en sentido amplio]. Pero entonces se pasa por alto que el autor yuxtapuesto (o paralelo o accesorio)

---

[126] Cfr. Al respecto exhaustivamente *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 212 ss.; *el mismo*, Lange-FS, 1976, 189 ss.; *el mismo*, LK, 11ª, § 25, nm. 105. De acuerdo en la conclusión *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 29 V 3 e; *Blei*, AT, 18ª, § 72 I 1 c; *Heinrich*, 2002, 230 ss.; *Köhler*, AT, 508; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 74; *Küpper*, GA 1998, 528 s.; *Meyer*, 1984, 99 ss.; *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 3 c dd; *Sax*, ZStW 69 (1957), 434; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 25, nm. 23; *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 14/19; *el mismo*, StuB AT, 2ª, 10/85; *Schroeder*, 1965, 134 ss. (al respecto *Roxin*, ZStW 78 [1966], 227 ss.).

[127] Con mayor detalle *Roxin*, AT I, 2ª [PG I], § 12, Rn. 144 ss., 169. Ello queda probado por la relevancia de la *aberratio ictus* y no es refutado por la irrelevancia del *error in persona*, porque en el segundo caso la concreción no se produce por la representación de identidad del autor, sino por el objeto del hecho sobre el que se pone la mira y que resulta alcanzado conforme al plan.

[128] Así *Herzberg*, JuS 1974, 576; *el mismo*, 1977, § 4 I; *Zipf*, ÖJZ 1975, 619, muy probablemente también *Welzel*, StrafR, 11ª, 111.

[129] *Stratenwerth*, AT, 3ª, nm. 784, había apreciado primero autoría mediata, pero había considerado posible también la inducción y la cooperación o complicidad. En AT, 4ª, § 12, nm. 63 aboga *el mismo* por la inducción; cfr. al respecto n. 130.

y el autor inmediato precisamente no realizan sus planes "a través de otro" como aquí ocurre. Así, esta construcción sustitutiva o alternativa confirma materialmente (en el fondo) la solución aquí defendida. Otros autores abogan por la inducción[130], la cooperación o complicidad[131] o en general por la "participación"[132] de D, pero con ello se exponen a la objeción realizada en el nm. 103 de que no es posible la inducción al delito de quien ya está resuelto a cometerlo y de que no es posible tampoco la complicidad cuando el sujeto lo que hace es frustrar el plan, y de que, si se admite la tesis correcta en virtud de la cual el cambio de víctima debido al engaño provocaría otro hecho (distinto), sólo puede existir sin embargo una autoría mediata.

3. El dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados* de poder

a) La idea básica de esta concepción

El "dominio por (o de) organización", como forma independiente y "nueva" de autoría mediata, fue desarrollado por mí por por primera vez en el año 1963[133]. Mi idea básica era que, considerando el dominio del hecho criterio decisivo para la autoría, sólo hay tres formas prototípicas (o idealmente típicas) en las que se puede dominar un acontecimiento o suceso sin poner las manos en la ejecución: se puede obligar o forzar al ejecutor; se le puede engañar; o se puede –y esta era la idea nueva- disponer de un aparato que asegure la ejecución de órdenes incluso sin fuerza o engaño, porque el aparato como tal garantiza la ejecución. El que da la orden puede prescindir de coaccionar o engañar al autor inmediato, porque el aparato, incluso si falla una persona concreta, dispone de otras que asumen su función. Por eso es también característico de esta forma de autoría mediata que el sujeto de atrás no conozca personalmente la mayoría de las veces al ejecutor inmediato. 105

El ejemplo histórico que tuve a la vista en el desarrollo de esta forma de autoría mediata fue la dictadura nacionalsocialista. Cuando Hitler o Himmler o Eichmann, a quien se procesó en Jerusalén en 1961, daban una orden de matar, podían estar seguros de su ejecución, porque –de forma diferente a lo que sucede en la inducción- la eventual negativa de uno de los incitados a la ejecución no podía producir como efecto que no tuviera lugar el hecho ordenado. Este era realizado por otro. En tal caso, según mi concepción, es autor mediato todo aquel que se sienta al lado de la palanca de mando de 106

---

[130] *Bloy*, 1985, 358 ss.; *Cramer*, AT, 2ª, § 10, nm. 53 s.; *Spendel*, Lange-FS, 1976, 169 s. Ahora también *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 63: "Sólo el sujeto de atrás provoca o causa la resolución de agredir a esa concreta persona". ¡Pero, si la individualidad o individualización de la víctima fundamenta una nueva resolución [de cometer el hecho], el engaño al respecto ha de conducir a la autoría mediata!

[131] *Schumann*, 1986, 76 s.

[132] *Jakobs*, AT, 2ª, 21/102; *Stein*, 1988, 295.

* Recuérdese lo explicado en la N. del T. contenida *supra* § 25, nm. 46 [N. del T.].

[133] *Roxin*, GA 1963, 193; *el mismo*, Täterschaft, 7ª, 2000, 242-252, 677 ss.

un aparato de poder –da igual en qué nivel de jerarquía- y puede conseguir, mediante una orden o instrucción, que se cometan delitos con independencia de la individualidad o individualización del ejecutor.

107 Lo que, por tanto, garantiza al sujeto de atrás la ejecución del hecho y le permite dominar el suceso es la **"fungibilidad"**, la sustituibilidad o reemplazabilidad sin límites del autor inmediato. El que actúa de manera inmediata es sólo una "pieza o ruedecilla" intercambiable en el engranaje del aparato de poder. Esto no cambia para nada el hecho de que aquel que al final ejecuta de propia mano la muerte sea responsable penalmente como autor inmediato. Los comandantes que manejan las palancas de mando del aparato son pese a todo autores mediatos, porque, al contrario que en la inducción, la realización del hecho no depende de la decisión del autor inmediato. Dado que la autoría inmediata del ejecutor y la mediata del sujeto de atrás se basan en requisitos o condiciones distintas –una en el carácter de propia mano de su actuación, la otra en el control o manejo del aparato-, pueden lógica y teleógicamente coexistir perfectamente, contra lo que sostiene una opinión extendida. La manifestación o forma de aparición del autor mediato acabada de describir es la expresión jurídicamente adecuada del "autor (o delincuente) de escritorio o mesa de despacho" que, a pesar de su dominio del hecho, depende (no puede prescindir) necesariamente de autores inmediatos.

b) La recepción de esta doctrina en la ciencia y en la jurisprudencia, en el extranjero y en el Derecho penal de gentes

108 Mientras que la jurisprudencia no prestó atención alguna a la nueva construcción durante 25 años, pese a que podría haber sido útil en el enjuiciamiento de delitos violentos vinculados al nacionalsocialismo, en la literatura científica alcanzó a lo largo del tiempo la posición de opinión dominante[134].

109 En el extranjero la nueva figura jurídica encontró entrada por primera a vez a mediados de los años ochenta en la fundamentación del Tribunal de Apelación [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal] y de la Corte Suprema argentinos con ocasión del en-

---

[134] *Bottke*, 1992, 60 ss., 71 ss.; *el mismo*, Coimbra-Symposium, 1995, 243; LK-*Busch*, 9ª, § 47, nm. 48; *Dierlamm*, NStZ 1998, 569 s.; *Ebert*, AT, 3ª, 198; *Eser*, StrafR II, 3ª, Fall (caso) 38, nm. 25; *Haft*, AT, 8ª, 200; *Herzberg*, 1977, 42 ss.; *el mismo*, Jura 1990, 23 s. (distinto sin embargo ahora *el mismo*, 2000, 33 ss.); *Hirsch*, 1996, 22 s.; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 244; *Ingelfinger*, 1992, 183 s.; *Korn*, NJW 1965, 1206 ss.; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 73 s.; *Küpper*, GA 1998, 523 ss.; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 25, nm. 2; *Lampe*, ZStW 106 (1994), 743; *Maurach/Gössel*, AT, 7ª, 48/88; *M.-K. Meyer*, 1984, 101 ss.; *Rotsch*, NStZ 1998, 491 ss.; *el mismo*, ZStW 112 (2000), 518 ss.; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2ª, 10/95; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 25, nm. 25 s.; *Schild*, 1994, 10, 16, 19, 24 ss.; *U. Schulz*, JuS 1997, 111; *Schumann*, 1986, 75 s.; *Stratenwerth*, SchwStrafR, AT I, 2ª, § 13, nm. 34; *el mismo*, AT, 4ª, § 12, nm. 65 ss.; *Vest*, ZStW 113 (2001), 492 ss.; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 541 (los autores que han mantenido esta opinión se citan por la última edición).

juiciamiento de delitos de la anterior Junta de Generales [o Junta Militar*][135]. En las declaraciones de la Cámara de Apelaciones se dice[136/**]: "Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo ... En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria ... El instrumento del que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo ... que está integrado por hombres fungibles".

El Bundesgerichtshof [Tribunal Supremo Federal alemán] mencionó por 110
primera vez en el año 1988, en una sentencia de la Sala 4ª, en el llamado caso del Rey de los Gatos, como *obiter dictum*, pero con perceptible aprobación, la doctrina que admite, "para los casos de delito organizado a través de un aparato de poder, una 'autoría tras el autor' con independencia de la plena responsabilidad jurídica del que actúa"[137]. La asunción de esta figura jurídica la efectuó después la Sala 5ª en una famosa resolución del año 1994. En esta sentencia fueron condenados como autores mediatos por la muerte de "refugiados de la República" en el muro de Berlín los miembros del "Consejo Nacional de Defensa" de la antigua RDA [República Democrática Alemana, DDR en las siglas en alemán]. Estos habían ordenado mediante instrucciones u órdenes generales los disparos de los soldados de frontera junto al muro y el minado del muro con explosivos letales y dominaban el suceso, según las tesis de la sentencia, por medio del aparato de poder manejado por ellos, pese a que los ejecutores inmediatos en la frontera fueran igualmente responsables como autores (inmediatos) que obraban de manera culpable. Fueron considerados "autores" mediatos "tras el autor (responsable)".

Yo había formulado así ya decenios antes el argumento central para 111
el reconocimiento de esta tercera forma de autoría mediata[138]: "Tal or-

---

* En realidad Juntas Militares, pues se enjuició a varias. Por otra parte y en relación a la responsabilidad accesoria de que habla *Roxin* en la siguiente n., precisaré que efectivamente los sujetos de atrás no acabaron siendo condenados como autores mediatos, pese a la apelación a la construcción roxiniana que nos ocupa, sino como cooperadores necesarios, figura que en Argentina conlleva, como en España, igual pena que la autoría [N. del T.].

[135] Las resoluciones datan de 1985 y 1986; con más detalle al respecto y sobre el resultado que termina sin embargo en una responsabilidad accesoria de los sujetos de atrás: *Ambos*, GA 1998, 238 s.

[136] Citado según [lo hace] *Ambos*, GA 1998, 238 s. [v., sin embargo, para esta traducción, la N. del T. a continuación].

** Como parece lógico, no hago una traducción al español de la traducción alemana de *Ambos* que cita *Roxin*, sino que tomo la cita directamente de la (larguísima) sentencia argentina de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital de 9 de diciembre de 1985 [N. del T.].

[137] BGHSt 35, 353.

[138] *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 245.

ganización ... despliega o desarrolla una vida que es independiente de la composición [o identidad] cambiante de sus miembros. Funciona, por así decirlo, 'automáticamente' con independencia de la persona individual del ejecutor". El BGH (BGHSt 40, 236) recoge esta fundamentación del dominio del hecho del sujeto de atrás: "Hay ... grupos de casos en los que, pese a que exista una persona que actúa con absoluta responsabilidad como medio (en el hecho), la aportación o contribución del sujeto de atrás conduce de manera casi automática a la realización del tipo pretendida por este sujeto de atrás. Tal cosa puede suceder cuando el sujeto de atrás aprovecha determinadas condiciones [previas] determinadas por estructuras de organización dentro de las cuales su aportación al hecho desencadena procesos regulares ... Si en un caso así el sujeto de atrás actúa con conocimiento de estas cicunstancias ..., es autor en forma de autoría mediata. Posee el dominio del hecho".

112 Desde entonces la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder se discute vivamente en muchas partes del mundo[139]. Probablemente encontrará aplicación también en el enjuiciamiento de otros delitos cometidos en sistemas totalitarios y se le prestará atención cada vez en mayor medida también en el Derecho de Gentes[140]. En la literatura científica alemana la resolución del BGH fue objeto al principio de alto acuerdo, coincidiendo un sector de los autores total o parcialmente con la concepción desarrollada por mí[141], pero eligiendo un sector menos amplio también otras fundamentaciones[142]. Sólo con posterioridad a esta ola temprana de aprobación se han presentado en los últimos años cada vez más críticos, que rechazan por completo la construcción como tal y la autoría mediata y en su lugar pretenden apreciar coautoría o inducción[143]. Ello requiere discusión.

---

[139] Sólo en el libro "Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin", 2001, Córdoba, Argentina, ed. por C. Lascano, se encuentran tres trabajos que se ocupan de la teoría del dominio del hecho por medio de aparatos organizados de poder (Dominio del Hecho a través de los Aparatos organizados de Poder [Roxin incluye aquí esta traducción al español, que por ello mantengo en su literalidad, aunque aquí resulte reiterativa. N. del T.]) (*Donna*, 295 ss.; *García Vitor*, 327 ss.; *Lascano*, 349 ss.). Más literatura científica argentina en *Ambos*, 2002, 238, n. 82. También un volumen colectivo editado en España por *Ferré Olivé/Anarte Borallo* (Huelva, 1999) contiene tres artículos sobre el tema: *Ferré Olivé*, 85 ss.; *Figueiredo Dias*, 99 ss.; *Muñoz Conde*, 151 ss. Ulterior material de Derecho comparado en *Ambos*, 2002, 590 ss.

[140] Así, dice v. gr. *Vest*, ZStW 113 (2001), 492 s.: "Desde la perspectiva del Derecho de Gentes constituye indudablemente un mérito perdurable de *Roxin* el haber reconocido por primera vez el 'injusto colectivo-sistemático' con el concepto de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder". Y *Ambos* dice en su obra fundamental "Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts" [La Parte general del Derecho de Gentes] (2002, 594, n. 349) que cualquier enfoque o criterio adicional nuevo ha de partir de esta concepción.

[141] *Ambos*, GA 1998, 226 s.; *Bloy*, GA 1996, 425 ss.; *Cropp*, JuS 1996, 13 ss.; *Jung*, JuS 1995, 173 s.; *Knauer*, 2001, 76; *Küpper*, GA 1998, 524; *Roxin*, JZ 1995, 49 ss.; *U. Schulz*, JuS 1997, 109.

[142] *Murmann*, GA 1996, 269 ss.; *Schroeder*, JR 1995, 177 ss.

[143] Referencias precisas acerca del estado más reciente de la discusión en *Ambos*, 2001, 590 ss.

c) Objeciones al dominio de organización

Las objeciones centrales contra el dominio por (o de) organización se 113
dirigen contra el dominio del hecho del sujeto de atrás, que yo fundamento en la fungibilidad del ejecutor y el automatismo de la ejecución de la orden debido a ella. El BGH lo expresó con el giro muy citado de los "cursos o procesos regulares", en los que, también según su formulación, la realización del tipo se produce "de forma casi automática". Esta argumentación se refuta de tres maneras.

En primer lugar, se niega que el sujeto de atrás pueda siquiera estar más 114
seguro de la realización del tipo que un inductor que ha de dejar al autor la decisión sobre la ejecución. Así, dice p. ej. *Herzberg*[144]: "En la medida en que el encargado de la ejecución se decida contra el delito de matar a un ser humano, ciertamente cierra o se interpone en el camino del incitador hacia la finalidad delictiva. Ello se ve de forma especialmente ilustrativa o gráfica en el caso del soldado de frontera que dispara intencionadamente para no acertar y deja escaparse al que huye. Refuto por tanto ... la opinión de que quien da la orden puede estar seguro de la ejecución de la orden y de la realización del delito". Sin embargo, con ello sólo se demuestra que una autoría mediata, como en todas sus manifestaciones o formas de aparición, puede quedarse también aquí en el caso concreto en tentativa. Con razón dice el BGH (BGHSt 40, 236 s.): "... Cuando se utiliza instrumentos que actúan en error o inimputables son frecuentes las configuraciones de casos en las que el autor mediato tiene en sus manos la producción del resultado bastante menos que en casos de la clase descrita". Por lo tanto, no puede ser decisivo el que el "automatismo" funcione o no en cada caso concreto. Funciona en el caso normal, lo que precisamente no puede decirse de la inducción.

Que lo hace se demuestra con claridad con los asesinatos nacionalsocia- 115
listas y los muertos en el muro [de Berlín]. La fungibilidad de los esbirros es del todo clara en los asesinatos nacionalsocialistas (los que se negaban eran simplemente reemplazados), pero tampoco en el caso de los soldados o tiradores del muro los sectores de la frontera que había que asegurar eran vigilados en modo alguno sólo por una única persona. Por lo demás, el dominio del sujeto de atrás se manifiesta también en el hecho de que personas que desde un principio se negaron a ejecutar asesinatos en los campos de concentración u homicidios [en sentido amplio] en el muro pudieron ser sustituidas fácilmente por ejecutores solícitos, lo que precisamente no es posible en la mera inducción.

En segundo lugar, en contra del dominio del hecho del sujeto de atrás se 116
aduce que ya no existiría el mismo hecho cuando la ejecución de un mandato se asegura mediante la sustitución del que actúa de manera inmediata.

---

[144] *Herzberg*, 2000, 39.

Por ejemplo *Rotsch*[145] cree que, cuando se argumenta que la negativa de un soldado no impediría la ejecución o fusilamiento porque otro le sustituiría, se estaría pasando por alto el hecho de "que, en caso de producción de la muerte por un segundo sujeto de delante, por regla general no se trata ya del mismo hecho material"[146]. De manera similar *Renzikowski*[147] dice: "Si bien el sujeto de atrás posee posibilidades garantizadas por el aparato de realizar sus planes con independencia de la persona [concreta] del ejecutor, estas oportunidades no pueden sin embargo suplir la efectiva o real falta de dominio en el caso concreto ...".

117 Sin embargo, con ello se desatiende algo que el propio *Rotsch*[148] reconoce, pero a lo que no quiere dar validez, a saber, que "la muerte de la víctima sólo es para el sujeto de atrás un único hecho de homicidio, con independencia del número de personas empleadas como medios (en el hecho) y de la cuestión de a través de qué instrumento se consumó finalmente el hecho...". Este **único** hecho lo domina [el sujeto de atrás] aun cuando, precisamente por la fungibilidad de los peones, no necesita dominar su conducta individual. Es equivocado decir que la afirmación de sólo un hecho de matar por parte del sujeto de atrás sería una "cuestión jurídico-concursal"[149] que no modifica para nada la diversidad de hechos materiales de matar; el sujeto de atrás emprende desde un principio un solo hecho de matar, aun cuando para su realización se sirva, en su caso, de distintas personas. Y cuando *Renzikowski*[150] objeta que "las acciones hipotéticas de terceros" (es decir el sustituto que actúa en lugar de un esbirro que falla) no habrían de tenerse en cuenta en Derecho penal, ignora que el funcionamiento del aparato es una realidad y no una hipótesis. El "dominio de la causa de la sustitución"[151] existente garantiza la realización del tipo y puede recurrirse a él plenamente para fundamentar el dominio del hecho. Pues conduce a que el actuar responsable del autor inmediato, a diferencia de lo que sucede en la inducción, no decide sobre si una incitación a cometer un delito se ejecuta o si el el hecho no tiene lugar.

118 En tercer lugar, contra el dominio por (o de) organización se objeta que fallaría o fracasaría en caso de empleo de especialistas no intercambiables, o sea insustituibles y por ello decisivos para el éxito del plan delictivo[152]. Ello es en efecto correcto. Cuando el servicio secreto de un régimen delictivo o el jefe de una organización terrorista escogen para un atentado a una persona que es la única que dispone del *Know-how* o conocimientos técnicos

---

[145] *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 ss. (528 ss.).

[146] *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 528.

[147] *Renzikowski*, 1997, 89.

[148] *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 530.

[149] *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 530.

[150] *Renzikowski*, 1997, 89.

[151] SK-*Hoyer*, 7ª, § 25, nm. 90; *Ambos*, 2002, 598, autores los dos que no consideran adecuado este criterio para para fundamentar el dominio del hecho.

[152] *Schroeder*, JR 1995, 178; *Freund*, AT, § 10, nm. 92; *Ambos*, 2001, 598.

necesarios para la ejecución o que es la única que tiene acceso a la víctima, no existe autoría mediata, sino inducción, en tanto los sujetos de atrás renuncien a medios de presión coactivos en el sentido del § 35 StGB [estado de necesidad defensivo].

Pero el dominio por (o de) organización tampoco está hecho a medida 119
de tales acontecimientos o supuestos singulares, sino de hechos que se basan en circunstancias similares recurrentes y que son ejecutables por personas fungibles, como sucedía con los asesinatos en los campos de concentración de los nazis o con los disparos en el muro [de Berlín]. Cuando *Ambos*[153] dice: ".. La pretensión de validez general del criterio de la fungibilidad resulta refutado ya mediante *un* [solo] caso en contra", pasa por alto que el dominio por (o de) organización no es una panacea o solución ideal que requiera o pretenda validez en todos los casos imaginables, con independencia de condiciones concretas. Más bien se trata de un modelo cuyos elementos constitutivos han de examinarse o comprobarse en el caso concreto en relación con la realidad. Por ello esta figura jurídica excluye la posibilidad de coautoría e inducción en el marco de aparatos organizados de poder sólo por regla general, pero no en cada caso concreto. Los argumentos de quienes aprecian por principio coautoría o o inducción en vez de autoría mediata requieren sin embargo una valoración aparte en lo que sigue.

d) La apreciación de coautoría

Una serie de autores juzgan al sujeto de atrás que ordena [cometer] ac- 120
ciones punibles en el marco de aparatos organizados de poder no autor mediato, sino coautor[154]. En este caso el rechazo de la autoría mediata se basa sin excepción en la suposición de que no es posible un autor tras el autor plenamente responsable. Sin embargo, eso es erróneo. Dado que el dominio de la acción del ejecutor y el dominio de la voluntad del sujeto de atrás se basan en condiciones o requisitos diferentes, pueden coexistir plenamente [como ya se expuso (a) al principio]: el ejecutor domina el hecho concreto a través de su propio hacer ("dominio de la acción"), el sujeto de atrás a través del dominio sobre la organización ("dominio por o de organización") que le hace independiente de la individualidad del ejecutor. En contra de una coautoría hablan en cambio tres razones decisivas.

En primer lugar, falta una resolución conjunta o común al [a cometer 121
el] hecho, que, según doc. absolutamente dom. es condición de toda "comisión conjunta" en el sentido del § 25 II [coautoría]. Pues el sujeto de atrás y el ejecutor la mayoría de las veces no se conocen en absoluto, no deciden nada conjuntamente y no se entienden [a sí mismos] tampoco como titulares de igual rango o nivel de la [capacidad de] decisión o resolución.

---

[153] *Ambos*, 2001, 596.

[154] *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 29 III 2 d, V 3 e; *Jakobs*, AT, 2ª, 21/103 con com. 190, 191; *el mismo*, NStZ 1995, 26 s.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 II 8; *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 3 d.

La ejecución de un mandato, que es de lo que se trata en estos casos, se basa en una orden y no en una resolución conjunta. Sin embargo, en *Jescheck/Weigend*[155] se lee: "El carácter conjunto de la resolución al hecho se produce a través de la conciencia del director o dirigente y del ejecutor de que deben efectuarse un determinado hecho o varios hechos de la misma clase conforme a las instrucciones de la dirección". La conciencia de ser el destinatario de una instrucción u orden no es sin embargo una resolución conjunta. *Otto*[156] cree que el ejecutor haría "suyo [o se apropiaría] de manera concluyente el plan delictivo". Pero este "hacer suyo [o apropiarse]" tampoco es una resolución conjunta al hecho. De lo contrario, la inducción con éxito (la determinación al hecho) debería significar una resolución conjunta al hecho, lo que no es compatible con el § 26 [inducción]. *Baumann/Weber*[157] enseñan que la coautoría no exigiría un contacto personal de los intervinientes en el hecho y una planificación conjunta; basta "el acuerdo producido tácitamente". Sin embargo, ello –aplicado a la constelación aquí en cuestión- extiende con mucho en exceso la coautoría. El que alguien ejecute el plan de otro desconocido en un momento desconocido por este en un lugar desconocido no se puede comprender como realización conjunta. *Jakobs*[158] renuncia por completo, de manera consecuente, al criterio de la resolución conjunta al hecho, pero con ello sacrifica de una manera que contraviene la ley el "carácter conjunto" de la comisión que exige el § 25 II.

122 Pero, en segundo lugar, falta también una ejecución conjunta del hecho. Pues el "autor de escritorio o mesa de despacho" precisamente no ejecuta personalmente nada, "no se mancha las manos", sino que se sirve de "instrumentos" ejecutores de su voluntad. Si para la coautoría se exige, como hago yo, una colaboración esencial en fase ejecutiva, queda excluida desde un principio la coautoría, pues el ordenante no interviene en la fase ejecutiva y la mayoría de las veces ni siquiera conoce el momento y el lugar de la ejecución. Pero incluso si, con la jurisprudencia, se consideran en su caso suficientes para la coautoría contribuciones prestadas en fase preparatoria, también faltan estas. La única contribución al hecho del sujeto de atrás consiste en planear e instigar al hecho. Pero en ello no hay una ejecución conjunta. De lo contrario, la resolución a cometer el hecho debería ser ejecución y la inducción coautoría, lo que sería incompatible con la concepción legal de las formas de intervención [plural en el delito]. Tampoco cabe hablar de "división del trabajo", que hoy se considera con carácter general elemento central de la coautoría, cuando el dirigente confía a los órganos ejecutantes toda la realización de su orden o instrucción.

---

[155] *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 II 8.
[156] *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 3 d.
[157] *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 29 IV 1.
[158] *Jakobs*, NStZ 1995, 27.

En tercer lugar, con la apreciación de coautoría, también se nivela o iguala la diferencia de estructura entre autoría mediata (la de la comisión "a través de otro", § 25 I) y coautoría (la de cometer "conjuntamente", § 25 II), con el efecto de que se difumina o desdibuja, de modo preocupante desde la perspectiva del Estado de Derecho, la línea divisoria de ambas formas de autoría. La autoría mediata posee una estructura vertical (en el sentido de un curso o desarrollo de arriba abajo, del instigador al ejecutor), y la coautoría se estructura, por el contrario, horizontalmente (en el sentido de una coexistencia [o actuación uno junto al otro] simultánea de los coautores). *Bloy*[159] dice con razón: "Cuando –como aquí- nos enfrentamos a una conducta coordinada claramente de forma vertical, en la que el papel de los sujetos de atrás desde un principio queda comprometido a una ejecución [llevada a cabo] completamente por mano ajena, ello habla claramente en contra de la coautoría y a favor de la autoría mediata". Esta mezcolanza o confusión de estructuras permite redefinir sin más una influencia no plenamente suficiente para una autoría mediata como coautoría y ampliar así discrecional o arbitrariamente la autoría a costa de la participación (cfr. con más detalle nm. 203, 207). 123

Una variante de la tesis de la coautoría la constituye la opinión de *Bockelmann*[160]. Este juzga a "los asesinos de escritorio o mesa de despacho ... y a sus peones" autores yuxtapuestos (o paralelos o accesorios), porque "un dominio del hecho trasmitido [o proporcionado o facilitado u obtenido] por (o a través de) un pleno dominio del hecho" resulta para él una "idea difícil de entender". Sin embargo, existe el autor tras el autor que actúa de manera plenamente delictiva en múltiples variantes [de supuestos]. Y la construcción auxiliar de una autoría yuxtapuesta (o paralela o accesoria) ignora la circunstancia de que las contribuciones de "asesinos de escritorio" y "peones" no discurren desligadas una al lado de otra, como es caraterístico para los autores yuxtapuestos (o paralelos o accesorios) (nm. 265 s.), sino que están relacionadas una con otra en la forma que caracteriza a la autoría mediata: el "asesino de escritorio" comete su hecho "a través de otro" (§ 25 I, 2ª alternativa), a saber, a través del correspondiente "peón", por regla general anónimo. 124

e) La apreciación de inducción

Desde BGHSt 40, 218, la apreciación de inducción por el sujeto de atrás, que anteriormente había desaparecido de la discusión, ha vuelto a hallar renombrados seguidores. Sobre todo *Herzberg* y *Rotsch* han vuelto a dotar de importancia a esta opinión en extensos artículos. "Hitler, Himmler y Honecker no cometieron como autores los delitos de homicidio [en sentido amplio] que ordenaron, sino que instigaron a su comisión como inductores", 125

[159] *Bloy*, GA 1996, 440; de acuerdo. *Knauer*, 2001, 73 s.

[160] *Bockelmann/Volk*, AT, 4ª, § 24.

dice *Herzberg*[161]. *Rotsch* cree[162] que en los casos de los soldados o tiradores del muro [de Berlín] podría apreciarse "sin dificultades" inducción. Pero también *Köhler*[163] y *Renzikowski*[164] defienden esta opinión.

126 En efecto, la afirmación de una inducción parece al menos más lógica que la de una coautoría. Pues la inducción presenta, como la autoría mediata*, una estructura vertical y consiste, como esta, en la mera puesta en marcha de un suceso realizado por mano ajena. La diferencia decisiva estriba, sin embargo, en que el inductor no domina la ejecución del hecho, en que la realización del tipo no depende de su voluntad. En el caso del autor de escritorio o mesa de despacho es distinto: este es la figura central que domina el delito ordenado por él, mientras que, si bien los peones ejecutores son igualmente responsables como autores en virtud de su dominio de la acción, no pueden sin embargo disputar al ordenante su dominio de la voluntad de superior grado resultante del control o dirección del aparato.

127 Cuando Hitler o Stalin hacían matar a sus adversarios, eso era su obra (aunque no sólo su obra). Decir que habrían dejado a la decisión de sus subordinados el que fueran ejecutados los hechos ordenados contradice principios razonables de la imputación social, histórica y también jurídica al (o como) autor. También otras diferencias en las estructuras de relación prueban un dominio del autor de escritorio que falta precisamente en el inductor: el inductor debe buscarse primero un autor, el autor de escritorio sólo necesita dar la orden; el inductor debe establecer contacto con el potencial autor, ganárselo para su plan y, en su caso, vencer su oposición; el que da la orden dentro de la jerarquía de un aparato de poder se ahorra todo eso.

128 Con razón subraya ahora también *Ambos*[165] "lo incomparable por razones arraigadas en la realidad de la conducta del organizador y comandante de delitos masivos y la de un mero inductor a hechos determinados". Igualmente dice también *Rogall*[166] que, si al conductor o director de un aparato de poder se le castiga sólo como inductor, "no quedará claro que la ejecución inmediata de la infracción de la norma era asunto suyo más allá de la induc-

---

[161] *Herzberg*, 2000, 48.

[162] *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 562; cfr. *el mismo* también ya NStZ 1998, 491.

[163] *Köhler*, AT, 510.

[164] *Renzikowski*, 1997, 87 ss.

* La referencia en el original alemán a la coautoría (*Mittäterschaft*) es sin duda una errata [N. del T.].

[165] *Ambos*, 2002, 593. En los casos que en su opinión no pueden ser comprendidos por el criterio de la fungibilidad, *Ambos* pretende recurrir, adhiriéndose a *Murmann* (GA 1996, 273 s.), a la construcción de los delitos de infracción de deber, desarrollada por mí en otro contexto, y derivar la autoría de los sujetos de atrás del deber de protección del Estado para con sus ciudadanos (599 s.). Me parece dudoso que tal construcción sea necesaria en el marco del dominio por (o de) organización. Sin embargo, en relación con la responsabilidad de directivos en las empresas, yo también defiendo una solución similar (cfr. *infra* n. 180 y el texto correspondiente).

[166] *Rogall*, 2000, 338 ss. (427).

ción". Por ello la imputación a la (o como) autoría mediata sería "la solución más plausible".

f) La extensión del dominio de organización a las empresas

La figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de po- 129
der como tal no es por lo tanto en modo alguno, como opina *Herzberg*, una "extensión (excesiva) de la autoría"[167]. Sí lo es, sin embargo, efectivamente, cuando esta construcción se traslada sin más a la instigación de acciones delictivas por los superiores en las empresas y otras estructuras jerárquicas, como hace en medida creciente la jurispr. reciente. Esta evolución o desarrollo estaba ya contenida en BGHSt 40, 218 ss. Ciertamente hay que dar la razón a la Sala 5ª cuando dice (*loc. cit.*, 237): "Una autoría mediata así entendida tendrá cabida no sólo en supuestos de abuso de poder, sino también en los casos de delito organizado de tipo mafioso". A ello se ha de añadir que el dominio por (o de) organización tiene un amplio ámbito de aplicación también en el caso de organizaciones terroristas que tienen a su disposición numerosos ejecutores intercambiables. Pero cuando luego la resolución prosigue: "También se puede resolver así el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas mercantiles", ya va demasiado lejos.

Pues en ese caso falta por regla general la intercambiabilidad de los eje- 130
cutores, tal y como se da en las organizaciones que se han desvinculado (o desligado o separado) del Derecho respecto de los tipos penales realizados por ellas (p. ej. de los tipos de homicidio [en sentido amplio]). Tal desvinculación del Derecho[168] existe en los crímenes de Estado, en los delitos terroristas y en los casos de criminalidad organizada. Pero, si p. ej. en una empresa que participa en el tráfico económico en el marco del ordenamiento jurídico un jefe de sección incita a un empleado a cometer una falsificación de documento, en caso de que se lleve a cabo sólo es inductor del hecho cometido como autor por el empleado. Pues en una organización que opera sobre la base del Derecho debe esperarse que no se obedezcan instrucciones u órdenes antijurídicas, como prescriben expresamente p. ej. las leyes de funcionarios.

Un ejemplo de tal extensión (excesiva) lo ofrece la sentencia sobre la 131
ayuda o auxilio a morir BGHSt 257[169]. El hijo y el médico que trataba a la paciente habían dado al personal sanitario la orden o instrucción de suspender el tratamiento y sólo por ello fueron juzgados por el BGH au-

---

[167] Así, sin embargo, *Herzberg*, 2000, 47.

[168] Sobre el criterio de la desvinculación del Derecho exigido por mí, cfr., en discusión con *Ambos*, GA 1998, 243 ss., exhaustivamente *Roxin*, Grünwald-FS, 1999; a favor de *Ambos* y contra el criterio de la desvinculación del Derecho *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 533 ss. A favor de la opinión que yo defiendo, con énfasis *Figueiredo Dias*, 1999. Resumiendo ahora de nuevo *Ambos*, 2002, 606 ss., donde se citan además otros seguidores de la opinión que defiendo.

[169] Al respecto también *Rönnau*, JA 1996, 108.

tores mediatos del homicidio [en sentido amplio] en su caso existente. El pasaje decisivo reza: "A la vista de ... , por una parte, la facultad de dar órdenes de que hicieron uso como hijo y tutor titular de su representación o como médico que la estaba tratando, así como, por otra parte, del papel subordinado, fundamentalmente sujeto a las instrucciones u órdenes, de los auxiliares a que se recurrió, no puede caber duda alguna del criterio subjetivo de la voluntad de autor y del requisito objetivo del dominio del hecho de ambos acusados". Sin embargo, en este caso queda excluido un dominio de organización, no sólo por falta de fungibilidad del jefe del servicio asistencial de enfermería o sanitario responsable de la ejecución de la orden, sino también porque un hospital precisamente no trabaja "desvinculado del Derecho" respecto de la prohibición de matar, sino que la respeta estrictamente. En el caso concreto, el jefe del servicio asistencial de enfermería o sanitario además no había ejecutado la orden o instrucción, sino que había evitado la muerte. Faltaba por tanto el dominio del hecho de los sujetos de atrás. Incluso si hubieran tenido cabida otras personas ejecutoras, se habría podido y debido esperar de ellas que, al darse cuenta de la antijuridicidad de la muerte, se hubieran negado a ejecutar la instrucción u orden. Sólo existió por tanto una inducción.

132 Otras resoluciones avanzan por la senda de la de la ayuda o auxilio a morir[170]. Una sentencia de la Sala 2ª de 1997[171] castiga a gerentes de una sociedad de responsabilidad limitada (SL) como autores mediatos de una eliminación de residuos con peligro para el medio ambiente (§ 326). El "dominio del hecho sostenido por la voluntad de autor" de los gerentes se deduce de que habrían "abierto y trazado el camino" hacia la eliminación ilegal de residuos. Pero abrir y trazar el camino al delito es el papel típico del inductor (y a menudo incluso del cómplice que presta ayuda consistente en asesoramiento técnico). En todo caso, un dominio del hecho no resulta de esta sola circunstancia. Mediante una sentencia de la Sala 4ª del mismo año[172] se castiga a los gerentes de una SL como autores mediatos de los fraudes o estafas cometidos por los empleados, aunque no pudo constatarse "una influencia concreta, ni siquiera un conocimiento actual de los acusados en relación con los pedidos de mercancías en particular". Pues como "autor en virtud de dominio del hecho" entraría "también en consideración aquel que aprovecha condiciones (previas) debidas a estructuras de organización que desencadenan procesos regulares". Esto lo habría afirmado o admitido el BGH "también para actividades empresariales". Pero no se fundamenta de modo más detallado cómo es posible que exista un dominio del hecho en un suceso en el que los acusados ni siquiera ejercieron influencia concreta. El dominio del hecho se utiliza aquí para imputar a la (o como) autoría

---

[170] Con más detalles sobre las dos resoluciones que se mencionan a continuación *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 616 s.; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 553 ss.

[171] BGHSt 43, 219; de acuerdo *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 81 a.

[172] BGH wistra 1998, 148.

cualquier responsabilidad, incluso sólo mediata, del nivel directivo de un empresa. Pero este concepto no es adecuado para ello.

Esta jurispr. que extravía del dominio de (o por) organización se hizo po- 133
sible porque el BGH ya en su resolución de partida sobre el "Consejo nacional de Defensa"* había recurrido de manera adicional a otros dos criterios para fundamentar la autoría mediata, a saber, primero, que el sujeto de atrás aproveche "la disposición incondicional del que actúa de manera inmediata a realizar el tipo" y, segundo, que quiera "el resultado como consecuencia de su propia actuación" (BGHSt 40, 236).

El primer criterio procede de *Schroeder*, quien ve el fundamento de la autoría 134
mediata en los casos de dominio de (o por) organización en el aprovechamiento de la resolución ya existente del ejecutor a cometer el hecho[173]. Sin embargo, ello no es correcto y su rechazo es también totalmente preponderante en la literatura científica[174]. Pues incluso la aceptación de un ofrecimiento conforme al § 30 II es sin discusión sólo una inducción. Además, el dominio de organización se basa precisamente en que, debido al carácter intercambiable del ejecutor, no es decisiva la resolución del sujeto particular de cometer el hecho. Tampoco existen en el marco de las empresas que trabajan de modo conforme a Derecho indicios de que los empleados estén más resueltos a llevar a la práctica incitaciones delictivas que otros seres humanos[175].

El segundo criterio se debe a la teoría subjetiva, no es compatible con la doc- 135
trina del dominio del hecho y además, independientemente de ello, es inservible, debido a su carácter de estereotipo o fórmula sin contenido. Pues cuando se dice que las personas que trabajan en el nivel directivo habrían querido los hechos punibles de sus empleados como consecuencias o resultados de su propia actuación, se trata de una forma de hablar sin decir nada (o vacía). Con mayor razón podría formularse que habrían querido los hechos delictivos como consecuencias o resultados de la actuación de sus empleados.

Así pues, el intento del BGH de resolver el problema de la responsabilidad en el 136
funcionamiento de las empresas mercantiles mediante la construcción de una autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder ha recibido un rechazo ampliamente preponderante en la literatura científica[176]. No obstante, no se debe negar que existe una necesidad de hacer responsables a los directivos de empresas como autores por los delitos de sus empleados relacionados con la empresa que

---

* Se trataba del ógano estatal superior en cuestiones de defensa y movilización de la extinta República Democrática de Alemania [N. del T.].

[173] *Schroeder*, 1965, 152 y *passim*.

[174] *Ambos*, GA 1998, 230; *Herzberg*, 1977, 49; *Rotsch*, 1998, 143; *el mismo*, ZStW 112 (2000), 525 s.; *Roxin*, JZ 1995, 51; *Stein*, 1988, 186.

[175] Ulteriores argumentos contra la tesis de *Schroeder* en *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 525 s.

[176] *Ambos*, GA 1998, 226, 239; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 73 b; *Murmann*, GA 1996, 269; *Rotsch*, 1998, 144 ss.; *el mismo*, NStZ 1998, 491, 493 ss.; *el mismo*, wistra 1999, 321, 327; *Roxin*, JZ 1995, 49, 51; *el mismo*, Täterschaft, 7ª, 2000, 682 s.; *Schünemann*, BGH-FG, Bd. 4, 2000, 629 ss. Siguiendo sin embargo al BGH *Ransiek*, 1996, 46 ss.

aquellos hayan instigado, fomentado (o favorecido) o no impedido como era su deber. Por ello *Schünemann*[177] y *Muñoz Conde*[178], rechazando una autoría mediata, pretenden apreciar una coautoría, que se limita a casos de criminalidad empresarial y que se deriva por *Schünemann*[179] de la "doble colaboración de un garante (a la vez como interviniente por omisión y como partícipe activo)".

137 La idea de *Schünemann* va por el camino correcto, aun cuando no puedo seguir su suma de omisión y comisión a la coautoría. Lo que hace autor al empresario conforme a las reglas de los delitos de infracción de deber es su posición de garante, dando igual que su contribución al hecho consista en un hacer o en un mero dejar que ocurra aquello de cuya no producción ha de responder. Se puede considerar tal "autoría mediata en virtud de posición de deber" una forma independiente de autoría mediata[180]. Ha tenido entrada hoy en día ya en el art. 13 del llamado Corpus iuris para la protección o tutela de los intereses financieros de la UE, donde se lee*: "Si se cometiere

---

[177] *Schünemann*, BGH-FG, Bd. (tomo) 4, 2000, 628 ss.; también *Dierlamm*, NStZ 1998, 569.

[178] *Muñoz Conde*, Roxin-FS, 2001, 623 ss; *el mismo*, Revista Penal, 2002, 59.

[179] *Schünemann*, BGH-FG, Bd. (tomo) 4, 2000, 632.

[180] Cfr sobre todo ello *Tiedemann*, Nishihara-FS, 1998, 496 ss., quien prevé la forma propia o independiente de autoría de la "responsabilidad por conducta ajena" para un Código Penal Modelo europeo.

* La traducción del precepto citado, que parece ser el art. 13.1 del Corpus iuris, la he realizado sobre el texto de *Roxin*, que parece reflejar la versión inicial de 1997 [de la cual existe traducción del italiano al español de *García Rivas*, en: Revista Penal 3 (1999), 87 ss. –el art. 13 en p. 89-]. Hoy en día (versión Florencia 2000), el correspondiente al art. 13 citado (y que llevaba por rúbrica "Responsabilidad penal del empresario") es el art. 12, cuyo tenor completo reza: "Artículo 12. Responsabilidad penal de Directores de la empresa o de quien de hecho posea capacidad de decisión y control dentro de la empresa: funcionarios públicos (antes artículo 13)/1. En el caso de que alguna de las infracciones definidas en los artículos 1 a 8, haya sido cometida, en beneficio de una empresa, por una persona sometida a su autoridad, son igualmente responsables penalmente los Directores de la empresa y todo aquel que, de hecho, tenga capacidad de control y decisión en el seno de la misma, y que con conocimiento de causa haya permitido la comisión de la infracción./2. Lo mismo será de aplicación al funcionario público que, con conocimiento de causa, permita la comisión de una infracción contenido en los arts. 1 a 8, por una persona que trabaje bajo su responsabilidad./3. Son igualmente responsables los directores de la empresa y cualquier otra persona que tenga capacidad de control y decisión en el seno de la misma, respecto de las infracciones de los artículos 1 a 8 que hayan sido cometidas por una persona que actúa bajo su autoridad, cuando no hayan ejercido el deber de vigilancia necesario y siempre que su incumplimiento haya facilitado la comisión del delito./4. Para determinar si una persona es responsable en los casos descritos en los párrafos 1 y 3 del presente artículo, la delegación de competencias excluirá la responsabilidad penal si dicha delegación es parcial, precisa, específica y necesaria para la realización de la actividad de la empresa, y si aquellos en quienes se efectuó la delegación se encontraban realmente en situación de cumplir las funciones delegadas. A pesar de esta delegación, una persona podrá ser declarada responsable penalmente en el sentido de este artículo, si hubiera efectuado la selección, vigilancia y control del personal, sin el cuidado exigible o si la organización de la empresa o cualquier otro asunto propio de la dirección de la misma hubiera sido realizado de manera general sin dicho cuidado./5. En caso de que se establezca la responsabilidad penal de acuerdo a lo prescrito en el presente artículo, la pena máxima será equivalente a la mitad de la pena prevista en el artículo 14". Tomo directamente el texto de la edición a cargo de *Bacigalupo/Silva Castaño* de Un Derecho Penal para Europa. Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios, *Delmas-Marty/Vervaele* (eds.), 2044, 21 ss. (el art. 12 en 28 s.). No se señala expresamente (o yo no he encontrado) quién es el traductor, pero hay que pensar que son *Bacigalupo/Silva Castaño*, a cuyo cargo corre la edición; aunque parecen haberse tenido en cuenta

un delito por cuenta de una empresa por una persona que se halle sometida a la autoridad del director de la empresa o de otra persona dotada de poder de decisión o control en la empresa, es también penalmente responsable el director de la empresa o el titular de la decisión o el control, si tuvo conocimiento de la comisión del delito, dio instrucción u orden de cometerlo, dejó que el delito sucediera u omitió las medidas de control requeridas". En tanto no tengamos un precepto así en el StGB, se puede deducir de la posición de garante del directivo una autoría por omisión; pues esta no queda excluida por el hecho de que el garante que no evita el resultado haya intervenido además activamente en la realización del delito. Pero no se trata de casos de dominio activo del hecho.

Ello conduce a esta conclusión o resumen: La autoría mediata en virtud 138
de aparatos organizados de poder es una figura jurídica fructífera que supera algunas objeciones, que permite comprender a los sujetos de atrás como autores, sobre todo en crímenes de Estado y delitos de organizaciones criminales. Pero se le exige demasiado cuando se pretende aplicarla a todas las relaciones jerárquicas e imputar o atribuir el dominio del hecho a directivos de empresas mercantiles en delitos de subordinados relativos a la actividad empresarial sin tener en cuenta su forma de colaboración. Para ello deberán emplearse otras construcciones que complementen el dominio de (o por) organización.

4. El dominio de la voluntad en el caso de inimputables y sujetos con imputabilidad disminuida

a) El sujeto incapaz de culpabilidad o inimputable que actúa como medio (en el hecho)

Como sujetos incapaces de culpabilidad o inimputables que actúan como 139
medio en el hecho entran en consideración personas inimputables (§ 20), niños (§ 19) y jóvenes incapaces de responsabilidad (§ 3 JGG). Dado que el legislador parte de que o bien les falta la capacidad de "comprender el (o lo) injusto o ilicitud* del hecho" o bien la de "actuar conforme a esa comprensión", la autoría mediata es en esos casos estructuralmente una mezcla de dominio por error y dominio por coacción. Cuando falta la capacidad de comprensión existe un error de prohibición del ejecutor, que en sí mismo debería conducir ya a la exclusión de la culpabilidad conforme al § 17 [error de prohibición]. En todo caso, estas constelaciones de casos han de tratarse según las reglas del dominio por error (nm. 61 ss., 76 ss.). Si al ejecutor le falta capacidad de inhibición, un sujeto de atrás puede manipular la conducta del incapaz de inhibición al modo del dominio por coacción (nm. 47 ss.),

---

las versiones en inglés y francés, para el grueso de la traducción se señala que, como ambas difieren, se parte de la versión en francés [N. del T.].

* V. N. del T. ** correspondiente a *Roxin*, PG I, § 20 nm. 1 (p. 823) [N. del T.].

sin tener que utilizar los medios de presión del § 35 [estado de necesidad disculpante]. Donde desde un principio no existe posibilidad de resistir, esta ni siquiera tiene que ser vencida mediante violencia o intimidación. No será infrecuente que ambas formas de dominio de la voluntad aparezcan conjuntamente o se transformen una en otra. En tanto el sujeto de atrás reconozca la inimputabilidad del ejecutor, si se aplican razonablemente las reglas ya desarrolladas, una participación en los hechos del inimputable sólo entrará en consideración en casos marginales, v. gr. en caso de apoyo no posiblitador del hecho de un plan delictivo ya adoptado por el propio inimputable.

140 La **utilización de inimputables** fundamenta por lo tanto por principio autoría mediata, sin que desempeñe papel alguno el que el enfermo mental o el niño puedan poseer sin embargo en el caso concreto una voluntad propia. El principio de responsabilidad desarrollado en el caso de la coacción (nm. 48) y adecuado igualmente para el error de prohibición invencible (nm. 78) rige por tanto también aquí[181]. Frente a ello, una opinión minoritaria en la doctrina pretende atender a las circunstancias psicológicas del caso concreto. Así, *Welzel*[182] opinaba que "también un niño (v. gr. un joven de 12 años) o un enfermo mental puede desplegar plenamente una voluntad propia"; entonces, en caso de "participación de terceros", existiría sólo inducción o complicidad. Lo mismo aprecia *Jescheck*[183] cuando "el niño o el enfermo mental ..." son "capaces excepcionalmente de adoptar una resolución o decisión propia". *Schmidhäuser*[184] dice con carácter general que decisivas serían "siempre la relación concreta entre los intervinientes y la situación de hecho". *Bockelmann*[185] pretendía apreciar sólo inducción incluso en el caso normal; pues tampoco a un enfermo mental se le tendría "en las manos como un instrumento".

141 Pero tales soluciones individualizadoras no son practicables. Sus defensores confunden la adscripción al (o relación con el) tipo de la responsabilidad con la adscripción al (o relación con el) caso concreto de la delimitación de autoría y participación en este ámbito. P. ej. es muy posible que alguien sea plenamente responsable de un hurto, pero se deba negar su capacidad de inhibición en relación con un delito sexual debido a la estructura patológica de sus instintos. Del mismo modo es fácilmente imaginable que un ser humano con algo de retraso mental ciertamente pueda comprender lo injusto en un homicidio [en sentido amplio] o unas lesiones, pero no en un delito medioambiental o uno económico. En tales casos un sujeto externo o ter-

---

[181] En el mismo sentido cfr. v. gr. Baumann/Weber, AT, 10ª, § 29 V 3 d; Blei, AT, 18ª, § 72 I 3 a; Gallas, MatStrRef. I, 134; el mismo, ZStW-Sonderheft Athen (1957), 15; Herzberg, 1977, § 3, 4, p. 30; Otto, AT, 6ª, § 21 IV 3 b; Stratenwerth, AT, 4ª, § 12, nm. 49; probablemente también Maurach/Gössel, AT/2, 7ª, 48/79 s.

[182] *Welzel*, StrafR, 11ª, 103.

[183] *Jescheck*, AT, 4ª, § 62 II 4, distinto ahora *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 II 4.

[184] *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 14/48; también *el mismo*, StuB AT, 2ª, 10/94.

[185] *Bockelmann*, AT, 3ª, § 25 II a; también *Bockelmann/Volk*, AT, 4ª, § 25 II a.

cero es partícipe en tanto colabora en la actuación responsable y, por regla general, autor mediato cuando lo hace en la actuación no responsable de la persona en cuestión. Por el contrario, no es posible castigar como inducción en vez de como autoría mediata la instigación a un ser humano inimputable en relación al tipo individual según la situación del caso. Pues si alguien, en la realización del concreto tipo, era incapaz de comprender lo injusto de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión, no se entiende cómo se le habría de atribuir al mismo tiempo a tal ser humano una voluntad delictiva independiente y jurídicamente relevante en la distinción entre autoría y participación. Dado que faltaría todo baremo para semejante atribución, la delimitación habría de desembocar en una decisión arbitraria.

Algo distinto sucede **en el caso de los niños**, a los que la doc. dom. conce- 142
de una presunción irrefutable de inimputabilidad, pero en los que, de modo más correcto, hay que apreciar que la exclusión de responsabilidad prescrita en el § 19 se basa en parte en la falta de culpabilidad, pero en parte en lo contraindicado desde puntos de vista preventivos de una punición, pese a existir culpabilidad[186]. En este caso sería teóricamente posible, al igual que en los jóvenes, hacer comprobar en el caso concreto si el niño era "suficientemente maduro según su desarrollo moral e intelectual" "para comprender lo injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión", y dependiendo de ello apreciar participación o autoría mediata. Así, RGSt 61, 265 enjuició la instigación a un niño de 13 años a un incendio como inducción, porque el niño habría tenido, si bien no plena, sí "suficiente comprensión".

Sin embargo, en tales casos se debería afirmar una autoría mediata. Pues 143
también existe un resto de culpabilidad en el ejecutor de un hecho en estado de necesidad conforme al § 35 [estado de necesidad disculpante][187], sin que se dude de la autoría mediata del sujeto de atrás instigador del hecho. En uno y otro supuesto rige que, según el principio de responsabilidad, la exención de responsabilidad penal del ejecutor convierte en figura central del suceso al sujeto de atrás, único responsable, y con ello en autor (mediato). Además, carecería de sentido tener que implicar en el proceso penal para comprobar su autoría a niños a los que, por razones educativa y preventivamente bien fundadas, el legislador pretendía ahorrarles o evitarles con ayuda del § 19 intervenir y ser objeto de indagaciones.

Las reglas desarrolladas rigen de modo análogo para la **colaboración en** 144
daños a uno mismo o autodaños. Por lo tanto, quien induce al suicidio a un niño, a un joven incapaz de responsabilidad o a un enfermo mental o lo hace posible es autor mediato de un delito de homicidio [en sentido amplio]. También el suministro a tales personas de drogas o estupefacientes o sustancias con efectos mortales o dañinos para la salud puede ser punible como homicidio o lesiones si el sujeto de atrás posee el dolo requerido para ello.

---

[186] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 20, nm. 49.

[187] Vgl. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 22, nm. 1 ss.

145 En la literatura científica, como ya sucedía en los casos de coacción y error (nm. 56 ss., 70 ss.), se establecen exigencias bastante menores para apreciar una autoría mediata, al sustituirse los requisitos del § 20 [inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad en virtud de alteraciones o perturbaciones psíquicas] por los criterios de la "seriedad" en el sentido del § 216 [homicidio a petición –de la víctima-] o de la "capacidad de comprender" en el consentimiento. En estos casos se parte –con diferentes matices en particular- de que un autodaño responsable, excluyente de la responsabilidad penal de un colaborador, no existiría siquiera ya en perturbaciones menos importantes que no se corresponden con los requisitos del § 20 y p. ej. tampoco cuando un suicidio equivale o se corresponde sólo con un "estado de ánimo momentáneo"[188]. Últimamente se atiende también, en el sentido de un "paternalismo blando", a si una decisión de suicidarse podría considerarse aún plausible o aceptable desde algún punto de vista con independencia de la constitución psíquica del suicida[189].

146 Nada de ello merece aprobación. Es cierto que una colaboración en el suicidio y *mutatis mutandis* en autodaños mediante el abuso de drogas o medicamentos[190] dará lugar a una autoría mediata del tercero o sujeto externo con mucha más frecuencia que cuando se trate de delitos. Ello se debe sobre todo a que los suicidas, aun cuando se aplique el baremo del § 20 [inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad en virtud de alteraciones o perturbaciones psíquicas], son con notable mayor frecuencia inimputables que los delincuentes. Las depresiones endógenas, que con frecuencia conducen a suicidios, son alteraciones o perturbaciones psíquicas patológicas en el sentido del § 20[191], de modo que el incitador o el auxiliador en un suicidio puede ser responsable de homicidio [en sentido amplio] doloso o imprudente en casos de esa clase. No existe unanimidad sobre con qué frecuencia se cometen los suicidios en estado de inimputabilidad; las apreciaciones oscilan entre el 30% y el 60%[192]. Para enjuiciar la cuestión en la mayoría de los casos no es posible arreglárselas sin peritos en Psiquiatría y en relación con ello, evidentemente, las dudas han de redundar en favor del acusado. En todo caso, la adscripción (o relación) de la responsabilidad al tipo (nm. 141) posee en este ámbito mayor importancia que en cualquier otro: quien a causa de una alteración o perturbación psíquica patológica perpetra suicidio es por regla general plenamente responsable civil

---

[188] Para referencias remitiré a los nm. 56 ss., 70 ss. Sin embargo, se establecen por la doc. dom. y la jurispr. exigencias demasiado altas a la capacidad de comprensión de las personas adultas también en relación con el consentimiento, cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 13, nm. 55 ss.

[189] *Merkel*, 1991, 71 ss.; un análisis crítico más detallado al respecto lo ofrece *Roxin*, 140 Jahre GA, 1993, 177 ss.

[190] Con más detalle *Roxin*, AT I, 2ª [PG I], § 11, nm. 86 ss.

[191] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 20, nm. 12.

[192] Con más detalle *Roxin*, Dreher-FS, 1977, 350, con ulteriores referencias.

y penalmente, de modo que, p. ej., puede celebrar contratos de compraventa válidos o eficaces y sería penalmente responsable por un hurto.

A ello se añade que en la colaboración en el suicidio de jóvenes se ha 147
de apreciar por regla general responsabilidad penal del tercero o sujeto externo, porque una persona joven que quiere dejar esta vida por penas amorosas, a causa de turbaciones [o extravíos, confusiones o desconciertos] propias de la pubertad, frustraciones [o desengaños, decepciones o desilusiones] escolares o académicas o profesionales o por razones similares, casi nunca será "suficientemente madura conforme a su desarrollo moral y psíquico", en el sentido del § 3 JGG, para reconocer el alcance o trascendencia de un paso como el que da. Entra en consideración en tales supuestos una excepción sobre todo cuando un joven en el estadio final de una enfermedad mortal evita sus dolores mediante la muerte; pues en este caso su situación y su motivación no son otras distintas de las de un adulto responsable.

Por el contrario, no es correcto negar, con la "seriedad" de su deseo de 148
morir, también la responsabilidad por su decisión a un adulto que, sin "alteración o perturbación psíquica", comete suicidio a causa de tensiones o contrariedades psíquicas y hacer por principio responsable penalmente de su muerte a un tercero o sujeto externo por su colaboración (sobre las excepciones en el ámbito del § 21 [imputabilidad reducida], cfr. *infra* nm. 152). Pues con ello se burla la decisión del legislador* en favor de la impunidad de la colaboración en el suicidio. Dado que los suicidios se cometen siempre en situaciones psíquicas excepcionales, no quedarían apenas casos impunes de participación en el suicidio. Por ello, en el caso Sirio (nm. 70) también el BGH examinó con razón sólo si la mujer sugestionada por el acusado presentaba "uno de los estados psíquicos ... que menciona el § 20" (BGHSt 32, 41); y en el caso del doble suicidio simulado (nm. 56, 57, 71) el tribunal no apreció el estado deprimido y el "estado de ánimo decaído" del marido como razón para dudar de la responsabilidad de su ánimo de suicidio. Menos aún se puede tildar sin más de patológico el deseo de personas ancianas o gravemente enfermas de dejar la vida[193], de modo que por tanto casos de colaboración impune en el suicidio sí que entran en consideración con relativa frecuencia. Lo propio rige para el daño a uno mismo o autodaño. En el caso más importante en la práctica, el del consumo de estupefacientes nocivos para la salud o incluso mortales por drogodependientes, la jurispr. considera por regla general responsable al consumidor, de modo que el suministro de la "sustancia" por parte de otro no puede convertir a este en au-

---

* Del legislador alemán, que no castiga la participación en el suicidio; por el contrario, el español sí castiga supuestos de participación en el suicidio (no todos) en el art. 143 CP [N. del T.].

[193] Afortunadamente la jurispr. tampoco lo hace; cfr. p. ej. los casos BGHSt 32, 367; BGH NStZ 1987, 365; LG Ravensburg NStZ 1987, 229.

tor de un delito de homicidio [en sentido amplio][194], en tanto no concurran circunstancias especiales añadidas (BGHSt 32, 262 y la jurispr. que la sigue).

b) El sujeto con imputabilidad considerablemente reducida o disminuida (o semiimputable) que actúa como medio (en el hecho)

149 La delimitación de autoría y participación en los hechos de personas con imputabilidad considerablemente disminuida o reducida (§ 21) está poco clarificada en jurispr. y doctrina científica y ha sido hasta ahora poco tratada con carácter general, pese a que el caso es más frecuente, y también por ello más importante en la práctica, que el de la intervención en delitos de inimputables. La jurispr. aprecia por principio, sin problematizar la cuestión más allá, sólo participación cuando alguien colabora en los hechos de un sujeto con imputabilidad reducida en el sentido del § 21[195]. Le sigue un sector de la literatura científica[196]. En contra, una doctrina que ya en los casos de coacción (nm. 48 s.) aprecia una autoría mediata en el "área fronteriza o ámbito de casos límite" llega también a tal solución en el caso del § 21[197]. *Schünemann*[198] somete a consideración una "ampliación de la figura de la autoría mediata" a los casos de "utilización de un instrumento que actúa en el estado de imputabilidad disminuida conforme al § 21 StGB", pero él mismo lo califica de problema difícil apenas debatido en la literatura científica. También hay un sector que diferencia. Así, según *Baumann/Weber* existiría sólo participación en caso de "decisión propia" del sujeto con imputabilidad disminuida o reducida y, por el contrario, autoría mediata en caso de aprovechamiento consciente e intencionado (dirigido a un fin) de los déficits del que actúa de modo inmediato[199]. Según *Schaffstein*[200] debe ser determinante una "valoración de todas las circunstancias del caso concreto en particular", pero debe apreciarse en todo caso autoría mediata cuando la imputabilidad disminuida haya sido provocada intencionadamente por el sujeto de atrás para incitar al ejecutor de ese modo a cometer el hecho (v. gr. en la inducción al abuso de alcohol o drogas).

150 En efecto, lo más correcto será diferenciar. Pero el atender al caso concreto no sirve de ayuda en tanto no se especifique el baremo conforme al cual se haya de decidir *in concreto*. Este baremo sólo puede hallarse en la **división** trazada por la ley **entre capacidad disminuida o reducida de comprensión y capacidad disminuida o reducida de inhibición**. Una capacidad disminuida de comprensión

---

[194] Sin embargo BGHSt 32, 262 deja abierta la cuestión de si se podría enjuiciar la propia responsabilidad conforme a los parámetros del consentimiento, porque incluso conforme a estos parámetros habría de admitirse que el drogodependiente habría actuado con responsabilidad.

[195] BGHSt 32, 43; 32, 262; 35, 349; BGH GA 1986, 508; cfr. también nm. 148.

[196] *Herzberg*, 1977, § 3 III 1; *Jakobs*, AT, 2ª, 21/94; *Schumann*, 1986, 76; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 52; en buena medida también *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 47, 64.

[197] Cfr. sólo *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 48/86.

[198] *Schünemann*, NStZ 1982, 63.

[199] *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 29 V 3.

[200] *Schaffstein*, NStZ 1989, 158.

en el sentido del § 21 presupone que el sujeto en el caso que se enjuicia haya actuado sin comprender que hacía algo injusto o ilícito (sin comprensión del injusto); si reconoció el (o lo) injusto de su hecho pese a su capacidad de comprensión disminuida, no es aplicable desde un principio el § 21[201]. El defecto de comprensión se traduce por tanto siempre en un error de prohibición, de modo que son de aplicación los principios desarrollados para este caso, que por regla general conducen a afirmar una autoría mediata (nm. 77). Si, por el contrario, el sujeto comprendió el (o lo) injusto o ilícito de su hecho y era también aún capaz de actuar conforme a esa comprensión, un tercero o extraño puede ser sólo partícipe cuando la capacidad de inhibición del sujeto (del autor) estaba considerablemente disminuida o reducida; basta que (aún) la tuviera. En este sentido sucede algo similar a los casos en los que la coacción no alcanza la medida del § 35 [estado de necesidad disculpante] (nm. 49 ss.). También cuando alguien incita a otro intencionadamente al consumo de alcohol o drogas para inducirlo en ese estado a la comisión de un delito, sigue tratándose, contra lo que opina *Schaffstein* (nm. 149), de un caso (naturalmente más grave) de inducción en la medida en que el que actúa posea comprensión del (o lo) injusto y pudiera actuar conforme a esa comprensión, aunque fuera con mayor esfuerzo.

Schaffstein[202] aduce contra la concepción aquí desarrollada que "capacidad 151
de comprensión y capacidad de control ... se pueden diferenciar como mucho en teoría, pero la mayoría de las veces en la realidad están tan entremezcladas que no se pueden distinguir por peritos y jueces sin arbitrariedad". Pero ello constituye una visión equivocada, porque el § 21 requiere no sólo una disminución de la capacidad de comprensión, sino su falta real o efectiva en el caso concreto. Pero entonces, desde un principio, no puede hacerse relevante una disminución o reducción de la capacidad de actuar [o de inhibirse o controlarse] conforme a la -¡inexistente!- comprensión. Con razón, el BGH (NStZ 1989, 430) dice: "La aplicación del § 21 ... no puede basarse simultáneamente en sus dos alternativas". La diferenciación propuesta se puede llevar por tanto perfectamente a cabo, porque las dos alternativas del § 21 "no están entremezcladas", sino que directamente se excluyen una a otra.

También aquí rigen de modo análogo los principios desarrollados para la 152
colaboración en el daño a uno mismo o autodaño y, sobre todo, en el suicidio; con la diferencia, naturalmente, de que la capacidad de comprensión del sujeto no se ha de referir a un injusto que falta en estos últimos casos, sino al alcance de la actuación para su propia persona. En el autodaño la falta de comprensión del alcance de p. ej. el consumo de drogas se plasmará por regla general en un menor conocimiento del riesgo y convertirá al tercero o sujeto externo en autor mediato (nm. 75, 98), mientras que en caso de conocimiento pleno del riesgo por la víctima existiendo aún capacidad de inhibición, aunque sea disminuida o reducida, sólo se ha de afirmar una

[201] BGHSt 21, 27; 34, 22, 25; BGH NStZ 1988, 24; 1989, 430; jurisp. constante.
[202] *Schaffstein*, NStZ 1989, 157.

participación impune en una autopuesta en peligro dolosa. En los suicidios puede faltarle al suicida bajo la influencia del alcohol, drogas o ideas o representaciones o imaginaciones delirantes la comprensión del alcance del paso que da, de modo que, si se dan las circunstancias (estados o diagnósticos de conexión) a que alude el § 21, quien colabore se convertirá entonces en autor mediato. Si por el contrario existe la comprensión del suicida y sólo su capacidad de inhibición está disminuida (¡pero se da todavía en el caso concreto!), el tercero o extraño es un partícipe impune.

5. ¿Dominio de la voluntad en el caso de instrumento doloso sin intención?

153 El "instrumento doloso sin intención" era una construcción que resultaba de la anterior configuración o redacción legal de los delitos de apropiación o apoderamiento. Conforme al tenor literal vigente hasta 1998 de los §§ 242, 246 y 249, el hurto, la apropiación indebida y el robo requerían que el autor tuviera la intención de apoderar"se" o apropiar"se" ("para sí") de la cosa antijurídicamente. Así, si un sujeto de atrás (A) incitaba a uno de delante (D) a hurtar, robar o apropiarse indebidamente de una cosa para el primero, según la opinión preponderante y también según la jurispr. (por última vez BGHSt 41, 187, Gran Sala), D no podía ser autor, porque no quería apropiar"se" de la cosa "para sí", sino para A. En vez de ello A sería autor mediato y D su "instrumento doloso sin intención". Esta construcción era, sin embargo, incompatible con la doctrina del dominio del hecho. Pues el dominio sobre la acción ejecutiva lo tenía sólo D, mientras que la contribución de A se limitaba a la incitación a realizar la acción típica. La responsabilidad adecuada conforme a ello por inducción se malograba sin embargo por la falta de autoría de D.

154 Había dos salidas a este dilema. La primera consistía en castigar a A, cuando recibía la cosa de manos de D, por apropiación indebida* (§ 246), y al ejecutor D por complicidad en ella[203]. Pero esa solución no es satisfactoria, porque no se corresponde con el dominio del hecho de D y, en su caso, deja absolutamente sin sanción el injusto del hurto o del robo. La segunda salida era la de contemplar también la apropiación para el tercero como un apropiarse para sí, pues así se pondría de manifiesto el dominio del hecho y la arrogación de la posición de propietario de quien dispone de la cosa[204]. Esta interpretación

---

* Téngase en cuenta que el tipo de apropiación indebida (*Unterschlagung*) del § 246 StGB es un tipo residual o de recogida en el que se castiga toda apropiación o apoderamiento para sí o para un tercero de una cosa mueble ajena que no encaje en otros preceptos con pena más grave, resultando sólo un supuesto cualificado o agravado el caso en que al sujeto se le hubiera confiado la cosa, modalidad más parecida al delito de apropiación indebida del art. 252 CP español. Sin embargo, hasta su reforma (por la ley que *Roxin* cita más adelante) en 1998, el tipo castigaba el apoderarse para sí de cosa mueble ajena que se encontrara en su posesión o custodia o, como figura más grave, se le hubiera confiado. [N. del T.].

[203] Fundamentación exhaustiva en *Maiwald*, 1970, 236 ss., 244.

[204] *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 341 con ulteriores referencias.

permitía castigar a D como autor y a A como inductor. Se correspondía por tanto con las reglas de la doctrina del dominio del hecho y consiguió por ello algunos adeptos. Sin embargo, la doc. dom. no se adhirió –muy preponderantemente por razones lingüísticas- a la tesis de que también la apropiación para un tercero sería una apropiación para sí mismo y perseveró en la apreciación, materialmente inadecuada, de una autoría mediata.

El problema está hoy en su mayor parte resuelto por la 6ª StrRG [Ley de Refor- 155
ma del Derecho Penal], que equipara expresamente en los §§ 242, 246 y 249 la apropiación para un tercero a la apropiación para sí. Por lo tanto, si, p. ej., A incita a D a hurtar una cosa para él (para A), D es autor inmediato de un hurto y A, sin embargo, inductor de este hecho y, a la vez, receptador. Por eso, se plantea la cuestión de si hay realmente hoy una autoría mediata con ayuda de un instrumento (doloso) sin intención. La respuesta es afirmativa, con la advertencia de que del remanente de tales casos apenas pueden surgir ya dificultades.

La primera constelación de casos de instrumento doloso no cualificado 156
aún posible se da **cuando el ejecutor actúa en la apropiación para el tercero no con una intención dirigida a ella, sino con simple dolo o con dolo eventual**[205]. En tal caso el ejecutor no es autor por falta de de "intención" (o "propósito" o "ánimo") de apropiación, de modo que el sujeto de atrás no puede ser ni inductor ni, por falta de dominio del hecho, autor, y sólo resta un castigo por apropiación indebida*[206]. Sin embargo, cuesta imaginarse casos de esa clase en la práctica, de modo que esta constelación sí que posee más bien una relevancia teórica[207].

En segundo lugar, sigue habiendo un instrumento sin intención **cuando** 157
el ejecutor no sabe que se abusa de él para que cometa un hurto. Así sucede p. ej. cuando A miente a D diciéndole querer tener sólo para un uso transitorio o temporal la cosa que (D) ha de sustraer para él (A). En este caso falta ya en D el dolo de apropiación. No quiere cometer un hurto, sino un *furtum usus*, y es por tanto un instrumento ciertamente "sin intención", pero no "doloso"[208]. En un caso así es patente la autoría mediata de A, que se sirve de un instrumento en error. Lo mismo rige si en el ejecutor falta el dolo dirigido a la antijuridicidad de la apropiación**. Tal caso se da cuando A hace

---

[205] Sobre la distinción de la intención (o propósito) de las otras formas de dolo cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 12, nm. 7 ss.

* Recuérdese lo dicho sobre este delito en el StGB en la anterior N. del T. [N. del T.].

[206] Cfr. *Dencker*, en: *Dencker/Struensee/Nolles/Stein*, 1998, 18; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, 24ª, nm. 153.

[207] Cfr. el intento de encontrar ejemplos de *Noak*, 1999, 73, 75; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 56 a; *Cropp*, AT, 2ª, § 10, nm. 58 a. Los casos consisten en que el que se apropia de la cosa para un tercero pretende en primer término perjudicar al propietario o ahorrarse disgustos con su mandante. Sin embargo, es dudoso si falta la intención (o propósito o ánimo) de apropiación como consecuencia de esos motivos de fondo y depende de la interpretación del concepto de intención (o propósito o ánimo) en el § 242 [hurto].

[208] Cfr. *Jäger*, JuS 2000, 652. De otro parecer muy probablemente *Mitsch*, BT II/1, § 1, nm. 164.

** El tipo de hurto del § 242 StGB exige expresamente que el sujeto actúe con la intención, propósito o ánimo de apropiarse (para sí o para un tercero) de la cosa "antijurídicamente" (*rechtswidrig*) [N. del T.].

creer a D que posee un derecho firme no sometido a excepción sobre la cosa que incita a D a sustraer para él (A). Dado que tal circunstancia excluiría la antijuridicidad de la apropiación, D actúa, si cree a A, sin la intención, propósito o ánimo de apropiación *antijurídica* y de nuevo es un instrumento sin intención, pero también sin dolo. También aquí existe un caso claro de autoría mediata en virtud de error.

6. El error sobre condiciones o requisitos del autor en la autoría mediata

a) La falta de conocimiento de circunstancias fundamentadoras de dominio del hecho

158 Puede producirse fácilmente el caso de que un tercero o sujeto externo no conozca circunstancias que harían posible su dominio del hecho, sea porque cree erróneamente en la existencia de dolo del que actúa inmediatamente sólo de modo imprudente, sea porque no advierte el error de prohibición o la enfermedad mental de este o porque no se da cuenta de hasta qué punto al conocimiento de este se le han escapado las consecuencias de su hecho y con ello las dimensiones del injusto realizado por él. En tales casos no entra en consideración una autoría mediata. Pues lo que hace posible al sujeto de atrás el control o dirección del suceso y le confiere el dominio de la voluntad no es ya la importancia objetiva de la contribución al hecho, sino sólo el conocimiento añadido de ella[209]. Quien ve al ejecutor como dueño del hecho y a sí mismo relegado al papel de partícipe queda impedido por esta falsa representación para el ejercicio de su propio dominio del hecho. En relación con la cuestión de si el tercero o extraño puede ser castigado como partícipe se han de distinguir dos grupos de casos.

159 La constelación de casos más difícil, pero muy poco frecuente en la práctica, es aquella en **que un sujeto de atrás parte erróneamente de la existencia de dolo en quien actúa de manera inmediata**. P. ej. A da a B un revólver cargado, pero ignora que B considera descargado el revólver y sólo quiere dar un susto a C[210]. Si B mata de un disparo a C, puede ser castigado como máximo por homicidio imprudente. A no puede ser autor mediato porque no sabía nada de su "dominio objetivo" y no podía, por ello, utilizar a B como "instrumento". Según su representación es cooperador o cómplice, pero tampoco puede ser castigado como tal, porque la participación requiere, conforme a los §§ 26 [inducción] y

---

[209] Ello no resultaba indiscutido anteriormente (cfr. LK-*Roxin*, 11ª, § 25, nm. 142, n. 227). Hoy ya sólo *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 29 V 4, parten de una comprensión puramente objetiva del concepto de dominio del hecho que con razón critican, pero de la cual no se deriva ningún argumento en favor de la teoría subjetiva, porque se basa en un mal entendimiento de la doctrina del dominio del hecho. En favor de un concepto puramente objetivo del dominio del hecho también ahora de nuevo *Luzón Peña/Díaz y García Conlledo*, en: Roxin-FS, 2001, 586 ss.

[210] Ulteriores ejemplos en LK-*Roxin*, 11ª, § 25, nm. 143.

27 [cooperación o complicidad], un hecho doloso del autor que aquí falta. Así que sólo resta una cooperación o complicidad intentada, que es impune. No sucede algo muy distinto en los casos análogos de instigación al hecho. Si A incita a B a realizar una denuncia falsa, pero B, contra lo que supone A, considera acertada o justa la acusación, queda excluido un delito de falsa imputación (o acusación o denuncia falsa) –para ilustrarlo sólo con el ejemplo del § 164– en autoría mediata, porque A sólo quería inducir. Asimismo tampoco es posible el castigo por inducción al § 164 por falta de dolo en B, y la inducción intentada de A es impune en los delitos menos graves (*Vergehen*); sólo en los delitos graves (*Verbrechen*) es posible el castigo conforme al § 30 I [inducción intentada] en tales casos.

Esa conclusión es sumamente insatisfactoria, porque el sujeto de atrás 160
quiso dolosamente y también provocó el resultado (en estos casos: la muerte de la víctima o su falsa acusación)[211] y, pese a ello, resulta impune. Tampoco cambia nada en lo inadecuado de la solución penal el castigo posible en raros casos, pero inapropiado o insuficiente, como acto preparatorio del § 30 I [inducción intentada]. La conclusión o resultado es sin embargo inevitable[212], porque el legislador lo aceptó conscientemente y el tenor literal excluye una valoración adecuada (como participación). El P 1962 (cfr. al respecto *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 4, nm. 16 ss.) había previsto un precepto específico que permitiría el castigo como participación (§ 32): "(1) Será castigado como un inductor quien dolosamente haya determinado a otro a que cometiera su hecho antijurídico en la suposición errónea de que el autor actuaría dolosamente en la comisión. (2) Lo propio rige para el cooperador o cómplice". Esta disposición se retiró posteriormente en las deliberaciones de la Comisión Especial (cfr. al respecto *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 4, nm. 24) después de que el Ministerio Federal de Justicia hubiera expuesto[213] que el tratamiento de tales casos, que sólo desempeñaban un papel secundario en la práctica, era muy dis-

[211] Puesto que el dolo es seguro, tampoco entra en consideración un castigo por imprudencia, que de todas maneras sólo raramente (v. gr. en los §§ 222 [homicidio imprudente] o 230 [entiendo que *Roxin* se refiere al actual § 229, en que se tipifican las lesiones imprudentes, pues en el § 230 se establece la necesidad de querella para perseguir ciertas clases de lesiones. El cambio se produjo en 1998 en virtud de la 6ª StrRG o Ley de Reforma del Derecho Penal –N. del T.-]) sería posible; cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 24, nm. 70-73.

[212] Cfr. *Roxin*, 2ª1973, 20 s., n. 46; *el mismo*, in: *Roxin/Stree/Zipf/Jung*, 2ª, 1975, 29; *el mismo*, Täterschaft, 7ª, 2000, 555 ss.; *Blei*, AT, 18ª, § 72 II 4; *Bloy*, 1985, 98; *Bockelmann*, Gallas-FS, 1973, 261 ss.; *Cramer*, Bockelmann-FS, 1979, 399 s.; *Cropp*, AT, 2ª, § 10, nm. 76; *Herzberg*, 1977, § 3 IV 2; SK-*Hoyer*, 7ª, § 25, nm. 145; *Jakobs*, AT, 2ª, 22/18; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 61 VII 3; *Kindhäuser*, antes del § 25, nm. 65; *Letzgus*, 1972, 29 ss.; *Maiwald*, ZStW 88 (1976), 731 s.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 53/107 ss.; *Otto*, AT, 6ª, § 22 II 1 b bb; *Samson*, Strafrecht I, 7ª, Fall (caso) 40, 221 s.; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, antes del §§ 25 ss., nm. 79; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 142, 219 s.; *Teuckhoff*, JuS 1976, 528; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 548. Asimismo ya BGHSt 9, 382. También KG NJW 1977, 817, 819 (con reseña de *Schall*, JuS 1979, 104) defiende esta opinión.

[213] Prot. V. Wahlp., 91. Sitzung (91ª sesión), 1829; asimismo BT-Drucks. V/4095, 13.

cutido; el P 1962 habría "entrado sin embargo en demasiado detalle" y se recomendaría su supresión.

161 Si bien en la literatura científica se defiende aisladamente la opinión de que el Derecho vigente permitiría pese a todo el castigo como participación[214] porque el legislador no habría querido tomar decisión alguna sobre el tratamiento objetivo o material de la constelación, no es posible afirmar la participación porque se opone a ello la prohibición de analogía[215] también vigente en este aspecto en la Parte General. Si los §§ 26 [inducción] y 27 [cooperación o complicidad] establecen *expressis verbis* el dolo del autor como requisito de la participación, no puede entrar en consideración un castigo como participación sin dolo del autor. También el § 32 P 1962 había querido castigar al tercero o sujeto externo sólo "como" a un partícipe y poseía por tanto carácter fundamentador de la punibilidad de estos supuestos de hecho. Tras la supresión de este precepto, admtir la punibilidad significaría crear un "*crimen sine lege*".

162 Mucho más fácil es el tratamiento de la segunda y más frecuente constelación de casos, en **que el ejecutor actúa de modo antijurídico-doloso y el tercero o extraño lo sabe, pero no reconoce otras circunstancias fundamentadoras del dominio del hecho**: en este caso es inobjetable un castigo por participación, porque, dado el dolo del autor, su culpabilidad no es necesaria para la participación, conforme al principio de accesoriedad limitada (§ 26, nm. 32 ss.). Por lo tanto, si A incita a B a cometer un delito y no se da cuenta de que B está mentalmente enfermo, se puede castigar sin más a A como inductor, como además se correspondía con su representación. Asimismo, existe sólo participación si el tercero o extraño no conoce el error de prohibición –aunque sea incluso invencible y por ello excluyente de la culpabilidad- del ejecutor. Con mayor razón se ha de apreciar participación en los casos del cuarto escalón o nivel de dominio del hecho (nm. 94 ss.), cuando el que actúa de manera inmediata se comporta incluso de modo absolutamente culpable y únicamente yerra sobre otras circunstancias que habrían convertido en autor mediato al tercero o extraño en caso de conocer la representación errónea.

b) La suposición errónea de circunstancias fundamentadoras de dominio del hecho

163 Se trata aquí de la constelación de casos inversa. El sujeto de atrás cree que el ejecutor actúa sin dolo o en error de prohibición, que está mentalmente enfermo o yerra sobre otras circunstancias que harían posible el dominio del suceso por un tercero o extraño. Pero en realidad el que actúa de manera inmediata es

---

[214] *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 29 V 4; *Köhler*, AT, 513; *Schöneborn*, ZStW 87 (1975), 911, n. 38; aún *Tröndle/Fischer*, 49ª, antes del § 25, nm. 10 (distinto ahora sin embargo *Tröndle/Fischer*, 50ª, antes del § 25, nm. 10)

[215] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 5, nm. 41.

plenamente imputable y tiene los mismos conocimientos materiales o fácticos y jurídicos que el sujeto de atrás, quien por consiguiente cree erróneamente poder dominar el suceso. No se puede apreciar una autoría mediata en tales supuestos: pues esta requiere un dominio del hecho real y no meramente imaginado. Sólo una teoría estrictamente subjetiva podría llegar a la autoría mediata mediante la afirmación de la "voluntad de autor"; pero se ha de rechazar esa doctrina (nm. 21 ss.) y ya tampoco se aplica en la autoría mediata por la jurispr. (cfr. v. gr. nm. 80, 81, 172). Aparte de esto, si ya el desconocimiento de un dominio objetivamente existente impide una autoría mediata (nm. 158), con más razón ha de hacerlo la falta objetiva de él [de dominio].

Existe sin embargo una tentativa si la influencia sobre el supuesto "instru- 164
mento" según la representación del sujeto de atrás ha superado el estadio de la preparación o fase preparatoria[216]. Ello sucede conforme a la opinión aquí defendida cuando el sujeto de atrás ya ha soltado o dejado o hecho salir de su esfera de influencia el suceso (con más detalle § 29, nm. 195 ss.). Por lo tanto, si A da a B, que supuestamente actúa de buena fe o sin conocimiento, una inyección letal con el ruego de que se la ponga a C, pero B se percata de las circunstancias y pese a ello accede al deseo de A, A es responsable en concepto de autor de una tentativa de asesinato, en cuanto B se alejó del ámbito de dominio de A con la inyección que se le entregó. Y si A incita a B, a quien considera erróneamente enfermo mental, a cometer un robo, es autor de una tentativa de robo en cuanto B se ponga en camino. Los pormenores de la muy discutida delimitación de preparación y tentativa en la autoría mediata pertenecen al contexto de la doctrina de la tentativa, a la que aquí se remite (§ 29, nm. 192 ss.).

El que la suposición errónea de circunstancias fundamentadoras de domi- 165
nio del hecho dé lugar a la tentativa se deriva de que la autoría es realización (material) del tipo (nm. 29), de modo que la autoría intentada se presenta como realización intentada del tipo. Se trata en este caso de una tentativa con medios inidóneos (al respecto § 29, nm. 6, 17 ss., 22, 308 ss., 348): el sujeto de atrás quiere cometer el hecho "a través de otro" (§ 25 I, 2ª alternativa), pero este es inapropiado o inadecuado como "instrumento", porque mediante su propia autoría hace imposible un dominio del hecho del sujeto de atrás. Sin embargo, la tentativa no es punible en muchos delitos (cfr. § 29, nm. 292, 323), de modo que en esa medida (en esos casos) no se se podrá hacer responsable al sujeto de atrás.

Aún más importante es que, que junto a la tentativa sólo punible en al- 166
gunos casos, se da también una participación en el delito consumado (sobre la relación concursal, § 33, nm. 212). Ello es aproblemático cuando el sujeto de atrás sabe que el ejecutor actúa dolosamente y la presunción

---

[216] *Gropp*, AT, 2ª, § 10, nm. 77; *Herzberg*, 1977, § 3 IV; SK-*Hoyer*, 7ª, § 25, nm. 143 ss.; *Köhler*, AT, 513; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 84; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 48/41; *Preisendanz*, 30ª, § 25, Anm (com.).III 2 c bb; muy probablemente también *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 14/54; *el mismo*, StuB AT, 2ª, 10/103.

errónea de dominio del hecho propio se basa en otras circunstancias. Por lo tanto, si A toma erróneamente por enfermo mental a B, incitado por él [por A] a cometer un robo, [A] no sólo es autor de una tentativa (nm. 164), sino que, si el hecho se lleva a cabo, también ha inducido a B a un robo consumado. Pues, como exige el § 26 [inducción], ha "determinado dolosamente a otro a [que realice] su hecho antijurídico cometido dolosamente". El que por añadidura se haya representado circunstancias que en su caso le hubieran convertido en autor, no impide el castigo por participación. Pues la participación no requiere una "voluntad de partícipe", sino que es un concepto "secundario" como "ataque accesorio al bien jurídico": Participación es toda "colaboración sin dominio del hecho" conforme a los requisitos de los §§ 26 [inducción] y 27 [cooperación o complicidad] (cfr. § 26, nm. 1 ss., 8 ss., 10).

167 Más difícil es la valoración cuando el sujeto de atrás parte de la falta de dolo del ejecutor, como en el ejemplo de la inyección (nm. 164). La op. dom. aprecia también aquí participación[217], y con razón: pues A ha determinado dolosamente a B a cometer un hecho que este también ha cometido dolosamente. Ciertamente su dolo no ha abarcado el dolo de B; pero no se desprende forzosamente del tenor literal de la ley que ello sea necesario[218]. Y el fundamento del castigo de la participación y consideraciones político-criminales hablan en contra de que lo sea. Pues un "ataque accesorio al bien jurídico" (cfr. § 26, nm. 11 ss.), una causación del resultado típico a través de la persona de otro existen con independencia de si A se representa a B como actuando dolosamente o no. Tampoco es requisito de la participación en casos de esta clase una "voluntad de partícipe"; y la justicia demanda un castigo como partícipe, porque no se entiende que el causante doloso de un hecho deba quedar impune en su caso sólo porque se supuso erróneamente incluso en posición de autor[219].

7. Exceso y cambio de objeto en sujetos que actúan como medio en el hecho (mediadores en el hecho)

168 No se puede hacer responsable como autor mediato al sujeto de atrás de un exceso del sujeto que actúa como medio en el hecho (mediador en el hecho). Por consiguiente, si A incita al mentalmente enfermo B a cometer un delito de daños, pero en vez de eso B mata a C, A no es autor mediato de un asesinato; pues en relación con este le falta, por ausencia de control consciente, no

---

[217] *Bockelmann/Volk*, AT, 4ª, § 22 II 3 b; *Gallas*, MatStrRef. I, 139; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 III 1; *Köhler*, AT, 513; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 87; en detalle *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 270 ss.; *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 14/54; *el mismo*, StuB AT, 2ª, 10/103; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 214 ss., 216; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 549. Lo rechazan *Herzberg*, 1977, § 3 IV 2; SK-*Hoyer*, 7ª, § 25, nm. 138.

[218] Así, sin embargo, *Herzberg*, 1977, § 3 IV 2, quien en consecuencia rechaza una participación; como *Herzberg* cfr. *Blei*, AT, 18ª, § 72 II 3; *Letzgus*, 1972, 30, n. 48; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 48/42; *Samson*, StrafR I, 7ª, Fall (caso) 39 B III 1 b.

[219] También *Herzberg*, 1977, § 3 IV 2, admite que el castigo como participación "convence materialmente".

sólo el dominio del hecho[220], sino también el dolo. Al respecto es indiferente si existe un exceso doloso o imprudente. Puede ser castigado en caso de cualquiera de las dos formas de exceso por delito de daños intentado (§ 303 II), que existe ya con el "enviar o soltar o dejar suelto" al sujeto que actúa como medio en el hecho (al respecto nm. 164 y § 29, nm. 195 ss., 226 s.). Además puede darse un homicidio imprudente (§ 222) si el paso a otro objeto del hecho por el sujeto que actúa como medio entraba en el ámbito de lo previsible.

Un exceso que ha de tratarse conforme a las mismas reglas existe también 169
cuando el sujeto que actúa como medio en el hecho ataca otro objeto del hecho en el marco del mismo tipo, o sea cuando el mentalmente enfermo B p. ej. mata a D en vez de a C, a quien le había encargado matar A. Pues en tal caso concurre en A (como ya en las constelaciones de casos del nm. 168) una *aberratio ictus* que sólo puede ser castigada de nuevo como tentativa y, en su caso, como hecho imprudente[221].

Sólo entra en consideración el castigo del sujeto de atrás como autor 170
mediato de un hecho doloso consumado en el caso en que el sujeto que actúa como medio (en el hecho) realiza, en contra de las instrucciones u órdenes recibidas, un delito más grave en el que, sin embargo, está contenido el tipo menos grave abarcado por el dolo del tercero o extraño: si A induce al mentalmente enfermo B a un hurto (§ 242), pero este emplea violencia en la sustracción, si bien A no puede ser castigado como autor mediato de un robo (§ 249), sí puede sin embargo serlo como autor mediato de un hurto.

Con los casos de exceso queda también trazada la solución para el *error in* 171
persona (o *in obiecto*) del sujeto que actúa como medio (en el hecho): para el sujeto de atrás es igualmente un exceso del sujeto que actúa como medio y con ello una *aberratio ictus* que es en su caso punible como tentativa y/o hecho imprudente. Ello resuta indiscutido en caso de instrumento que actúa sin dolo: por consiguiente, si A da una inyección con veneno mortal a la enfermera B, que no sospecha nada, y que esta debe poner a C, pero que inyecta a D a consecuencia de una confusión, A puede ser castigado por asesinato intentado (§ 211) de C y, en su caso, por homicidio imprudente (§ 222) de D. Pero la conclusión no puede ser otra si la confusión la comete un enfermo mental que estaba implicado en un plan de asesinato, y que en este sentido actuaba con dolo; el *error in persona* del que actúa como medio es en todos los casos una *aberratio ictus* para el sujeto de atrás[222].

---

[220] Así la fundamentación acertada en su resultado de *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 III 3; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 48/45.

[221] Con más detalle *Roxin*, AT I, 2ª [PG I], § 12, nm. 139 ss.

[222] Cfr. en general sobre la delimitación de *aberratio ictus* y *error in persona* la exhaustiva exposición de *Roxin*, AT I, 2 [PG I]ª, § 12, nm. 144 ss. y 168 ss. Como aquí también *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 III 2; *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 14/54; *el mismo*, StuB AT, 2ª, 10/104; SK-*Rudolphi*, 7ª, § 16, nm. 30. Diferenciando, *Jakobs*, AT 2ª, 21/106; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 25, nm. 52, 53; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 550. El problema ha adquirido significación en la práctica sobre

8. Concepciones discrepantes

172 El dominio del hecho se considera hoy criterio decisivo de la autoría mediata –sin perjuicio de algunas diferencias de opinión en los detalles- por la doc. absolutamente dom. y también por la jurispr. La jurispr. reciente ya ni siquiera recurre a la fórmula de compromiso de la "teoría normativa de la combinación" (nm. 22 ss.) para la determinación de la autoría mediata, sino que atiende al "dominio del hecho en el sentido de una voluntad rectora (que dirige o controla)" (BGH NStZ 1989, 370, 372)[223]; ello se corresponde en principio con la característica o elemento aquí desarrollado del dominio de la voluntad. Las concepciones discrepantes son también escasas en la literatura científica y no se alejan demasiado de los patrones de argumentación de la doctrina del dominio del hecho.

a) *Stein*

173 El planteamiento más fuertemente discrepante es el que defiende *Stein*[224], quien pretende diferenciar las formas de intervención según normas de conducta de distinta "perentoriedad o urgencia" (nm. 35 s.) y hace depender una norma de conducta propia de la autoría en el sujeto de atrás de la "**falta de deber**" o –en la mayoría de los casos- de la "**falta de capacidad de cumplir el deber**" del ejecutor inmediato. Pero cuando, en este contexto, distingue entre una autoría mediata "en razón de la falta de dolo", "en razón de la falta de comprensión del (o lo) insto" y "en razón de la falta de capacidad de control"[225], retornan las formas reconocidas del dominio del hecho en una construcción discrepante o diferente.

b) *M.-K. Meyer*

174 *M.-K. Meyer*, quien proviene de la "teoría de la totalidad o de la globalidad" de su maestro *Schmidhäuser* (nm. 34), fundamenta la autoría mediata en la falta de libertad del ejecutor inmediato, en la afectación o merma de su "**autonomía**"[226]. Esta autora se aproxima con ello a la doctrina del dominio del hecho, en cuanto que muchos casos de dominio del hecho se basan en una falta de conocimiento o control del ejecutor que pone barreras a la autonomía de su actuación. No obstante, el concepto de autonomía es poco adecuado para la delimitación de autoría mediata y participación, porque, por un lado, incluso el enfermo mental posee aún un resto de "autonomía" por su "voluntad natural"; porque, por otro lado, también la influencia sobre la voluntad ejercida por el inductor restringe

---

todo en el caso de *error in persona* de un coautor (al respecto nm. 195) y de un inducido (al respecto, § 26, nm. 116 ss.).

[223] BGHSt 30, 363; 32, 38; 32, 178 s.; 35, 347; BGH MDR (H) 1981, 631 s.; BGH GA 1986, 508 s.

[224] *Stein*, 1988, 283 ss.

[225] *Stein*, 1988, 294 ss., 296 ss., 298 ss.

[226] *M.-K. Meyer*, 1984.

ya la autonomía del inducido a cometer el hecho; y porque, finalmente, como la propia *Meyer* reconoce, es posible una autoría mediata también en caso de plena responsabilidad del ejecutor, al que difícilmente se puede negar la autonomía de su conducta. Así, el concepto de autonomía de *Meyer* presenta también una ambigüedad y una falta de precisión que no hacen posibles soluciones claras[227].

c) *Renzikowski*

En el principio de autonomía fundamenta también *Renzikowski*[228] su doc- 175
trina de la autoría. Es una variante de la doctrina del dominio del hecho[229]. Pues en la autoría mediata la autonomía del sujeto de delante excluye por regla general el dominio del hecho del sujeto de atrás y lo relega al papel de inductor o cooperador o cómplice. En este sentido la autonomía del ejecutor se corresponde por tanto con la falta de dominio del hecho del sujeto de atrás y su dominio del hecho con la falta de autonomía del "instrumento". La diferencia consiste sólo en que la doctrina del dominio del hecho afirma en algunas constelaciones de casos (cfr. nm. 62, 76 ss., 91 ss., 95 ss.) dominio del hecho del sujeto de atrás pese a existir autonomía del ejecutor, mientras que un principio de autonomía consecuentemente desarrollado ha de rechazar cualquier "autor tras el autor".

Y este es también el punto de partida de *Renzikowski*[230]. Pero no man- 176
tiene su principio cuando afirma una autoría mediata en caso de error de prohibicón vencible o imputabilidad disminuida o reducida o semiimputablidad (§ 21) del ejecutor. Quien "no puede valorar correctamente su conducta mediante normas no actúa autónomamente", dice este autor[231]. Pero el ordenamiento jurídico valora sin embargo su conducta como autónoma al castigarle como autor doloso. Lo que fundamenta la autoría mediata del sujeto de atrás no es la falta de autonomía del sujeto de delante, sino el dominio no obstante existente del sujeto de atrás. Para la autoría mediata del sujeto de atrás en caso de imputabilidad disminuida del ejecutor *Renzikowski*[232] apela a "la posición superior del sujeto de atrás". Pero esta demuestra sólo el dominio del hecho del sujeto de atrás y no tiene nada que ver con la cuestión de la autonomía del ejecutor.

---

[227] Aquí radica un punto principal de ataque de la crítica. Así *Küper*, JZ 1986, 219 ff., 229, dice: "El concepto de 'autonomía' cambia 'camaleónicamente' su significado en cada contexto, de modo que su contenido se torna ciertamente discrecional", y *Neumann*, GA 1985, 476 s., opina, que el concepto de autonomía de *Meyer* se mantendría "impreciso de manera desconcertante"; entrañaría "un momento o factor de falta de compromiso, de retórica".

[228] *Renzikowski*, 1997.

[229] *Renzikowski*, 1997, 34, 74, habla de una "reformulación de la doctrina del dominio del hecho".

[230] Más exhaustivamente sobre *Renzikowski* *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 664 ss.

[231] *Renzikowski*, 1997, 81.

[232] *Renzikowski*, 1997, 87.

177 El dilema de la idea de autonomía radica en que la autonomía no sólo puede faltar o estar presente, sino que aparece escalonada en diversos grados. Pero a partir de qué grado un déficit de autonomía en el ejecutor da lugar a la autoría mediata de un sujeto de atrás ya no se puede deducir del principio de autonomía, sino sólo juzgarse según el dominio del hecho del sujeto de atrás. Su "posición superior" que le proporciona el dominio del hecho puede resultar incluso de otras circunstancias distintas a un déficit de autonomía del sujeto de delante, como demuestran el dominio de organización o el engaño sobre la identidad de la víctima. Todo ello indica que el principio de autonomía, pese a toda su cercanía con la doctrina del dominio del hecho, adolece de una falsa perspectiva o enfoque. La autoría mediata no depende decisivamente de la constitución o condición de la persona intermedia [del sujeto que actúa como medio en el hecho], sino del poder del sujeto de atrás sobre la realización del tipo.

d) *Köhler*

178 Al principio de autonomía recurre también *Köhler*[233]. Pero no procede de la teoría de la totalidad o de la globalidad, como *M.-K. Meyer*, o, como *Renzikowski*, de la teoría del dominio del hecho, sino que se basa en la filosofía idealista y las "particularidades del contexto o relaciones de conducta entre sujetos libres" derivadas de ella[234]. Esta concepción le lleva a la consecuencia radical de adjudicar a la inducción la mayoría de los casos de dominio del hecho, cuya existencia como tal no discute o niega, y reducir la autoría mediata al empleo de sujetos que actúan como medio (en el hecho) sin dolo o justificados. "Autor mediato es quien realiza su hecho injusto a través de otro ('sujeto que actúa como medio' o 'mediador' en el hecho) de modo que le crea o representa una situación fáctica para su actuación en sí conforme a la norma"[235].

179 Quien se sirve de quien está coaccionado conforme al § 35 [estado de necesidad disculpante] es según ello sólo inductor[236], pues "en la aplicación de las reglas relativas al hecho ... está en sí mismo autodeterminado, aunque pueda encontrarse también en una diferencia relativa de autonomía respecto a otro". Por ello el forzado u obligado no sería "convertido en mero medio"[237]. También es mero inductor quien se sirve de un ser humano que se encuentra en error de prohibición –aunque sea incluso invencible–. "Quien actúa pasa por alto o se salta la máxima del injusto, aunque sea de forma no culpable"[238]. Asimismo la utilización de niños pequeños para la comisión de delitos es para *Köhler* sólo una inducción,

---

[233] *Köhler*, AT, 505 ss. Más exhaustivamente sobre *Köhler Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 649 ss.
[234] *Köhler*, AT, 488.
[235] *Köhler*, AT, 505.
[236] *Köhler*, AT, 506.
[237] *Köhler*, AT, 510.
[238] *Köhler*, AT, 509; aquí también la siguiente cita.

porque se refiere "a un sujeto que es en definitiva capaz de reflexionar sobre la norma". Si bien podría hablarse en tales casos de "dominio del hecho" sobre un "instrumento", "sin embargo el sujeto que actúa como medio (en el hecho) es pese a todo un sujeto en sí libre, que sólo en cierto modo de su concepción de las reglas puede convertirse en medio para la máxima del injusto ajena"[239].

Se puede dudar si desde premisas filosóficas se pueden alcanzar tales re- 180
sultados o conclusiones. Todas las demás personas que enjuician o valoran el problema deducen de la falta de responsabilidad del ejecutor precisamente su falta de autonomía y de esta la autoría mediata del sujeto de atrás. Pero con independencia de ello, la concepción de *Köhler* contraviene el enfoque o concepción de regulación de la ley que vincula al intérprete y que no puede dejarse de lado al servicio de doctrinas filosóficas. De los materiales para (o acerca de) la nueva Parte General (*Materialien zum neuen Allgemeinen Teil*) se desprende inequívocamente que la utilización de un instrumento inculpable debería dar lugar a la autoría mediata[240]: "Quien, con intención o ánimo de hurto, se hace traer una cosa mueble ajena por un niño", se dice en ellos, "es igual de ladrón que si hubiera sustraído de propia mano la cosa ... o se la hubiera hecho traer por un perro". También se señala *expressis verbis* que existiría autoría mediata "cuando el sujeto (o el autor) ... cometa un delito ... a través de un inimputable ... o de una persona que actúe en una situación de estado de necesidad disculpante".

Pero la opinión de *Köhler* tampoco es plausible con independencia de sus 181
premisas y de la voluntad del legislador. Pues, ¿qué sentido puede tener convertir en el centro del suceso como autores a "instrumentos" inocentes y relegar a los márgenes a los auténticos regidores o directores responsables? *Köhler* debería llegar si fuera muy consecuente, en aún más fuerte contradicción con la ley, incluso al pleno rechazo de la autoría mediata. Pues también quien, por imprudencia grave (o burda o tosca) yerra sobre hechos sigue siendo sin embargo un sujeto capaz de reflexionar y podría sustraerse a su degradación "a mero medio" (instrumento) con algo de reflexión, lo que les está vedado a los instrumentos sin culpabilidad antes mencionados. El tratamiento diferenciado de instrumentos no dolosos y dolosos sin culpabilidad tampoco resulta evidente desde el punto de vista de *Köhler*. Al fin y al cabo, su doctrina muestra qué resultados extremadamente distintos se pueden alcanzar con el principio de autonomía y cuánto más claras estructuras presenta frente a él la doctrina del dominio del hecho.

e) *Schumann*

Schumann defiende un principio de "autorresponsabilidad" que se corres- 182
ponde en gran medida con el principio de autonomía. Utiliza el principio

[239] *Köhler*, AT, 506.
[240] Materialien zum E 1962, BT-Drucks. IV, 650, 149.

de autorresponsabilidad como criterio para la limitación o restricción de la imputación objetiva, pero lo traslada también a la delimitación de autoría mediata y participación[241]. Según ello, la "autorresponsabilidad" del que actúa de modo inmediato excluiría una autoría mediata. Pero la aplicación de este criterio, fructífero para la doctrina de la imputación, a la delimitación de las formas de intervención es ya problemático por el solo hecho de que la autorresponsabilidad del autor no impide en absoluto la propia responsabilidad del partícipe, de modo que el criterio carece en este ámbito desde un principio de efecto limitador de la imputación y su relevancia para la delimitación aún debería ser explicada[242]. En el fondo la doctrina de *Schumann* debería concluir en un estricto rechazo del autor tras el autor responsable que, como han demostrado nuestras explicaciones, no se puede sostener y que tampoco el propio *Schumann* sostiene (al reconocer una autoría mediata en el marco de aparatos organizados de poder y en caso de error de prohibición vencible). Ciertamente el principio de responsabilidad, también aquí utilizado (cfr. nm. 48, 140), contiene un criterio relevante para la delimitación. Pero su significación se limita al dominio por coacción y a los casos de inimputabilidad del sujeto que actúa como medio en el hecho. No admite una absolutización, como nos demuestra sobre todo el dominio por error (nm. 62, 76 ss., 91 ss., 94 ss.).

f) Heinrich

183 *Heinrich*, quien rechaza la doctrina del dominio del hecho y en su lugar basa el concepto de autor en la "titularidad o capacidad de decisión" (nm. 37), entiende la autoría mediata como "asunción de decisión". Esta se deriva para él de[243] "que el sujeto de atrás, mediante la provocación o aprovechamiento del descenso del umbral o barrera de inhibición (o barrera psicológica) erigida ante el sujeto de delante por la respectiva llamada de la norma, instrumentaliza el déficit de decisión existente por ello en este, de modo que su propia decisión dirigida al tipo –por libre de déficit– es de mayor rango". Esta decisión de mayor rango del sujeto de atrás es, según él, "la única decisión dirigida al tipo que se registra u observa en el marco del conjunto del suceso que ... se corresponde ... en toda su extensión o totalmente con el concreto ... suceso, ... de modo que –en una contemplación valorativa- ha de considerarse este basado inmediatamente en aquella".

184 Todo ello merece aprobación. Sin embargo, se trata –contra lo que opina su autor- también en este caso de nuevo sólo de una variante de la doctrina del dominio del hecho revestida terminológicamente de otro modo. Pues la instrumentalización de déficits de decisión en el sujeo de delante a la que atiende *Heinrich* no es otra cosa que el ejercicio de dominio del hecho. A la

---

[241] *Schumann*, 1986, 69 ss.

[242] Cfr. *Frisch*, JZ 1988, 659; además *Meurer*, NJW 1987, 2424 s.

[243] *Heinrich*, 2002, 354.

"idea del umbral o barrera de inhibición (o barrera psicológica)" en la que se apoya *Heinrich* han recurrido ya siempre defensores de la doctrina del dominio del hecho. El dominio del hecho del sujeto de atrás se basa precisamente en que en el instrumento, a consecuencia de coacción o error, se eliminan las inhibiciones o frenos que en caso contrario se oponen a la realización típica. Si bien la idea del umbral o barrera de inhibición (o barrera psicológica) no es por lo tanto nueva, nunca ha sido elaborada de forma tan completa como en *Heinrich*. Ello podría contribuir a imponer definitivamente la figura jurídica todavía discutida del "autor tras el autor". *Heinrich* es un rotundo adversario del principio de autonomía que caracteriza con muy diferentes manifestaciones o rasgos la mayoría de los "planteamientos o enfoques discrepantes" anteriormente expuestos. Conforme al principio del umbral o barrera de inhibición (o barrera psicológica), basta, p. ej, para la afirmación de autoría mediata en el caso de un instrumento que yerra sobre la prohibición, que en este esté reducido el umbral o barrera de inhibición (o barrera psicológica) de forma jurídicamente significativa. Es en cambio indiferente el que al instrumento se le castigue como autor doloso y se le atribuya "autonomía".

Sin embargo, la autoría mediata no es sólo posible a través de una reduc- 185
ción relevante del umbral o barrera de inhibición (o barrera psicológica), sino también en el supuesto de dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder (nm. 105 ss.). En ese caso *Heinrich*[244] pretender atender, en vez de al dominio del aparato desencadenante de "procesos regulares", a un "déficit de decisión" supuestamente "relevante para el umbral o barrera de inhibición (o barrera psicológica)" en el ejecutor, porque, si bien este podría decidir libremente "en el sentido de una auténtica ponderación referida al caso", no lo hace sin embargo "a causa de una predisposición respectivamente preconcebida o preadoptada" que se basa en la decisión libre del autor no coaccionado y conocedor de todas las circunstancias. Pero ello no puede fundamentar autoría del sujeto de atrás. De lo contrario, todo inductor que dé con un ejecutor dispuesto o solícito ("predispuesto") debería ser autor mediato. Si bien *Heinrich* quiere atender a una "inclinación al hecho típica de la organización" y diferenciar esta de otras predisposiciones del ejecutor que sólo fundamentarían una inducción del sujeto de atrás, tal escala o escalonamiento según "grados de disposición" no se puede llevar a cabo de forma convincente. Además, una disposición del autor, de la índole que sea, todavía no confiere al sujeto de atrás dominio del hecho, en cuanto que esta disposición se basa en una decisión responsable del autor.

g) Schild

Schild[245] es el único autor que pretende no dar validez desde un principio a 186
una autoría mediata como figura jurídica independiente y que además quita

[244] *Heinrich*, 2002, 271 ss. (273 s.).

[245] *Schild*, 1994. Al respecto *Bloy*, GA 1996, 239.

o niega con ello el fundamento a la distinción aquí desarrollada de dominio de la acción y dominio de la voluntad. Para él el autor mediato posee también el dominio de la acción y es por lo tanto en realidad autor inmediato: "Por ello la regla del § 25 ap 1 StGB es materialmente o en el fondo superflua; en los casos en que alguien emplea un instrumento, actúa él mismo en el sentido del tipo entonces realizado"[246].

187 En lo dicho es correcto que también el autor mediato realiza el tipo en un sentido material. Autoría es realización típica. Pero lo hace de una manera completamente distinta al autor inmediato, o sea a través del empleo de un sujeto que actúa como medio en el hecho. En **esta** diferencia se basa la distinción legal ("por sí mismo o a través de otro") y también la división en dominio de la acción y de la voluntad. No sólo está fijada legalmente, sino que es científicamente necesaria. Pues sólo la puesta de relieve de todos los requisitos específicos del dominio de la voluntad hace posible su delimitación de la inducción y la coautoría y permite destacar las estructuras de la doctrina de la autoría aquí desarrolladas que protegen al concepto de autor del destino o suerte de [ser o convertirse en] una cláusula general rellenable a voluntad, discrecionalmente.

III. La coautoría como dominio funcional del hecho

1. La estructura de la coautoría

188 El legislador describe la coautoría en el § 25 II como forma independiente de autoría: "Si varios cometen conjuntamente el hecho, se castigará a cada uno como autor (coautor)". Efectivamente la coautoría se diferencia estructuralmente de la autoría inmediata (dominio de la acción) y de la autoría mediata (dominio de la voluntad) de forma fundamental: la coautoría es realización del tipo mediante **ejecución con división del trabajo**. El dominio del hecho del coautor se deriva de su **función** en la ejecución; asume una tarea que es **esencial** para la realización del plan del hecho y le hace posible el dominio del conjunto del acontecimiento a través de su parte o participación en el hecho. Si, p. ej., dos ladrones de banco se dividen la ejecución de tal forma que A mantiene a raya a los empleados del banco con su pistola, mientras B vacía la caja fuerte, uno sólo perpetra la amenaza y el otro sólo el apoderamiento. Pese a eso, cada uno de ellos domina el conjunto del acontecimiento mediante su contribución al hecho. Si A no mantuviera inofensivos a los empleados, el robo fracasaría de la misma manera que si B desistiera de vaciar la caja fuerte. Ambos tienen una función irreemplazable que les confiere el codominio, pero que da a cada uno la posibilidad de hacer fracasar el plan delictivo mediante la negativa o rechazo a realizar su parte en el trabajo. Por ello hablo de "dominio funcional del hecho" [247].

---

[246] *Schild*, 1994, 24 (similar 28). Una discusión más detallada con *Schild* la ofrece *Bloy*, GA 1996, 239.

[247] Al respecto, de manera exhaustiva *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 275-305, 684-695; además *el mismo*, JA 1979, 519-526. El término o denominación es acogido por *Eser*, StrafR II, 3ª, 37/24, 39/6;

De esta estructura resultan los tres requisitos centrales de la coautoría. 189
En primer lugar debe existir **un plan conjunto o común del hecho** (2): pues una división del trabajo, una "comisión conjunta" presupone que se actúe conforme a un plan común. Se ha de constatar **en segundo lugar una ejecución conjunta**, una colaboración o actuación conjunta en fase ejecutiva (3 a); no basta una intervención en la preparación. Si bien ello es muy discutido, sin embargo quien colabora sólo en fase preparatoria debe confiar o dejar la ejecución en manos de otro que domina él solo la realización del tipo y excluye con ello al otro de la autoría. Se debe prestar **en tercer lugar una contribución esencial en fase ejecutiva** (3 b); pues sólo entonces posee la intervención una función relevante para el éxito del plan del hecho.

2. El plan común

La necesidad de un plan común del hecho se deriva en primer lugar de la 190
ley; pues el "carácter conjunto" de la comisión del hecho exigido en el § 25 II presupone el acuerdo o coincidencia de voluntades de los coautores. Se deriva además, desde la perspectiva de la doctrina del dominio del hecho, del elemento de la división del trabajo, mediante el cual se asigna al sujeto individual su función en el conjunto del suceso. También la jurispr. ha mantenido siempre la necesidad de un plan del hecho[248]. Aún en el año 1997 se pronunció así el BGH[249]: "La coautoría no se da ya (sin más) en caso de conformidad unilateral con el hecho de otro y de puesta en práctica de tal conformidad; es necesario más bien que ... todos obren en una colaboración o actuación conjunta conocida y querida ...".

De ello se deduce en primer lugar **que no puede existir coautoría cuando** 191
las personas que colaboran con un mismo fin no saben nada unas de otras. Si dos cazadores furtivos disparan de manera independiente uno de otro sobre el guardia forestal, no son por tanto coautores, sino autores yuxtapuestos (o paralelos o accesorios) (RGSt 8, 42; sobre la autoría yuxtapuesta –o paralela o accesoria-, cfr. nm. 265 s.). Pero **tampoco basta el saber uno de otro cuando conduce** no a una colaboración o trabajo conjunto, **sino sólo a un aprovechamiento de la misma situación.** Por tanto, si distintas personas cometen cada una independientemente fraudes de la misma clase en grandes almace-

---

Freund, AT, § 10, nm. 42; *Groſp*, AT, 2ª, § 10, nm. 38, 81; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 63 III 1; Kühl, AT, 3ª, § 20, nm. 99; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 25, nm. 11; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 49/5; *Rudolphi*, Bockelmann-FS, 1979, 369, 374; *Seelmann*, JuS 1980, 574; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 33; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 528. Con la reserva o restricción que se mencionará, también *Herzberg*, 1977, § 5 I 1; *Jakobs* habla "con apoyo en la diferenciación de Roxin" de "dominio de decisión" y "dominio de configuración o configurativo" (AT, 2ª, 21/25 con n. 86), *Bottke*, 1992, 88 ss., de "dominio de configuración o configurativo acordado de igual rango". También la monografía de *Bloy*, 1985, 369 ss., sigue plenamente la opinión aquí desarrollada.

[248] Así v. gr. BGHSt 6, 248. Contra la exigencia de plan común del hecho sin embargo *Jakobs*, AT, 2ª, 21/43; *Derksen*, GA 1993, 163 ss.; *Lesch*, ZStW 105 (1993), 271 ss. Sobre estos tres autores, con más detalle, *infra* nm. 249 ss.

[249] BGHR StGB, § 25, ap. 2, Mittäter [Coautor], nº 29.

nes, "aunque sea a causa de conocimientos adquiridos conjuntamente o de reflexiones conjuntas", ello no es suficiente para una coautoría (BGHST 24, 286, 288). **Tampoco basta una "colaboración o actuación conjunta unilateral"**. Por lo tanto, si A derriba al policía que amenaza con detener al ladrón B, sin que el mismo B se percate para nada de esta contribución decisiva al hecho, A no puede ser coautor, sino sólo cooperador o cómplice. Quien hace posible el hurto de un automóvil impidiendo al propietario receloso o desconfiado que vigile su coche, sin que lo sepa el ladrón, es asimismo sólo cooperador o cómplice (BGHSt 6, 248, 249). Ni siquiera una colaboración o trabajo conjunto basado en última instancia en una planificación común es aún coautoría si uno de los compañeros considera que el otro actúa de buena fe. Si el ladrón A hace creer falsamente a B que actúa con consentimiento del propietario y B se apunta a colaborar aunque descubre el juego de A, ambos son autores (yuxtapuestos –o paralelos o accesorios-) de un hurto, pero no coautores.

192 Por otro lado, **no** es **necesario que el plan del hecho se elabore y decida en común**[250]. Si A se presenta ante B con un plan acabado y una resolución firme y este "se embarca (o se sube)" en el proyecto, la producción de un plan ahora común del hecho radica en el acuerdo (o adhesión). **Basta también que el acuerdo se produzca sólo durante o después del comienzo del hecho y que se realice "tácitamente"**. Por lo tanto, si A se dispone a dar una paliza a B y llega C y colabora en la reducción de la víctima, se ha de afirmar la coautoría, en cuanto que A permite y aprovecha la intervención de C[251]. Ni siquiera es preciso que los coautores se conozcan "en tanto cada uno sea al menos consciente de que junto a él colaboran otro u otros y estos posean la misma conciencia"[252]. No obstante, las conductas de los intervinientes en un caso así deben estar sintonizadas entre sí, si ha de existir algo más que una autoría yuxtapuesta (o paralela o accesoria). Con razón exige *Puppe*[253] que también el concierto concluyente para el hecho haya de "ser un proceso de comunicación, sólo que en él los intervinientes no se sirven de las palabras del lenguaje común, sino de otros signos para producir y expresar su conformidad o coincidencia".

193 **No** existe **ya** sin embargo un plan común del hecho (y tampoco una ejecución común), **cuando un coautor sigue actuando solo después de que ambos hubieran considerado terminado el hecho común**. BGHSt 9, 180 lo ignora: En este caso, un matrimonio había querido matar al hijo ilegítimo (o extramatrimonial) de su hija y había creído que había con-

---

[250] Para el caso de la decisión o resolución colegiada cfr. *Knauer*, 2001, 161 s.

[251] Entre la amplia jurispr.: RGSt 8, 42 s.; 49, 239, 241; 54, 271 s.; OGHSt 2, 355; BGH GA 1969, 214; MDR/D 1971, 545; GA 1985, 233; NStZ 1985, 70; MDR/H 1987, 281; NStE nº 4 al § 25; BGHSt 37, 292; OLG Köln JR 1980, 422 con com. de *Beulke*.

[252] RGSt 58, 279; cfr. también BGH GA 1969, 214.

[253] *Puppe*, Spinellis-FS, 2001, 925 s. Esta autora critica con razón en este contexto la ampliación extrema del acuerdo concluyente para el hecho en BGHSt 37, 289 (292).

seguido este fin. Sólo después de que el marido se hubiera alejado, la mujer se dio cuenta de que el niño vivía todavía y lo mató, ahora sola. Aquí existe sólo una coautoría en el asesinato intentado, mientras que la consumación es únicamente responsabilidad de la mujer. No puede bastar que esta posiblemente actuara "en el (mismo) sentido" que el marido, cuando el último acto de la actuación ya no fue abarcado en absoluto por el dolo y la resolución al hecho de este. Por ello no puede ser decisivo el si el marido, "si se hubiera dado cuenta de que el hecho no estaba aún consumado, hubiera querido su terminación o conclusión"[254]. Pues una voluntad hipotética (que siempre resulta dudosa) no puede suplir la falta de la efectiva voluntad común.

Tampoco se puede imputar el exceso de un coautor a los restantes (BGHSt 36, 234), porque en tal caso falta un plan común del hecho y en consecuencia también el carácter común de la actuación. Por regla general no procede el castigo por coautoría en tales casos ya por la sola razón de que al otro u otros les falta el dolo en relación con el hecho realizado como exceso. Por tanto, si en un robo conjunto, uno de los intervinientes comete un homicidio [en sentido amplio] no planeado, este es, respecto a ese delito, autor único o individual (RGSt 44, 321, 324; BGH NJW 1973, 377). Si alguien, en una coacción conjunta, se apropia, de manera contraria al plan, de una cosa de la víctima, se le ha de castigar por robo (§ 249), mientras que la coautoría se refiere sólo al § 240 [coacciones][255]. Pero también puede existir un exceso dentro de un mismo tipo, cuando el plan del hecho se dirige sólo a un objeto individual del hecho: si se decide el homicidio [en sentido amplio] de A en coautoría, los restantes coautores no son responsables del resultado si uno de ellos asesina a B en vez de a A. 194

Se dicute si un exceso no doloso puede ser imputado a los restantes coautores. En el supuesto de hecho de la sentencia BGHSt 11, 268 tres delincuentes que huían habían adoptado el plan común de disparar sobre eventuales perseguidores. En ese contexto uno de ellos había confundido, en el curso de la fuga nocturna, a uno de sus compañeros con un perseguidor y había disparado sobre él con intención de matarlo. El que disparó había de ser castigado por tentativa de asesinato, pues su *error in persona* es intrascendente[256]. Sin embargo, el BGH y la doc. dom.[257] aprecian que también la víctima debería ser penalmente responsable por tentativa de asesinato (cometida sobre el "objeto inidóneo" de su propia persona). El *error in persona* irrelevante en el que dispara debería ser, por tanto, igualmente intrascendente para todos 195

---

[254] *Dreher*, MDR 1956, 499.

[255] BGH GA 1968, 121; cfr. además RGSt 57, 307 s.; 67, 367, 369.

[256] *Roxin*, AT I, 2ª [PG I], § 12, nm. 168 ss.

[257] *Baumann*, JuS 1963, 126 s.; con mayors reservas en *Baumann/Weber*, AT, 9ª, § 36 I 3 d (C) (similar también *los mismos*, AT, 10ª, § 29 IV 1) ; *Blei*, AT, 18ª, § 78 I a.E.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 63 I 2; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 49/60; *Schröder*, JR 1958, 428; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 25, nm. 8 a; con dudas *Lackner/Kühl*, 24ª, § 25, nm. 17; *Welzel*, StrafR, 11ª, § 15 IV 1; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 533.

los coautores. Sin embargo, no se puede estar de acuerdo con eso[258]. Pues la muerte por disparo (o la muerte por disparo intentada) de un compañero estaba fuera de su plan del hecho y supone para la víctima una muy dolorosa *aberratio ictus* (sobre el propio cuerpo) que ya por ello no le puede ser imputada a título de dolo[259]. Por ello los restantes coautores son exactamente tan poco responsables por el exceso imprudente de un coautor como por el doloso; para la superación o el rebasar o exceder el plan del hecho es indiferente el que se produzca dolosamente o por error[260].

196 Naturalmente **no es preciso que el plan del hecho establezca cada detalle de la conducta de los coautores.** Más bien se puede conceder a cada sujeto particular la libertad de actuar o reaccionar de acuerdo a la concreta situación. Entonces todas las formas de conducta adecuadas al plan están cubiertas por el acuerdo[261]. Ha de afirmarse además coautoría en el caso de desviaciones "que se hallen en el marco de la extensión usual de los correspondientes hechos, con las que se ha de contar habitualmente de acuerdo con las circunstancias del caso y que satisfacen de forma equivalente el interés del otro coautor, p. ej. cuando, en vez del dinero, se sustraen cosas que pueden convertirse sin dificultad en dinero"[262]. Si tales desviaciones encajan en un tipo cualificado u otro tipo completamente distinto, sólo pueden sin embargo considerarse comprendidas todavía por el plan común del hecho si al menos el dolo eventual del coautor concreto las abarca o este se ha declarado desde un principio, de manera expresa o concluyente, de acuerdo con las desviaciones pertinentes[263]. De ello se deduce que las acciones erróneas y las faltas de cuidado o imprudencias graves (o burdas o toscas) de un coautor borracho por regla general no están comprendidas por el plan común del hecho (BGH NStE § 25 StGB nº 6).

197 **En los delitos cualificados por el resultado**[264] basta que exista el plan común y una ejecución común en relación con el delito básico. Respecto del resultado cualificante (o sea, p. ej. el resultado de muerte en una violación, lesiones o robo en coautoría, §§ 177 III, 227, 251) cada coautor concreto debe actuar él mismo con imprudencia (en su caso cualificada);

---

[258] *Roxin*, Täterschaft,7ª, 2000, 100 s., 286 s., 311 ss.; *Eser*, StrafR II, 3ª, Fall (caso) 39, 155-159; *Herzberg*, 1977, § 5 II 1; *el mismo*, JuS 1974, 721; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 119 ss., 121 s.; *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 2 a bb; *Rudolphi*, Bockelmann-FS, 1979, 426; *Seelmann*, JuS 1980, 572; *Spendel*, JuS 1969, 314 ss.; en el resultado también *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 14/19 y *el mismo*, StuB AT, 2ª, 10/61, donde respectivamente sin embargo se rechaza ya la coautoría (sobre esta cuestión *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 311 s.).

[259] Cfr. *Roxin*, AT I, 2ª [PG I], § 12, nm. 144 ss., 175).

[260] Una fundamentación exhaustiva en *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 100 s., 286 s., 311 ss. Tajantemente en contra *Puppe*, Spinellis-FS, 2001, 937 ss.: "No existe un exceso imprudente del coautor" (*loc. cit.*, 943).

[261] Cfr. v. gr. RGSt 57, 307 s.; 59, 245, 246 s.; 59, 389 s.; 67, 367, 369; BGH GA 1968, 18.

[262] BGH MDR (D) 1966, 197; similar OLG Schleswig SchlHA 1951, 48.

[263] Cfr. BGH MDR (D) 1955, 143; BGH MDR (H) 1986, 446.

[264] *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 10, nm. 108 ss.

si se admite, con la opinión creciente (nm. 242), una coautoría imprudente, puede bastar esta también en su caso. Existe imprudencia de un coautor la mayoría de las veces cuando ya del plan común del delito básico cometido en coautoría se puede deducir que podría producirse el resultado más grave[265]. Si por el contrario un coautor emplea medios notablemente más peligrosos que los que el plan del hecho había previsto, quedará a menudo excluida una imprudencia o al menos una temeridad (cfr. BGH NJW 1973, 377).

3. La ejecución conjunta

a) La colaboración en la fase ejecutiva

198 La necesidad de **colaboración con división del trabajo en la fase ejecutiva** como presupuesto de la coautoría se deriva del principio fundamental del dominio del hecho. No se puede dominar una realización del tipo si no se estuvo [colaborando] en ella y tampoco concurren los requisitos de la autoría mediata. Sólo quien desempeña un papel co-configurador en la ejecución puede dominarla. Quien presta una contribución al hecho, por importante que sea, en la fase preparatoria, pero deja o confía después a otro la ejecución suelta de sus manos el hecho antes de su realización y renuncia con ello –salvo en los casos de autoría mediata– a su dominio.

199 El requisito de una función esencial en la fase ejecutiva no significa que las contribuciones que operan conjuntamente de los distintos coautores deban ser prestadas simultáneamente. Más bien la **fase ejecutiva** se extiende **desde el principio de la tentativa hasta la conclusión del hecho** (al respecto, nm. 220 ss.), y dentro de este lapso de tiempo las acciones ejecutivas de distintos coautores pueden perfectamente sucederse. Si un robo en común tiene lugar de modo que primero A derriba a la víctima y entonces B le quita el dinero en efectivo que lleva, es, si se basa en un plan conjunto del hecho, un robo en coautoría, del mismo modo que existe un hurto con fuerza* en coautoría si A abre la puerta con una ganzúa y a continuación B recoge el dinero de la casa. También son A y B coautores de una estafa si A engaña a la víctima por escrito y sólo días después B produce el verdadero perjuicio mediante la recogida del dinero. Sería equivocada la objeción de que, sin embargo, también en esos casos el que actúa primero soltaría de sus manos el suceso, de modo que o bien se bebería rechazar también aquí la coautoría o bien se debería afirmar esta también en el caso de contribuciones impor-

---

[265] Cfr. v. gr. RGSt 59, 389 s.; 67, 367, 369 s.

* Traduzco de esta manera *Einbruchsdiebstahl* porque *Roxin* utiliza esta expresión en sentido amplio comprensivo, como demuestra el ejemplo, del uso de ganzúas. Pero, sobre todo, se debe señalar aquí que este y supuestos similares (y otros de otra índole) son calificados como caso especialmente grave de *hurto (Diebstahl)* en el § 243 StGB (por lo que utilizo esa traducción), mientras que el CP español los califica (sin que coincidan todos los supuestos de uno y otro texto legal, aunque sí desde luego el de uso de ganzúa y otros) de *robo* (lo que en alemán sería *Raub*) con fuerza, conforme su art. 238 (el 239 define lo que ha de entenderse por llaves falsas) [N. del T.].

tantes en la fase preparatoria: pues una contribución que se presta en la fase ejecutiva (aunque sea antes de su conclusión) co-configura precisamente por ello la ejecución; y no se exige más.

200 Tampoco **es precisa para la coautoría la presencia en el lugar de la producción del resultado**. Así lo indica ya el caso de estafa expuesto (nm. 199). Pero también en caso de actuación conjunta simultánea contribuciones de lo más importante pueden prestarse desde la distancia. Quien, desde una posición alejada, coordina por radio las contribuciones de los coautores que operan "sobre el terreno (en el lugar)" o quien da instrucciones u órdenes telefónicas durante la ejecución es él mismo también coautor. Quien, sin embargo, no influye ya en absoluto sobre el suceso durante la ejecución, puede ser, en determinadas circunstancias, autor mediato, pero jamás coautor.

201 Sin embargo, esta concepción se opone rotundamente a la **jurispr. que considera suficiente para la coautoría también una colaboración mínima o insignificante en la fase preparatoria**. Esta jurispr. fue fundada por el RG[266] y continuada por el BGH sin modificaciones decisivas[267]. BGHSt 11, 268, 271 ofrece un resumen representativo: "Según jurispr. constante basta una colaboración psíquica o moral, también una acción preparatoria, de forma que el coautor apoye al compañero que ejecuta el hecho con un consejo dado antes de la ejecución o refuerce en cualquier momento de otra manera su voluntad de matar ...". También según BGHSt 37, 292[268] sería suficiente una acción preparatoria "mediante la cual el coautor refuerce en su resolución al hecho al compañero que lo ejecuta". BGH NStZ 1995, 122 "sigue acríticamente la intensamente atacada sentencia BGHSt 37, 289"[269] y pretende considerar ya suficiente para una coautoría "un acuerdo o concertación sobre la realización de varios hechos". "El juez de instancia ha de decidir, en una contemplación valorativa, si en un caso así existe coautoría o sólo cooperación o complicidad" (lema o principio rector).

202 El fundamento de esta jurisprudencia lo ofreció, en el caso del RG, la teoría subjetiva (cfr. nm. 18-21), que hacía posible permitir que cualquier contribución funcione como fundamentadora de coautoría con tal de que se preste con "voluntad de autor". También la jurispr. antigua del BGH ar-

---

[266] Cfr. v. gr. RGSt 14, 28 s.; 35, 13, 17; 53, 138; 54, 152 s.; 63, 101, 102 s.; 64, 272, 274 s.; 66, 236, 240; 67, 392; 71, 24 s.; 74, 21, 23; RG JW 1938, 2193; RG HRR 1934, nº 147.

[267] Cfr. solamente: BGHSt 14, 128 s.; 16, 12; 37, 289: Beteiligung an der Verabredung [Intervención (pluripersonal) en el acuerdo o conspiración]; BGH NJW 1951, 410, nº 23; BGH MDR/D 1953, 271 s.; BGH GA 1973, 185; 1977, 306; 1984, 287; BGH NStZ 1984, 413; 1985, 165; BGH StV 1985, 106 con com. *Roxin, loc. cit.*, 278; BGH StV 1986, 384 con com. *Roxin*; BGH MDR/H 1987, 800; BGH StV 2001, 462.

[268] Esta sentencia ha sido objeto de rechazo poco menos que unánime. Con más detalle *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 605 ss.; *el mismo*, JR 1991, 206; *el mismo*, HRR AT, 204 zu Fall (al caso) 72; Fall (caso) 79. Además *Erb*, JuS 1992, 197 ss.; *Hauf*, NStZ 1994, 263 ss.; *Herzberg*, JZ 1991, 856; *Puppe*, NStZ 1991, 571 ss.; *Stein*, StV 1993, 411.

[269] Com. negativo (o de rechazo) de *Küpper*, NStZ 1995, 331.

gumentó todavía de ese modo. Así, la citada resolución BGHSt 268 (*loc. cit.*, 272) continúa: "Al respecto, este (*scil.* el coautor) debe querer cocausar, en el momento de esta colaboración psíquica o moral, todo el resultado del delito como propio, es decir, en el presente caso, querer hacer suya mediante su contribución al hecho la eventual muerte a tiros de un perseguidor". La jurisprudencia más reciente se apoya en la "teoría normativa de la combinación" (nm. 22-26), pero, debido a su "juicio o contemplación valorativa", puede llegar igual de fácilmente al efecto fundamentador de coautoría de una acción preparatoria considerando criterio decisivo para la calificación como coautor en el caso concreto el interés propio de quien colabora en fase preparatoria y haciendo pasar a segundo plano, por el contrario, el criterio del dominio del hecho (que le falta).

Contra esta jurispr. no sólo se han de hacer valer las objeciones bá- 203
sicas que han de formularse contra la antigua teoría subjetiva y la más reciente teoría de la combinación (nm. 18-26). Contra ella no habla tampoco sólo el que el criterio del dominio del hecho no permita la inclusión de acciones preparatorias en el ámbito de la coautoría (nm. 192-194). Se añaden además otras dos razones: en primer lugar, si autoría significa realización del tipo no en un sentido objetivo-formal, pero sí en sentido material (nm. 29), no puede considerarse de autoría **ninguna conducta que no pueda contemplarse como realización individual o conjunta del tipo**; sin embargo, eso es precisamente lo que falta en las preparaciones (o acciones preparatorias). Y, en segundo lugar, la tan difícil delimitación de autoría mediata e inducción (nm. 45-187) se vacía en gran medida si influencias de terceros o extraños que no bastan para la autoría mediata se declaran, con ayuda de criterios subjetivos o de un acto de valoración, coautoría y con ello pasan a valorarse transfromándolas de mera participación a autoría.

La concepción aquí defendida, fundada por primera vez por *Gallas*[270] en 204
el marco de la teoría del dominio del hecho, puede entretanto reunir a gran parte de la doctrina y consigue precisamente en los últimos años cada vez más seguidores (*Heinrich, Köhler, Renzikowski, Zieschang*)[271]. No obstante, la

---

[270] *Gallas*, MatStrRef. I, 137: "No basta ... una intervención en la planificación o en la preparación del hecho. El coautor debe ... más bien tomar parte también el ejercicio del dominio del hecho".

[271] *Bloy*, 1985, 196 ss.; *Bottke*, 1992, 88, 90; *Buttel/Rotsch*, JuS 1995, 1101; *Erb*, JuS 1992, 197; *Eschenbach*, Jura 1992, 644 s.; *Gallas*, Materialien, 121-153; *Gimbernat Ordeig*, ZStW 80 (1968), 931 ss.; *Hardwig*, JZ 1965, 667; *Herzberg*, JuS 1974, 722; *el mismo*, JuS 1975, 35 s.; *el mismo*, 1977, § 5 II 2 a; con especial insistencia *el mismo*, JZ 1991, 859 ss.; *el mismo*, ZStW 99 (1987), 58 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 63 III 1 (con la restricción que se trata *infra* nm. 205); *Köhler*, AT, 510 f.; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 108; *H. Mayer*, StuB AT, 161; *Puppe*, Spinellis-FS, 2001, 931 ss. Exhaustivamente *Roxin*, Täterschaft, 7ª 2000, 292-305; *el mismo*, JA 1979, 522 s.; *Rudolphi*, Bockelmann-FS, 1979, 372 ss.; *el mismo*, NStZ 1994, 436; SK-*Samson*, 5ª, § 25, nm. 47, 122 (distinto sin embargo ahora SK-*Hoyer*, 7ª, § 25, nm. 112 ss., 119); *Stein*, 1988, 319 ss.; *el mismo*, StV 1993, 414 (en el resultado o conclusión); *Zieschang*, ZStW 107 (1995), 360 ss. (377). En el resultado o conclusión también

opinión contraria se mantiene, bajo la presión de la tradición jurisprudencial, aproximadamente con la misma fuerza[272]. En ella defensores de la doctrina del dominio del hecho intentan también aferrarse a la posibilidad de acciones preparatorias fundamentadoras de coautoría, siendo frecuente que esta apreciación se restrinja a contribuciones especialmente importantes que continúan influyendo intensamente. No obstante, ya se ha expuesto que quien sólo actúa en la preparación en todo caso ya no domina la ejecución en tanto no sea autor mediato (nm. 198).

205 Ello se puede explicar bien de la mano de una **teoría intermedia que defiende *Stratenwerth*** y que ha conseguido entretanto una serie de seguidores[273]. **Según ella fundamentarían coautoría la "planificación y la organización", pero no otras contribuciones preparatorias.** "El plan dibuja o traza la conducta de los intervinientes en la fase ejecutiva, configura los papeles de cada cual e implica o hace participar por ello al organizador en el dominio del hecho. La entrega de herramientas o instrumentos, armas, etc. o la indicación de circunstancias u oportunidades para la comisión del hecho no significan sin embargo una resolución o decisión previa sobre si y cómo se ha de ejecutar el delito y siguen siendo por tanto mera cooperación o complicidad". Este autor también pretende distinguir en el supuesto de "apoyo psíquico": este sigue siendo inducción o complicidad "cuando el amigo instiga a la esposa o la refuerza en su decisión de quitar de en medio al marido", mientras que existiría coautoría cuando la mujer, conforme a la representación de ambos, "sólo actúa porque y en tanto el amigo se solidarice con ella, aun si la ejecución propiamente dicha solo depende de ella".

206 Pero semejantes diferenciaciones no son practicables[274]. Pues **todas** las contribuciones del inductor y el cómplice "siguen influyendo", dado que deben ser causales para el resultado. Pero este "continuar influyendo" no fundamenta dominio del hecho, pues el único ejecutante sigue decidiendo hasta qué punto hace uso de planificaciones, consejos, medios materiales,

---

Schmidhäuser, LB AT, 2ª, 14/22; con mayores precauciones *Heinrich*, 2002, 289 ss. (291 s.); *Renzikowski*, 1997, 102 ss. (103); *Schmidhäuser*, StuB AT, 2ª, 10/64.

[272] *Baumann*, JuS 1963, 86 s.; *Blei*, AT, 18ª, § 78 III (con fuertes restricciones); *Bockelmann/Volk*, AT, 4ª, § 23 II d aa; LK-*Busch*, 9ª, § 47, nm. 21; *Gropp*, AT, 2ª, § 10, nm. 84 ss.; *Maurach*, AT, 4ª, § 49 II C 2; *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 2 b (quien exige una contribución significativa al hecho); *el mismo*, Jura 1987, 253; *Preisendanz*, 30ª, § 25 IV 5 (con fuertes restricciones); *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 25, nm. 66; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 25, nm. 7; *Welzel*, StrafR, 11ª, 110 s.; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 528 s. (con restricciones).

[273] *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 91 ss., 94. Le sigue entretanto un gran número de autores, de modo que puede hablarse ya casi de una concepción independiente de la coautoría que se sitúa entre la concepción "estricta", que restringe la coautoría a la fase ejecutiva, y la "amplia" de la jurisprudencia, que pretende que baste con cualquier contribución preparatoria. Cfr. *Beulke*, JR 1980, 423, 424; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 63 III 1; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 107 ss., 111, 114; *Küpper*, GA 1986, 444 s., 446; *Küpper/Mosbacher*, JuS 1995, 489 s.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 49/30, 36; *Seelmann*, JuS 1980, 571, 573; *Stoffers*, MDR 1989, 208; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 528 ss. Para el Derecho de Gentes sigue esta teoría *Ambos*, 2002, 565 ss. Enérgicamente contra esta concepción *Herzberg*, JZ 1991, 860.

[274] Totalmente de acuerdo *Herzberg*, 1977, § 5 II 2 a; *el mismo* JZ 1991, 856 (859 ss.).

etc. Tampoco puede distinguirse entre distintos "grados del continuar influyendo". La entrega de la ganzúa únicamente con la cual se puede abrir la caja fuerte, pero que según *Stratenwerth* nunca da lugar a la coautoría, puede "dibujar o trazar" la ejecución de forma más intensa que un plan, que siempre está a disposición y debe ser modificado según las circunstancias de la situación. También es ya erróneo de principio deducir de la planificación, que sin embargo es sólo un elemento de la coautoría (cfr. nm. 189 ss.), desde un principio una comisión común de quien se limita a la planificación. Planificar un hecho y "cometerlo conjuntamente" (§ 25 II) son dos cosas distintas.

También es especialmente dudoso considerar la instigación al hecho o el 207
mero apoyo psíquico coautoría cuando el ejecutor hace depender su actuación de un "solidarizarse" del tercero o extraño. Pues no queda claro cómo se distinguiría este solidarizarse de una inducción o complicidad psíquica habitual o común y ello no podría determinarse por el tribunal sin arbitrariedad. El solidarizarse tampoco confiere al tercero o extraño dominio del hecho, porque depende sólo del ejecutor el si y en qué medida hace depender su actuación de ello. Cualquier otra concepción convierte a la coautoría en una "autoría mediata de segunda clase": se eleva a autor a un sujeto de atrás, pese a que su influencia no es suficiente para una autoría mediata.

También *Jakobs*[275] defiende una concepción intermedia entre la doctrina 208
del dominio del hecho y la teoría subjetiva. Reconoce acertadamente que las contribuciones preparatorias no pueden conferir "**dominio de decisión**": "El que sólo las contribuciones previas a la ejecución puedan haber hecho posible el hecho no conlleva dominio de decisión. Ello se muestra en el inductor y en el cooperador o cómplice necesario, pues ambos hacen posible el hecho y, sin embargo, son prototipos de partícipes". En caso de una presión ("promesas o represalias") que no sería suficiente para una autoría mediata, podría sin embargo existir una "participación subordinada en el dominio de decisión"; "este *minus* puede ... compensarse con un *plus* de dominio material en forma de **dominio configurativo** que se ejerce en la preparación. Incluso sin participación alguna en el dominio de decisión es posible la coautoría". Al respecto, *Jakobs* entiende por configuración "la fijación (establecimiento, definición o determinación) del acontecer realizador del tipo en su curso o desarrollo concreto"[276].

El "dominio configurativo" al que recurre *Jakobs* para suplir la falta de 209
una colaboración real en la ejecución se corresponde parcialmente con lo que *Stratenwerth* (nm. 205) denomina "planificación y organización". Lo que había de aducirse en contra de ello (nm. 206) vale también aquí. En realidad la "coconfiguración", con "participación" subordinada o sin ninguna "participación en el dominio de decisión", no es en absoluto dominio del hecho, sino una simple intervención en la planificación que ya no puede

[275] *Jakobs*, AT, 2ª, 21/48; similar *Otto*, Jura 1987, 253; *el mismo*, AT, 6ª, § 21 IV 2 b.
[276] *Jakobs*, AT, 2ª, 21/49.

entenderse como "comisión conjunta". Tampoco queda claro, porque *Jakobs* pretende introducir además otras influencias en el suceso o acontecimiento, hasta qué punto debe haber actuado o influido un tercero o extraño en el curso (del acontecimiento) para obtener el "dominio configurativo", "pues algo determina en las modalidades (del hecho) cualquiera que resulta causal para un delito, o sea, también un mero partícipe"[277]. Por ello, para *Jakobs*, debe tratarse de una "contribución de la medida (o dimensión) de las otras contribuciones". Pero ¿cómo va a ser eso posible si la contribución decisiva (si prescindimos de la autoría mediata) es siempre sólo la ejecución típica? Al incluir todas las colaboraciones preparatorias de forma no determinable en un examen o contemplación conjunta, *Jakobs* se aproxima a la "teoría de la totalidad o globalidad" de *Schmidhäuser* (nm. 34), cuya solución él mismo describe como "en parte muy similar"[278]. A mi objeción de que tal delimitación seguiría siendo vaga contesta[279]: "Eso es cierto, tan vaga como, se quiera o no, es todo dominio configurativo". Ello confirma los reparos frente a este concepto poco claro. Pero prescindiendo también de ello, no convence el que una determinada medida de influencia en las modalidades del desarrollo del hecho haya de fundamentar una autoría cuando no lo hace, de manera indiscutida, el desencadenamiento notablemente más grave de todo el acontecer delictivo en la inducción.

210 Todos los esfuerzos por salvar o rescatar determinadas acciones preparatorias para la autoría se reúnen en la idea de que no debería castigarse como mero inductor al "**jefe de la banda**"[280]. Pero se trata de un punto de vista demasiado indiferenciado. Pues en el marco de la criminalidad organizada entra en consideración sin más para los sujetos de atrás una autoría mediata en forma de dominio de organización (nm. 107). En la medida en que un sujeto de atrás que actúe como "jefe" utilice medios de presión en el sentido del § 35 [estado de necesidad disculpante] –lo que sucede bastante a menudo en las broncas costumbres o modales de la "escena (o ambiente)" criminal-, existe una autoría mediata como dominio en virtud de coacción (nm. 47 ss.). Si, finalmente, el jefe "dirige" la ejecución actuando en cierta medida como "director o jefe de operaciones" es por esta razón coautor, aun cuando no esté presente en el lugar del hecho (nm. 200). Pero un "jefe" que depende del cumplimiento voluntario de sus instrucciones u órdenes y, por lo demás, no interviene o se implica en el suceso es realmente inductor como cualquier otro que se limita a la provocación de delitos. Ello no constituye un inconveniente político-criminal, porque al inductor se le castiga exactamente igual que al autor (§ 26). Al contrario: no puede ser más que deseable el que al "cabeza" de una banda de ladrones que se aprovecha del

---

[277] Así el propio *Jakobs*, AT, 2ª, 21/49; aquí también la siguiente cita.

[278] *Jakobs*, AT, 2ª, 21/50, n. 108.

[279] *Jakobs*, AT, 2, 21/48, n. 105 a.

[280] Cfr. sólo v. gr. *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 529; también BGHSt 33, 53 caracteriza al "cabeza de la banda" como coautor, si bien apelando sólo a su "voluntad de autor".

botín y que paga a los ladrones su parte de los beneficios (BGHSt 33, 53) se le pueda hacer responder también por receptación profesional (§ 260) además de por inducción; la construcción de una coautoría no lo permite (BGH *loc. cit.*). El injusto adicional debido en su caso a la dirección de una asociación criminal se comprende a través del § 129 IV [casos especialmente graves de fundación, pertenencia u otras actividades relacionadas con asociaciones criminales, entre los que se encuentra el de ser cabecilla o sujeto de atrás de una de esas asociaciones], pero no puede fundamentar *eo ipso* una autoría de concretos delitos en particular.

b) La esencialidad de la contribución al hecho en la fase ejecutiva

Para poder fundamentar una coautoría, la contribución en la fase ejecutiva debe ser además **esencial**[281]. Ello es también consecuencia de la estructura de la coautoría como dominio funcional del hecho: alguien sólo posee el codominio del suceso si ejerce una función en la ejecución de la que puede depender el éxito del plan. Una colaboración esencial, conducente a la coautoría, existe según ello en primer lugar cuando se reparten entre varias personas **actos ejecutivos relevantes para el delito**: uno sujeta a la víctima, el otro realiza la acción de violación o la sustracción (de la cosa) (§§ 177 II nº. 1 [violación], 249 [robo]). Pero también fundamentan coautoría **acciones ejecutivas no típicas** cuando son importantes para la realización del tipo: quien sujeta a la víctima para que otro pueda abofetearla libremente es coautor de un delito de lesiones; quien asegura mediante actos de vigilancia o guardia el hurto con fuerza*, coautor de un hurto. Por el contrario, las contribuciones que son irrelevantes o de poca importancia para el éxito del delito fundamentan, si por lo menos tienen efecto favorecedor, una cooperación o complicidad: ello rige sobre todo para las palabras de ánimo y de enardecimiento (v. gr. en caso de lesiones y agresiones sexuales), pero también para contribuciones materiales secundarias (la entrega la bebida refrescante al autor del hurto con fuerza** o del papel secante al falsificador de documentos). 211

Es importante que la esencialidad ha de enjuiciarse *ex ante* y no *ex post*. Por lo tanto, ejerce ya una función importante aquel cuya contribución puede ser decisiva, aun cuando posteriormente se compruebe no necesaria. Si en un robo A se hace acompañar del boxeador B para poder defenderse en caso de ser descubierto por el propietario, mas no se produce el descubrimiento, B es a pesar de ello coautor; pues la posición desempeñada o satisfecha por él era importante para el plan y su realización. También quien vigila, cuando tal estar de guardia es necesario conforme a la situación, sigue siendo coau- 212

---

[281] Como aquí *Bloy*, 1985, 370. *Jakobs*, AT, 2ª, 21/51; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 93. En la misma dirección apunta BGHSt 34, 124.

* V. N. del T. en § 25 nm. 199 de esta obra [N. del T.].

** V. N. del T. en § 25 nm. 199 de esta obra [N. del T.].

tor cuando no se presenta nadie[282]. El "estar apostado para vigilar o estar de guardia" sólo es cooperación o complicidad cuando alguien es destinado a un puesto de guardia que ya en la planificación aparece también como de escasa relevancia o significación práctica.

213 Por lo tanto, no es preciso que la contribución del coautor en particular sea necesariamente causal. Basta que las contribuciones constitutivas de coautoría sean en su conjunto causales para el resultado[283]. Ello posee una gran importancia práctica para la coautoría imprudente[284], en la que las dudas sobre la causalidad de una contribución en particular (p. ej. de un voto concreto en un proceso de votación) pueden superarse mediante la construcción de una coautoría[285].

214 Entre los autores que exigen para la coautoría una colaboración en la fase ejecutiva, sólo *Stein*[286] y *Heinrich*[287] niegan que la contribución prestada al hecho deba ser esencial. En tanto esto se deriva de su concepción discrepante sobre la coautoría, aún se ha de replicar a ello más adelante (nm. 246 ss., 263 s.). Sin embargo, sin entrar con más detalle en el planteamiento discrepante de estos autores, se puede decir que no es adecuado convertir o colocar a alguien que sólo ha colaborado de marera periferica en el suceso en el centro de este y cargarle con la pena no atenuada del autor.

215 La **posición de la jurispr.** en relación con la cuestión de la "esencialidad" es poco clara. Por un lado, parece lógico desde la perspectiva de la más antigua teoría subjetiva (nm. 18 ss.) interpretar las contribuciones insignificantes al hecho como signo de la subordinación de voluntad y de la mera voluntad de partícipe. Y, si la más reciente teoría normativa de la combinación del BGH (nm. 22 ss.) considera la "magnitud de la intervención en el hecho" y el "dominio del hecho" o, al menos, la "voluntad de dominio del hecho" indicios esenciales para la determinación de la coautoría, ello debería tener realmente como consecuencia que las contribuciones inesenciales se excluyeran de la coautoría. Así lo dice también el BGH (BHGST 34, 125): "Una actividad plenamente subordinada indica ya objetivamente que el autor[288] sólo es cómplice ... La coautoría entra sobre todo en consideración cuando el interviniente ha colaborado en el papel de un compañero de igual rango (en pie de igualdad)".

216 Por otro lado, muchas resoluciones no se atienen a estas reglas. Así, un "grito enardecedor" al autor de una agresión sexual bastaría para la coauto-

---

[282] En contra *Bloy*, 1985, 376, Fn. 357. Como aquí en el resultado o conclusión *Knauer*, 2001, 149; *Stein*, 1988, 325.

[283] Con más detalle al respecto *Knauer*, 2001, 83 ss., 133 ss.

[284] Sobre ella *infra* nm. 239 ss.

[285] Tajantemente en contra no obstante *Puppe*, Spinellis-FS, 2001, 927 ss. "Este problema ha de resolverse en el plano de la causalidad, no en el de la coautoría" (*loc. cit.*, 929). ¡Sólo habría que ver cómo!

[286] *Stein*, 1988, 321.

[287] *Heinrich*, 2002, 289 s.

[288] Se quiere decir seguramente: el interviniente.

ría (BGH MDR 1955, 244). También la mera presencia de un compañero no dispuesto a colaborar (a actuar con el resto), pero que refuerza la resolución del autor a cometer el hecho se considera fundamentadora de coautoría (BGHSt 37, 289). La jurispr. a la que nos hemos referido *supra* (nm. 201 ss.), según la cual ya cualquier acción preparatoria mediante la cual alguien "refuerce en su resolución a cometer el hecho al compañero que ejecuta" (BGHSt 37, 292), podría dar lugar a la coautoría, e intensifica la inclinación a valorar o convertir contribuciones insignificantes en coautoría. No queda claro cómo las dos tendencias opuestas en la jurispr. podrían hacerse compatibles entre sí.

Una contradicción similar se manifiesta en la cuestión de si el interés pro- 217
pio domina en la atribución (de una conducta) a la coautoría o pasa a segundo plano tras la esencialidad de la contribución al hecho. Así, BGHSt 8, 393 dice: "Quien con sus propias manos mata a un ser humano es por principio también autor cuando lo hace bajo la influencia y en presencia de otro sólo en interés de este". Por lo tanto, aquí es decisiva la esencialidad de la contribución al hecho para la apreciación de coautoría, sin que lo importante sea el interés. Pero, en contraste con ello, se dice también (BGHSt 34, 125): "En cualquier caso el coautor debe ... actuar en provecho propio". En ese sentido fue condenado sólo como cómplice, por falta de interés propio, quien, con dolo de matar, tiró a la víctima de un coche en marcha, según un plan común (BGH VRS 23 [1962] 207), quien se hizo cargo de la coacción en una violación (BGH MDR/D 1973, 17) e incluso quien, en un asesinato conjunto, ejecutó la cuchillada mortal, para "no aparecer como un cobarde ante los ojos de los otros" (BGH MDR/D 1974, 547). También el modo cambiante en que, en caso de discordancia o desajuste entre interés y dominio del hecho (que sólo entra en consideración en caso de contribuciones esenciales), se considera decisivo para la coautoría ora el uno, ora el otro criterio[289], pone de manifiesto las indecisas vacilaciones de la jurispr.

Resumidamente se puede decir **que la teoría subjetiva**, que apenas desem- 218
peña ya papel alguno en la autoría inmediata y en la mediata (cfr. nm. 40 s., 45 ss.), **ha conservado una significativa influencia en la determinación de la coautoría en la jurispr.** Ello vale no sólo en relación con el reconocimiento de acciones preparatorias fundamentadoras de la coautoría, sino también en relación con la diferente importancia que se atribuye a la esencialidad de una contribución al hecho. En la medida en que se considera decisivo para la coautoría, junto al dominio del hecho y con no poca frecuencia en vez de él, el interés propio, los resultados resultan inciertos o inseguros. En parte se amplía en exceso la coautoría, entendiendo que bastan para ella contribuciones inesenciales o sólo preparatorias si existe suficiente interés, y en parte se estrecha de manera inadmisible, considerando sólo complicidad, por falta de interés propio, contribuciones decisivas en la ejecución.

[289] Referencias que lo demuestran en LK-*Roxin*, 11ª, § 25, nm. 28.

Sin embargo, esto no sucede de manera consecuente, sino sólo en parte de los casos. Sólo atendiendo estrictamente al dominio funcional del hecho, es decir, a la exigencia de actuación conjunta con división del trabajo en fase ejecutiva, podrá elaborarse en este tema una línea clara.

4. La coautoría sucesiva

219 Es posible sin más una coautoría sucesiva, es decir, una incorporación posterior a una ejecución delictiva ya iniciada[290]. Si en un hurto de A, B se une y arrastra conjuntamente con él el botín que A no puede llevar solo, B es coautor. Sólo ha de poder constatarse una **incorporación posterior** (aunque sea tácita) **al plan común del hecho** (cfr. nm. 190 ss.). Si en una pelea uno que llega posteriormente asimismo golpea, eso ha de ser necesariamente una coautoría sucesiva; si quien interviene posteriormente pretende desahogarse por su cuenta con independencia de los otros, puede existir una autoría individual (yuxtapuesta, paralela o accesoria) (sobre la autoría yuxtapuesta, paralela o accesoria, cfr. nm. 265 s.). Ello posee también importancia práctica respecto a la medida o dimensión de las lesiones a él imputables.

220 La posibilidad de coautoría sucesiva comienza tan pronto un delito entra en la fase ejecutiva. **Es dudoso si aún es posible entre la consumación formal y la finalización, terminación o agotamiento material.** Esta distinción desempeña un papel especialmente en el hurto. El hurto queda ya "formalmente consumado" por el autor con la obtención de la propia custodia o posesión (apoderamiento) [de la cosa], pero sólo está "materialmente terminado o agotado" con la retirada [o puesta a buen recaudo] del botín. Pues bien, cuando alguien salva de sus perseguidores al ladrón que huye y le asegura de ese modo el botín, ¿se trata de una coautoría sucesiva en el hurto o de un encubrimiento en forma de evitación de la responsabilidad criminal de otro (§ 258) y encubrimiento en forma de auxilio para asegurar a otro el provecho de su delito (§ 257)?

221 La jurispr. admite una coautoría (o una cooperación o complicidad) aún entre la consumación formal y la terminación o agotamiento material y hace depender de la "dirección u orientación de la voluntad" el que exista coautoría (o cooperación o complicidad) o encubrimiento en forma de evitación de la responsabilidad criminal de otro y/o encubrimiento en forma de auxilio para asegurar a otro el provecho de su delito[291]. Pero eso crea confusión o falta de claridad, puesto que el que actúa no reflexiona sobre la calificación jurídica de su hecho y, por tanto, la "dirección u orientación de" su "voluntad" es dicrecionalmente interpretable. Además es dudoso en relación con el art. 103 II GG [principio de legalidad penal] el que se use la construcción de una "terminación o agotamiento" existente tras la consumación típica para poder castigar al que se une por un tipo, en su caso, más grave (p. ej.

---

[290] Cfr. solamente RGSt 8, 43; BGHSt 2, 345; BGH GA 1969, 214; 1986, 229.

[291] Cfr. solamente RGSt 71, 193 s.; OGHSt 3, 3 y la jurisprudencia correspondiente en la cooperación o complicidad, § 26, *infra*, nm. 257.

§ 244 [hurto con armas, en banda o con entrada mediante determinados medios ilegítimos en casa habitada o morada o escondiéndose en ella] en vez de §§ 257 y 258 [las dos formas de encubrimiento que ya se han mencionado]). Por ello es más correcto admitir una **coautoría sucesiva sólo hasta la consumación formal del delito**[292].

Pero ello no modifica en nada el hecho de que en la constelación de intervención "posterior" más importante en la práctica, la del transporte del botín, sea posible aún, por regla general, una coautoría sucesiva. Pues en el caso de objetos pesados que deben ser transportados, sólo con el transporte se produce también la consumación formal (es decir, la fundamentación de nueva custodia o posesión o apoderamiento). Por lo tanto, si A no puede arrastrar la pesada caja fuerte que él ha soltado de su anclaje y entonces avisa o hace venir a B, quien hace posible la puesta a salvo [del botín, de la caja] en su carretilla o remolque, existe una coautoría sucesiva. 222

También la jurispr. ha reconocido que en todo caso **no es posible ya una coautoría tras la finalización, terminación o agotamiento material**[293]. 223

El principal punto de disputa en la coautoría sucesiva radica en la cuestión de **si se pueden imputar al coautor sucesivo causas de agravación que ya concurrían de manera cerrada o concluida cuando él se sumó (al hecho)**. Al respecto BGHSt2, 344 produjo un cambio de la jurispr. al permitir tal atribución[294]: un ladrón había forzado un kiosco o pequeña tienda y después había hecho venir a un amigo (A) que, a cambio del reparto del botín, colaboró en la sustracción o apoderamiento de este. El § 243 I nº 2 (hurto con fuerza*, mediante fractura, escalamiento, etc.) no era en aquella época, al contrario que el actual § 243 I nº 1, una regla de determinación de la pena, sino un tipo cualificado en relación con el § 242 [hurto]. La coautoría sucesiva de A en el § 242 estaba fuera de duda. ¿Pero se había de castigar a A también como coautor en el § 243? Al contrario que el RG[295], el BGH contestó afirmativamente a esta pregunta: "Cuando alguien entra o se incorpora como coautor, con conocimiento y aprobación de lo sucedido hasta entonces, su asentimiento o conformidad se refiere a un plan delictivo común, y el asentimiento o conformidad posee el poder de que se le impute penalmente también a él el delito unitario (o completo) como tal" (*loc. cit.*, 346). Ello se fundamenta sobre todo en que también tras la realización de un elemento de agravación sería posible una cooperación o complicidad en el hecho agravado y en que no se apreciaría con claridad una razón convincente para un tratamiento diferenciado de coautoría y complicidad (o cooperación). 224

---

[292] Acerca de la discusión con la literatura científica, cfr. las correspondientes explicaciones en la cooperación o complicidad, *infra*, § 26, nm. 259 ss.

[293] Cfr. BGH MDR/D 1975, 366; BGH NStZ 1984, 548; BGH NJW 1985, 814.

[294] Cfr. después además: BGH GA 1966, 210; BGH MDR/H 1982, 446.

* V. N. del T. en § 25 nm. 199 de esta obra [N. del T.].

[295] RGRspr. 8, 80; RG JW 1923, 756; 1924, 1436; RGSt 59, 79, 82.

225 La cuestión ha perdido importancia en el hurto, porque el § 243 es hoy ya sólo una regla de determinación de la pena, y puede apreciarse por tanto un caso especialmente grave con independencia de la imputabilidad de causas de agravación ya realizadas. No obstante, la cuestión sigue siendo importante, igual que antes, para la elección del marco penal en los §§ 242 y 243. El problema desempeña también un papel que no ha disminuido en importancia en otros tipos, sobre todo en el hurto con fuerza* con entrada con medios ilegítimos en casa habitada o morada (§ 244 I nº 3) y en el robo**(§ 249). Así, existiría una coautoría en el robo cuando alguien sólo se une (al hecho) después de que estuviera concluido ya el empleo de violencia, o sea, cuando ya sólo era posible una intervención en la sustracción o apoderamiento (BGH MDR/D 1969, 533); bastaría por tanto la aprobación y el aprovechamiento posteriores del empleo de violencia para la imputación de este.

226 Sea como sea, la jurispr. –no totalmente unitaria- tampoco admite ya coautoría cuando el que llega y se une posteriormente aprueba y aprovecha una conducta del compinche que ya está típicamente concluida. En el ejemplo del robo (nm. 225), por tanto, si bien se apreció una coautoría en el § 249 [robo], no se admitió respecto de las lesiones ya concluidas provocadas por la violencia (BGH MDR/D 1969, 533). El problema se hace actual sobre todo en el § 177 II nº 1 [caso especialmente grave de violación o agresión sexual por realizar el acceso carnal o realizar sobre la víctima o hacerse practicar por ella acciones sexuales humillantes o degradantes, particularmente si van ligadas a penetración]: si A viola a una mujer y a continuación B practica el coito con la víctima plenamente agotada y apática sin emplear violencia, ello no puede fundamentar coautoría en relación con el hecho de A (BGH GA 1977, 144; BGH NStZ 1985, 70), ni aun cuando B apruebe y aproveche posteriormente la conducta de A. Si la víctima es incapaz de resistencia física, B sólo puede ser objeto de castigo por su propia conducta conforme al § 179 [abuso sexual de personas incapaces de resistencia]. Por ello también desde la perspectiva de la jurispr. es incorrecto el que BGH JZ 1981, 596[296] castigara como autor de un robo grave a uno de los procesados que sólo después del empleo de violencia y la sustracción o apoderamiento [de la cosa] por otro se hizo entregar por este una parte del botín; no puede cambiar nada en ello el hecho de que el procesado hubiera colaborado en el empleo de violencia sin dolo de robar.

227 Es sin embargo más correcto **rechazar absolutamente la imputación posterior a título de coautoría de causas de agravación ya realizadas**. Mientras la literatura científica había estado al principio ampliamente de acuerdo con el BGH[297], la op.

---

* V. N. del T. en § 25 nm. 199 de esta obra [N. del T.].

** Que siempre es con violencia o intimidación en la ley alemana [N. del T.].

[296] Con rechazo de *Küper*, JZ 1981, 568; *Kühl*, JuS 1982, 189.

[297] En la literatura científica más reciente ya sólo están de acuerdo con él: *Baumann/Weber*, AT, 9ª, § 35 I 3 d (distinto ahora sin embargo *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 29 IV 4 c); *Blei*, AT, 18ª, § 78 II; LK-

dom. ha vuelto entretanto a la línea del RG[298]. Y con toda razón[299]: en relación con la causa de agravación ya realizada falta tanto un plan común del hecho como una ejecución común. Un plan sólo puede dirigirse siempre a algo futuro; la aprobación posterior de v. gr. un empleo de violencia por quien sólo colabora en la sustracción o apoderamiento no puede convertir ya la violencia en parte de un plan común, e igualmente una ejecución con división del trabajo sólo puede existir en tanto un elemento cualificante no haya sido realizado aún. No se puede ya –para seguir con el ejemplo del robo- codominar un empleo de violencia cuando no se estaba allí (presente) y no se sabía siquiera nada de ella. Incluso una "voluntad de autor" sólo puede afirmarse en relación con un tipo cualificado en tanto existiera durante la realización de las circunstancias cualificantes.

El hecho de que en la complicidad o cooperación se impúten elementos 228
de agravación ya realizados[300] no aporta contraargumento alguno. Es cierto que en el ejemplo del robo (nm. 225) quien llega y se une en el momento de la sustracción o apoderamiento es cómplice de un robo si sabe del empleo de violencia; pues apoya al autor en la consumación del robo. También se habrá de considerar cómplice de una violación a quien llega y se une sólo después de que el autor haya golpeado a la mujer hasta dejarla inconsciente y le ayuda a la consumación del delito con conocimiento de esta circunstancia (v. gr. desnudando a la víctima). Esta imputación del conjunto del suceso se justifica porque la complicidad o cooperación es accesoria. Al cómplice se le castiga por apoyar un hecho ajeno; es indiferente cuándo se realizan sus elementos, porque él en todo caso no (co)domina la ejecución en ninguna fase. El autor es sin embargo responsable por su propio hecho; por eso alguien sólo puede ser coautor en aquellos acontecimientos que haya coconfigurado en la ejecución.

5. Otras formas especiales de coautoría

a) La coautoría aditiva

Herzberg[301] defiende la opinión de que el principio del dominio funcional 229
del hecho no se ajustaría a los casos de "coautoría aditiva". Este autor ilus-

---

Busch, 9ª, § 47, nm. 17; *Cropp*, AT, 2ª, § 10, nm. 97; *Küpper*, GA 1986, 437 ss., 447 s.; *Niese*, NJW 1952, 1176 ss.; *Preisendanz*, 30ª, § 25, com. IV 7; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 25, nm. 9; *Welzel*, StrafR, 11ª, 107.

[298] *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 29 IV 4 c; *Bockelmann/Volk*, AT, 4ª, § 23 III 1; *Ebert*, AT, 3ª, 202 (con dudas); *Eser*, StrafR II, 3ª, Fall (caso) 40, nm. 16-19; *Freund*, AT, § 10, nm. 160; *Gössel*, Jescheck-FS, 1985, 537 ss.; *Heinrich*, 2002, 303 s.; *Herzberg*, 1977, 4. Teil (4ª parte) III 2; *Jakobs*, AT, 2ª, 21/60; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 63 II 2, nm. 18; *Köhler*, AT, 520; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 129; *Küper*, JZ 1981, 570 ss.; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 25, nm. 12; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 49/68 ss.; *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 2 c bb, cc; *Rudolphi*, Bockelmann-FS, 1979, 377 s.; *Schilling*, 1975, 105; *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 14/21; *el mismo*, StuB AT, 2ª, 10/65; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 25, nm. 91; *Seelmann*, JuS 1980, 573; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 88.

[299] Fundamentación exhaustiva ya en *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 289-292.

[300] Algunos autores tampoco quieren admitir esto: *Eser*, StrafR II, 3ª, Fall (caso) 40, nm. 20; *Herzberg*, 1977, 4. Teil (4ª parte), III 2 *in fine*.

[301] *Herzberg*, 1977, § 5 I, 56 ss.

tra esta figura jurídica con el ejemplo de que veinte conjurados disparan simultáneamente sobre un político, para hacer más probable el éxito de un atentado; además la víctima es alcanzada mortalmente por distintas balas, pero después ya no se puede constatar de qué tiradores procedían las balas mortales. Sólo la apreciación de coautoría permite en tal caso castigar a todos por asesinato doloso (en vez de por mera tentativa), puesto que no se puede probar la causalidad de los disparos individuales. Según *Herzberg*, aquí no existe dominio funcional del hecho: la contribución de cada uno sería poco importante porque también sin ella se habría matado a la víctima. Pese a ello, pretende apreciar una coautoría, pero basándola no en el criterio de la división del trabajo, sino en el de la equivalencia o igual peso de las contribuciones al hecho y en la disposición de Derecho positivo del § 25 II.

230 Pero esa es una concepción demasiado estrecha de la división funcional del trabajo. En la necesaria contemplación *ex ante* (nm. 212) cada tirador posee una función importante en la ejecución; pues cada disparo individual hace más seguro su éxito y puede ser decisivo para el resultado. Que posteriormente algunos disparos resulten fallidos y superfluos no cambia nada. Es desde luego cierto que en la coautoría aditiva las contribuciones individuales no confluyen o se integran entre sí, como sucede generalmente, sino que refuerzan las perspectivas de resultado mediante la acumulación de acciones yuxtapuestas. Pero también esa es todavía una forma de dominio funcional del hecho[302].

b) La coautoría alternativa

231 *Rudolphi*[303] niega la posibilidad de coautoría en caso de contribuciones altenativas al hecho. Si varios asesinos –conforme a un acuerdo común– esperan a la víctima en distintos caminos, sólo se ha de castigar como asesino, según su tesis, a aquel que realizó el disparo mortal. Los que esperaron en vano en otros lugares no pueden ser para él coautores, porque no colaboraron en la ejecución real.

232 Aquí se habrá de distinguir. Si se ocupan por tiradores asesinos distintas salidas de una casa o todos los caminos de fuga en una zona boscosa, cada uno de ellos es coautor, aun cuando sólo uno llegue a disparar. Pues, mediante el cierre u obstrucción de todas las posibilidades de huida, cada uno se vincula en el momento de la ejecución a la red mortal en la que cae o se enreda la víctima. Esta tiene que pasar necesariamente por delante de la escopeta de uno de los tiradores, porque también los

---

[302] Como aquí, también *Bloy*, 1985, 372 ss.; *Kuhlen*, 2001, 139 ss., 157 s.; *Köhler*, AT, 578; *Rodríguez Montañés*, Roxin-FS, 2001, 321. A favor de una mera tentativa *Stein*, 1988, 327 s.; diferenciando *Jakobs*, AT, 2ª, 21/55; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2ª, 10/62, remite a la posibilidad de complicidad o cooperación.

[303] *Rudolphi*, Bockelmann-FS, 1979, 369 ss. (380); diferenciando *Jakobs*, AT, 2ª, 21/55 a; *Stein*, 1988, 328; como aquí *Bloy*, 1985, 376 s.

otros caminos están bloqueados o cerrados. Este es un caso clásico de colaboración o actuación conjunta en la fase ejecutiva, como el que existe también v. gr. cuando se rodea o cerca abiertamente a la víctima por los miembros de una banda.

Otra cosa sucede cuando las contribuciones alternativas no se hacen efec- 233
tivas en la fase ejecutiva. Si varias personas están preparadas para atentar potencialmente en distintas ciudades contra la vida de la víctima en el caso de que apareciera por allí, sólo es autor el que realmente llega a disparar[304]. Pues los demás no poseen en ello función alguna. Tampoco existe coautoría cuando las contribuciones alternativas se escalonan una tras otra: si primero debe emprender el atentado mortal A y, en caso de que falle, B debe ejecutar un nuevo atentado, cada uno sólo es responsable como autor de lo que él mismo ha hecho.

c) Características o elementos especiales de autor como requisito de la coautoría

Como toda autoría, la coautoría presupone, además del dominio con- 234
junto del hecho, que se cumplan en la persona de cada coautor los otros eventuales elementos o características del autor exigidos por la ley. Sobre todo, cada coautor debe poseer, junto al dolo, eventuales intenciones, actitudes internas, tendencias u otros elementos o características del tipo subjetivo. Por lo tanto, si A y B falsifican conjuntamente un documento, ello no es aún suficiente para una coautoría; cada uno de los dos debe actuar además "para engañar en el tráfico jurídico" (§ 267). Naturalmente, ello no significa que cada uno deba querer engañar él mismo; también actúa para engañar en el tráfico jurídico quien sabe que el otro quiere engañar con el documento. También existe una coutoría en la estafa cuando A quiere enriquecerse a sí mismo y B sólo enriquecer a A (RGSt 59, 104, 107); pues autor del § 263 también puede serlo quien quien sólo pretende enriquecer a otro de modo antijurídico. Igualmente es posible una coautoría en el hurto (§ 242) en la forma de que A quiere apropiarse de la cosa él mismo y B quiere que se la apropie A o de que ambos quieren que se la apropie C. Los detalles son una cuestión de interpretación del tipo y pertenecen a la Parte especial.

d) La coautoría parcial

Es sin más posible una coautoría parcial que no se refiera a todos los 235
tipos realizados por otros. Si A y B llevan a cabo conjuntamente unas coacciones que sólo por A se aprovechan para un robo, se puede castigar a B como coautor conforme al § 240 [coacciones] y a A como autor conforme al § 249 [robo] (BGH GA 1968, 121). Igualmente, B puede

---

[304] Yendo más allá *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 49/42, donde se aprecia la participación de todos en un "dominio colectivo del hecho". Similar también *Knauer*, 2001, 138 s.

ser coautor de un hurto si no sabe que A, a quien se castigará conforme al § 249 [robo], utilizó medios propios del robo (RGSt 12, 10). En correspondencia con ello, puede ser responsable como coautor de unas lesiones alguien cuyo compinche sea castigado incluso por homicidio (RGSt 44, 323).

236 También es posible una coautoría en la que un coautor sea castigado conforme al § 211 [asesinato] y el otro conforme al § 212 [homicidio]. Si se contempla el asesinato, en correspondencia con la opinión dominante y acertada, como un caso cualificado de homicidio, ello se comprende por sí solo; pues la realización en coautoría de un tipo básico no puede excluirse por la razón de que uno de los intervinientes presente o posea elementos o características cualificantes. La jurispr. considera sin embargo asesinato y homicidio tipos independientes o autónomos y rechazó originariamente, sobre la base de esta tesis, la posiblidad de coautoría entre ambos delitos (BGHSt 6, 330). Sin embargo, BGHSt 36, 231[305] se ha apartado ahora con razón de esa opinión. Pues, p. ej., también el § 212 [homicidio] es un tipo autónomo o independiente frente a los §§ 223 y 223 a* [lesiones y lesiones peligrosas], y también lo es el § 249 [robo] frente a los §§ 240 [coacciones], 242 [hurto] y 223 [lesiones], sin que ello excluya una coautoría en relación con el delito menos grave. Sólo es necesario que a través del delito más grave se realicen simultáneamente los elementos del menos grave, y este es el caso en la relación existente entre los §§ 211 [asesinato] y 212 [homicidio] incluso bajo la premisa de su autonomía o independencia, en tanto no se contemple a ambos tipos como excluyentes entre sí.

e) Coautoría en caso de inculpabilidad de un interviniente

237 Tampoco queda vedada una coautoría por el hecho de que uno de los intervinientes actúe sin culpabilidad. Por lo tanto, un coautor puede ser un enfermo mental (discrepa en parte RGSt 63, 101, 104), ser inimputable como niño (al respecto RGSt 19, 192, 193 s.) o actuar en error de prohibición invencible. Dado que autoría y participación son manifestaciones o formas de aparición del injusto, la inculpabilidad de un interviniente no obstaculiza la posibilidad de coautoría (§ 29 [que dispone que cada interviniente será castigado conforme a su culpabilidad, sin tener en cuenta la culpabilidad del otro]). Sin embargo, si el coautor responsable conoce la inculpabilidad del otro y lo emplea para sus fines, es a la vez autor mediato en lo que se refiere a la contribución de este [del inculpable] al hecho.

---

[305] Con com. de *Beulke*, NStZ 1990, 278; *Timpe*, JZ 1990, 98; *Küpper*, JuS 1991, 639.

* El § 223 a StGB al que se refiere *Roxin* tipificaba las que llamaba lesiones peligrosas y fue derogado por la 6ª SuRG (Ley de Reforma del Derecho Penal) en 1998. Hoy en día las lesiones peligrosas se tipifican en el § 224 StGB [N. del T.].

f) Coparticipación* (o "participación en forma de coautoría")

También la inducción y la cooperación o complicidad pueden pres- 238
trase en forma de [de forma análoga a la] coautoría[306]. Por lo tanto, si A y B movilizan o inducen a C al hecho mediante argumentos complementarios entre sí, se castigará a ambos como inductores[307], incluso si la correspondiente contribución de cada uno por separado no habría determinado al autor a cometer el hecho. De forma análoga dos personas prestan cocooperación o cocomplicidad (o cooperación o complicidad en forma de coautoría) si juntos construyen o arreglan un instrumento o herramienta para el hecho. La posibilidad de coparticipación (participación en forma de coautoría) es rechazada por *Gössel*[308]: el partícipe no sería autor y quien no sea autor tampoco podría ser coautor. Sin embargo el copartícipe (partícipe en forma de coautor) no es autor; tampoco se comprende por qué la inducción y la cooperación o complicidad a un delito no ha de ser un "hecho punible" en el sentido del § 25 II [coautoría]. No obstante, la importancia práctica de esta polémica es pequeña. Pues también la contribución del "copartícipe (o partícipe en forma de coautor)" aisladamente considerada podrá comprenderse a menudo como inducción, pero en todo caso como complicidad o cooperación.

---

* La traducción literal de la expresión que utiliza en alemán *Roxin* ("*mittäterschaftliche Teilnahme*") sería "participación en forma de coautoría" (o, con un neologismo, "coautórica"). Sin embargo, creo que tal traducción es extraña a la terminología al uso en España y, sobre todo, podría inducir a confusión, por lo que he elegido como principal la de "coparticipación" (y, de manera correspondiente, coinducción y cocomplicidad o cocooperación), en el sentido de participación (inducción, complicidad o cooperación) conjunta o, con mayor precisión, mediante una acción o actuación conjunta (como sucede en la coautoría en relación con la autoría). Creo que incluso en alemán resulta confusa la expresión, como demuestra la objeción de *Gössel* que se cita a continuación en el texto; en todo caso, por lo que *Roxin* responde a tal objeción, parece que el sentido de utilizar la fórmula sería el poder comprender la coinducción y la cocooperación o cocomplicidad en el § 25 II StGB, que se refiere a la coautoría. Sin embargo, ello me parece innecesario y confuso también. Como viene a reconocer en cierta medida finalmente *Roxin*, esas figuras pueden comprenderse sin problema como inducción y cooperación o complicidad, por lo que creo bastan los preceptos que a ellas se refieren para entender que tienen cobertura legal (en realidad, el argumento final de *Roxin* no se refiere exactamente a esto y, por cierto, aunque no lo señale expresamente, haría que en un caso y desde su perspectiva, la cuestión posea más importancia práctica de la que parece atribuirle: cuando la aportación aisladamente considerada de cada coinductor no pueda comprenderse como inducción, sino sólo como complicidad –o cooperación-, ello conducirá necesariamente a una rebaja punitiva en el StGB, que prevé una pena igual a la del autor para el inductor, pero una pena rebajada para el cómplice –o cooperador-. En el CP español, sin embargo, si las cosas fueran como *Roxin* dice, cabría la calificación como cooperador –o cómplice- necesario, cuya conducta se conmina con la misma pena que la del autor y el inductor). No obstante, para una mejor comprensión del texto, mantengo entre paréntesis, como secundaria, la traducción literal [N. del T.].

[306] Como aquí *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 64 II 2 a; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 26, nm. 8; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 26, nm. 6; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 222.

[307] Sobre la coinducción (inducción en forma de coautoría), cfr. también RGSt 13, 121, 123; 53, 189 s.; 71, 23 s.

[308] *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 50/103.

g) Coautoría imprudente

239 Hasta ahora, la jurispr. no admite una coautoría imprudente y esta encontró también sólo pocos adeptos en la literatura científica antigua[309]. El rechazo general de una coautoría imprudente se basaría en que en los hechos imprudentes falta un plan común del hecho, que presupone el dolo, y en que tampoco se puede hablar de una ejecución con división del trabajo de la realización típica cuando no se pretende un resultado común[310].

240 Tampoco existe en muchos casos una necesidad perentoria de la construcción de una coautoría imprudente, porque las contribuciones individuales al hecho pueden concebirse cada una por sí sola como realizaciones imprudentes independientes o autónomas del tipo. Sirva una sentencia del Tribunal Federal suizo[311] para aclararlo: en virtud de una resolución o decisión conjunta, A y B arrastran o empujan rodando cada uno una roca hacia el valle. El senderista C resulta muerto por ello; pero no se puede aclarar cuál de las dos piedras causó el resultado. Si se rechaza una coautoría imprudente, no es preciso llegar a la conclusión altamente indeseable de que A y B deberían ser respectivamente absueltos por falta de prueba. Más bien se puede hacer responsables a ambos por homicidio imprudente cometido en autoría yuxtapuesta (o paralela o accesoria), partiendo de que cada uno de ellos cometió un homicidio imprudente, bien por empujar rodando hacia abajo de propia mano la piedra, bien por su intervención en la resolución que puso en marcha o produjo la conducta de ambos sujetos.

241 Pero resulta menos artificial o rebuscado y por ello más adecuado hacer responsables a ambos por conducta imprudente conjunta. La necesidad práctica de tal construcción se ha destacado además con especial perentoriedad en decisiones o resoluciones colegiadas que –v. gr. mediante puesta en circulación de un producto nocivo para la salud- han dado lugar a realizaciones típicas imprudentes. Cuando en este caso se produce un acuerdo como resultado de una votación en la que tampoco un voto en contra habría cambiado nada en el curso de los acontecimientos, es difícil de fundamentar la causalidad de la conducta de votar[312]. Pues cada miembro del órgano colegiado puede invocar que, si de suprimiera mentalmente su voto a favor, el ulterior curso causal y el resultado habrían sido los mismos. Si, por el contrario, se afirma una coautoría imprudente se puede explicar sin esfuerzo la responsabilidad penal de cada uno que

---

[309] Entre la literatura antigua, cfr. *Exner*, Frank-FS, 1930, 572; *Frank*, StGB, 18ª, antes del § 47 v. a., com. IV, § 47 v. a., com. III; *Kohlrausch/Lange*, StGB, 43ª, § 47, com. III; *Mezger*, StrafR, 3ª, 422; *Zimmerl*, 1928, 107 s.

[310] Así v. gr. *Arzt*, recht 1988, 72; *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 22 IV 2, § 29 IV 2 b; *Deutscher/Körner*, wistra 1996, 333; *Donatsch*, SchwJZ 1989, 112; *Günther*, JuS 1988, 386, n. 3; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 63 I 3 a; *Kindhäuser*, antes del § 25, nm. 45 s.; similar ahora también *Puppe*, Spinellis-FS, 2001, 927.

[311] BGE 113 IV 54; los fundamentos esenciales son reproducidos por *Otto*, Jura 1990, 47; cfr. también *Donatsch*, SchwJZ 1989, 109. No queda del todo claro si el Tribunal pretende admitir o apreciar coautoría. Una constelación similar [de casos] la trata BayObIG NJW 1990, 3032.

[312] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª, § 11, nm. 18.

ha votado a favor del acuerdo nocivo[313]. Pues para la coautoría no es necesariamente imprescindible la causalidad de cada coautor para el resultado. Basta que la conducta común como tal haya causado el resultado y que hubiera sido importante para ello la contribución del sujeto concreto en una contemplación *ex ante* (cfr. nm. 211 ss.).

Por ello hoy en día se afirma en la literatura científica la posibilidad de una 242
coautoría imprudente por un número constantemente creciente de autores[314]. En efecto, se ha de admitir una coautoría imprudente. Los argumentos en contra (falta de una decisión o resolución dirigida a la realización común del tipo y de una ejecución con división del trabajo tendente a ella) no son sólidos porque se basan en los criterios de la coautoría dolosa, que naturalmente no pueden darse en los casos de imprudencia. La ley exige en el § 25 II sólo una comisión conjunta, pero no necesariamente su carácter doloso. Si se atiende a las estructuras de imputación en la imprudencia[315], existe coautoría imprudente cuando un "peligro no permitido creado por varios conjuntamente se ha realizado en el resultado"[316]. *Otto*[317] lo expresa así: "Quien ..., en colaboración consciente con división del trabajo con otros, funda o incrementa peligros que se realizan –de manera previsible- en el resultado es responsable conjuntamente del resultado", es decir, coautor. Es cierto que el desarrollo o evolución científica en este ámbito todavía está en marcha y cuestiones concretas están pendientes de aclarar (p. ej. la cuestión de si se debe exigir un "proyecto de acción común" o hay que conformarse con la confluencia de distintas contribuciones imprudentes al hecho[318]). Pero no debería discutirse ya la legitimidad o justificación de una figura jurídica de coautoría imprudente.

6. Concepciones discrepantes

a) Derivaciones a partir de la teoría subjetiva de la participación

La coautoría se interpretó anteriormente en la jurispr.[319] y todavía se 243
interpreta aisladamente hoy en la literatura científica[320] como una auto-

---

[313] Fundamental al respecto *Knauer*, 2001.

[314] *Bindokat*, JZ 1979, 434 ss.; *Brammsen*, Jura 1991, 537 s.; *Brammsen/Kaiser*, Jura 1992, 38 s., 41; *Dencker*, 1996, 177 ss.; *Eschenbach*, Jura 1992, 643 s.; *Hilgendorf*, NStZ 1994, 563; *el mismo*, 2ª, 1998, 38; *Kamm*, 1999, 175 ss.; *Knauer*, 2001, 181 ss.; *Küppe*r, GA 1998, 526 s.; *Lesch*, GA 1994, 119 ss.; *Otto*, Maurach-FS, 1972, 104; *el mismo*, JuS 1974, 702 ss., *el mismo*, Jura 1990, 47 ss.; *el mismo*, Spendel-FS, 1992, 271 ss., 281 ss.; *el mismo*, 1993, 9; *el mismo*, AT, 6ª, § 21 V 4 b; *Ransiek*, 1996, 73; *Renzikowski*, 1997, 261, 282 ss.; *Rodríguez Montañés*, Roxin-FS, 2001, 326; *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 14/30, com. 24; *el mismo*, StuB AT, 2ª, 10/68 s., com. 34; *Spendel*, JuS 1974, 749 ss.; *Weißer*, 1995, 146 ss.; *la misma*, JZ 1998, 230 ss.; muy probablemente también *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737; *Lampe*, ZStW 106 (1994), 692 s.; *Schumann*, StV 1994, 110.

[315] Al respecto, exhaustivamente *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], §§ 11 y 24.

[316] *Knauer*, 2001, 221.

[317] *Otto*, AT, 6ª, § 21 V 4 b aa.

[318] Cfr. *Knauer*, 2001, 192 ss.

[319] RGSt 58, 279; 63, 101; 66, 236, 240; 71, 23 s.

[320] *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 29 IV 1 (con restricciones); *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 25, nm. 8.

ría mediata recíproca, de modo que la parte propia del hecho se uniría o combinaría con una autoría mediata en relación con la parte ajena del hecho. Se trata de una solución únicamente defendible desde la perspectiva de la teoría subjetiva; pues presupone que la mera "voluntad de autor" puede convertir a alguien en autor mediato en relación con la contribución al hecho prestada por el compinche. El dominio del hecho, que se exige hoy en día también por la jurispr. para la autoría mediata, no lo tiene sin embargo un coautor sobre el otro. En eso fracasa la construcción. Fracasa además hoy en día también en relación con el tenor literal de la ley, pues, si el coautor realizara el hecho en parte "por sí mismo" y en parte "a través de otro", ya sería penalmente responsable conforme al § 25 I [autoría inmediata o directa y mediata] y no se necesitaría ya el ap. 2 [coautoría].

244 Un recurso a la teoría subjetiva significa también la concepción de *Cramer*[321]. Parte –admitiendo por lo demás por principio la teoría del dominio del hecho– de que el coautor dominaría sólo su propia parte en el hecho y no la del otro. Por ello no sería posible una delimitación segura entre autoría y participación con ayuda del dominio del hecho, de modo que habría de recurrirse además a momentos subjetivos[322]. Construye el siguiente ejemplo: "Quien ... sujeta a la víctima para que otro pueda apuñalarla no ha de ser necesariamente autor, sino que puede ser también cooperador o cómplice, en tanto haya que atribuir a su acto parcial, por razón de su posición o actitud subjetiva, una importancia simplemente subordinada frente a la actividad del otro interviniente. Si, por el contrario, se le ha de considerar en el papel de un compañero de igual rango (en pie de igualdad), entra en consideración la autoría".

245 Sin embargo, el caso demuestra lo contrario de lo que debería o pretendería explicar. Pues si sólo el sujetar hizo posible la cuchillada, se trata inequívocamente, desde la perspectiva del dominio funcional del hecho, de una contribución esencial en la fase ejecutiva; no cabe hablar de ninguna clase de inseguridad en la delimitación. Por el contrario, la posición o actitud interna de quien sujeta, si sólo se atiende a ella y no al peso o importancia externa u objetiva de la contribución al hecho, es interpretable discrecionalmente y adolece de todas las inseguridades que caracterizan la delimitación de coautoría y cooperación o complicidad también en la jurispr. (cfr. nm. 201 ss., 215 ss.). El punto de partida de *Cramer* se basa además en una suposición errónea: pues el coautor no sólo domina su propia parte en el hecho, sino que, a través de ella, se convierte en codominador de todo el hecho, del conjunto del hecho (cfr. nm. 188).

---

[321] *Cramer*, Bockelmann-FS, 1979, 389 ss.; 400 ss.; *el mismo*, *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, antes de los §§ 25 ss., nm. 80 ss.; § 25, Rn. 72 s.

[322] *Cramer*, Bockelmann-FS, 1979, 401-403 (403); acerca de la crítica, también *Bloy*, 1985, 370 ss.

b) La doctrina de *Stein* de la graduación de las normas de conducta

La concepción de *Stein*, que distingue autoría y participación según 246
la urgencia o perentoriedad de la norma de conducta (cfr. nm. 35 s.), debe buscar una explicación para la superior perentoriedad de la norma de conducta relativa al coautor en comparación con la complicidad o cooperación. Este autor la encuentra en que la norma de conducta en el caso de quien ha entrado en la fase ejecutiva apenas tiene ya posibilidad u oportunidad de imponerse o hacerse respetar. "La normas de conducta de la coautoría abarcan aquellas formas (prohibidas) de conducta cuya peligrosidad está mediatizada (o transmitida) por la conducta futura de un sujeto de delante, quien, si bien está sometido a un deber de conducta y posee la capacidad irrestricta de cumplir su deber, sin embargo, por otro lado, en él el proceso de motivación ya ha avanzado tanto en dirección a la infracción del deber y la conducta contraria a deber planeada es ya tan inminente que el deber no tiene prácticamente ninguna posibilidad de desplegar su efecto determinador"[323]. Estaría excluida entonces una "disminución o reducción de la perentoriedad del deber que se ha de imponer al sujeto de atrás"[324], porque ya no podría esperarse del sujeto de delante una observancia del deber. Esta concepción coincide en primer lugar con la opinión aquí defendida de que la contribución al hecho debe ser prestada en la fase ejecutiva[325]. Por el contrario, en esta teoría no hay lugar para las exigencias de "esencialidad" de la contribución al hecho y de "plan común del hecho".

De esta concepción extraña en primer lugar que *Stein* contemple la coau- 247
toría como una relación de "sujeto de atrás" a "sujeto de delante" en vez de como relación de igual orden o rango (en pie de igualdad) con división del trabajo. El interviniente que actúa en último lugar es para él ya siempre autor inmediato, de modo que sólo entran en consideración como coautores "sujetos de atrás"[326]. En caso de actuación simultánea de dos personas, ambos serían "personas de atrás". Pero, sin embargo, es difícilmente compatible con la ley, que parte de la existencia de varios coautores (§ 25 II), la idea de que en el caso normal sólo exista un coautor; y la idea de que, en caso de actuación simúltanea, sólo existan "personas de atrás" y no "personas de delante" resulta extremamente artificial o rebuscada.

Tampoco acabo de ver por qué el "sujeto de atrás" habría de encontrarse 248
en la fase ejecutiva, si todo debería depender sólo de las oportunidades o posibilidades de seguimiento de la norma por parte del sujeto de delante. Pero si se consideraran suficientes las contribuciones del sujeto de atrás en la fase preparatoria, sería imposible una delimitación [de la coautoría] res-

---

[323] *Stein*, 1988, 322.
[324] *Stein*, 1988, 326.
[325] *Stein*, 1988, 321.
[326] Aquí y en lo que sigue *Stein* 1988, 330.

pecto de la inducción y la complicidad o cooperación. Pues para el inductor y el cómplice o cooperador, con la entrada del autor en la fase ejecutiva, desciende en la misma medida la posibilidad u oportunidad de que este se decida aún por la observancia del deber. La doctrina que diferencia según la urgencia o perentoriedad de la norma de conducta no hace posible por ello una concepción de la coautoría con un fundamento plausible.

c) El dominio configurativo en *Jakobs* y *Derksen*

249 También *Jakobs* parte de que una colaboración en la fase ejecutiva, cuya "esencialidad" encuentra este autor en su fuerza para "teñir o caracterizar [configurar, influir en el aspecto de] el hecho"[327], siempre fundamenta la coautoría como "dominio de decisión". Pero pretende que también resulten suficientes contribuciones preparatorias cuando otorgan al que coactúa el "dominio configurativo"; ya se ha tomado posición críticamente al respecto *supra* (nm. 208 s.).

250 El discípulo de *Jakobs Derksen*[328] ha continuado esta doctrina con el objeto de comprender la coautoría como problema de imputación objetiva y demostrar que para ella no es precisa una "decisión o resolución común de realizar el hecho". Para él la coautoría es "acumulación de proyectos individuales para un contexto de planificación"[329]. La "integración del sujeto individual en el conjunto" conduciría a "que cada interviniente en el hecho pone en cuestión completamente en cuanto a su validez la norma infringida por el conjunto del hecho (o hecho conjunto)". Una contribución se prestaría fuera de imputación a título de autoría sólo "cuando no opere como inmediatamente configuradora de la realidad, sino que su efecto coconfigurador del hecho se produzca sólo a través de una conducta ajena". *Jakobs* ya había puesto en duda la necesidad de una resolución o decisión común de realizar el hecho y había recomendado, en su lugar, "considerar suficiente una resolución de adaptación o ajuste con la que el interviniente que no ejecuta de manera inmediata, pero que coactúa configurando [el hecho], conecta su contribución con el hecho del ejecutor"[330].

251 Es correcto que alguien puede ejercer en su caso influencia decisiva en el éxito de un hecho también cuando el otro no se da cuenta en absoluto de su colaboración. Sin embargo, eso no deja nunca de ser más que una

---

[327] *Jakobs*, AT, 2ª, 21/48, 51.

[328] *Derksen*, GA 1993, 163 ss.

[329] *Derksen*, GA 1993, 173; la siguiente cita 175.

[330] *Jakobs*, AT, 2ª, 21/43. También *Lesch*, otro discípulo de *Jakobs*, defiende la opinión [ZStW 105 (1993), 271 ss., 291] de "que la coautoría no requiere un acuerdo de comisión conjunta con otro, ni en forma expresa ni concluyente". Una crítica exhaustiva a *Lesch* en *Küpper*, ZStW (1993), 295 ss. Contra la concepción de *Jakobs* y sus discípulos de nuevo *Küpper*, GA 1998, 526, así como *Ingelfinger*, JZ 1998, 708, y *Renzikowski*, 1997, 102. Además SK-*Hoyer*, 7ª, § 25, nm. 126, 127, con ulteriores referencias; *Knauer*, 2001, 160; *Köhler*, AT, 516, com. 71; *Krey*, AT/2, § 29, nm. 169; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 106.

"colaboración [actuación en conjunto o junto a otro] unilateral", porque el que ejecuta la acción típica no sabe nada de su compinche y por ello no es coautor, sino autor único o individual. Pero la ley parte en el § 25 II de una comisión "conjunta" que sólo es posible con una división del trabajo de la que sean conscientes ambas partes[331]. Además, la concepción criticada sólo es concebible si uno de los intervinientes ejecuta toda la acción típica, o sea, es autor inmediato en todo caso. En el caso de que ambos realicen la acción típica mediante contribuciones complementarias entre sí, ello no es fácilmente imaginable sin un acuerdo de voluntades al menos tácito. Además la delimitación de la coautoría de la autoría yuxtapuesta (o paralela o accesoria) (nm. 265) se tambalea si la coautoría no presupone una resolución o decisión común de cometer el hecho. Pues la cuestión de si varias acciones dan como resultado una obra común o persiguen un mismo fin no puede decidirse en muchos casos sin un plan común. Por último, la construcción de *Derksen* tampoco hace posible una delimitación de coautoría y complicidad o cooperación. Pues la "coautoría secreta" por él propugnada en nigún modo opera "configurando inmediatamente la realidad", como este autor exige para la imputación a título de autoría, sino haciéndolo sólo a través de la "conducta ajena" del que ejecuta la acción típica (cuando p. ej. se impide su descubrimiento sin que este se dé cuenta de ello). Pero eso lo hace también la complicidad o cooperación.

d) La coautoría como "dominio positivo del hecho" en *Díaz y García Conlledo*

Díaz[332] aduce contra la concepción del "dominio funcional del hecho" 252
aquí desarrollada que quien no ejecuta la acción típica por sí mismo, p. ej. sujetando a la víctima para que el otro la pueda acuchillar, sólo ejercería un "dominio negativo del hecho". Si permaneciera inactivo (o sea, no sujetara a la víctima) podría hacer fracasar el delito, pero nunca realizar el tipo. Esto lo haría sólo el que ejecuta la cuchillada y con ello ejerce el "dominio positivo del hecho". Este autor pretende restringir la coautoría al dominio positivo del hecho, tal y como existiría v. gr. cuando tres autores asestan a la víctima tres puñaladas que sólo juntas provocan su muerte. Además, *Díaz* opina que la deseable limitación de la coautoría a la fase ejecutiva no podría deducirse del criterio del dominio funcional del hecho. Pues también una contribución necesaria en la fase preparatoria podría ser decisiva para éxito del plan.

A la objeción mencionada en último lugar se ha de replicar que quien ac- 253
túa en la fase preparatoria, aun cuando preste una contribución irreemplazable, suelta de sus manos el suceso y ya no puede codominarlo, en cuanto

---

[331] *Küpper*, ZStW 105 (1993), 302, cree por ello que en la opinión contraria se trataría de una aplicación analógica inadmisible del § 25 II.

[332] En su importante obra "La Autoría en Derecho Penal", 1991, 651 ss. (675 ss.).

deja o confía a otro la ejecución. Un codominio de la realización del tipo es por ello posible sólo mediante una división del trabajo en la fase ejecutiva (cfr. ya nm. 198).

254 Por lo demás me parece que la concepción de *Díaz* restringe demasiado la coautoría, porque la colaboración "positiva" en la acción típica, como él la entiende, la mayoría de las veces es ya en sí misma una autoría inmediata (p. ej. cuando varias personas toman cosas con ánimo de hurto conforme a un plan común); los casos más relevantes en la práctica son, por tanto, precisameente los que *Díaz* quiere excluir de la coautoría como constelaciones de dominio negativo del hecho.

255 Además, la distinción entre dominio positivo y negativo del hecho, tal y como se presenta en *Díaz*, no comprende de modo plenamente acertado la estructura del dominio funcional del hecho. Pues –para seguir con el ejemplo de quien clava el cuchillo- quien sujeta presta, mediante la "puesta en suerte" de la víctima, una contribución a la realización del tipo igual de "positiva" que la del que clava el cuchillo. La circunstancia de que el incumplimiento o no realización de su contribución haría fracasar el plan es sólo la otra cara o el reverso "negativo" de ese codominio positivo. El codominio no está estructurado de manera distinta en el caso de la propia persona que clava el cuchillo: también en su caso la circunstancia de que su omisión haría fracasar el plan es el reverso de su parte o participación positiva en el hecho. Por lo tanto, la distinción mantenida [por este autor] no puede fundamentar una diferencia valorativa de las partes o participaciones o porciones del hecho. Da igual si el coautor sujeta a la víctima para hacer posible la cuchillada mortal o asesta él mismo una cuchillada que junto a otras cuchilladas produce el resultado: en ambos casos los intervinientes dependen recíprocamente uno de otro y son codominadores del suceso mediante su hacer "positivo".

256 *Luzón Peña* y *Díaz y García Conlledo* han defendido de mis objeciones la doctrina de la autoría que conjuntamente sostienen, en la que se basa la concepción descrita de la coautoría, exponiendo de modo resumido sus premisas[333]. Opinan, en el caso del que clava el cuchillo[334], "que el hecho de sujetar a la víctima no puede producir en absoluto la muerte, y por tanto no determina positivamente el hecho –matar– (y por eso el que sujeta no 'mata'), mientras que, por el contrario, únicamente el clavar el cuchillo decide –determina positivamente– que se produzca la muerte (el que clava el cuchillo 'mata'); y por consiguiente, esta clara diferencia sí que puede perfectamente fundamentar una diferencia en la valoración [de ambas conductas]". Al respecto se podría decir: es cierto que el sujetar, en una contemplación aislada, no puede matar; no obstante, tampoco el que clava el cuchillo podría matar si nadie sujetara a la víctima. Ambas acciones son, por tanto, presupuestos "positivos" igual de importantes de la muerte. Con ello no debe negarse que un concepto de coautoría tan estrecho, restringido a la verdadera acción típica, como el que defienden ambos autores, puede construirse perfectamente; y posee

[333] *Luzón Peña y Díaz y García Conlledo*, Roxin-FS, 2001, 575 ss. (especialmente 592-598). Asimismo *Rodríguez Montañés*, Roxin-FS, 2001, 322.

[334] *Luzón Peña y Díaz y García Conlledo*, Roxin-FS, 2001, 594, n. 66.

en todo caso la ventaja de una máxima cercanía al tipo. Pero no sería adecuado conforme al Derecho alemán imponer al que sujeta sólo la pena más benigna del cómplice pese a que en la ejecución del hecho ha prestado una contribución al hecho del mismo valor, equivalente. Este problema no existe en el Derecho español, porque en él el llamado cooperador (o cómplice) necesario (o principal), que presta una contribución necesaria al hecho, puede ser gravado con la misma pena que el autor (art. 28 II b del Código Penal). No obstante, hay también autores en España que consideran al cooperador (o cómplice) necesario (o principal), siempre o al menos en caso de codominio por su parte, un coautor[335].

También trabaja con el concepto del dominio negativo del hecho *Küper*[336]. Este autor combina la contribución positiva, que radica en el propio hacer del coautor, con el dominio negativo del hecho, que consistiría en que el coautor puede hacer fracasar el plan común. En virtud de esta significación positiva y negativa de su propia contribución al hecho, habría de imputarse al coautor también la contribución del otro. Aquí se contempla correctamente el lado "positivo" y el "negativo" del actuar en forma o a título de coautor, si bien demasiado separados uno de otro, porque la posibilidad de hacer fracasar es sólo un aspecto de la esencialidad de la contribución positiva. Pero no es precisa una imputación de la conducta ajena. Pues el propio hacer del coautor le confiere sin imputación alguna de conducta ajena el codominio sobre todo el hecho, sobre el conjunto del hecho (o hecho conjunto). Naturalmente, no es una autoría individual o única; en ese sentido la coautoría es menos que la autoría inmediata y la mediata. El que el codominio se castigue como un dominio individual o único es una decisión no evidente, pero sí justificada del legislador. 257

e) La coautoría como inducción recíproca en *Puppe*

Puppe[337] interpreta la coautoría como inducción recíproca. Ello se basa en su especial concepción de la inducción como un "pacto sobre el injusto con carácter obligatorio para el autor". Pero, en primer lugar, se exige con ello demasiado para la inducción[338], dado que una incitación con éxito basta plenamente para el "determinar" al hecho exigido legalmente. Y, en segundo lugar, la interpretación de la coautoría como una forma especial de inducción tampoco satisface o se corresponde con el modelo legal de la "comisión conjunta", que presupone una actuación en conjunto (o juntos) con división del trabajo en la fase ejecutiva. 258

f) La coautoría como problema de la Parte especial en *Freund*

Para *Freund* la autoría es conducta típica (cfr. ya nm. 37), y no como realización (o carácter) de propia mano en el sentido de la teoría objetivo-formal, sino en un sentido material. Hasta ahí ello se corresponde con la teoría del dominio del hecho, para la cual la autoría es igualmen- 259

---

[335] En este sentido p. ej. *Cerezo Mir*, Roxin-FS, 2001, 549 ss., quien señala (*loc. cit.*, 554, n. 20) que el Tribunal Supremo español habría asumido la concepción aquí defendida del dominio funcional del hecho.

[336] *Küper*, 1978, 53 s.; 60 s.; JZ 1979, 786.

[337] *Puppe*, Spinellis-FS, 2001, 917 ss.

[338] Cfr. § 26, nm. 73, 88 s.

te realización de propia mano, mediata o conjunta del tipo. *Freund*[339] no quiere ver sin embargo el criterio de realización material del tipo en el dominio del hecho u otra característica general, sino determinarlo mediante interpretación de cada uno de los tipos de la Parte especial. Se trataría de un problema "que precisamente no ha de superarse de manera adecuada con un criterio general de (co)autoría que haga abstracción de las peculiaridades de los concretos tipos". La delimitación de autoría y participación sería entonces por tanto un problema de la Parte especial.

260 Sin embargo, ha de contradecirse a este autor. Pues la regulación legal está concebida como propia de la Parte general y establece, con el criterio de la "comisión conjunta" en el § 25 II, un requisito que, si bien es verdad que experimenta matices propios en los tipos de la Parte especial, es el mismo en todas partes como baremo rector. La renuncia a un baremo unitario o uniforme como el que representa el dominio funcional como colaboración o actuación en conjunto con división del trabajo en la fase ejecutiva da lugar a una mayor inseguridad jurídica que no puede subsanarse con ayuda de los tipos particulares, porque estos describen sin excepción sólo al autor inmediato y no ofrecen indicio o referencia alguno para la determinación del carácter conjunto.

261 Ello se demuestra también en los esfuerzos de *Freund* por ejemplificar su solución al menos con tres "grupos de casos importantes de conducta típica de coautor". Las dos primeras constelaciones constituyen los ejemplos conocidos (cfr. nm. 211) en los que uno sujeta a la víctima y otro le quita el dinero o la golpea[340]. En ellos se trata efectivamente de ejemplos paradigmáticos de conducta de coautoría en el sentido de la colaboración o actuación conjunta con división del trabajo en la fase ejecutiva. Pero *Freund* fundamenta la coautoría en el primer caso con las palabras de que el apreciarla estaría "indicado conforme al tenor literal y la *ratio*" y en el segundo con la tesis de que el que sujeta habría "contravenido la prohibición de lesionar de una forma que sobrepasa cualitativamente la mera complicidad o cooperación". Pero, si bien se trata de afirmaciones acertadas, falta toda fundamentación aprehensible o concreta para ellas.

262 Como tercer "grupo de casos" trata *Freund* el de la "vigilancia o estar apostado como vigilante". Al respecto opina: Si el que está apostado en funciones de vigilancia "ha hecho realmente posible con su conducta la acción de sustracción del otro e incluso ha instigado mediante la correspondiente incitación en la antesala o el preludio (del hecho), muy probablemente se ha dado el necesario 'salto cualitativo' a la responsabilidad por coautoría". Pero, en primer lugar, eso es sólo un juicio de sentimiento o intuitivo ("muy probablemente"). En segundo lugar,

---

[339] *Freund*, AT, § 10, nm. 161 ss. (164).

[340] *Freund*, AT, § 10, nm. 166-168.

para la coautoría basta plenamente el carácter de imprescindible de la contribución durante la ejecución. Y, en tercer lugar, no se entiende cómo una inducción añadida ("incitación en la antesala o el preludio -del hecho-") podría convertir una complicidad en una coautoría. En cuarto lugar, tampoco es comprensible cómo todo esto podría extraerse o deducirse del tenor literal del tipo del hurto "en una contemplación material". El traslado del problema de delimitación a la Parte especial no sirve por tanto de ayuda.

g) La coautoría como "unión o comunidad de decisión" en *Heinrich*

263 *Heinrich* rechaza, además de la doctrina del dominio del hecho, también la necesidad de dominio conjunto de la acción de ejecución como requisito de la coautoría. En su lugar exige una unión o comunidad de decisión[341], una decisión o resolución conjunta, como aquella a cuya "realización (o puesta en práctica) inmediata se ha de dirigir el suceso"[342]. Los concretos coautores se fusionan, mediante la "unión o comunidad de decisión", en una "persona común o conjunta imaginaria"[343] a la que se imputa el suceso. A este respecto, no sería decisivo "quién de los concretos titulares de la decisión o resolución común de cometer el hecho realiza qué parte de la ejecución o una parte de la ejecución, sea lo amplia que sea, o incluso si él mismo efectúa realmente semejante acto de realización o puesta en práctica". Coautor es por tanto también aquel "que él mismo no pone inmediatamente las manos (en el hecho), sino por ejemplo sólo mira, porque es demasiado torpe para realizar o poner en práctica de propia mano la decisión de cometer el hecho o no quiere 'mancharse las manos'"[344]. Pero, por otro lado, el coautor que permanece inactivo debería estar presente al menos en la ejecución. Sólo en ese caso la ejecución "se alimentaría ... directamente de la comunidad de decisión" y "se actualizaría ininterrupidamente" la unión o comunidad, mientras que, en caso de ausencia de uno de los intervinientes en la decisión de cometer el hecho, debería contemplarse como "revocada y con ello ya sin efecto presente" la unión o comunidad de decisión o resolución[345].

264 Esta opinión se encuentra entre la concepción del dominio del hecho de la jurispr. y la aquí defendida, en la medida en que, si bien no exige una contribución al hecho, sí exige la presencia del coautor en la fase ejecutiva. En su contenido sustancial ha de rechazarse. Pues se conforma en el fondo con una decisión o resolución común a cometer el hecho y no deja nada de la ejecución común, que corresponde o tiene su

[341] *Heinrich*, 2002, 285 ss. (288 s.).
[342] *Heinrich*, 2002, 287.
[343] Aquí y en lo que sigue *Heinrich*, 2002, 287.
[344] *Heinrich*, 2002, 289.
[345] *Heinrich*, 2002, 293.

sitio en la "comisión conjunta" exigida por la ley. Pues el puro mirar no es una contribución al hecho y se interpreta también por *Heinrich* sólo en el sentido de un mantenimiento de la decisión o resolución de cometer el hecho. Pero incluso con esta reducida función no es verdaderamente plausible la exigencia de presencia. Pues no se entiende por qué una decisión o resolución conjunta habría de quedar necesariamente "revocada" por la ausencia de la persona participante en ella y resultar "ininterrumpidamente actualizada" por su presencia pasiva. Una colaboración o asociación de igual rango, como ha de considerarse la coautoría, presupone también contribuciones de igual valor (equivalentes).

7. Autoría [y participación] yuxtapuesta (o paralela o accesoria)*[346]

265 Por autoría yuxtapuesta (o paralela o accesoria) se entiende el caso en que varias personas causan el mismo resultado sin ser coautores[347]. Así sucede p. ej. cuando madre e hija matan al padre de familia de manera independiente una de otra mediante acciones autónomas de lesiones (BGH NJW 1966, 1823). El caso más frecuente en los delitos dolosos es el de la inducción yuxtapuesta (o paralela o accesoria) o con la estructura de autoría yuxtapuesta (o paralela o accesoria)I**: varias personas inducen al autor de manera independiente unas de otras[348]. Por lo demás, los dominios de

---

* La expresión alemana que utiliza *Roxin* y que es común en la doctrina en lengua alemana es *Nebentäterschaft* y la traducción generalizada en español es "autoría accesoria". Sin embargo, esa traducción siempre me ha parecido algo confusa; no es necesariamente incorrecta, pues alguna de las varias acepciones que el DRAE recoge pueden tener connotaciones que evocan lo que la figura representa: por ejemplo, la segunda parte la primera: "Que depende de lo principal o *se le une por accidente*", si bien la palabra "accidente" podría resultar a veces confusa también en este contexto; por otro lado, el hablar de accesoriedad podría dar lugar a confusión con la característica fundamental de la participación y hacer pensar que los autores accesorios están sometidos a la regla de la accesoriedad. Personalmente alguna vez he traducido por "paralela", en el sentido de que las contribuciones de los autores no se juntan en una acción común; sin embargo, esta traducción también tiene inconvenientes, pues las (líneas) paralelas "...por más que se prolonguen no pueden encontrarse", mientras que las contribuciones de los autores en este caso sí se acaban encontrando. Por ello, hoy por hoy, pudiendo haber además otras que den idea aproximada de la figura, la traducción que me parece preferible es la que propone *Luzón Peña* de "yuxtapuesta": "Colocado junto a algo o en posición inmediata a algo", aunque tampoco describe absolutamente la figura. En consecuencia, utilizo una triple traducción, dando preferencia a "autoría yuxtapuesta" y escribiendo entre paréntesis "o paralela o accesoria". Por otra parte, como veremos, al igual que en otras ocasiones, la palabra *Täterschaft*, o sea "autoría", se utiliza aquí por *Roxin* en un sentido amplio, pues se refiere también a lo que, en mi opinión, sería preferible denominar, supuestos de participación accesoria [N. del T.].

[346] *Murmann*, 1993.

[347] RGSt 19, 141, 145; 55, 78 s.; 68, 256; BGHSt 4, 20; 7, 112; BGH NJW 1966, 1823.

** Utilizo esta doble traducción un tanto extraña porque, como advertía en la anterior N. del T., *Roxin* se refiere a un supuesto de participación, en concreto de inducción, pero habla de *nebentäterschaftliche Anstiftung*, donde la referencia a la autoría (*Täterschaft*) ha de entenderse en un sentido amplio [N. del T.].

[348] RGSt 14, 92, 95; 43, 293, 296; 55, 78, 80.

la autoría yuxtapuesta (o paralela o accesoria) son los delitos imprudentes; pues a menudo sucede que las infracciones al cuidado [debido] de distintas personas, aun sin ser estas coautores (al respecto, nm. 239 ss.), causan o producen juntas una realización típica. Si, p. ej., A entrega en el guardarropa de un teatro un abrigo en cuyo bolsillo se encuentra un revólver cargado y el encargado del guardarropa B descubre el revólver, cree que está descargado y de broma, pero con efecto mortal, aprieta el gatillo apuntando a C, A y B son autores yuxtapuestos (o paralelos o accesorios) de un homicidio imprudente. Pues ambos se han comportado negligentemente (con ligereza) y han creado respectivamente un riesgo no permitido propio, que se ha realizado en el resultado.

El concepto de autoría yuxtapuesta (o paralela o accesoria) no po- 266
see significación o relevancia dogmática autónoma[349]. Dado que cada contribución al hecho ha de enjuiciarse autónomamente, no se pueden obtener de la construcción de la autoría yuxtapuesta (o paralela o accesoria) conclusiones que no se pudieran alcanzar también sin ella. Los principales problemas radican en la cuestión de hasta qué punto las contribuciones individuales son causales para el resultado o se han de imputar al cocausante. Sólo se pueden resolver conforme a las reglas que rigen al respecto (cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], §§ 11 y 24).

D. Delitos de infracción de deber

I. Delitos de dominio y de infracción de deber

Hay dos métodos con cuya ayuda el legislador puede comprender o 267
incluir típicamente de una manera respetuosa con el principio *nullum crimen* una conducta típicamente delictiva. El primero consiste en la descripción más precisa posible de las conductas intolerablemente dañosas socialmente que pretende conminar con pena: las del asesinato, las lesiones, la estafa, etc. En este caso se puede hablar de **delitos de acción**; en ellos la figura central del suceso ocasionado por varias personas se determina conforme al dominio del hecho, tal y como se ha expuesto anteriormente en sus múltiples manifestaciones o formas de aparición.

El segundo método consiste en la conexión con deberes constituti- 268
vos del tipo que han experimentado su concreción en los más diversos ámbitos del ordenamiento jurídico y cuya infracción provocadora o incluso únicamente no evitadora del resultado típico se conmina con pena. El legislador se sirve de este método sobre todo en los casos en que lo decisivo para él no es la configuración o constitución externa de

[349] *Fincke*, GA 1975, 161 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 63 II 3; *Murmann*, 1993; *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 1 b.

la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien contraviene las exigencias de prestaciones o rendimiento de un papel social por él asumido. En tales casos figura central entre varios intervinientes es quien infringe el deber pretípico que le incumbe y de ese modo contribuye por acción u omisión al resultado, siendo indiferente la magnitud de la participación externa en el resultado o el dominio del hecho. Yo hablo en este caso de **delitos de infracción de deber**[350]. En lo que sigue se trata de la delimitación de autoría y participación en el ámbito de esta forma especial de delitos.

269 La distinción aquí adoptada ha sido acogida y proseguida en sus aspectos fundamentales –o sea, sin limitarse a la teoría de la autoría- por *Jakobs*[351]: "Como fundamento de la responsabilidad ... sólo entran en consideración en la sociedad moderna ... dos: en primer lugar, los seres humanos configuran el mundo y responden cuando configuran allí donde otros pueden configurar. Ello conduce a la responsabilidad por arrogación de organización. En segundo lugar, los seres humanos viven en una relación característica con otros, o sea, dsempeñan determinados papeles. Frustan o decepcionan cuando se salen del papel; ello conduce a la responsabilidad por vulneración o infracción de una institución". Indica expresamente que esta "diferenciación coincide con la existente entre delitos de dominio y de infracción de deber".

270 La jurispr. aún no ha acogido la doctrina de los delitos de infracción de deber, pero esta ha encontrado un número creciente de defensores en la literatura científica[352]. *Sánchez-Vera*[353], un discípulo de *Jakobs,* ha dedicado a esa doctrina una primera monografía importante. A continuación se tomará posición sobre las cuestiones controvertidas ligadas a los delitos de infracción de deber al hilo de la discusión de las consecuencias que tienen para la delimitación de autoría y participación.

---

[350] Sobre la teoría de los delitos de infracción de deber, cfr. mi libro sobre "Täterschaft und Tatherrschaft" ["Autoría y dominio del hecho"], 1ª, 1963, a 5ª, 1990, 354 s., 384 ss. y *passim.* Acerca del reciente estado de la discusión, *loc. cit.*, 5ª, 1990, 626 ss., 651 s., 7ª, 2000, 392 ss., 695 ss. La exposición de los nm. 265 s. se conecta con mis explicaciones básicas en "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem" ["Política criminal y sistema del Derecho penal"] (2ª, 1973, 16 s.) [existe traducción, con introducción del traductor, de esta obra por *Muñoz Conde,* 1972 (España), 2ª, 2000 (Argentina). N. del T.].

[351] *Jakobs,* 1992, 31.

[352] *Blauth,* 1968, 76 ss.; *Blei,* AT, 18ª, § 71 II 1 b; *Cramer,* Bockelmann-FS, 1979, 395 s.; *Ebert,* AT, 3ª, 43, 191; *Gropp,* AT, 2ª, § 10, nm. 39; *Haft,* AT, 8ª, 195; *Herzberg,* 1977, 33; *Jakobs,* AT, 2ª, 21/116 ff.; *Kindhäuser,* StGB, antes del § 25, nm. 42 s.; *Kühl,* AT, 3ª, § 20, nm. 14; *Murmann,* 1993, 181; *Sch/Sch/Cramer/Heine,* 26ª, antes de los §§ 25 ss., nm. 84; § 25, nm. 78; *Schünemann,* GA 1986, 331 ss.; *Wagner,* 1975, 70 ss., 72; *Wessels/Beulke,* AT, 31ª, nm. 521.

[353] *Sánchez-Vera,* 1999. Un importante ensayo sobre los delitos de infracción de deber es el ofrecido por *Pizarro Beleza,* Coimbra-Symposium, 1995, 267.

II. La infracción del deber específico para el tipo referida al resultado como criterio de autoría

271 Un clásico delito de infracción de deber es v. gr. la administración o gestión desleal [de patrimonio ajeno] (§ 266). Este tipo castiga la infracción del "deber de salvaguardar o defender intereses patrimoniales ajenos", si con ello el autor "inflige un perjuicio a aquel de cuyos intereses patrimoniales ha de ocuparse". Está claro que esta infracción de deber dañina para el patrimonio puede efectuarse a través de muy variadas acciones y también mediante omisión, pero que estos aspectos formales o circunstancias externas no son decisivos para la realización del tipo. Pues según el claro tenor literal de la ley es autor quien infringe el deber específico del tipo de modo dañino para el patrimonio. Este denominado *intraneus* sigue siendo autor también cuando recurre a colaboradores o compinches para la ejecución que no están vinculados por el deber (los llamados *extranei*) y que por eso no entran en consideración como autores.

272 Por lo tanto, si un administrador de un patrimonio hace caso omiso del papel asumido por él e inflige daños al titular del patrimonio, comete una administración o gestión desleal incluso en la hipótesis de que él no efectúe en persona la transacción que daña el patrimonio, sino que se sirva para ello de un *extraneus* al que v. gr. ha incitado a desviar los activos o valores patrimoniales. Comete el hecho "a través de otro" en el sentido del § 25 I y es autor mediato de una administración o gestión desleal, aunque desde la perspectiva del dominio del hecho sería sólo inductor[354]. El ejecutor, por no tener deber de ocuparse del patrimonio (ajeno), es sólo cómplice, pese a que posee el dominio de la acción y debería ser autor conforme a las reglas del dominio del hecho. De modo análogo, sólo puede ser coautor quien como *intraneus* tiene el deber con otro y lo infringe con él. Si lo hace, es coautor incluso sin deber prestar una contribución esencial en la fase ejecutiva, que es decisiva en los delitos de dominio. Es ya coautor de una administración o gestión desleal un administrador de un patrimonio cuando sólo cubre los manejos de su colega sin poner él mismo las manos (en el asunto). Por otro lado, alguien que presta una contribución esencial en la ejecución de las acciones dañosas para el patrimonio puede ser, sin embargo, sólo cómplice o cooperador si, como *extraneus*, no tiene deber de ocuparse del patrimonio.

273 Los deberes fundamentadores de autoría no son todos de la misma clase; la mayoría de las veces describen un injusto especial referido al autor (como la cualidad de funcionario público o autoridad en los §§ 331 ss. [delitos en el ejercicio del cargo], el deber de silencio o secreto profesional en el § 203 [violación o revelación de secretos privados] o el tener encomendada o confiada [la cosa] en el § 246 I, 2ª alternativa* [modalidad de apro-

---

[354] A favor de autoría inmediata en un caso así *Sánchez-Vera*, 1999, 161 ss., 163.

* Hoy en día sería el § 246 (2) o, como prefiere numerar *Roxin*, 246 II (v. N. del T. correspondiente al nm. 154 de este mismo §) [N. del T.].

piación indebida]), pero en ocasiones sirven también sólo para restringir el tipo al autor típico (o prototípico o modelo o plásticamente descrito) tomado en consideración por el legislador (como el deber de espera del causante del accidente conforme al § 142 [alejamiento no permitido del lugar del accidente] o el deber de tener a disposición el patrimonio por parte del deudor sometido a embargo o ejecución forzosa conforme al § 288 [delito consistente en hacer fracasar o frustrar la ejecución forzosa o embargo]). No obstante, esta distinción, que es muy importante para la aplicabilidad del § 28 [elementos o características personales especiales] (cfr. § 27, nm. 23 ss.), es indiferente para la simple cualificación como delito de infracción de deber. La delimitación de autoría y participación se llevará siempre a cabo del modo explicado en los nm. 271 s. con el ejemplo del § 266 [administración o gestión desleal].

274 La grandes diferencias que se producen en la delimitación de autoría y participación entre delitos de dominio y de infracción de deber no cambian para nada el hecho de que sus conceptos de autor coinciden en el punto de referencia superior de la "figura central del suceso o acontecer típico". Sólo son diferentes manifestaciones de este principio rector. *Schünemann*[355] intenta una conciliación aún más estrecha, interpretando los delitos de infracción de deber como casos de **"dominio de protección sobre el bien jurídico"** o en formulación más reciente[356] "dominio del suceso o acontecimiento en el sentido de control sobre un ámbito social" y con ello como una manifestación más de los delitos de dominio. Así, el deber de protección o tutela del patrimonio en la adminsitración o gestión desleal se basaría en una "posición de custodia o protección y de proximidad respecto a un patrimonio ajeno" y el deber de silencio o secreto en el § 203 en la "concesión de un dominio" sobre la esfera secreta ajena. De este modo, pretende constituir "un principio normativo fundamental unitario del dominio del hecho". Cercano es el principio rector del **"dominio configurativo"** de *Bottke*[357] al que se pueden someter de la misma manera los delitos de dominio y de infracción de deber en un sentido distinto aquí. Tales esfuerzos, que requieren aún de ulterior elaboración, son fructíferos; pero no deben nivelar o igualar las diferencias que se producen en la delimitación de las formas de intervención[358]. También se ha de reflexionar sobre el hecho de que el dominio de protección o control asumido por el autor precisamente no se observa o ejerce en la realización de delitos de infracción de deber, y por tanto no se puede equiparar necesariamente al actuar mediante ejercicio activo de dominio del hecho.

---

[355] *Schünemann*, GA 1986, 331 ss.

[356] LK-*Schünemann*, 11ª, § 14, nm. 17.

[357] *Bottke*, 1992, *passim*; resumidamente *Bottke*, Coimbra-Symposium, 1995, 235.

[358] Esta nivelación o igualación se evita en *Schünemann*, mientras que *Bottke* pretende tratar también los delitos de infracción de deber conforme a los baremos de los delitos de dominio (al respecto nm. 279 s.).

III. El problema del instrumento doloso no cualificado

Con el reconocimiento de los delitos de infracción de deber se puede re- 275
solver sobre todo un problema en el que ha fracasado la teoría del dominio del hecho: el caso de la autoría mediata con ayuda de un instrumento doloso no cualificado (es decir, un ejecutor doloso del hecho, pero sin la cualificación del autor). Si una persona con el deber de ocuparse de un patrimonio (ajeno), para llevar a cabo las acciones productoras de un perjuicio (§ 266), o un médico, para revelar los secretos a él confiados (§ 203), se sirven de un *extraneus* que realiza él solo la ejecución y por ello posee el dominio del hecho, el *intraneus* es pese a todo autor mediato, pues la infracción del deber típicamente específico productor del resultado fundamenta autoría incluso sin dominio del hecho (nm. 271)[359]. Esta tesis "llana (clara)", político-crimalmente sensata y practicada en su resultado desde siempre por jurispr. y doc. dom. no es compatible sin embargo con la doctrina del dominio del hecho, ampliamente considerada válida sin excepciones.

Cuando, no obstante, se intenta (compatibilizar), al sujeto de atrás se le 276
atribuye siguiendo reflexiones de *Gallas*[360] un **dominio "social"** [361] o **"psicológico-normativo"** del hecho, que *Jescheck*[362] fundamenta así[363]: "Aquí debe ser determinante la consideración de que el dominio del hecho ha de concebirse en estos casos normativamente. El delito no puede cometerse en absoluto por el sujeto que actúa como medio (en el hecho) sin la colaboración del sujeto de atrás, un suceso jurídico-penalmente relevante surge sólo y exclusivamente por el hecho de que este aporta la ... propiedad exigida por el legislador. De modo que la influencia jurídicamente dominante del sujeto de atrás es decisiva para la autoría".

Esta argumentación resulta circular[364]. Pues si el empleo de un "instru- 277
mento doloso no cualificado" por el sujeto de atrás produce un "hecho jurí-

---

[359] A ello se han adherido: *Blei*, AT, 18ª, § 71 II 1 b; *Cramer*, Bockelmann-FS, 1979, 395 s.; *Ebert*, AT, 3ª, 195 s.; *Groppe*, AT, 2ª, § 10, nm. 39; *Herzberg*, 1977, § 3 III 5 b; *Jakobs*, AT, 2ª, 21/104, 116 ss.; *Kindhäuser*, StGB, antes del § 25, nm. 43; § 25, nm. 15 ss.; *Sánchez-Vera*, 1999, 163 s.; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 25, nm. 44; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 521; similar *Wagner*, 1975, 378 ss. Acerca de la necesidad de aplicar la concepción del delito de infracción de deber aquí defendida también en los delitos de eliminación de residuos, cfr. *Hecker*, 1991, 21 ss. con ulteriores referencias. Este autor señala con razón que en la delimitación de autoría y participación en el ámbito del § 326 I [que tipifica diversas conductas, entre ellas la de eliminación, en relación con determinados residuos] se habrían de invocar los principios del delito de infracción de deber, en tanto se trate de la responsabilidad penal del propietario de residuos sobre el que recae un deber especial.

[360] *Gallas*, MatStrRef. I, 135 s.

[361] *Welzel*, StrafR, 11ª, 104.

[362] *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 II 7.

[363] Similar *Bockelmann/Volk*, AT, 4ª, § 22 II 1; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 25, nm. 4.

[364] Asimismo *Herzberg*, 1977, § 3 III 5 a; *Jakobs*, AT, 2ª, 21/104; *Otto*, AT, 6ª, § 21 IV 3 f; SK-*Samson*, 5ª, § 25, nm. 35 (similar SK-*Hoyer*, 7ª, § 25, nm. 54); *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 40. Sosteniendo la inidoneidad de la idea del dominio del hecho también *Freund*, AT, § 10, nm. 73 s. y *Wagner*, 1975, 380.

dico-penalmente relevante" es precisamente la cuestión (discutida) (cfr. nm. 279) cuya contestación positiva presumida desde un principio sólo se asevera, pero no se fundamenta. Además, la "influencia jurídicamente dominante del sujeto de atrás" no indica un dominio real, sino la situación o posición de deber típicamente específica que no es accesible al *extraneus*. Lo propio vale para la fundamentación de *Bockelmann*[365], quien adjudica el dominio del hecho al sujeto de atrás cuando "se puede atribuir al que actúa en primer plano la cualidad de instrumento por circunstancias especiales excluyentes o modificadoras de su propia responsabilidad por el hecho y ... el sujeto de atrás ... utiliza con conocimiento de esas circunstancias al que actúa como medio (en el hecho)". Pues las aquí denominadas "circunstancias" que excluyen la autoría del ejecutor y fundamentan la del sujeto de atrás radican precisamente en la posición especial de deber y no en el dominio del hecho.

278 Otra vía sigue *Schmidhäuser*[366], quien aprecia una **autoría omisiva del** *intraneus* **especialmente sometido al deber** si no toma medidas contra el *extraneus* ejecutor. Lo explica con el ejemplo de los delitos de autoridad o funcionario público en los que el titular del cargo o función poseería una posición de garante "en virtud de la cual tiene el deber de tomar medidas si otro interfiriera o actuara de manera perturbadora en el ámbito de su cargo o función". Ello es en sí mismo correcto (aun cuando la autoría del omitente, que desde la perspectiva del dominio del hecho sólo podría ser cómplice o cooperador, no se fundamenta mayormente). Pero la autoría del omitente se basa sólo en su especial posición de deber, que le hace garante de los procesos o acontecimientos en el ámbito de su cargo o función. El sujeto sobre el que recae el deber especial infringe aún más esta posición de garante cuando incita a un *extraneus* a realizar el hecho y pasa con ello a una actuación activa. Por eso no es convincente o evidente que sea la infracción de deber del omitente sobre el que recae el deber especial, y no la del que actúa activamente lo que haya de fundamentar su autoría. Pues al sujeto de atrás que se sirve de un *extraneus* le reprochamos la producción del hecho y no sólo la omisión de su evitación[367]. En realidad, la solución de *Schmidhäuser* desemboca en el reconocimiento de los delitos de infracción de deber (bajo el ropaje de la omisión).

279 La **solución** más consecuente desde la persectiva de la teoría del dominio del hecho es la de dejar impunes, en caso de utilización de un instrumento doloso no cualificado, **tanto al sujeto de delante como al de atrás**: al sujeto de delante porque no reúne la cualificación del autor exigida por la ley, y al sujeto de atrás porque, si bien posee la propiedad del autor, no tiene el dominio del hecho. Y esta es de hecho la solución que eligen diversos auto-

---

[365] *Bockelmann*, AT, 3ª, § 22 II 1; asimismo *Bockelmann/Volk*, AT, 4ª, § 22 II 1.

[366] *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 14/51; *el mismo*, StuB AT, 2ª, 10/97; siguiéndole *Kindhäuser*, StGB, § 25, nm. 18.

[367] Objeciones análogas contra esta solución también en *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 41; *Wagner*, 1975, 380; también ya *Roxin*, ZStW 85 (1973), 102.

res[368]. Pero su resultado o conclusión es insostenible y no puede haber sido querido por el legislador. Pues entonces a una persona sobre la que recae un deber especial le bastaría servirse de un *extraneus* para poder infringir impunemente su deber y causar el correspondiente resultado típico: el administrador de un patrimonio (ajeno) que hace desviar por un *extraneus* los fondos a él confiados (§ 266) y el encargado del registro que hace llevar a cabo por un experto en falsificaciones no funcionario la certificación falsa (§ 348) planeada por él y todos los casos similares en otros delitos especiales resultarían impunes. Una posibilidad tan cómoda de escabullirse por los huecos de la ley vaciaría estos tipos. Incluso si se prescinde de sus consecuencias, esta solución no es dogmáticamente viable, porque el *intraneus* que no toma medidas contra el *extraneus* que realiza el resultado típico sin su intervención es responsable como autor por omisión (nm. 278). Y entonces el *intraneus* que realiza el resultado típico mediante actuación positiva, aun cuando sin dominio del hecho, no puede quedar exento de responsabilidad penal.

La jurispr. no ha tenido problemas hasta ahora con el tratamiento de los 280
delitos de infracción de deber en general y con el del instrumento doloso no cualificado en particular[369], porque la teoría subjetiva anteriormente predominante permitía sin más atribuir la "voluntad de autor" al *intraneus* que actúa en segundo plano. Pero se aproxima sorprendentemente –con cobertura subjetiva- a la solución aquí defendida, cuando en BGHSt 9, 217, sobre un caso de administración o gestión desleal (societaria) del § 81 a GmbHG v. a., se dice "que el autor pertenece a un determinado círculo de personas al que ... está confiado el patrimonio social. Esta configuración del tipo tiene primero como consecuencia que terceros o extraños no puedan ser autores en el sentido del precepto especial, sino sólo inductores y cooperadores o cómplices. Pero, por otra parte, la especialidad del tipo hace que los propios miembros del círculo de personas respondan por regla general como autores, siempre que concurran los elementos especiales del tipo. Pues, aun cuando sólo permitan o fomenten o favorezcan que otro perjudique inmediatamente con su conducta a la corporación, infringen sin embargo un deber de proteger y ocuparse del patrimonio precisamente impuesto a ellos personalmente; dado que ahí radica el núcleo de su culpa, tienen en tales casos, desde la perspectiva de la administración o gestión desleal societaria, por regla general de todas formas necesariamente la voluntad de autor". Cuando en este caso no se deduce la "voluntad de autor" de elementos subje-

---

[368] *Bloy*, 1985, 241; *Bottke*, 1992, 112, 117 y *passim*; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 38 ss.; muy probablemente también *Otto*, Jura 1987, 256; similar, pero menos estrictos *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 48/57 s. *Krey*, AT/2, nm. 93,opina que apreciar una autoría mediata conculcaría la prohibición de analogía. "Pues comisión de un hecho significa realización del tipo penal con dominio del hecho". Sin embargo, tal vinculación legal a la vigencia sin excepciones del principio del dominio del hecho no está positivizada o codificada en ninguna parte y no sería en absoluto razonable por parte del legislador, como se explica en el texto.

[369] A favor de la autoría mediata RGSt 28, 109 s. sobre un caso del § 348 II v. a. [certificación falsa de funcionario] (sin fundamentación más precisa).

tivos o del dominio del hecho, sino del "deber de proteger y ocuparse del patrimonio impuesto personalmente", está claro que en realidad este, y no una "voluntad de autor" que haya que distinguir de él, fundamenta la autoría.

IV. Las objeciones aducidas contra la admisión de delitos de infracción de deber

281 Una objeción esencial contra los delitos de infracción de deber radica en que en la mayoría de ellos el tipo, con todo, describe también una acción (v. gr. una lesión en el § 340 [lesiones en el ejercicio del cargo o función], una coacción o amenaza por parte de autoridad o funcionario para forzar que alguien declare, aclare algo u omita hacerlo en determinados procesos o procedimientos en el § 343, etc.) y en que en relación con esta acción se podría y debería diferenciar entre autoría y participación según las reglas de la teoría del dominio del hecho[370]. Así, *Stratenwerth*[371] concede que "cualquier colaboración de la persona sobre la que recae el deber especial en el delito, también la instigación o el apoyo o auxilio" sería "autoría cuando el tipo no describe absolutamente ninguna acción determinada, sino que conmina con pena cualquier infracción del deber especial, como sucede en la administración o gestión desleal"; con ello en todo caso se está admitiendo la existencia de delitos de infracción de deber. No obstante, el tipo exigiría también en los delitos especiales "por regla general que el autor cualificado realice una determinada acción, y en relación con la cuestión de si lo ha hecho no pueden regir parámetros distintos del resto de los casos (en el 'delito de dominio'). En esta medida, conformarse con cualquier contribución al hecho **vulnera el principio '*nullum crimen sine lege*'**".

282 De manera similar se lee en *Jescheck*[372] que sería correcto "mantenerse en general en la teoría del domino del hecho ... O sea que, si varios intervinientes tienen el mismo deber, es decisivo de nuevo exclusivamente del dominio del hecho". *Bottke*[373] opina que "en virtud de una precomprensión del lenguaje común ..." se habría de exigir "un momento de dominio demostrado" y que tampoco podría modificar esto en nada una "plausibilidad prioritaria político-criminalmente argumentada" de la teoría del delito de infracción de deber. "La utilización eventualmente impune de un *extraneus* doloso por un *intraneus* que no actúa inmediatamente como autor no es, en un Derecho penal sometido al principio *nullum crimen*, una razón suficiente para apartarse del desarrollo fiel a la ley de la idea

---

[370] Para la refutación de todas estas opiniones, cfr. *Sánchez-Vera*, 1999, 137 ss.

[371] *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 40; siguiéndole SK-*Samson*, 5ª, § 25, nm. 35 (distinto ahora SK-*Hoyer*, 7ª, § 25, nm. 21 ss.); la objeción la desarrolla del modo más minucioso y profundo *Bottke*, 1992, 109-118 (sin la concesión relativa al § 266 [administración o gestión desleal]). También *Renzikowski*, 1997, 27-29 persiste en la exigencia de dominio del hecho.

[372] *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 I 1, n. 1.

[373] *Bottke*, 1992, 112, 115.

del dominio configurativo realizador del suceso". También *Pizarro Beleza*[374] considera "que ... para la determinación del círculo de autores en los delitos de infracción de deber debemos basarnos tanto en el criterio del sometimiento al deber especial extrapenal como también en el criterio del dominio del hecho".

Sin embargo no se entiende por qué ha de vulnerar el principio de deter- 283
minación o concreción el delimitar la realización del tipo de modo que se requiera la infracción de un deber típicamente específico y la producción de un resultado (a menudo vinculado además a la concurrencia de una determinada acción) conseguida a través de ella. Es cierto que se amplía la punibilidad de los titulares del deber que no cumplen con su papel social al ser responsables como autores incluso en caso de una contribución externa mínima o insignificante e incluso en caso de mera omisión. Pero para ello se restringe esencialmente también la punibilidad de quienes están fuera de la relación o vinculación al deber, al poder ser sólo siempre partícipes sin tener en consideración su contribución externa. Tal diferenciación es aún más determinada o precisa que la que se deriva del dominio del hecho. Y tampoco amplía en conjunto la punibilidad, sino que distribuye de manera distinta los papeles de autor, inductor y cooperador o cómplice porque es diferente la realidad en que se basan. La descripción de determinadas acciones se efectúa a menudo también en los delitos de infracción de deber con independencia de la delimitación de las formas de intervención para esbozar o circunscribir el objeto de la infracción del deber de forma legalmente determinada o precisa.

Se ha de añadir **que el legislador a menudo incluso indica o da a entender** 284
en los delitos de infracción de deber que cualquier contribución al hecho de aquel sobre el que recae el deber va a realizar el tipo sin tener en consideración su configuración externa. Ello se reconoce incluso por una parte de los defensores de la opinión contraria para el § 266 [administración o gestión desleal] (nm. 281). Pero también se podrá apreciar sin más un "alejarse del lugar del accidente" en el sentido del § 142 cuando una persona concernida por el deber de esperar se hace llevar (alejándose del lugar del accidente) por una no concernida por el deber de esperar. De igual modo se puede decir perfectamente que un deudor "desvía" a través de otro (§ 25 I) partes de su patrimonio en el sentido del § 288 [delito consistente en hacer fracasar o frustrar la ejecución forzosa o embargo] cuando implica o contrata a un tercero para el acto externo de retirar (o quitar de en medio -los elementos del patrimonio-).

En los delitos de autoridad o funcionario los tipos a menudo señalan 285
incluso expresamente la cualidad de realizadora del tipo de cualquier infracción del deber que produce el resultado (o incluso sólo omite impe-

---

[374] *Pizarro Beleza*, Coimbra-Symposium, 1995, 279.

dirlo). Así, el § 340 [lesiones en el ejercicio del cargo o función] castiga como autor a todo "titular de un cargo o función (o autoridad o funcionario) que en el ejercicio de su servicio ... cometa **o haga (o permita) cometer** lesiones"; ahí cabe evidentemente el supuesto de que el titular del cargo o función incite a un particular a dar una paliza a un manifestante. De modo análogo es responsable (del delito) de "persecución de inocentes" (§ 344) quien como titular competente del cargo o función persiga a un inocente o incluso sólo **"aliente (o pretenda) tal persecución"** –v. gr. valiéndose de un *extraneus*-. El § 357 equipara la instigación a un subordinado a cometer un hecho antijurídico e incluso el dejar que suceda y la comisión personal. Tales disposiciones sugieren o son indicativas del principio general de los delitos de infracción de deber y legitiman su aplicación también cuando el tipo no equipara *expressis verbis* todas las contribuciones al hecho (como en el § 343 [coacción o amenaza por parte de autoridad o funcionario para forzar que alguien declare, aclare algo u omita hacerlo en determinados procesos o procedimientos]). Sería incongruente castigar el dejar o hacer cometer unas lesiones por un *extraneus* como lesiones en el ejercicio del cargo o función (§ 340), pero no –cuando concurran los restantes requisitos- como coacción o amenaza por parte de autoridad o funcionario para forzar que alguien declare, aclare algo u omita hacerlo en determinados procesos o procedimientos (§ 343).

286 *Bottke*[375] trae además a colación contra la doctrina de los delitos de infracción de deber el § 28. Si conforme al § 28 [elementos o características personales especiales; sobre este, v. *infra* § 27 de la presente obra] un deber especial sólo tendría efectos en la determinación de la pena, ello revelaría la "declaración legislativa" de que (el deber especial) "no posee relevancia fundamentadora de la autoría". Pero no se trata de una apreciación plausible. Pues el § 28 ya presupone, como muestra su tenor literal, la constancia de que alguien sea autor o partícipe. Por tanto, si alguien en el ejercicio de su cargo o función hace (o deja) cometer unas lesiones por un *extraneus*, es autor del § 340 [lesiones en el ejercicio del cargo o función], sin que sea necesario recurrir al § 28; sólo en caso de ejecutor *extraneus* se ha de acudir al § 28 II, después de que su papel de cómplice o cooperador haya sido establecido con independencia de ello.

287 Se ha de aducir además en particular contra *Bottke* que resulta contradictorio que, si según el criterio del "dominio configurativo" aplicado por él con carácter general (nm. 274) puede ser autor incluso el omitente, en los delitos comisivos de infracción de deber la autoría haya de estar ligada al criterio del dominio del hecho que rige en los delitos de dominio. Pues dominio configurativo, en el sentido de un criterio conciliador (o común) de todas las manifestaciones o formas de aparición de la autoría, lo tiene también precisamente aquel que causa el resultado típico mediante actuación positiva o activa como titular de un deber especial.

---

[375] *Bottke*, 1992, 118 s.

E. Delitos de propia mano

Delitos de propia mano son aquellos que sólo se pueden cometer en au- 288
toría inmediata, o sea que no admiten una autoría mediata y una coautoría. Hoy se reconoce ampliamente que tales delitos existen[376]. Sin embargo, resulta sumamente discutido qué tipos se han de asignar a los delitos de propia mano y según que criterios y en qué subgrupos se han de dividir eventualmente estos[377]. En muchas exposiciones sólo se enumeran los delitos que se consideran de propia mano; se los toma manifiestamente por productos dogmáticos casuales[378] que no se pueden reconducir a criterios generales que los abarquen. No obstante, existen también enfoques generales de solución que justifican un tratamiento agrupado o de conjunto.

I. La teoría del tenor literal

Una doctrina muy defendida desde antiguo atiende a si el tenor literal 289
de los concretos tipos permite subsumir en ellos también modos de conducta no de propia mano. Cuando ese no sea el caso, se valorará el delito como de propia mano[379]. En este sentido *Binding*[380] había contemplado ya la violación como delito de propia mano sobre la base de la antigua versión del § 177 ("Quien ... coaccione u obligue a una mujer a soportar el coito extramatrimonial"): "Quisiera saber sin embargo si alguien que ha inducido a la violación se jactaría de haber disfrutado de la deshonrada o violada"[381]. También el BGH[382] parte de "que el carácter de propia mano de los delitos depende sustancialmente de la formulación de los tipos por el legislador" y, a través de esta vinculación al tenor literal, llegó, sobre todo en los delitos sexuales (antes de su reforma de 1973), a sutiles diferenciaciones incluso en las variantes de un mismo tipo[383].

---

[376] Contra esta posibilidad, desde la perspectiva del concepto extensivo de autor *Frühauf*, 1959; *Roeder*, ZStW 69 (1957), 250; *Eb. Schmidt*, Frank-FG, Bd. (tomo) 2, 1969, 106, 119, 128 s.

[377] Cfr. en época reciente *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 399-433, 707 ss.; *Auerbach*, 1978; *Haft*, JA 1979, 651; *Herzberg*, ZStW 82 (1970), 896-947; *Schall*, JuS 1979, 1076; *Schubarth*, SchwZStr 114 (1996), 325; *el mismo*, ZStW 110 (1998), 827; *Stratenwerth*, SchwZStr 115 (1997), 86; *Wohlers*, SchwZStr 116 (1998), 95.

[378] En este sentido *Schall*, JuS 1979, 108; cfr. también *Jakobs*, AT, 2ª, 21/19: "Es dudosa la justificación de construir un grupo especial de delitos".

[379] La terminología "teoría del tenor literal" la acuñó por primera vez *Frühauf*, 1959, 116.

[380] *Binding*, 1915, 268 s., n. 17. También el concepto de "delitos de propia mano" se remonta a *Binding* (GerS 76, 87 ss., 91).

[381] Hoy en día el tenor literal del § 177 excluye precisamente tal interpretación: "Quien ... coaccione u obligue ... a una mujer a practicar el coito extramatrimonial con él o con un tercero". [Este tampoco es ya el tenor del § 177 StGB, que concibe la violación como caso especialmente grave de coacción sexual y equipara al coito otras conductas de acceso carnal afines; pero, en todo caso, incluye la mención del tercero, que es lo relevante aquí de lo señalado por *Roxin*. N. del T.].

[382] BGHSt 6, 226-229 (227); además BGHSt 15, 132-134 (133); asimismo OLG Celle NJW 1961, 1079 s.

[383] Cfr. *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 403.

290 La teoría del tenor literal no es convincente. Es ciertamente correcto su punto de partida, conforme al cual la autoría ha de interpretarse como realización (o satisfacción) del tipo. Pero se basa en el concepto demasiado estrecho de tipo de la teoría objetivo-formal (cfr. nm. 29), que ya no es sostenible, como muy tarde, desde el reconocimiento legal de la autoría mediata. Pues desde entonces también realiza (o satisface) el tipo en sentido material (nm. 29 ss.) quien comete el hecho a través de un sujeto que actúa como medio dominado por él, sin que pueda ser decisivo el que sea posible o no subsumir esta comisión mediata en el tenor literal de la acción ejecutiva inmediata. P. ej. es muy dudoso y no es decisivo si se puede decir que quien fuerza a otro a un hurto por los medios del § 35 [estado de necesidad disculpante] ha "sustraído o tomado" una cosa ajena. Pues el tenor literal de los tipos está hecho a medida del autor inmediato, mientras que el § 25 abandona expresamente la vinculación de la autoría a la ejecución inmediata.

II. La teoría del movimiento corporal

291 Una segunda doctrina, fundada por *Beling*[384], desarrollada por *Engelsing*[385] y también aplicada hoy en día una y otra vez considera delitos de propia mano aquellos cuyo tipo se reduce a una acción, sin incluir un resultado separable de ella. En tales delitos de mera actividad (cfr. Roxin AT I, 3ª [PG I], § 10, nm. 103) sólo puede ser por tanto desde esta perspectiva autor quien ejecuta por sí mismo la actividad señalada en el tipo. Conforme a ello, serían delitos de propia mano v. gr. el allanamiento de morada (§ 123), la usurpación de cargo o funciones públicas (§ 132), el perjurio (§ 154), determinados delitos sexuales (§§ 173 [incesto], 174 [abuso sexual de personas menores de cierta edad encomendadas al autor], 176 [abuso sexual de niños]), pero también la embriaguez en el tráfico (§ 316). En ocasiones esta doctrina ha sido acogida directamente en la práctica. Así, OGHSt 1, 303-305 (304) aprecia un delito de propia mano en tanto "la realización del tipo no exige un resultado concreto, sino que se limita a un mero hacer corporal". Sobre todo los mencionados y otros delitos de mera actividad se siguen citando hoy como ejemplos de delitos de propia mano.

292 La teoría del movimiento corporal coincide parcialmente con la teoría del tenor literal. Pues precisamente cuando el tipo se reduce a la descripción de una determinada actividad, no se puede decir de un tercero o persona externa, aun cuando domine o codomine el hecho, que haya ejercido la correspondiente actividad (movimiento corporal). No obstante, aquí como en los demás casos, desde el reconocimiento de la autoría mediata, ello no puede resultar decisivo (cfr. nm. 290). Pero incluso

---

[384] Cfr. por primera vez su "Lehre vom Verbrechen" ("Teoría del delito"), p. 203 s., 225 s., 324 s.

[385] *Engelsing*, 1926; en él se lee (p. 50) que los delitos de propia mano serían "aquellos cuya acción típica consiste en un movimiento corporal".

prescindiendo de eso, la teoría del movimiento corporal no es digna de aplauso. Junto al argumento del tenor literal, se basa en la consideración de que, cuando para el legislador sea decisiva la evitación de determinadas actividades con independencia del resultado, sólo el ejercicio de esas acciones, y no además las influencias de otra clase que suponen también dominio, pueden caracterizar al autor. Se trata de una idea correcta, pero no vale para la mayoría de los delitos de mera actividad, porque también estos sirven para la evitación de resultados[386] y por eso en ellos no existe razón alguna para excluir una autoría mediata o una coautoría. Ilustrémoslo con algunos ejemplos.

El tipo del § 123 [allanamiento de morada] no penaliza un determinado 293
desvalor de resultado, sino que al legislador le interesa únicamente evitar una lesión del derecho a permitir o denegar la entrada (en casa o similar), es decir, un resultado desaprobado[387]. Por eso no se comprende por qué no habría de poder ser autor mediato quien incita a niños o enfermos mentales que obran sin responsabilidad a entrar en la vivienda del vecino para aterrorizarlo mediante lesiones de su derecho a permitir o denegar la entrada. Lleva a cabo la entrada "a través de otros" y eso es suficiente. Igualmente es posible sin dificultad una coautoría si alguien, sin entrar él mismo, presta en ese caso [para la entrada] una contribución esencial al hecho (v. gr. sujetando la escalera).

El tipo de usurpación de cargo o funciones públicas (§ 132), incuestio- 294
nablemente un delito de mera actividad, se ha contemplado siempre por la jurispr. como delito de propia mano[388]. Pero sin razón[389]: pues si, como se admite con carácter general, el tipo protegería la autoridad estatal y la reputación del aparato del Estado, también pone en peligro a través de su persona los bienes jurídicos que el tipo ha de asegurar aquel que con dominio del hecho hace ejecutar a otros la acción típica. Autor mediato de la primera alternativa ("quien ... se ocupe del ejercicio de un cargo –o función– público") es por tanto p. ej. quien hace cobrar sus deudas mediante trabajadores extranjeros a los que ha puesto un uniforme de miembro del cuerpo de auxilio judicial o agente judicial de ejecución haciéndoles creer que se trata de indumentaria de trabajo[390]. Conforme a la segunda alternativa ("quien ... realice una acción que sólo puede realizarse en virtud de un cargo -o función- público"), es autor mediato p. ej. quien incita a alguien que no sabe nada [de la usurpación del cargo o función] a colocar señales de tráfico[391].

---

[386] Así también *Joerden*, 1988, 84.

[387] De otra opinión *Herzberg*, ZStW 82 (1970), 928; en contra *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 664; LK-*Schäfer*, 10ª, § 123, nm. 81.

[388] RGSt 55, 266; 59, 81; OGHSt 1, 305.

[389] Cfr. *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 408 s.; SK-*Rudolphi*, 6ª§ 132, nm. 4; *Sch/Sch/Cramer*, 26ª, § 132, nm. 12.

[390] Variación de RGSt 37, 55.

[391] LK-*v. Bulmoff*, 11ª, § 132, nm. 39.

295 El delito de mera actividad del § 316 (embriaguez en el tráfico) se considera aún hoy de propia mano con carácter muy general. Pero ello no es ni mucho menos evidente. Pues el § 316 es, como el § 132 [usurpación de cargo o funciones públicas], un delito de peligro abstracto, y protegería por tanto la integridad física, la vida y la propiedad frente a puestas en peligro por conducciones en estado de ebriedad. ¿Por qué no habría de ser responsable como autor mediato conforme al § 316 quien obliga o fuerza por los medios del § 35 [estado de necesidad disculpante] a un conductor que no se halla en condiciones de conducir a alejarle del lugar de los hechos [de un delito] o a conducirle (hacerle de chófer) a un determinado lugar? Para la puesta en peligro dirigida desde fuera el carácter de propia mano (de la actuación) es indiferente o irrelevante y por ello no existe aquí tampoco razón alguna para apartarse de la doctrina del dominio del hecho. La opinión contraria dominante se basa en la influencia o consecuencias de las teorías del tenor literal y del movimiento corporal cuando aprecia que sólo "conduce un vehículo" aquel que lo hace de propia mano. Conforme al § 25 I es suficiente que alguien conduzca el vehículo mediatamente ("a través de otro"), y tal es el caso en los ejemplos expuestos. Una interpretación discrepante podría admitir, en contra de la ley, una autoría mediata en la menor parte de los tipos.

296 No obstante, un dominio del hecho sin actuación de propia mano es raro o infrecuente en los delitos de mera actividad. La apreciación de hallarse en ellos ante delitos de propia mano se basa en una absolutización precipitada de la forma más normal (típica) de autoría. Además, la jurispr. nunca ha excluido del ámbito de la autoría con la apreciación del carácter de propia mano casos de dominio del hecho, sino que simplemente ha puesto coto a la fuerza fundamentadora de autoría del *animus auctoris* mediante la construcción del carácter de propia mano y de ese modo ha logrado resultados acertados. Sin embargo, no habría necesitado para ello de la excesiva restricción de la autoría al carácter de propia mano (de la actuación), si hubiera recurrido desde un principio a la doctrina del dominio del hecho. Con todo ello no se niega que algunos delitos de mera actividad se consideren acertadamente de propia mano (nm. 288 ss.). Pero la razón radica entonces en otras circunstancias distintas del carácter de delitos de actividad de estas disposiciones.

III. La opinión propia

En los delitos de propia mano habrá que distinguir tres grupos de casos[392].

1. Delitos ligados a la conducta

297 En primer lugar, se ha de apreciar un delito de propia mano **cuando el injusto radica en el carácter reprobable de una determinada conducta**,

---

[392] Siguen esta concepción SK-*Samson*, 5ª, § 25, nm. 26 s. (distinto sin embargo SK-*Hoyer*, 7ª, § 25, nm. 17 ss., 20) y con consideraciones adicionales *Jakobs*, AT, 2ª, 21/19 ss.

sin que haya de mostrarse o contenerse un resultado socialmente nocivo (si se quiere: una lesión de un bien jurídico)[393]. Tales delitos eran anteriormente numerosos en los crímenes sexuales (alcahuetería o lenocinio, homosexualidad, bestialismo). Estas disposiciones y el carácter de propia mano vinculado a ellas están en vías de desaparición desde que se ha impuesto el reconocimiento de que el Derecho penal no debe proteger la moral, sino las condiciones de existencia de la sociedad y de los individuos que la componen, de modo que tales contravenciones a la moral –a menudo discutibles además como tales- sin daños sociales aprehensibles o concretos deben quedar impunes[394]. El legislador lo tuvo en cuenta al intitular la sección 13ª de la Parte Especial desde 1973[395], ya no "Delitos graves o menos graves contra la moralidad", sino "Infracciones penales (o Delitos) contra la autodeterminación sexual". Con ello, en los delitos sexuales, que anteriormente fueron un dominio de los delitos de propia mano, ya no hay hoy en principio espacio para el carácter de propia mano. Pues la autodeterminación sexual puede ser afectada por autores mediatos y coautores exactamente igual que por la realización inmediata del acto corporal. En particular en los casos más importantes en la práctica, los de la violación y la coacción o agresión sexual (§ 177), se ha dejado claro hoy ya en la redacción del tipo que cualquier forma de dominio del hecho (p. ej. el de una mujer) puede fundamentar autoría.

Como único ejemplo de delito ligado a la conducta se puede citar hoy to- 298
davía el **incesto** (§ 173). Se ha de admitir que en ese caso no ha conducido a la penalización el temor a consecuencias dañosas, sino que representaciones ancestrales con carácter de tabú han provocado el castigo de una conducta juzgada ya en sí sumamente reprobable por el legislador. La tesis o suposición de que se debe proteger a la familia, evitar perjuicios psíquicos de los implicados o taras genéticas de eventuales descendientes es probablemente sólo una racionalización del deseo de prohibir bajo pena un hecho siempre sentido tradicionalmente como vergonzoso. Pues los supuestos peligros no existen la mayoría de las veces o al menos su evitación no es objeto legítimo del Derecho criminal debido a la propia responsabilidad de los que intervienen (de la pareja) y de las muy nocivas consecuencias de un castigo penal.

Si consecuentemente se admite que la reprobabilidad moral ofrece o su- 299
pone el verdadero fundamento del castigo de este precepto, tenemos ante nosotros un delito de propia mano con el "coito entre parientes". Pues lo específicamente inmoral de tal conducta no se puede realizar por un extraño ni siquiera cuando posea el dominio del hecho. En el antiguo ejemplo de cátedra o laboratorio de *von Liszt*[396], la dueña de un burdel de Hamburgo

---

[393] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 2, nm. 3.
[394] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], §2, nm. 12.
[395] Cfr. *Roxin*, AT I [PG I], 3ª, § 4, nm. 26.
[396] *v. Liszt*, Strafrechtsfälle, 14ª, 1929, Fall (caso) 130, 2.

había puesto en contacto con conocimiento de su parentesco a hermano y hermana. Sin embargo, estos, que habían sido separados en la juventud temprana, no sabían nada de su relación familiar. En este caso, la dueña sería autora mediata del § 173 conforme a la doctrina del dominio del hecho. Los hermanos serían sus instrumentos no dolosos. Pero tal solución no es posible si la inmoralidad incestuosa constituye el fundamento del castigo del § 173. Pues tal inmoralidad no existe en vista de la ignorancia o desconocimiento de la pareja. Es cierto que se puede considerar también inmoral la conducta engañosa de la dueña. Pero esta inmoralidad es distinta de la del incesto responsable doloso que el legislador ha penalizado. Por eso la dueña no puede ser castigada conforme al § 173.

300 El ejemplo es sin duda muy rebuscado, pero precisamente por eso instructivo. Pues demuestra cómo cambios en las representaciones o concepciones sobre el objeto de protección del Derecho penal pueden privar de su base a una categoría antaño relevante de la doctrina de la autoría. También el § 173, con sus casos de aplicación que han de construirse a duras penas en el sentido del carácter de propia mano, es en un Derecho penal moderno un anacronismo que no podrá mantenerse a la larga.

2. Delitos de Derecho penal de autor

301 También son de propia mano delitos que no describen un hecho concreto, accesible en su caso al dominio o codominio por parte de no ejecutores, sino que hacen objeto de la punición una determinada conducción de la vida. Tales delitos eran más frecuentes anteriormente, al castigarse el **vagabundeo** (§ 361 nº 3 v. a.) o **el juego, el beber o la ociosidad o vagancia que pongan en peligro el sustento** (§ 361 nº 5 v. a.). Está claro que tales delitos de Derecho penal de autor son cuerpos extraños en un Derecho penal del hecho como aquel en que se basa el StGB[397]. Así, sucede que hoy en lo esencial ya sólo puede ser considerado delito de Derecho penal de autor el tipo de la **rufianería*** **o** [ciertas conductas de] **proxenetismo** (§ 181 a)[398].

302 Es obvio que el tipo de la rufianería no se puede realizar dominando acciones concretas del rufián mediante fuerza o violencia o engaño o colaborando en actividades rufianescas. Pues con ello uno no se convierte en rufián y se debe ser eso para poder realizar el tipo. El § 181 a admite sólo rufianería en el supuesto de relaciones "que vayan más allá del caso concreto". Pero si existen, se da una realización "de propia mano" del tipo; la autoría se restringe a ella por la naturaleza de las cosas. Sin embargo, delitos de esa clase aparecen en el Derecho penal actual como reliquias en vías de extinción.

---

[397] Exhaustivamente sobre esta problemática *Roxin*, AT I [PG I], 3ª, § 6.

* Parece más frecuente entre nosotros la denominación "rufianismo"; sin embargo, el DRAE no registra ese término y sí el de "rufianería" [N. del T.].

[398] Cfr. sin embargo también al respecto *Roxin*, AT I [PG I], 3ª, § 6, nm. 15.

3. Delitos de infracción de deberes altamente personales

El único grupo hoy todavía relevante de delitos de propia mano son los 303
delitos de infracción de deberes altamente personales[399]. A ellos pertenecen sobre todo los **delitos de declaración** (§§ 153 [declaración o testimonio falso sin juramento], 154 [perjurio] y 156 [declaración o promesa solemne -falsa- ante instancia competente]), los casos desde antiguo menos discutidos de delitos de propia mano. En ellos sólo puede ser autor quien está él mismo bajo la presión del deber de declarar o de juramento; la infracción de deber fundamentadora de autoría de nuevo sólo puede cometerse mediante una declaración falsa personal o mediante el juramento de propia mano. Por lo tanto, si A coacciona con los requisitos del § 35 [estado de necesidad disculpante] a B a que jure en falso, si bien tiene el dominio del hecho, no puede ser responsable penalmente como autor mediato del §154, porque él mismo no ha infringido el deber de juramento, sino sólo como inductor (dado que la inducción no requiere, conforme al § 26, un hecho responsable* del autor). Que el legislador es también de esta opinión se pone de manifiesto en que ha creado en el § 160 un precepto penal específico contra la instigación o inducción a declarar falsamente.

Entre los delitos de infracción de deberes altamente personales figura tam- 304
bién el § 336 [339**, prevaricación judicial, administrativa o de árbitro][400]. Pues sólo quien es competente él mismo para resolver un asunto puede cometer aquella traición al deber de su cargo o función que representa la **prevaricación**. Por lo tanto, quien fuerza a un juez mediante una amenaza de muerte no conjurable de otro modo a dictar una sentencia falsa no puede ser autor mediato del § 336 [339], sino sólo inductor. Ni siquiera mediante contribuciones muy importantes (v. gr. la redacción de la sentencia falsa) puede un extraño ser coautor; siempre se queda en cómplice. Otro caso clásico de delito de infracción de deberes altamente personales es la **deserción** (§ 16WStG). También en este caso sólo puede ser autor quien tiene él mismo el deber de servicio militar y se sustrae a ese deber alejándose de la compañía o tropa o del puesto o no acudiendo a ellos. Un extraño que hace que un soldado abandone su tropa mediante un engaño excluyente del dolo de este no puede ser autor mediato, de igual modo que no puede serlo quien impide violentamente a un soldado regresar a su compañía o tropa.

---

[399] Esta categoría se desarrolla por primera vez por *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 392 ss.

* "Responsable" debe entenderse aquí como "culpable" (o cercano a ello, dada la concepción roxiniana y la utilización general de la primera expresión), puesto que en el § 26 StGB se consagra la accesoriedad limitada de la inducción. Es decir que si entendiéramos responsabilidad en un sentido más amplio, cuya exclusión se produjera también por falta de injusto o tipicidad, lo que *Roxin* dice en el texto no sería correcto [N. del T.].

** El delito de prevaricación al que se refiere *Roxin* ya no se encuentra en el § 336 StGB, sino que, desde la Ley anticorrupción de 1997 (Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, de 13 de agosto de 1997, en vigor desde el día 20 del mismo mes) se tipifica en el § 339 StGB [N. del T.].

[400] Con más detalle *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 428 ss.

305 Los tipos mencionados únicamente poseen relevancia a modo de ejemplos. Sólo una interpretación del tipo respectivamente en cuestión puede mostrar con qué amplitud se ha de trazar el círculo de los delitos de infracción de deberes altamente personales: Ello corresponde al trabajo en la Parte especial que aquí no puede realizarse. Advirtamos sólo que puede resultar difícil en el caso concreto decidir si se aprecia un delito de infracción de deberes altamente personales. P. ej., considero tal el § 323 a (embriaguez plena o absoluta*) al partir[401] de que sólo se le impone a cada cual el deber de control sobre sí mismo, de que el "deber de no anular la imputabilidad" sólo alcanza al bebedor. Ello es refutado con razones dignas de tomarse en serio por *Herzberg*[402], quien, no obstante, aprecia un delito de propia mano, basándose para ello en la redacción típica, que no admitiría autoría mediata. Efectivamente en este caso la redacción típica se opone u obstaculiza una autoría mediata. Pues quien fuerza a otro a embriagarse o lo emborracha sin su conocimiento no puede de este este modo, como exige el § 323 a, poner "se ... en un estado de ebriedad" "a través de otro" (§ 25 I, 2ª alternativa). Ello no impide sin embargo la interpretación que aquí se ha dado. Pues precisamente la redacción literal que el legislador ha elegido permite concluir que este quiso limitar el por lo demás dudoso deber amplio y reforzado con pena [es decir, cuya infracción está conminada con pena] de no provocar un estado de ebriedad al caso de la embriaguez propia, especialmente dado que en los casos necesitados de sanción para el extraño entra de todos modos en consideración una responsabilidad por autoría mediata o comisión imprudente del hecho cometido en estado de ebriedad.

306 Se puede denominar a los delitos de infracción de deberes altamente personales "**delitos de propia mano impropios**"[403], porque se conciben como un subgrupo de los delitos de infracción de deber y se pueden explicar mediante el criterio válido para estos. Esta ubicación en los delitos de infracción de deber haría posible una despedida o retirada de los delitos de propia mano, el resto de cuyos casos (delitos ligados a la conducta y delitos de Derecho penal de autor) ya sólo quedan como restos de antiguas concepciones del Derecho penal en el Derecho vigente. Sin embargo, por estos aspectos fundamentales del tema, los delitos de propia mano siguen mereciendo atención. Dado que, aparte de ello, en los delitos de propia mano impropios su carácter impropio (o sea su carácter de delito de infracción de deber) es discutido por una parte de las opiniones, es recomendable también por esta razón mantener la categoría.

---

* El delito (*Vollrausch*) consiste en embriagarse dolosa o imprudentemente hasta el punto de quedar excluida la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y, en ese estado, cometer un hecho antijurídico que no puede castigarse precisamente por la falta de culpabilidad [N. del T.].

[401] *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 430 ss., 709 ss.; *Jakobs*, AT, 1ª, 1983, 21/23 (de aquí la cita; discrepando la 2ª ed.).

[402] *Herzberg*, ZStW 82 (1970), 909 s.; *el mismo*, GA 1991, 182 s. Igualmente ahora *Jakobs*, AT, 2ª, 21/23: "Debido a la formulación de la ley queda descartada la autoría mediata".

[403] *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 392.

Las recientes investigaciones de *Herzberg*[404] y *Haft*[405] se tienen como desarrollo ulterior y en parte revisión de la concepción aquí desarrollada. Los resultados de *Herzberg* son similares a los aquí defendidos (ya se han indicado en el texto algunas discrepancias), si bien este autor llega a una clasificación diferente de los delitos de propia mano: distingue "delitos referidos al autor"[406], en los que se sitúa en primer plano una conducta relacionada con el propio cuerpo y a los que pertenecen también los delitos ligados a la conducta y los delitos de Derecho penal de autor; después "tipos en los que la consumación por terceros no puede representar o encarnar la lesión o infracción del Derecho"[407] y entre los que figura p. ej. la prevaricación; y finalmente el "carácter de propia mano dependiente del Derecho procesal" (§§ 153[declaración o testimonio falso sin juramento], 154 [perjurio] y 156 [declaración o promesa solemne -falsa- ante instancia competente])[408]. *Haft* advierte sobre todo -¡y con razón!- que algunos casos de carácter propia mano, entre los que figura también para él el § 323 a [embriaguez plena o absoluta] (cfr. nm. 305), deben su existencia a la necesidad del legislador de perfilar de modo acorde al Estado de Derecho los tipos en atención al autor típico [prototípico, modelo]. Requiere aún ulterior discusión cuándo estamos en tal caso en particular y en qué medida esta circunstancia excluye o precisamente hace lógica o evidencia una ubicación de estos tipos en los delitos de infracción de deberes altamente personales, o cómo podría ser si no explicado de modo satisfactorio el carácter de propia mano, en la medida en que exista[409]. 307

IV. Acerca de la más reciente discusión sobre el carácter de propia mano

En los últimos años la discusión sobre la justificación de la existencia de delitos de propia mano se ha reavivado, pero se mueve en gran medida en el marco de referencia establecido anteriormente. Así, *Schubarth*[410] niega la existencia de delitos de propia mano con el fundamento de que el Derecho penal únicamente serviría para la evitación de lesiones de bienes jurídicos que siempre podrían realizarse también en autoría mediata o en coautoría. Ello es político-criminalmente acertado y se corresponde con la tesis defendida *supra* (nm. 297 ss.) de que los delitos de propia mano propios serían un "anacronismo" y "reliquias en vías de extinción". Pero eso no excluye que el legislador penalice en el caso concreto la realización de un mero desvalor de conducta, apartándose del principio del bien jurídico. Cuando *Schubarth*[411] aprecia que la con- 308

---

[404] *Herzberg*, ZStW 82 (1970), 896 ss.

[405] *Haft*, JA 1979, 651 ss.

[406] *Herzberg*, ZStW 82 (1970), 921 ss., quien sin embargo aplica el concepto de la ligazón o unión a la conducta de manera distinta a como yo lo hago. Este es también el criterio esencial de la tesis doctoral de *Auerbach*, 1978: "Cuando el hecho sólo puede ser cometido mediante la utilización de su propio cuerpo por el autor" (p. 143). Acerca de *Auerbach* cfr. la recensión de *Maiwald*, ZStW 93 (1981), 871 ss.

[407] *Herzberg*, ZStW 82 (1970), 939-943.

[408] *Herzberg*, ZStW 82 (1970), 943-946.

[409] Lo que se discute aquí p. ej. para el § 316 [embriaguez en el tráfico] (cfr. nm. 295) e igualmente para el § 315 c [puesta en peligro del tráfico viario].

[410] *Schubarth*, SchwZStr 114 (1996), 325; *el mismo*, ZStW 110 (1998), 827.

[411] *Schubarth*, ZStW 110 (1998), 840 ss.

minación penal del incesto sirve para la prevención de taras genéticas, la admisión de autoría mediata y coautoría es plenamente adecuada. Sin embargo, se puede discutir la premisa (cfr. nm. 298 ss.), pero ello es una cuestión de interpretación del correspondiente tipo que pertenece a la Parte especial y que aquí no puede seguir desarrollándose.

309 La posición contraria a *Schubarth* la formula *Stratenwerth*[412]. Aboga por la relevancia de los delitos de propia mano, al declarar que la tesis de que todo tipo protegería un determinado bien jurídico es en muchos casos una mera "construcción auxiliar"[413]. En realidad "el orden penalmente protegido" consistiría "... en una parte no pequeña en normas de conducta ligadas a papeles o roles, las cuales, si bien en ellas debe tratarse de un interés digno de protección, no tienen en modo alguno que referirse siempre a bienes jurídicos concretos"[414]. Por lo tanto, *Stratenwerth* defiende la opinión de que los "delitos ligados a la conducta sin lesión de bienes jurídicos" descritos *supra* (nm. 297 ss.) serían considerablemente más frecuentes de lo que se había admitido hasta ahora. En qué medida esto sea correcto sólo podría deducirse de un análisis más preciso de tipos de la Parte especial que aquí no puede llevarse a cabo. En todo caso, pese a sus conclusiones encontradas, *Schubarth* y *Stratenwerth* están de acuerdo con las posiciones fundamentales o básicas acerca del carácter de propia mano aquí desarrolladas.

310 También *Wohlers*[415], que trata especialmente las "conducciones en estado de ebriedad como delitos de propia mano", se mueve en las categorías desarrolladas *supra*, cuando considera los §§ 315 c [puesta en peligro del tráfico] y 316 [embriaguez en el tráfico] delitos de propia mano, en contra de la opinión desarrollada *supra* (nm. 295). Llega a la conclusión[416] de que en estos tipos "la responsabilidad del autor" estaría "unida a la coincidencia cumulativa de la cualidad de conductor y la inidoneidad o incapacidad para conducir" y habla en este caso de "delitos de propia mano positivos". Conforme a la terminología empleada *supra* (nm. 303 ss.), se trataría de delitos de infracción de deberes altamente personales. Entonces se debería trasladar a los §§ 315 c y 316 la idea desarrollada en relación con el § 323 a [embriaguez plena o absoluta] de que a cada cual sólo se le puede hacer responsable como autor por su propia embriaguez. Se puede discutir si ello es correcto. En todo caso, los grupos de casos de delitos de propia mano aquí desarrollados no se verían cuestionados por tal tesis.

---

[412] *Stratenwerth*, SchwZStr 115 (1997), 86.
[413] *Stratenwerth*, SchwZStr 115 (1997), 93, com. (o anotación o nota) 34.
[414] *Stratenwerth*, SchwZStr 115 (1997), 91.
[415] *Wohlers*, SchwZStr 116 (1998), 95.
[416] *Wohlers*, SchwZStr 116 (1998), 110.

§ 26. Participación

Bibliografía: *v. Buri*, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860; *v. Buri*, Urheberschaft und Beihilfe, GA 17 (1869), 233; *Schütze*, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1869; *v. Kries*, Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, ZStW 7 (1887), 521; *v. Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1890; *Mintz*, Die Lehre von der Beihilfe, 1892; *Haupt*, Beiträge zur Lehre von der Teilnahme, ZStW 15 (1895), 202; *Siegel*, Verwechselungsfälle bei der Anstiftung, tesis doct. Göttingen, 1895; *Heimberger*, Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach, 1896; *Freudenthal*, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Str.Abh. 37, 1901; *Heilborn*, Der Agent provocateur, 1901; *Nagler*, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903; *Hoepfner*, Über die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe, ZStW 26 (1906), 579; *v. Birkmeyer*, Teilnahme am Verbrechen, VDA II 1, 1908, 1; *Hilgemann*, Die Teilnahme an der Teilnahme, 1908; *Kohler*, Anstiftung und Agent provocateur, GA 55 (1908), 1; *Hergt*, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1909; *Röhricht*, Die rechtliche Natur der Anstiftung, 1913; *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen I, 1915; *Perten*, Die Beihilfe zum Verbrechen, 1918; *Coenders*, Die objektive Natur der Beihilfe, ZStW 46 (1925), 1; *Wegner*, Teilnahme, en: Aschrott/Kohlrausch (eds.), Reform des Strafrechts, 1926, 102; *Zimmerl*, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW 49 (1929), 39; *Merkel*, Anstiftung und Beihilfe, Frank-FG, t. II, 1930, 134; *Drost*, Anstiftung und mittelbare Täterschaft in dem künftigen StGB, ZStW 51 (1931), 359; *Zimmerl*, Vom Sinn der Teilnahmevorschriften, ZStW 52 (1933), 166; *Oetker*, Die Teilnahme am Verbrechen, Akademiedenkschrift, 1934, 116; *Conrad*, Die akzessorische Teilnahme und sog. mittelbare Täterschaft, 1937; *zu Dohna*, Das RG zur Teilnahmelehre, DStR 1940, 120; *Lange*, Die notwendige Teilnahme, 1940; *Nagler*, Die Neuordnung der Strafbarkeit von Versuch und Beihilfe, GerS 115 (1941), 24; *Schlutter*, Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme, Str.Abh. 420, 1941; *Maurach*, Beihilfe zum Meineid durch Unterlassung, DStR 1944, 1; *v. Weber*, Grundriß des deutschen Strafrechts, 1948; *Bockelmann*, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; *Lange*, Die Schuld des Teilnehmers, insbesondere bei Tötungs- und Wirtschaftsverbrechen, JR 1949, 165; *Maurach*, Zur neueren Judikatur über Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, SJZ 1949, 541; *Hoffmann*, Zur Teilnahmelehre, NJW 1952, 964; *Börker*, Zur Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat, JZ 1953, 166; *Stratenwerth*, Der agent provocateur, MDR 1953, 717; *Bockelmann*, Nochmals über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, GA 1954, 193; *Hanack/Sasse*, Zur Anwendung des § 56 StGB auf den Teilnehmer, DRiZ 1954, 216; *Heinitz*, Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord, JR 1954, 403; *Mezger*, Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen, JZ 1954, 312; *Oehler*, Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm, GA 1954, 33; *Welzel*, Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen?, JZ 1954, 29; *Ziege*, Die Bedeutung des § 56 StGB für Anstiftung und Beihilfe, NJW 1954, 179; *Kielwein*, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, 225; *Martin*, Beihilfe zur Anstiftung, DRiZ 1955, 290; *Oehler*, Die mit Strafe bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme, FS der juristischen Fakultät der FU Berlin zum 41. DJT (1955), 255; *Jescheck*, Anstiftung, Gehilfenschaft und Mittäterschaft, SchwZStr 71 (1956), 225; *Tröndle*, Zur Frage der Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, GA 1956, 122; *Bockelmann*, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957; *Gallas*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, ZStW-Beiheft Athen, 1957, 3; *Leß*, Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZStW 69 (1957), 43; *Mayer*, Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft, Rittler-FS, 1957, 243; *Piotet*, Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre, ZStW 69 (1957), 14; *Bemmann*, Zum Fall Rose-Rosahl, MDR 1958, 817; *Esser*, Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem, GA 1958, 321; *J.-D. Busch*, Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung, NJW 1959, 1119; *Grünwald*, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, 110; *Lange*, Zur Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, JZ 1959, 560; *Franzheim*, Die Teilnahme an

unvorsätzlicher Haupttat, 1961; *Luhberger*, Strafbare Teilnahme durch Unterlassen, tesis doct. Heidelberg, 1962; *Baumann*, Beihilfe bei eigener voller Tatbestandsverwirklichung, NJW 1963, 561; *Baumann*, Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963, 137; *Engisch*, Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, v. Weber-FS, 1963, 247; *Stree*, Teilnahme am Unterlassungsdelikt, GA 1963, 1; *J.-D. Busch*, Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49 a StGB, tesis doct. Marburg, 1964; *Seebald*, Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt, GA 1964, 161; *Grünwald*, Der praktische Fall: Der folgenschwere Rat, JuS 1965, 311; *Isenbeck*, Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl, NJW 1965, 2326; *Korn*, Täterschaft oder Teilnahme bei staatlich organisierten Verbrechen, NJW 1965, 1206; *Lampe*, Über den Begriff und die Formeln der Teilnahme am Verbrechen, ZStW 77 (1965), 262; *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965; *Claß*, Die Kausalität der Beihilfe, Stock-FS, 1966, 115; *Loewenheim*, Error in obiecto und aberratio ictus, JuS 1966, 310; *Roxin*, Zur Dogmatik der Teilnahmelehre, JZ 1966, 293; *Hardwig*, Nochmals: Betrachtungen zur Teilnahme, JZ 1967, 68; *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967; *Trechsel*, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967; *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968), 1; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968), 34; *Salamon*, Vollendete und versuchte Beihilfe, tesis doct. Göttingen, 1968; *Arzt*, Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, JZ 1969, 54; *Samson*, Die öffentliche Aufforderung zur Fahnenflucht an Nato-Soldaten, JZ 1969, 258; *Schwind*, Grundfälle der "Kettenteilnahme", MDR 1969, 13; *Spendel*, Zur Kritik der subjektiven Versuchs- und Teilnahmetheorie, JuS 1969, 314; *Stork*, Anstiftung eines Tatentschlossenen zu einer vom ursprünglichen Tatplan abweichenden Tat, tesis doct. Münster, 1969; *Rudolphi*, Strafbarkeit der Beteiligung an den Trunkenheitsdelikten im Straßenverkehr, GA 1970, 353; *Schaffstein*, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Honig-FS, 1970, 169; *Widmaier*, Der mißverständliche Bestechungsversuch, JuS 1970, 242; *Zöller*, Die notwendige Teilnahme, tesis doct. Bonn, 1970; *Backmann*, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS 1971, 113; *Herzberg*, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, 1; *Müller-Dietz/Backmann*, Der praktische Fall: Der "mißglückte" Überfall, JuS 1971, 412; *Roxin*, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971), 369; *R. Busch*, Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49 a StGB, Maurach-FS, 1972, 245; *Dreher*, Die Kausalität der Beihilfe, MDR 1972, 553; *Dreher*, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Heinitz-FS, 1972, 207; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *Hirsch*, Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts, GA 1972, 65; *Lange*, Beteiligter und Teilnehmer, Maurach-FS, 1972, 235; *Letzgus*, Vorstufen der Beteiligung, 1972; *Loewenheim*, Anstiftung durch Unterlassen, tesis doctoral. Frankfurt/Main, 1972; *Montenbruck*, Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat, ZStW 84 (1972), 323; *Plate*, Zur Strafbarkeit des agent provocateur, ZStW 84 (1972), 294; *Rudolphi*, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Maurach-FS, 1972, 51; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; *Stree*, Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung, Heinitz-FS, 1972, 277; *Vogler*, Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat, Heinitz-FS, 1972, 295; *Bemmann*, Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu einer schwereren oder leichteren Begehungsweise, Gallas-FS, 1973, 273; *Bockelmann*, Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlich rechtswidrigen Taten, Gallas-FS, 1973, 261; *Dreher*, Der Paragraph mit dem Januskopf, Gallas-FS, 1973, 307; *D. Meyer*, Das Erfordernis der Kollusion bei der Anstiftung, tesis doct. Hamburg, 1973; *D. Meyer*, Zum Problem der "Kettenanstiftung", JuS 1973, 755; *Roxin*, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, 329; *Busse*, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, tesis doct. Göttingen, 1974; *Hau*, Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen, 1974; *Heinze*, Die Verleitung des Tatentschlossenen zu einer Änderung seiner anfangs geplanten Tat, tesis doct. Heidelberg, 1974; *Kühl*, Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974; *Küper*, Der "agent provocateur" im Strafrecht, GA 1974, 321; *Lüderssen*, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?, Peters-FS, 1974, 349; *Samson*, Die Kausalität der Beihilfe, Peters-FS, 1974, 121; *Spendel*, Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung, JuS 1974, 749; *Bringewat*, Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik, ZStW 87 (1975), 801; *D. Meyer*, Anstif-

tung durch Unterlassen?, MDR 1975, 982; *Roxin*, en: Roxin/Stree/Zipf/Jung, Einführung in das neue Strafrecht, 2.ª, 1975; *Schöneborn*, Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem für das Strafrecht, ZStW 87 (1975), 902; *Gössel*, Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB, Lange-FS, 1976, 219; *Herzberg*, Die Problematik der "besonderen persönlichen Merkmale", ZStW 88 (1976), 68; *Otto*, Straflose Teilnahme?, Lange-FS, 1976, 197; *Steinke*, Die Problematik der Beihilfe, Kriminalistik 1976, 221; *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977; *Jakobs*, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW 89 (1977), 1; *Spendel*, Beihilfe und Kausalität, Dreher-FS, 1977, 167; *Vogler*, Die Begünstigungshandlung. Zum Begriff "Hilfeleisten" in § 257 StGB, Dreher-FS, 1977, 405; *Cortes Rosa*, Teilnahme an unechten Sonderverbrechen, ZStW 90 (1978), 413; *Krümpelmann*, Die strafrechtlichte Behandlung des Irrtums, ZStW-Beiheft 1978, 6; *Roxin*, Über den Tatentschluß, Schröder-GS, 1978, 145; *Sax*, Zur Problematik des "Teilnehmerdelikts", ZStW 90 (1978), 927; *Cramer*, Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Bockelmann-FS, 1979, 389; *Franzheim*, Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftätern, NJW 1979, 2014; *M.-K. Meyer*, Tatbegriff und Teilnehmerdelikt, GA 1979, 252; *Mühlberger*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Teilnehmern, NJ 1973, 287; *Rogall*, Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten, GA 1979, 11; *Schmidhäuser*, Über die Anzeigepflicht des Teilnehmers, Bockelmann-FS, 1979, 683; *Geppert*, Begünstigung (§ 257 StGB), Jura 1980, 269; *Puppe*, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), 863; *Schulz*, Die Bestrafung des Ratgebers, 1980; *Küper*, Grenzfragen der Unfallflucht, JZ 1981, 209, 251; *Maaß*, Die Behandlung des "agent provocateur" im Strafrecht, Jura 1981, 514; *Sieg*, Die staatlich provozierte Straftat, StV 1981, 636; *Sommer*, Verselbständigte Beihilfehandlungen und Straflosigkeit des Gehilfen, JR 1981, 490; *Vormbaum*, Probleme der Gläubigerbegünstigung, GA 1981, 101; *Dencker*, Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung, Dünnebier-FS, 1982, 447; *Fischer*, Die strafrechtliche Problematik des polizeilichen Lockspitzels, tesis doct. Bonn, 1982; *Kühl*, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JuS 1982, 189; *Otto*, Anstiftung und Beihilfe, JuS 1982, 557; *Wolter*, Notwendige Teilnahme und straflose Beteiligung, JuS 1982, 343; *Bottke*, Probleme der Suizidbeteiligung, GA 1983, 22; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *Herzberg*, Der agent provocateur und die "besonderen persönlichen Merkmale", JuS 1983, 737; *Hruschka*, Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sogenannter psychischer Beihilfe, JR 1983, 177; *Schmoller*, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an der Straftat, ÖJZ 1983, 337; *Seelmann*, Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes, ZStW 95 (1983), 797; *Seelmann*, Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes, JuS 1983, 32; *Sieber*, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der "passiven" Gesprächsteilnahme, JZ 1983, 431; *Voller*, Der Staat als Urheber von Straftaten zur Berechtigung des Einsatzes von Lockspitzeln und zur Verwendbarkeit der durch sie geschaffenen Beweise, tesis doct. Tübingen, 1983; *Bruns*, Zur Frage der Folgen tatprovozierenden Verhaltens polizeilicher Lockspitzel, StV 1984, 388; *Mache*, Die Zulässigkeit des Einsatzes von agents provocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozeß, 1984; *Puppe*, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, 101; *Tiedemann/Sieber*, Die Verwertung des Wissens von V-Leuten im Strafverfahren, NJW 1984, 753; *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *Gropp*, Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung, NStZ 1985, 97; *Herzog*, Rechtsstaatliche Begrenzungen der Verbrechensbekämpfung, NStZ 1985, 155; *Laubenthal*, Zur Abgrenzung zwischen Begünstigung und Beihilfe zur Vortat, Jura 1985, 630; *Lüderssen*, Die V-Leute-Problematik usw., Jura 1985, 113; *Ostendorf/Meyer-Seitz*, Die strafrechtlichen Grenzen des polizeilichen Lockspitzel-Einsatzes, StV 1985, 73; *Ranft*, Das garantiepflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung, ZStW 97 (1985), 268; *Rebmann*, Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung, NJW 1985, 1; *Rudolphi*, Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe, Jescheck-FS I, 1985, 559; *Schünemann*, Der polizeiliche Lockspitzel – Kontroverse ohne Ende?, StV 1985, 424; *Suhr*, Zur Strafbarkeit von verdeckt operierenden Polizeibeamten, JA 1985, 629; *Bindokat*, Fahrlässige Beihilfe, JZ 1986, 421; *Geppert*, Mordmerkmale und Akzessorietät der Teilnahme (§ 28 StGB), Jura 1986, 106; *Küper*, "Sukzessive" Tatbeteiligung vor und nach Raubvollendung, JuS 1986, 862; *Mitsch*, Straflose Provokation strafbarer Taten, 1986; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; *Schulz*, Anstiftung oder Beihil-

fe, JuS 1986, 933; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; *Sommer*, Das tatbestandslose Tatverhalten des agent provocateur, JR 1986, 485; *Baumann*, Nichthinderung einer Selbsttötung, JZ 1987, 131; *Bitzilekis*, Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat, ZStW 99 (1987), 723; *Blank*, Die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der vom agent provocateur gesteuerten Tat, tesis doct. Mainz, 1987; *Bloy*, Anstiftung durch Unterlassen?, JA 1987, 490; *Drywa*, Die materiellrechtlichen Probleme des V-Mann-Einsatzes, 1987; *Herzberg*, Anstiftung zur unbestimmten Haupttat, JuS 1987, 617; *Herzberg*, Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, ZStW 99 (1987), 49; *Hünerfeld*, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 99 (1987), 228; *Jescheck*, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen, ZStW 99 (1987), 111; *Ranft*, Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten, JZ 1987, 859; *Sommer*, Das fehlende Erfolgsunrecht. Ein Beitrag zur Strafbarkeitsbewertung des agent provocateur, 1987; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *Janß*, Die Kettenteilnahme, tesis doct. Bonn, 1988; *Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *Just-Dahlmann/Just*, "Die Gehilfen", 1988; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1988; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989; *Löwe-Krahl*, Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Bankgeschäfte, 1989; *Meyer-Arndt*, Beihilfe durch neutrale Handlungen?, wistra 1989, 281; *Neidlinger*, Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe, 1989; *Nitze*, Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen, 1989; *Roxin*, Bemerkungen zum Regreßverbot, Tröndle-FS, 1989, 177; *Sippel*, Zur Strafbarkeit der "Kettenanstiftung", 1989; *Bohnert*, Beteiligung an notwendiger Beteiligung am Beispiel der Mietpreisüberhöhung (§ 5 WiStG), K. Meyer-GS, 1990, 519; *Lieberwirth*, Die provozierte Tat – ein untauglicher Versuch?, 1990; *Löwe-Krahl*, Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften, 1990; *Herzberg*, Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale, GA 1991, 145; *Mitsch*, Urenkel von Rose und Rosahl (?), Jura 1991, 373; *Müller*, Das Urteil des BGH zu Anstiftung und "error in persona", MDR 1991, 830; *Schwarzburg*, Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der polizeilichen Tatprovokation, 1991; *Streng*, Die Strafbarkeit des Anstifters bei error in persona des Täters (und verwandte Fälle), JuS 1991, 910; *Geppert*, Zum "error in persona vel obiecto" und zur "aberratio ictus" etc., Jura 1992, 163; *Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, 1992; *Hefendehl*, Examensklausur Strafrecht "Der mißbrauchte Farbkopierer", Jura 1992, 374; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit, 1992; *Lesch*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992; *Roxin*, Rose-Rosahl redivivus, Spendel-FS, 1992, 289; *Schlehofer*, Der error in persona des Haupttäters – eine aberratio ictus für den Teilnehmer?, GA 1992, 307; *Sowada*, Die "notwendige Teilnahme" als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, 1992; *Stratenwerth*, Objektsirrtum und Tatbeteiligung, Baumann-FS, 1992, 57; *Weßlau*, Der Exzeß des Angestifteten, ZStW 104 (1992), 105; *Wild*, Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes und Teilanfechtung von Strafurteilen – BayObLG, NJW 1991, 2582, JuS 1992, 911; *Bemmann*, Die Objektsverwechslung des Täters in ihrer Bedeutung für den Anstifter, Stree/Wessels-FS, 1993, 397; *Roxin*, Zum Strafgrund der Teilnahme, Stree/Wessels-FS, 1993, 365; *Scheffler*, Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen seitens des Angeklagten, GA 1993, 341; *Schumann*, Die "rechtswidrige" Haupttat als Gegenstand des Teilnahmevorsatzes, Stree/Wessels-FS, 1993, 383; *Stoffers*, Streitige Fragen der psychischen Beihilfe im Strafrecht, Jura 1993, 11; *Altenhain*, Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß, 1994; *Geppert*, Zum Verhältnis von Täterschaft/Teilnahme an der Vortat und anschließender sachlicher Begünstigung (257 StGB), Jura 1994, 441; *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und "besondere persönliche Merkmale", 1994; *Otto*, Beihilfe des Bankangestellten zur Steuerhinterziehung, Zeitschrift für Kreditwesen, 1994, 775; *Schroeder*, Die Teilnahme des Beifahrers an der gefährlichen Trunkenheitsfahrt, JuS 1994, 846; *Hassemer*, Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung, wistra 1995, 41, 81; *Löwe-Krahl*, Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehungen ihrer Kunden – die Tatbestandsmäßigkeit berufstypischer Handlungen, wistra 1995, 201; *Lüderssen*, Der Typus des Teilnehmertatbestandes, Miyazawa-FS, 1995, 449; *Niedermair*, Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?, ZStW 107 (1995), 507; *Rostek*, Sachverhaltsverfälschung

in der obergerichtlichen Rechtsprechung, en: Grenzüberschreitungen, Eser-FS, 1995, 89; *Roxin*, Was ist Beihilfe?, Miyazawa-FS, 1995, 501; *Wolff-Reske*, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, 1995; *Schild-Trappe*, Harmlose Gehilfenschaft?, 1995 (sobre ella la recensión de *Roxin*, JZ 1996, 29); *Hilgendorf*, Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB?, Jura 1996, 9; *Jakobs*, Akzessorietät – Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, 253 ss.; *Wohlleben*, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996; *Christmann*, Zur Strafbarkeit sogenannter Tatsachenarrangements wegen Anstiftung: Ein Beitrag von der Lehre der objektiven Zurechnung zum Strafgrund der Anstiftung, 1997; *Fahl*, Anforderungen an den objektiven und subjektiven Tatbestand der Beihilfe, Anmerkung zu BGH wistra 1996, 232, JA 1997, 11; *Geppert*, Die Anstiftung (§ 26 StGB), Jura 1997, 299, 358; *Kindhäuser*, Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes, Anmerkung zu BGH wistra 1996, 232, NStZ 1997, 273; *Küper*, Konvergenz; Die gemeinschaftliche Körperverletzung im System der Konvergenzdelikte, GA 1997, 301; *Phleps*, Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses, JR 1997, 49; *Ransiek*, Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht, wistra 1997, 41; *Rogat*, Die Zurechnung der Beihilfe. Zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwälten nach § 27 StGB, 1997; *Scheffler*, Zur Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes, JuS 1997, 598; *Schlehofer*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18.4.1996, Beihilfe zum Betrug durch Übergabe eines inhaltlich falschen Wertgutachtens, StV 1997, 412; *Streng*, Der Irrtum beim Versuch – ein Irrtum? Beitrag zur Struktur des Versuchstatbestandes, ZStW 109 (1997), 863; *Tag*, Beihilfe durch neutrales Verhalten, JR 1997, 49; *Toepel*, Aspekte der "Rose-Rosahl"-Problematik: Die Perspektive des Hintermanns, das Blutbadargument und die versuchte Anstiftung, JA 1997, 248, 344; *Büscher*, Zur Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes, JuS 1998, 384; *Gropp*, Der Zufall als Merkmal der aberratio ictus, Lenckner-FS, 1998, 55; *Otto*, "Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, Lenckner-FS, 1998, 193; *Puppe*, Die Lehre von der objektiven Zurechnung an Beispielsfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung, IV. Zurechnung bei mehreren Beteiligten, Jura 1998, 21; *Schroth*, Vorsatz und Irrtum, 1998; *Weigend*, Grenzen strafbarer Beihilfe, Nishihara-FS, 1998, 197; *Amelung*, Die "Neutralisierung" geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestandes, Grünwald-FS, 1999, 9; *Lüderssen*, Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung, Grünwald-FS, 1999; 329; *Osamu*, Die Entwicklung der Lehre von der notwendigen Teilnahme – unter besonderer Beachtung der sogenannten Begehungsdelikte, Jura 1999, 246; *Theile*, Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz, 1999; *Wohlers*, Gehilfenschaft durch "neutrale" Handlungen – Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichen bzw. berufstypischen Verhalten?, SchwZStW 117 (1999), 425; *Ambos*, Beihilfe durch Alltagshandlungen, JA 2000, 721; *Kudlich*, Die Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt, JA 2000, 511; *M.K. Meyer*, Beteiligung am Landfriedensbruch und Teilnahme zum Landfriedensbruch, GA 2000, 459; *Ransiek*, Neutrale Beihilfe in formalen Organisationen, en: Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen usw., 2000, 95; *Wohlers*, Hilfeleistung und erlaubtes Risiko – zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB, NStZ 2000, 169; *Beckemper*, Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge, Jura 2001, 163; *Charalambakis*, Zur Problematik der psychischen Beihilfe, Roxin-FS, 2001, 625; *Kühl*, Die Beendigung des vollendeten Delikts, Roxin-FS, 2001, 665; *Lesch*, Strafbare Beteiligung durch "berufstypisches"" Verhalten, JA 2001, 986; *Otto*, Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens, JZ 2001, 436; *Pilz*, Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern, 2001; *Puppe*, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, Spinellis-FS, 2001, 915; *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002; *Dencker*, Beteiligung ohne Täter, Lüderssen-FS, 2002, 525; *Frisch*, Beihilfe durch neutrale Handlungen, Lüderssen-FS, 2002, 539; *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10.ª, 2002; *Kühl*, Vollendung und Beendigung bei den Eigentums- und Vermögensdelikten, JuS 2002, 729; *Roso Cañadillas*, Autoría y participación imprudente, 2002; *Schall*, Strafloses Alltagsverhalten und strafbares Beihilfeunrecht, Meurer-GS, 2002, 103; *Schmoller*, Sukzessive Beteiligung?, en: Kansai Univ. Review March 2002, 35.

A. Cuestiones fundamentales de la teoría de la participación

I. El concepto de participación en el Derecho penal alemán

1 La participación es un ataque autónomo al bien jurídico mediante colaboración dolosa no constitutiva de autoría en un hecho típicamente antijurídico cometido con dolo típico. Ello requiere ya de entrada una explicación concisa que se habrá de detallar en la ulterior exposición.

1. La accesoriedad de la participación

2 Toda participación –sea inducción o cooperación o complicidad*– presupone en primer lugar, como se desprende ya del tenor literal de los §§ 26 [inducción] y 27 [cooperación o complicidad], el "hecho" de un autor. Este "hecho" puede estar consumado o sólo intentado. Quien p. ej. presta al ladrón una llave falsa para su hecho realizado con éxito comete cooperación o complicidad en el hurto consumado; si el ladrón es detenido en la fase de tentativa, sólo existe cooperación o complicidad en el hurto intentado. Si el ladrón se queda en la fase preparatoria, resulta excluida una participación conforme a los §§ 26 [inducción] y 27 [cooperación o complicidad]. En tal caso sólo existe una participación intentada, cuya punibilidad se rige por el § 30; conforme a él, la cooperación o complicidad intentada es siempre impune y la inducción intentada sólo punible en los delitos graves *[Verbrechen]*.

3 Si bien resulta concebible una participación sin hecho típico del autor (cfr. más adelante nm. 12 ss.), es sin embargo desconocida en el Derecho penal alemán. De modo que, p. ej., la colaboración en el suicidio no puede castigarse como participación en el homicidio, porque el suicidio no encaja en el tipo de § 212 [homicidio]; es por el contrario impune**. Tampoco puede castigarse como inducción al homicidio, sino sólo como inducción –con un castigo considerablemente más benigno– al § 323 c [omisión del deber de socorro], la incitación a una omisión de socorro (§ 323 c) que pretende y consigue la muerte de la víctima de un accidente, pese a que el inductor, al contrario que el autor, contribuyó activamente a la muerte de la víctima.

2. La accesoriedad limitada

4 El hecho del autor que es preciso para cualquier participación debe ser típico y antijurídico, pero no culpable. Ello se deriva de que los §§ 26 [inducción] y 27 [cooperación o complicidad] exigen que se determine o se preste ayuda en un hecho "antijurídico". Conforme al § 11 I nº 5, un hecho

---

* La palabra alemana *"Beihilfe"* se traduce indistintamente como cooperación o complicidad, y el nombre de quien la realiza, *"der Gehilfe"*, también indistintamente por cooperador o cómplice: para una explicación detallada cfr. *infra* la nota * en el apartado C. (nm. 183) [N. del T.].

** Ello no es así en los CP, como el español y otros, que castigan expresamente como delito autónomo la inducción y el auxilio (cualquiera o sólo el más grave) al suicidio, cosa que no sucede en el StGB alemán [N. del T.].

"antijurídico" es sólo un hecho además típico; que no es necesario que este hecho tenga por qué ser culpable se deduce, además del tenor literal de los §§ 26 y 27, también del § 29, conforme al cual se castiga a cada interviniente "según su culpabilidad, sin tener en cuenta la culpabilidad del otro".

Al principio de que toda participación presupone un hecho típicamente antijurídico del autor se le denomina "el principio de accesoriedad limitada". Al respecto, por accesoriedad hay que entender en este contexto la "dependencia" de la participación de un hecho del autor; esta accesoriedad es limitada*, porque no se extiende o refiere a la culpabilidad, sino sólo a la antijuridicidad del hecho principal. Por lo tanto, es posible también una participación en un hecho sin culpabilidad –¡lo que no es en modo alguno evidente!–. Si bien por regla general en caso de actuación o influencia sobre un autor inculpable existirá autoría medita (cfr. § 25, nm. 76 ss., 139 ss.), sin embargo en el caso concreto puede no ser así. Cuando p. ej. alguien no conoce la enfermedad mental de aquel al que incita a cometer el hecho, si bien no puede ser autor mediato (cfr. § 25, nm. 158), sí que puede sin embargo ser castigado como inductor. Sobre la accesoriedad limitada, cfr. en detalle nm. 32 ss. 5

3. La exigencia de hecho principal doloso

Pero la participación presupone, conforme al tenor literal del los §§ 26 [inducción] y 27 [cooperación o complicidad], junto a la tipicidad y antijuridicidad del hecho del autor, también su carácter doloso. Esta indicación legal expresa es superflua si se ubica sistemáticamente el dolo como parte subjetiva del tipo, como se corresponde con la opinión dominante y también aquí defendida[1]. Pues, en tal caso, de la exigencia de un hecho típico del autor se desprende que este debe ser también doloso. Pero, dado que algunos autores todavía consideran hoy el dolo no como componente del tipo, sino como forma de culpabilidad, el legislador ha estimado adecuado dejar claro que incluso desde ese punto de vista sólo debe ser posible una participación en caso de hecho doloso del autor. Esta aclaración le pareció necesaria al legislador también porque la exigencia de dolo es sumamente discutida incluso con independencia de la posición sistemática del dolo (cfr. con más detalle nm. 35 ss. e inmediatamente nm. 7). 6

La exigencia de dolo es por tanto tan poco evidente como la accesoriedad y su limitación o carácter de limitada. Pues, si bien en caso de falta de dolo del "autor" el sujeto de atrás que colabora dolosamente es normalmente autor mediato, de modo que no es preciso el recurso al castigo como participación (cfr. § 25, nm. 63 7

---

* *Roxin* escribe aquí "limitiert (= begrenzt)". Traduzco sólo "limitada", pues entiendo que las dos palabras (la primera de raíz latina), sinónimas, se corresponden mejor con el único término español que utilizo. Buscar dos términos españoles para mantener los dos alemanes me parece forzado, innecesario y hasta tal vez perturbador en nuestro idioma [N. del T.].

[1] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 10, nm. 62 ss.

ss.), sin embargo existen también aquí excepciones. Quien p. ej. incita a alguien a que dispare contra una determinada persona y al hacerlo parte del dolo de matar del incitado, mientras que este cree descargado el fusil que dispara sólo por broma, no puede ser castigado como inductor de un homicidio, pese a que ha causado la muerte de la víctima y también la quería (cfr. § 25, nm. 159 ss.). Sólo puede responder por inducción intentada a homicidio conforme al § 30 I 1 y 2, con la rebaja obligatoria de pena en él prevista. Sobre la problemática de esta regulación y de la exigencia de dolo, con más detalle, nm. 35 ss.

4. La exigencia de ataque autónomo al bien jurídico

8 La colaboración del partícipe en el hecho del autor debe ser objetivamente (co)causante para ese hecho y subjetivamente, como deja claro el tenor literal de los §§ 26 [inducción] y 27 [cooperación o complicidad], dolosa. La causación dolosa de un resultado consumado o de tentativa producida en forma de autoría no es suficiente aún sin embargo para una participación punible. Si p. ej. un denominado *agent provocateur* (agente provocador o espía o agente o infiltrado que tienta a otro) consigue pruebas contra un delincuente induciéndole a cometer un delito como aparente compinche y cuando se produce la tentativa lo hace detener, aquel ha provocado dolosamente un hecho constitutivo de una infracción penal –una tentativa de delito– y debería ser castigado por inducción a él, si la causación dolosa de una conducta antijurídica-dolosa fuera suficiente para apreciar participación punible. La impunidad del *agent provocateur* o agente provocador, defendida hoy de modo unánime*, puede explicarse sólo porque por su parte no pretende atacar el bien jurídico típicamente protegido, sino precisamente evitar su lesión. O, para elegir un ejemplo totalmente diferente: quien se hace mutilar por otro para sustraerse al servicio militar o para conseguir una renta o pensión de invalidez provoca unas lesiones punibles. Pues el autor no puede apelar a un consentimiento de la "víctima", porque este es ineficaz conforme al § 228 [consentimiento en las lesiones**]. No obstante, habrá que dejar impune a la víctima inductora; pues, como demuestra la impunidad de las automutilaciones (desde el punto de vista de los §§ 223 ss. [lesiones]), nadie puede atacar su propio cuerpo de modo jurídico-penalmente relevante.

9 La exigencia de ataque autónomo al bien jurídico, que se habrá de ilustrar más todavía con otros grupos de casos, es el más discutido entre los elementos de la participación; pues, a diferencia de los concretos requisitos de la accesoriedad, no es mencionado expresamente en el tenor literal de la ley. Se explica sin embargo desde los principios generales de la imputación[2],

---

* Aunque *Roxin* dice literalmente aquí "unánime" (*einhellig*), lo cierto es que tal unanimidad no llega a ser total, como el propio *Roxin* señala en otros nm. del presente § 26: en el nm. 21 ("op. absolutamente dom.") y, de modo literal, en el nm. 28 ("prácticamente unánime").

** Este precepto del StGB establece que las lesiones consentidas sólo son antijurídicas cuando el hecho, pese al consentimiento, es contrario a las "buenas costumbres" [N. del T.].

[2] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 36 ss.

conforme a los cuales un resultado sólo puede ser imputado si se basa en la creación de un riesgo no permitido. Dado que el partícipe ha de actuar dolosamente, la creación dolosa por él de un riesgo no permitido representa ese ataque autónomo al bien jurídico que es preciso para una participación punible.

5. La participación como concepto "secundario"

La participación es, por último, un concepto secundario en cuanto que 10
presupone que la intervención no sea en forma de autoría. Pues también el coautor colabora o co-opera siempre y el autor mediato al menos en muchos casos en la realización antijurídica dolosa del tipo por un autor, sin ser sin embargo por ello partícipes. Por consiguiente, se ha de constatar siempre primero que el concepto "primario" de la autoría no es aplicable a un interviniente antes de que su colaboración pueda ser calificada de participación. En cambio, la caracterización de la participación como un concepto secundario no implica la afirmación de que toda colaboración no constitutiva de autoría sea *eo ipso* participación. Puede ser también impune, porque falte un hecho principal doloso (nm. 6 y 7) o un ataque autónomo al bien jurídico (nm. 8 y 9). La participación es por tanto un concepto secundario, pero no dependiente o sin autonomía.

II. El fundamento del castigo de la participación

1. La participación como ataque accesorio al bien jurídico

El punto fundamental de disputa en relación con el fundamento del castigo 11
de la participación radica en la cuestión de si el injusto o ilícito de la participación se deriva del injusto o ilícito del hecho del autor o es independiente o autónomo. El concepto de participación desarrollado anteriormente (nm. 1-10) permite ya reconocer que según la opinión aquí defendida el injusto de la participación se deriva en parte del injusto del autor, pero en parte es también independiente y autónomo[3]. Se deriva del injusto del autor en cuanto que es accesorio: el injusto doloso que realiza el autor se imputa también al partícipe que colabora (con una atenuación del marco penal en la coope-

---

[3] La concepción se desarrolla con más detalle en *Roxin*, Stree/Wessels-FS, 1993, 365 ss. Defienden opiniones similares en la literatura científica SK.-*Hoyer*, 7.ª, antes del § 26, nm. 17-21 y *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 121 s.; *Bloy*, 1985, 252 ss. (con "ciertas reservas" frente a mi concepción, "de acuerdo con la cual la participación como ataque accesorio al bien jurídico no sería explicable exclusivamente desde el principio de accesoriedad", 253); *el mismo*, JA 1987, 492; *Stein*, 1988, 117 s.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 22/9. Similar *Geppert*, Jura 1997, 300; *Hake*, 1994, 53 ss., 68 s., 75; *Ingelfinger*, 1992, 117; *Kindhäuser*, AT, 2.ª, 381 ss.; *Krey*, AT/2, nm. 206 ss., 209; *Otto*, Lange-FS, 1976, 201 ss; *el mismo*, JuS 1982, 558; *el mismo*, AT, 6.ª, § 22, nm. 2 ss.; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, antes de los §§ 25 ss., nm. 17 a, 41. Asimismo en buena medida también *Gropp*, AT, 2.ª, § 10, nm. 102 ss., quien ve el fundamento del castigo de la participación en que el partícipe realiza un injusto propio que se corresponde con el fundamento del castigo del hecho principal.

ración o complicidad, cfr. § 27 II). Pero es independiente o autónomo en cuanto que esta imputación sólo se produce si la colaboración en el hecho del autor representa simultáneamente un ataque propio al bien jurídico por parte del partícipe. Estos elementos independientes o autónomos, de los que *supra* (nm. 8 y 9) sólo se han entresacado dos, aún habrán de ponerse de relieve detalladamente al debatir o comentar la inducción y la cooperación o complicidad (nm. 57 ss., 183 ss.). En todo caso, la concepción aquí defendida de la participación como "ataque accesorio al bien jurídico" supone una teoría mixta, que fundamenta el injusto o ilícito de la participación en parte desde la imputación del injusto del autor (o sea accesoriamente) y en parte a partir de elementos independientes o autónomos (el ataque al bien jurídico).

2. La teoría pura de la causación

12 Por el contrario aparecen una y otra vez en diferentes variantes teorías que independizan el ilícito o injusto de la participación haciendo responsable con independencia del hecho del autor al partícipe ya sólo por la provocación producida dolosamente por él del resultado típico. En su forma más radical, como la formuló originalmente *Lüderssen*[4], esta concepción conduce al abandono del principio de accesoriedad y a las consecuencias o resultados ya expuesto (nm. 3) de que la incitacion al suicidio o a la omisión de socorro, si produce un efecto conducente a la muerte acorde con el dolo, se castiga como inducción al homicidio[5]. El provocador o incitador ha causado dolosamente la muerte de un ser humano y ello basta para castigarle como partícipe, en vista de su falta de dominio del hecho.

13 Sin embargo, tal solución no se puede conciliar con la ley, que parte de la accesoriedad de la participación según su claro tenor literal. Tampoco es deseable desde el punto de vista de la política jurídica, porque, como muestran los ejemplos (nm. 3, 12), conduce a una considerable ampliación de la punibilidad que ha de prevenirse mediante la vinculación de la participación a la acción típica del autor. No es muy convincente el que el incitador haya de ser castigado conforme al marco penal del homicidio cuando la ejecución de la incitación en la persona del que actúa o bien no se castiga en absoluto o bien se castiga sólo como delito mucho menos grave.

14 Sobre la base del Derecho vigente, *Schmidhäuser*[6], quien asimismo parte "de una independencia o autonomía del tipo de injusto del delito del partícipe", intenta explicar la vinculación al hecho del autor por la necesidad, debida a meras consideraciones de punibilidad o merecimiento de pena, de producción del resultado: "El que la ley penal haga depender ampliamente el delito

---

[4] *Lüderssen*, 1967, 161 ss. En Miyazawa-FS, 1995, 449, *Lüderssen* modificó y en buena medida abandonó su concepción en el marco de la discusión reciente. En una discusión *de lege ferenda*, *Deucker*, Lüderssen-FS, 2002, 525, retoma la idea de una "participación o intervención plural sin autor".

[5] *Lüderssen*, 1967, 168, 192, 214 s.

[6] *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 14/57; casi con idénticas palabras *el mismo*, StuB AT, 2.ª, 10/9.

del partícipe de un hecho principal cometido tiene su fundamento sólo en la punibilidad o merecimiento de pena (de modo no distinto a lo que ocurre también con la producción del resultado en el delito del autor)". ¡Pero el propio resultado es un componente del injusto y en modo alguno una mera condición de punibilidad o merecimiento de pena![7]. Además, los ejemplos de *Lüderssen* (nm. 12) de punibilidad independiente o autónoma del partícipe demuestran que el resultado también puede producirse sin accesoriedad; por lo tanto, la finalidad de esta consiste precisamente en vincular la participación al injusto del autor (nm. 13) y no únicamente en la exigencia de un resultado.

Finalmente, la teoría pura de la causación fracasa también en los delitos 15
de infracción de deber, en los que –a diferencia de la sobreampliación de la punibilidad en el ámbito de los delitos de dominio– lo coherente con su planteamiento sería una restricción materialmente inadecuada de la punibilidad. Por ejemplo, consecuentemente debería ser impune la inducción a la prevaricación o al quebranto del deber de sigilo o de guardar secreto (§§ 26 [inducción], 339 [prevaricación], 203 [violación o revelación de secretos privados]), etc. por un *extraneus*, porque la causación dolosa del resultado por parte de este no puede cumplir o realizar el tipo del correspondiente delito de infracción de deber por falta de cualificación del autor. La impunidad contradice sin embargo inequívocamente la voluntad del legislador, que quiere hacer operar en favor del extraño sólo la atenuación de pena del § 28 I [atenuación por falta de elementos personales especiales en el partícipe]. *Schmidhäuser* había apreciado originalmente[8] pese a ello impunidad, más tarde sin embargo había admitido la punibilidad del *extraneus*, si bien siguiendo considerándola "materialmente incorrecta"[9]. Pero de ese modo se viene a admitir la incompatibilidad de la teoría pura de la causación con el Derecho vigente. *Lüderssen*[10], por otra parte, acepta la punibilidad del *extraneus*: "Quien no es funcionario público ... puede –mediatamente– lesionar el bien jurídico de la 'pureza del desempeño del cargo o función' ... sólo a condición de que ... entre en acción .. un funcionario"; no obstante considera que esa vinculación a la actuación del autor es "de naturaleza puramente fáctica". Pero ello no convence; pues el injusto o ilícito en el ejercicio del cargo o la función pública es el presupuesto **normativo** central de la punibilidad de ambos intervinientes. Por más vueltas argumentativas que se le dé: la teoría pura de la causación no es idónea para explicar las regulaciones de la participación del Derecho vigente[11].

---

[7] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 10, nm. 94 ss.

[8] *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 14/98; criticándolo *Roxin*, ZStW 83 (1971), 399 s.

[9] *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 14/85, en n. 25 y en el texto correspondiente.

[10] *Lüderssen*, 1967, 137.

[11] Por su admisión de tipos autónomos de participación, se puede encuadrar en la teoría pura de la causación a algunos autores más, pese a que otorgan mayor significación a la accesoriedad y por ello no están lejos de la opinión aquí defendida en el resultado final: *Herzberg*, GA 1971, 1 ss.; *M.-K. Meyer*, GA 1979, 264 s; *Sax*, ZStW 90 (1978), 927 ss. Una crítica exhaustiva de la doctrina del delito autónomo del partícipe (también en sus "variantes moderadas") la ofrece *Bloy*, 1985, 172-192.

3. La teoría de la participación en la culpabilidad o en el injusto

16 La teoría de la participación en la culpabilidad no ve el fundamento del castigo de la participación en la causación del resultado típico, sino en que el partícipe implica o involucra al autor en culpabilidad. Adopta por lo tanto en su contenido la posición diametralmente opuesta a la teoría pura de la causación, pero se parece a ella en que parte igualmente de la independencia del ilícito o injusto del partícipe respecto del ilícito o injusto del autor. Hoy en día la teoría de la participación en la culpabilidad posee ya sólo significación histórica y político-jurídica, porque el Derecho vigente le ha dado una inequívoco desmentido, igual que a la teoría pura de la causación: si, conforme al principio de accesoriedad limitada (nm. 4 y 5), la participación sólo presupone un hecho principal antijurídico y precisamente no uno culpable, evidentemente no es necesario para la participación que el partícipe implique o involucre al autor en culpabilidad.

17 Pero todavía está en la discusión una "teoría modificada de la participación en la culpabilidad"[12] en forma de la "teoría de la participación en el injusto" fundada por *Trechsel*[13]. Esta ve el fundamento del castigo de la participación en que el partícipe involucra o mezcla al autor en una actuación injusta, ilícita. Si bien ello no convierte aún al autor en culpable y punible o penalmente responsable, sin embargo da lugar, si alguien p. ej. incita a un enfermo mental no reconocible como tal a cometer hechos punibles, a diligencias jurídico-penales de investigación, eventualmente incluso a la imposición de una medida y, en todo caso, a la desintegración social del autor. Por eso se habla también de una "teoría de la desintegración". Si bien esta concepción no fracasa por la accesoriedad limitada, sí que lo hace sin embargo por otras tres objeciones:

18 a) En primer lugar, no se ajusta a la cooperación o complicidad, como el propio *Trechsel*[14] admite; pues en ella el autor ya está decidido o resuelto por sí mismo a cometer el hecho, así que no resulta desintegrado sólo a partir de la actuación del cooperador o cómplice. A ello opone sin embargo *Keller*[15] que también el cooperador o cómplice fomentaría la carrera criminal del autor. Pero un fomento así de esa carrera, si se prescinde de la causación del hecho concreto, sigue siendo algo tan vago e inseguro que no puede basar o sostener la punibilidad de la participación.

19 b) Además, no concuerda tampoco en la inducción con el concepto de desintegración el dato de que la pena se rija por la del autor. Si [la teoría] fuera consecuente, debería atender a la magnitud de la desintegración producida; la seducción o corrupción de alguien hasta

---

[12] *Keller*, 1989, 163.
[13] *Trechsel*, 1967; *el mismo*, Schweizerisches StGB, Kurzkommentar, 1989, Art. 24, nm. 3.
[14] *Trechsel*, 1967, 107 ss.
[15] *Keller*, 1989, 164.

entonces sin tacha y sin antecedentes penales debería castigarse más gravemente, y en cambio sólo de modo más benigno el contratar a un delincuente profesional ya ampliamente desintegrado socialmente. *Keller*[16] no considera convincente la objeción. Pues, según él, podría ser "que la desintegración" sea "calculada o apreciada en la ley de modo valorativo y abstractamente generalizador", de modo que la magnitud de la supuesta desintegración se rija por la gravedad del hecho. Pero esto sería una estimación o cálculo equivocado. Pues el efecto desintegrador de una inducción, como difícilmente se le habrá escapado al legislador, puede se muy diferente en el caso concreto y depende, mucho más que de la gravedad del hecho, de la carrera criminal anterior del autor y de si se le llega a detener o atrapar. Aparte de eso, entre la realización culpable de un tipo penal y la desintegración de un ser humano no existe siquiera una relación o conexión que haga plausible prever para ellas el mismo marco penal.

c) Finalmente, el fundamento del castigo de la participación tampoco puede radicar en la desintegración del autor, porque en los casos normales de participación el autor es él mismo responsable de sus decisiones y acciones[17]. Quien se deja inducir no es víctima, sino compinche del inductor y no puede hacer a este responsable de su decisión o resolución de cometer el hecho. La decisión de cometer el hecho es, desde el punto de vista de la desintegración, una autopuesta en peligro del autor; la intervención en ella es impune conforme a principios jurídicos generales[18]. 20

Debe tenerse en cuenta también que las consecuencias prácticas de la teoría de la participación en el injusto son insólitas o sorprendentes. Para sólo mencionar estos ejemplos (cfr. nm. 8), ha de apreciar responsabilidad penal del *agent provocateur* o agente provocador o de la inducción por móviles delictivos a la mutilación del propio inductor; pues en ambos casos el inducido es implicado o involucrado incluso en una culpabilidad jurídico-penal sin duda socialmente desintegradora. Quien, como la op. absolutamente dom., no considere correcto dicho resultado debe rechazar la teoría de la participación en el injusto también desde este punto de vista. Por otro lado, se ha de admitir que la cuestión de si el partícipe ha seducido o corrompido a una persona sin tacha y sin antecedentes penales o de hasta qué punto ha contribuido de otro modo a la desintegración del autor posee relevancia para la determinación de la pena dentro del marco penal preestablecido. Pero no se puede explicar con ello el injusto de la participación, porque se trata únicamente de una cuestión de la medida de la culpabilidad. 21

---

[16] *Keller*, 1989, 163 s.

[17] Acertadamente *Keller*, 1989, 163 s.

[18] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 86 ss.

4. La solidarización con el injusto ajeno como fundamento del castigo de la participación

22 También *Schumann*[19] parte de la autonomía por principio del injusto de partícipe. El fundamento del castigo de la participación radica para él en "que el partícipe se solidariza con el ilícito o injusto doloso ajeno mediante su contribución dolosa, se mezcla o pone en común con el hecho ajeno"[20]. Ve en la solidarización o solidaridad [en el hacerse solidario o solidarizarse] del partícipe con el injusto ajeno un desvalor de acción que es idéntico a aquel "en el que la denominada teoría de la impresión encuentra el fundamento del injusto (de acción) punible de la tentativa (inidónea)". La participación se convierte mediante esta solidarización "en un ejemplo insoportable para la comunidad jurídica"[21].

23 Esta concepción evita las dificultades de otras fundamentaciones del injusto autónomo del partícipe. Puede hacer sin problemas que resulte plausible la punibilidad de la participación de *extranei* en el delito de infracción de deber, que no puede explicar la teoría pura de la causación (nm. 15); pues también el extraño se solidariza con el autor de la prevaricación, de la infracción del deber de sigilo o de guardar secreto, etc. a través de su participación. Y puede hacer que la vinculación de la pena de la participación al marco penal del hecho principal, que pone en apuros a la teoría de la participación en el injusto (nm. 19), resulte convincente mediante la tesis de que el injusto de solidarización habría de "regirse" en cuanto a su magnitud "por el objeto de referencia de la solidarización"[22]. Posee además la ventaja de hacer visibles los ya mencionados (nm. 8 y 9) aspectos adicionales de la independencia o autonomía del injusto de la participación. Así, *Schumann*[23] exige con razón para la inducción una "incitación (o provocación o reto)" y no considera suficiente la creación de estímulos para cometer el hecho (al respecto nm. 59, 74 ss.). Asimismo tampoco bastarían para la cooperación o complicidad acciones cotidianas jurídicamente neutras o neutrales (v. gr. la venta de un destornillador a una persona reconocida como ladrón que va a entar con fractura en un edificio) (al respecto nm. 218 ss.). En tales casos se rechaza una participación punible con la fundamentación de que no existe suficiente solidarización con el autor.

24 No obstante, el principio de solidarización no convence. Cuando *Schumann* ve en la solidarización "un peligro psico-sociológico para la fuerza de vigencia del Derecho"[24] y pretende basar en ello el castigo de la participación, pasa por alto que el solidarizarse como tal (aparte del § 140 [recompensa y

---

[19] *Schumann*, 1986, 49 ss.
[20] *Schumann*, 1986, 51.
[21] *Schumann*, 1986, 50.
[22] *Schumann*, 1986, 51.
[23] *Schumann*, 1986, 51 ss., 54 ss.
[24] *Schumann*, 1986, 50.

aprobación o apología de determinados delitos]) no es siquiera punible. La punibilidad surge (incluso en la cooperación o complicidad psíquica, la que más se aproxima a una solidarización; al respecto nm. 197 ss.) siempre sólo cuando la conducta del partícipe repercute o influye en el resultado. Sería también una apreciación contraria a la vida real reprochar o hacer responsable al inductor, no de la muerte de la víctima, sino sólo de haberse solidarizado con el autor. Además, el concepto de solidarización tampoco describe correctamente muchas relaciones de participación. Quien induce a alguien no tiene por ello que solidarizarse con el autor, sino que persigue a menudo exclusivamente intereses propios. Lo mismo vale para el cooperador o cómplice que presta su contribución por precio, pero al que por lo demás el hecho del autor le es completamente indiferente.

No se puede por tanto prescindir de la provocación o causación del re- 25
sultado por el partícipe. También *Schumann*[25] lo admite cuando contempla "la exigencia de una lesión (mediata) del bien jurídico" como "requisito mínimo de contenido de injusto de la participación". Pero cuando añade que este "requisito mínimo" "no" podría "ser admitido como fundamento suficiente del castigo", no tiene en cuenta que el supuesto mínimo contiene un reproche considerablemente más grave que el fundamento del castigo admitido por él. ¡Quien provoca dolosamente que un ser humano muera por el hecho de otro ha hecho algo mucho peor que quien sólo se solidariza con el autor! El prescindir de manera materialmente incorrecta de la causación accesoria del resultado en el fundamento del castigo de la participación se debe en *Schumann* a la suposición de que este "resultado" se hallaría "en el ámbito de responsabilidad del autor principal"[26]. ¡Pero la participación como causa de extensión o ampliación de la punibilidad extiende la imputación del resultado precisamente al inductor y al cooperador o cómplice!

5. La teoría de la causación orientada a la accesoriedad

La op.dom. rechaza todas la concepciones que parten de la independen- 26
cia o autonomía del injusto de la participación (2.-4.) y deriva la punibilidad de la participación de la causación de la conducta del autor, o sea, de un injusto doloso ajeno, que se transfiere o traslada al partícipe. Así, según la jurispr., la "esencia de la inducción" reside en la "causación de una conducta antijurídica" (BGHSt 4, 355, 358)[27]. Para *Jescheck*[28], el injusto del hecho del partícipe consiste en que "colabora en la infracción de la norma del autor. El injusto del hecho del partícipe es por ello dependiente en fundamento o causa y medida del injusto del hecho principal". *Maurach/Gössel*[29] ven "la esencia de la participación en la motivación (o incitación) o apoyo al injusto

[25] *Schumann*, 1986, 44 s.
[26] *Schumann*, 1986, 49
[27] Adhiriéndose a la jurispr. del RG (RGSt 5, 227, 228; 15, 315, 316).
[28] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 I 2.
[29] *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 50/57.

típico ajeno", y *Lackner/Kühl*[30] resumen la op. dom. señalando "que inductores y cooperadores o cómplices fomentan o co-causan el hecho antijurídico cometido por el autor"[31].

27 Esta concepción de la participación como causación mediata, producida a través de la persona del autor, del resultado típico se ajusta plenamente al principio de accesoriedad del Derecho vigente y no puede ser reemplazada por ninguna de las doctrinas de la independencia o autonomía del ilícito o injusto del sujeto. Rige por lo tanto de modo inquebrantable: ¡no hay participación sin causación accesoria del resultado típico de tentativa o consumación! Pero esta posición comprende sólo una condición necesaria, pero no suficiente de la participación, porque pasa por alto que la causación accesoria debe representar un ataque autónomo del partícipe al bien jurídico[32]. Si falta este, como sucede en los casos de los ejemplos mencionados *supra* (nm. 8 y 9) o en el supuesto de la creación de un mero estímulo delictivo provocada con dolo típico (nm. 23), entonces no existe participación punible, pese a que se ha causado un hecho punible del autor de manera accesoria.

28 Indudablemente, el rechazo de una participación punible si falta un ataque al bien jurídico se puede intentar fundamentar también con consideraciones o reflexiones que se hallan fuera del fundamento del castigo de la participación; de ese modo se puede mantener el empeño de limitarlo a la causación orientada a la accesoriedad. Así p. ej. se admite de manera casi unánime la impunidad del *agent provocateur* o agente provocador. Quienes no recurren para ello al fundamento del castigo de la participación se conforman gustosamente con la tesis de que sería necesario un doble dolo del partícipe. Este se habría de dirigir, por un lado, a determinar al hecho o a fomentarlo o favorecerlo y, por otro lado, a provocar o causar el resultado típico. Ello es sustancialmente correcto. ¡Pero la tesis de que el dolo del partícipe debe dirigirse, entre otras cosas, a la lesión típica de bienes jurídicos no se fundamenta por sí misma, sino sólo a por la necesidad de un ataque al bien jurídico!

29 *Keller*[33] discute la necesidad de un ataque al bien jurídico por el partícipe apelando al principio de accesoriedad, pero considera impune igualmente al *agent provocateur* o agente provocador, al exigir en el partícipe, por razones propias del Estado de Derecho, una "referencia o relación subjetiva con el tipo de delito". ¡Pero esta "referencia o relación subjetiva" consiste justamente en el ataque doloso al bien jurídico y debe ser integrada en el fundamento

---

[30] *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 25, nm. 8.

[31] En el sentido de la op. dom., entre otros, también *Baumann/Weber*, AT, 9ª, § 37 I 1 b (en AT, 10ª, § 30 I 2, se produce una aproximación a la doctrina del ataque accesorio al bien jurídico); *Freund*, AT, § 10, nm. 110; *Kindhäuser*, AT, 2ª, 382 s.; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 132; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, antes de los §§ 25 ss., nm. 17.

[32] Asimismo *Geppert*, Jura 1997, 300.

[33] *Keller*, 1989, 165 ss.

del castigo de la participación, si es decisiva para su punibilidad! Finalmente *Herzberg*[34] ha elaborado o puesto de relieve con especial expresividad la no accesoriedad del dolo, es decir, la necesidad de un dolo independiente o autónomo de consumación del delito en la persona del partícipe. Pero cuando lo explica con la naturaleza del dolo como un "elemento personal especial" en el sentido del § 28 I [atenuación de la pena por falta de elementos personales especiales en el partícipe], ello debería conducir a una mera atenuación de pena en el *agent provocateur* o agente provocador; su impunidad sólo puede fundamentarse en que en él no existe –al contrario que en los casos del § 28– un ataque al bien jurídico.

La insistencia en los elementos autónomos del ilícito o injusto de la parti- 30
cipación no es sin embargo sólo un problema de fundamentación. Ignorar la necesidad de un ataque autónomo al bien jurídico ha dado lugar a múltiples ampliaciones excesivas de la punibilidad de la participación: entre otras, en la participación necesaria (nm. 41 ss.), en la ignorancia del carácter no accesorio de las intenciones o propósitos o ánimos referidos al bien jurídico (nm. 161 ss.), en la afirmación de la existencia de inducción en razón de cualquier causación dolosa de una decisión o resolución de cometer el hecho (nm. 75 ss.) y en la desatención del problema de la acciones "neutras o neutrales" en el marco de la cooperación o complicidad (nm. 218 ss.). Ello sólo puede explicarse más detenidamente en los respectivos contextos, pero puede poner de manifiesto que la cuestión del fundamento del castigo de la participación, que a menudo se ha dejado de lado como más bien académica, posee notable importancia práctica.

Los defensores de la independización o autonomía plena del ilícito o injusto 31
de la participación, que se pasan de la raya con el rechazo o minimización o bagatelización de su carácter accesorio y con ello **también** derivado del ilícito o injusto del autor, han prestado sin embargo una contribución esencial para el reconocimiento de los elementos independientes o autónomos del injusto del partícipe. Así, el reconocimiento de que sólo cabe plantear una participación punible si el bien jurídico lesionado por el autor está protegido también frente al partícipe (cfr. nm. 8) fue puesto de relieve por primera vez de forma precisa por *Lüderssen*[35]; y *Schumann* (cfr. nm. 23) favoreció sustancialmente la conveniente interpretación restrictiva de inducción y cooperación o complicidad. Tampoco la op. dom se cierra hoy ya del todo a reconocer que el ilícito o injusto de la participación es **parcialmente** independiente o autónomo[36]. Así, cabe esperar que la "teoría de la causación accesoria" se convierta paulatinamente en una concepción que vea el fundamento del castigo de la participación en el "ataque al bien jurídico mediante causación accesoria".

---

[34] *Herzberg*, 1977, 129 ss. (131).

[35] *Lüderssen*, 1967, 131 s.; posteriormente en este sentido también *Herzberg*, 1977, 133 ss.; *M.-K. Meyer*, GA 1979, 263 s.; SK-*Hoyer*, 7.ª, antes del § 26, nm. 17; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 122, 206.

[36] Cfr. las referencias de *Roxin*, Stree/Wessels-FS, 1993, 369 s.

III. La accesoriedad limitada

32 La accesoriedad limitada, o sea, la vinculación de la participación a un hecho típicamente antijurídico del autor, se introdujo por primera vez en el Derecho positivo por el Decreto de armonización o uniformización del Derecho penal (StrafrechtsangleichungsVO) de 29-5-1943 y ha perdurado tras la reforma del Derecho penal de 1975. Hasta 1943 el StGB hablaba en la inducción de la determinación a una "acción punible" (§ 48 v. a.) y en la cooperación o complicidad de la prestación de ayuda o auxilio "para la comisión del delito grave o menos grave" (§ 49 v. a.). De ahí habían deducido la jurispr. y la doc. dom. que no sería posible una participación en un hecho principal sin culpabilidad. A esa vinculación de la participación a la culpabilidad del autor se le denomina "accesoriedad extrema". Por contra, se habla de "accesoriedad mínima" cuando la participación presupone sólo un hecho principal típico, y de "hiperaccesoriedad" cuando incluso la concurrencia de causas de exclusión de la punibilidad en el autor excluye por principio un castigo de la participación[37].

33 La relevancia práctica de la accesoriedad limitada no es muy grande, porque la utilización de una persona exculpada por enfermedad mental (§ 20), estado de necesidad [disculpante] (§ 35) o error de prohibición invencible (§ 17 inciso 1) por regla general fundamenta una autoría mediata que excluye una participación (nm. 10). Pero al menos existe una participación en el hecho sin culpabilidad cuando el tercero o sujeto externo no conoce el defecto excluyente de la culpabilidad que hay en la persona del autor (cfr. § 25, nm. 158); tampoco está excluida del todo [la participación] en otros supuestos de autores exculpados, como se expuso ya detalladamente en el contexto de la autoría mediata (§ 25, nm. 45 s., 78 ss., 93, 139). La principal relevancia de la accesoriedad limitada se halla en los delitos de infracción de deber [por tanto delitos especiales], en los que está excluida la autoría mediata de un *extraneus*: quien p. ej. incita a un médico exculpado por enfermedad mental (§ 20), estado de necesidad [disculpante] (§ 35) o error de prohibición invencible (§ 17 inciso 1) a revelar secretos profesionales puede ser castigado por inducción al § 203 [lesión o violación de secretos privados]; en cambio, con la accesoriedad extrema se debería apreciar impunidad en tales supuestos. También en los delitos de propia mano la accesoriedad limitada colma lagunas de punibilidad que surgen por la imposibilidad de autoría mediata: quien p. ej. coacciona u obliga a alguien con los requisitos del § 35 [estado de necesidad disculpante] a la deserción (§ 16 WStG) puede ser castigado como inductor.

34 El principio de accesoriedad limitada es por tanto materialmente correcto: vincula por un lado la pena de la participación, de modo conforme al

---

[37] La denominación de los distintos grados de accesoriedad procede de *M.E. Mayer*; cfr. su AT, 1915, 391, y la discusión posterior enlazando con *Mayer* en *Bockelmann*, 1957, 31.

Estado de Derecho, a la existencia de injusto típico del autor y evita así un desbordamiento o extensión excesiva de la punibilidad de la participación que es inevitable si se renuncia a la accesoriedad (cfr. nm. 3, 12, 13). Pero por otro lado colma también lagunas de punibilidad incomprensibles que traería consigo el aferrarse a la accesoriedad extrema.

IV. La exigencia de hecho principal doloso

No se le puede atribuir sin más a la exigencia de un hecho principal doloso el predicado o calificación de materialmente correcta o adecuada[38]. Es dudoso si esa exigencia está incluida en el principio de accesoriedad limitada, de modo que la mención expresa de un hecho cometido "dolosamente" en los §§ 26 [inducción] y 27 [cooperación o complicidad] sería en realidad superflua (cfr. nm. 6). Pues la jurispr. después de 1943 hasta entrada la época de la posguerra declaró posible, sin perjuicio del principio de accesoriedad limitada, una participación en hecho no doloso, porque contemplaba el dolo como requisito de la culpabilidad y no como elemento del tipo[39]. Aun cuando, con la op. hoy absolutamente dom., no se siga esa deducción sistemática, siempre se podría entender el principio de accesoriedad limitada de tal modo que para él, junto a la antijuridicidad de la acción del autor, sólo sea preciso que se cumpla o realice el tipo objetivo*. Y, en todo caso, el legislador podría haberlo dispuesto así. 35

Se ha de respetar su decisión contraria[40], pero también se ha de lamentar. Pues abre incomprensibles lagunas de punibilidad. Ello vale en primer lugar para la suposición errónea de que el autor obra dolosamente. Quien da a una esposa un veneno en la suposición errónea de que esta quiere matar con él a su marido, no puede ser castigado por cooperación o complicidad en el asesinato u homicidio cuando la mujer, si bien administra a su marido el 36

---

[38] Así también p. ej. *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, antes de los §§ 25 ss., nm. 29 s.; *Jakobs*, AT, 2ª, 22/13 ss.

[39] Por última vez BGHSt 4, 355 (358 con ulteriores referencias); 5, 47. En la jurispr. del BGH se exigió el requisito del dolo desde BGHSt 9, 370; cfr. además OLG Köln NJW 1962, 686 con com. de *Bindokat* y com. de *Dreher*, MDR 1962, 592 s.

* O también, aunque *Roxin* no contemple esa posibilidad, se podría entender que la accesoriedad limitada requiere que el hecho principal sea típico incluyendo la parte subjetiva del tipo, pero que, aunque en esta el tipo normal ciertamente exige dolo, la ley también prevé en la parte subjetiva del tipo –excepcionalmente en los sistemas de *numerus clausus* de delitos imprudentes, o incluso como algo normal en los sistemas de *numerus apertus* de castigo de la imprudencia como sucedía en los CP españoles anteriores al actual de 1995– como hecho típico menos grave la posibilidad de un hecho típico imprudente. [N. del T.]

[40] De distinta opinión sólo *Schmidhäuser*, AT, 1.ª, 14/87 s.; *el mismo*, StuB AT, 2.ª, 10/22 ss., quien entiende el concepto de "hecho cometido dolosamente" de los §§ 26 [inducción] y 27 [cooperación o complicidad] en el sentido de un mero "actuar querido". Sin embargo, a la vista de la inequívoca voluntad del legislador coincidente con el tenor literal de la ley, ello constituye una reinterpretación inadmisible (una transformación del sentido) de la ley. (en AT, 2.ª, 14/68, n. 11, *Schmidhäuser* abandona expresamente esta opinión).

veneno con efecto letal, supone sin embargo erróneamente que se trata de un medicamento. Dado que la cooperación o complicidad intentada no es punible y que el dolo del que entrega el veneno se opone a la apreciación de un homicidio imprudente[41], este sujeto tiene que quedar por tanto impune, pese a que ha causado dolosamente la muerte de un ser humano y su cuota o participación en ella fue incluso mayor de lo que se había imaginado o representado. Este es un resultado evidentemente injusto. Con más detalle al respecto y con ulteriores ejemplos § 25, nm. 158 ss.

37 El segundo gran grupo de casos en que el aferrarse al carácter doloso o dolosidad del hecho del autor da lugar a resultados materialmente inadecuados son los delitos de infracción de deber. Si v. gr. un acompañante o copiloto no implicado en el accidente incita al conductor a alejarse indebidamente del lugar del accidente (§ 142) mediante el comentario [de mala fe] de que ha revisado fuera y comprobado que no ha pasado nada[42], no puede ser castigado como autor mediato por falta de deber de espera, pese a que se ha servido de un instrumento que actúa sin dolo. Pero tampoco es posible un castigo por inducción al § 142 por falta de hecho principal doloso. El incitador ha de resultar por tanto impune, pese a que ha determinado al causante de un accidente a abandonar el lugar de los hechos e incluso ha sido aún más responsable que en el caso indiscutidamente punible como inducción de que el autor actúe dolosamente. Pues un autor que actúa dolosamente asume al fin y al cabo la responsabilidad principal del suceso en comparación con el inductor, mientras que en el caso de engaño sobre la existencia de un accidente el incitador es el único que tiene la responsabilidad dolosa [del suceso]. Que esto se haya de recompensar con la impunidad no resulta convincente.

38 La constelación más frecuente en la práctica de este grupo de casos es la de que alguien, simulando que el paciente o el cliente ha liberado a su médico o a su abogado del deber de secreto, incita a ese médico o a ese abogado a revelar secretos que le habían confiado[43]. En este supuesto también fracasa la posibilidad de autoría mediata de extraño por su falta de cualificación como autor, mientras que no es posible conforme al Derecho vigente admitir una inducción por falta de dolo del autor; pues la suposición errónea de un consentimiento del paciente o del cliente en liberar del deber de secreto excluye el dolo (*Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 13, nm. 22, 83)[44].

---

[41] Así en todo caso la op. dom. Pero incluso si se pretendiera apreciar un homicidio imprudente con la fundamentación de que en todo dolo se contendría una imprudencia como un *minus*, no se abarcaría con ello el injusto doloso del que entrega el veneno.

[42] OLG Stuttgart JZ 1959, 579, trata una constelación similar de casos. La disputa científica sobre la cuestión se había enardecido sobre todo por esta resolución. Cfr. al respecto *Dahm*, MDR 1959, 508; *Lange*, JZ 1959, 560; *Rudolphi*, GA 1970, 353.

[43] Cfr. sobre supuestos similares las sentencias BGHSt 4, 355 y OLG Köln MDR 1962, 591.

[44] A la conclusión de la impunidad del inductor en los citados casos llegan tb. *Geppert*, Jura 1997, 303; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 140.

No obstante, un sector defiende en estos casos la punibilidad por induc- 39
ción[45]. Pero esto sólo es posible bajo el doble presupuesto[46] de que en primer lugar se conciba el consentimiento no, del modo en aquí se hace (cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 13, nm. 12 ss.), como casusa de exclusión de la tipicidad, sino como casusa de justificación y, en segundo lugar, de que se entienda el concepto de dolo de los §§ 26 y 27 en el sentido de un puro dolo del tipo, es decir, de tal modo que el error sobre el tipo de permisión del actuante directo, que en la teoría del error excluye el dolo (cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 14, nm. 51 ss.), no afecte al dolo aludido en estos preceptos. Desde la perspectiva aquí defendida a lo sumo sólo el segundo de estos presupuestos sería aceptable. pero dado que la creencia errónea de haber sido exonerado del deber de secreto excluye el dolo típico de modo general y también independientemente de esto en el supuesto del § 203 (cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 13, nm. 22, 83), tampoco se puede fundamentar con una construcción así la punibilidad de la inducción. Pero aunque se quisiera defender otra opinión, tal deducción de la punibilidad no dejaría de ser un remedio de excepción orientado a la conclusión que se considera justa. La única solución clara consistiría en admitir con carácter general la participación en un hecho no doloso del autor*. Pero tal posibilidad sólo la puede crear el legislador; conforme al Derecho vigente hay que aceptar las lagunas de punibilidad conscientemente abiertas por éste.

Sin embargo, es cierto que la exigencia de hecho principal doloso tam- 40
bién cuenta con muchos partidarios en la doctrina[47]. El argumento principal para la regulación del Derecho vigente reside en que de lo contrario se relaja demasiado la vinculación de la participación al tipo[48]. Sin embargo, ese temor es infundado, porque precisamente en los delitos de infracción del deber ya el tipo objetivo presenta perfiles suficientemente claros: así –por seguir con los ejemplos expuestos– el sujeto que ha intervenido en el accidente ha de ser quien abandone el lugar del hecho y de ese modo frustre las averiguaciones y comprobaciones; y ha de ser el médico o el abogado quien revele el secreto de su paciente o de su cliente. La tesis originariamente planteada por *Welzel*[49] y repetida muchas veces hasta hoy de que la punibilidad de

---

[45] *Dreher*, Heinitz-FS, 1972, 222; *Freund*, AT, § 10, nm. 20; *Frisch*, 1983, 252; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 41 IV 2 a, n. 49; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 25, nm. 9; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 16, nm. 13; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 10/22 ss.; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 16, nm. 27 ss.

[46] Cfr. tb. la síntesis panorámica de *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 141 ss.

* Esta interpretación es perfectamente posible en un CP como el español cuyos arts. 28, 2º y 29 no dicen para nada que el hecho principal al que se induce o coopera tenga que ser doloso. Así sostengo expresamente que cabe participación (inducción o cooperación) dolosa en la autoría de un hecho imprudente cuando aquélla no llegue a constituir autoría mediata: *Luzón Peña*, Lecciones DP, PG, 2.ª, 2012, 18/60. [N. del T.]

[47] Una detallada discusión con los argumentos en contra en *Roxin*, Täterschaft, 7.ª, 2000, 371-379.

[48] Cfr. p.ej. la exposición de en SK-*Samson*, 5.ª, antes del § 26, nm. 27. Distinto ahora SK-*Hoyer*, 7.ª, antes del § 26, nm. 27, que expone únicamente la accesoriedad limitada y sobre la historia de la legislación remite a sus ulteriores citas.

[49] *Welzel*, StrafR, 11.ª, 113.

una incitación a una revelación no dolosa de secretos privados ajenos falsificaría el tipo del § 203 convirtiéndolo en un "delito de espionaje", supone disparar mucho más allá del objetivo, puesto que la revelación –aunque sea no dolosa– permanece siempre unida a la persona del obligado al secreto.

V. La participación necesaria

41 Por "participación necesaria" se entiende el supuesto en que un delito supone la intervención de varias personas. Se distingue[50] entre delitos de convergencia y de encuentro. En los **delitos de convergencia** las aportaciones al hecho de varias personas operan del mismo modo y en la misma dirección hacia la lesión del bien jurídico. Así ocurre p.ej. en el motín de presos (§ 121), en la sedición (§ 125) o en las lesiones cometidas por varias personas (§ 224 ap. 1 n.º 4). Entonces todos los intervinientes deben ser respectivamente castigados por el precepto correspondiente. Por lo demás los delitos de convergencia no plantean problemas que hagan necesario un ulterior tratamiento en la Parte general[51].

42 Distinta es la situación en los **delitos de encuentro**. En ellos varios intervinientes operan en dirección opuesta hacia el mismo objetivo. Así para la usura (§ 291) son necesarias siempre dos personas, el usurero y el que sufre la usura. El que acepta la usura es partícipe necesario, pues sin él no es posible un negocio usurario; pero su conducta supone exactamente lo inverso del papel del usurero: mientras que el usurero se enriquece, el que sufre la usura se empobrece. De modo similar el proxeneta o alcahuete procura la oportunidad (§ 180), mientras que la persona alcahueteada la aprovecha; el deudor en una insolvencia punible favorece al acreedor (§ 283 c), mientras que el acreedor acepta la satisfacción de su crédito, etc. El legislador siempre establece expresamente la punibilidad sólo del autor, o sea, del usurero, del proxeneta o del deudor en la insolvencia punible; pero por regla general calla sobre la punibilidad del interviniente o partícipe necesario, la cual efectivamente es discutida en muchos puntos.

43 A continuación se tratarán sólo los delitos de encuentro[52]. Al respecto se mantendrá por razones tradicionales el concepto de la participación necesaria, a pesar de que es inexacto y más bien oculta los problemas unidos al mismo. Así p.ej. en el abuso sexual de sujetos protegidos (§ 174) por regla general la víctima es partícipe en las acciones emprendidas con ella. Pero "necesaria" no es esa participación; la misma falta p.ej. si el autor emplea *vis*

---

[50] Siguiendo a *Freudenthal*, 1901; allí tb. más detalles sobre el origen del concepto de participación necesaria (5 ss.).

[51] Sobre la sistemática de los delitos de convergencia cfr. *Küper*, GA 1997, 301.

[52] Al respecto los tipos discutidos sólo tienen significado de ejemplos. Un amplio análisis de todo el material, sobre todo de los correspondientes y numerosos tipos del Derecho penal accesorio ofrece *Gropp*, 1992.

absoluta. Por otra parte la intervención de la víctima puede tener un carácter "coautorial" que rebase la participación o abandonar como inducción el ámbito de lo "necesario" en ese tipo. Y sobre todo el concepto de participación necesaria es también problemático porque el tratamiento jurídico de la mayor parte de las constelaciones pertinentes no se puede derivar de la intervención necesaria de otro, sino del fundamento del castigo de la participación.

1. La impunidad de los intervinientes necesarios derivada del fundamento del castigo de la participación

a) El interviniente necesario es titular del bien jurídico típicamente protegido

44 Así el principio unánimemente reconocido en jurispr. y doctrina, según el cual la conducta del sujeto protegido por un tipo es impune con independencia de la clase de su intervención, se deriva de la simple circunstancia de que nadie puede agredir o atacar de modo jurídicopenalmente relevante sus propios bienes jurídicos. El prestatario que por propia iniciativa ofrece pagar los intereses usurarios, se daña sólo a sí mismo, por tanto no perpetra un ataque al bien jurídico en el sentido del § 291 y ya por esa razón su conducta es impune. El menor que participa en acciones sexuales en el sentido del § 174 no realiza ningún ataque al bien jurídico, porque el § 174 sólo protege el desarrollo sexual contra agresiones de otros. La víctima de un homicidio a petición en grado de tentativa no puede ser castigada por inducción, porque, como pone de manifiesto la impunidad del suicidio, nadie pude atacar su propia vida de modo punible. Lo propio ocurre en los casos en los que un tipo menciona a autor y víctima: del fundamento del castigo de la participación se desprende que el titular del bien jurídico atacado no puede ser partícipe punible en el ataque perpetrado contra el mismo por otro[53].

45 Que la exención de pena no tiene nada que ver con participación necesaria es algo que se pone de relieve en la vigencia de los mismos principios en caso de participación no necesaria. Quien induce a un médico a mutilarle (al inductor) no es partícipe necesario, pues normalmente las lesiones se ejecutan sin participación activa de la víctima. Pero pese a ello el inductor queda impune porque los §§ 223 ss. sólo penalizan la lesión "de otra persona", y por tanto la autolesión mediata no constituye un ataque punible al bien jurídico (cfr. nm. 8)[54]. Quien incita a otro, para comprometerlo como ladrón, a que sustraiga con intención de apoderamiento ilícito una cosa presuntamente ajena, pero que en realidad pertenece al inductor, provoca una

---

[53] Similar tb. *Gropp*, 1992, 139 ss., quien habla de "participación especial de autolesión"; *el mismo*, AT, 2.ª, § 10, nm. 163 ss.; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 139; *Sowada*, 1992, 62 ss.; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, antes de §§ 25 ss., nm. 27.

[54] De otra opinión seguramente sólo *Otto*, Lange-FS, 1976, 213; como aquí *Herzberg*, 1977, § 13 II 1; *Jakobs*, AT, 2.ª, 24/9; *Wolter*, JuS 1982, 345 s.

tentativa de hurto en la persona del incitado[55]; y él no es de ningún modo partícipe necesario. Sin embargo su conducta queda impune porque sólo ataca su propia propiedad, que no está protegida penalmente frente a él.

b) El interviniente necesario se encuentra en una situación análoga al estado de necesidad

46 Pero partiendo del fundamento del castigo de la participación se puede fundamentar también la impunidad del partícipe en los supuestos en los que el interviniente necesario se encuentra en una situación análoga a la del estado de necesidad. Así ha de ser impune la conducta del preso que induce a otro a que lo libere (§ 120). Ello no se deriva de la existencia de una participación necesaria (pues la inducción no es necesaria en absoluto), sino de la impunidad de la mera autoliberación[56]. La custodia estatal está protegida penalmente frente a agresiones de otros, pero no del propio preso; por ello no puede ser atacada de modo jurídicopenalmente relevante por el preso[57]. Es cierto que la jurispr.[58] pretende dejar impune sólo la huida del preso, que representa una cooperación al delito de liberación de presos, mientras que considera punible la inducción. Pero ello supone "un trato desigual arbitrario y que vulnera el principio de igualdad"[59]. Si la autoliberación de propia mano es impune, no se puede ver ninguna razón para que la autoliberación mediata mediante inducción a otro debiera ser punible.

47 Asimismo es impune la inducción al encubrimiento (§ 258) a su favor realizada por el propio delincuente que puede sufrir responsabilidad penal; pues según el § 258 sólo es punible la conducta de quien sustrae a "otro" a la pena merecida. Por tanto, la Justicia penal puede ser atacada de modo penalmente relevante por cualquiera, excepto por el propio delincuente que frustra su punición. La jurispr. antiguamente había considerado también punible la inducción al § 258 (257 v. a.) mediante la que un delincuente quería eludir su pena[60]. Esto hoy ya no es sostenible a la vista de la regulación legal, pues el argumento *a contrario* partiendo del § 257 III 2 (sobre ello nm. 49) como también del § 258 V dejan claro qué aquellas acciones mediante las cuales alguien quiere eludir su pena han de ser impunes en todas sus manifestaciones. Pero los puntos de apoyo legales no hacen sino aclarar lo que de todos modos se desprende ya sin más del fundamento del castigo de la participación.

---

[55] La consumación está excluida por el consentimiento del propietario, cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 13, nm. 5, 47.

[56] Así en el fondo tb. *Cropp*, 1992, 240; *el mismo*, AT, 2.ª, § 10, nm. 173 ss.

[57] Contra esta argumentación *Sowada*, 1992, 197 ss.

[58] BGHSt 4, 396 ss. (400 s.), siguiendo a RGSt 3, 140; 61, 32. Asimismo BGHSt 17, 369 (373); en cambio, sostiene que en caso de huida conjunta debe ser impune la participación prestada al otro en interés de la propia liberación (loc. cit., 373 s.).

[59] *Cropp*, 1992, 244.

[60] BGHSt 5, 75, 81; 17, 236, con ulteriores citas.

La impunidad de la inducción por parte del preso o del delincuente que puede ser castigado en los §§ 120 y 258 es reconocida hoy de modo general en la doctrina[61]. Sin embargo, no siempre se explica la impunidad por el fundamento del castigo de la participación, sino por la consideración de que el legislador privilegia la situación análoga al estado de necesidad en el afectado. La presión psíquica[62] y la tendencia al autofavorecimiento[63] del preso o del perseguido son lo que según esta posición fundamenta su impunidad. Ahora bien, estas interpretaciones no contradicen la explicación aquí defendida, ya que las mismas designan las razones por las que el legislador ha considerado atípica la autoliberación o la conducta de sustraerse a sí mismo a la pena. Pero sobre la base de esa decisión legislativa así motivada, la impunidad de cualquier intervención del propio sujeto en las acciones de otros tendentes a su liberación o a hacerle eludir la pena se deriva entonces de que los bienes jurídicos lesionados por aquellos no están protegidos frente a ese participante[64]. 48

Consecuentemente también tendría que ser impune la inducción al aseguramiento de un beneficio (receptación) (§ 257) por el propio sujeto favorecido; pues la conducta de quien sin la colaboración de otros asegura los beneficios de su delito no es punible en virtud del § 257. Ciertamente la razón de la impunidad del autofavorecimiento se basa sólo en su menor parte en una situación de coacción psíquica, pese a que el abandono de los beneficios del hecho fácilmente podría acarrear el descubrimiento y la prueba de la culpabilidad; en su mayor parte se explica por la idea, en la que también se basa el hecho posterior impune [65], a saber, que el aseguramiento del botín ya ha sido saldado mediante la punición del hecho previo. Sin embargo, las razones que abogan por la impunidad también conciernen al autofavorecimiento mediato. A pesar de ello el § 257 III 2 establece la punibilidad del previo autor "que " induce "al favorecimiento a un sujeto que no ha intervenido en el hecho previo". Esto sólo es entendible como recurso inconsecuente a la teoría de la participación en el injusto (nm. 16 ss.)[66], pero no obstante ha de ser aceptado con regulación legal de una excepción. 49

2. La colaboración mínima típicamente necesaria

Hasta hoy ha habido un amplio acuerdo en que en todos los demás supuestos de participación necesaria la respectiva colaboración mínima es impune, 50

[61] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 V 2 b; *Kohlrausch/Lange*, StGB, 43.ª, antes del § 47, n. IV; SK-*Hoyer*, 7.ª, antes del § 26, nm. 74; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 14/173; *el mismo*, StuB AT, 2.ª, 10/170; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 210; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 122 s.; detalladamente sobre ello *Gropp*, 1992, 238 ss.; *Sowada*, 1992, 195 ss. (sobre el § 120).

[62] Así p.ej *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 210; similar tb. *Gropp*, AT, 2.ª, § 10, nm. 163.

[63] *Sowada*, 1992, 202.

[64] A la inversa *Wolter*, JuS 1982, 347, se muestra escéptico frente a la argumentación a partir del fundamento del castigo de la participación, porque cree que la participación necesaria "sigue reglas absolutamente propias". Por otra parte concede que precisamente desde el punto de vista de la concepción aquí mantenida y compartida por él sobre el fundamento del castigo de la participación se puede conseguir partiendo del mismo "un aseguramiento de las conclusiones casi en todos los casos".

[65] Al respecto *Gropp*, 1992, 273 s.

[66] *Herzberg*, 1977, § 13 II 2; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 257, nm. 8; *Otto*, Lange-FS, 1976, 213 s.; *Wolter*, JuS 1982, 347. La idea, a la que acude *Gropp*, 1992, 276, de "que más bien hay que disuadir mediante amenaza de pena al interviniente en el hecho de referencia para no corromper a un no interviniente", es poco convincente y tampoco priva de su fuerza a las razones que abogan por la impunidad del autofavorecimiento.

pero las actividades de participación que vayan más allá deben castigarse según las reglas generales[67]. Esto significa p.ej. que en la traición del abogado a una parte en el proceso (§ 356) la parte favorecida queda impune si se limita a aprovechar la conducta del abogado de la parte contraria; pero en cambio será punible por inducción la acción de quien pagándole dinero incita al abogado de la parte contraria a la traición a la otra parte. La conducta del acreedor que sólo acepta la satisfacción de su crédito por parte del deudor infringiendo el § 283 c [concursos punibles] quedará impune; pero ese acreedor que influye activamente en el deudor en el sentido de que realice el tipo, es inductor. No se castiga por cooperación al § 29 I n.º 6 BtMG (suministro de estupefacientes) a quien sin contraprestación deja que otro le inyecte heroína que pertenece exclusivamente a éste (KG JR 1991, 169); sin embargo una colaboración que vaya más allá sería punible como participación.

51 Sin embargo, recientemente se discute de modo creciente el principio de la colaboración mínima impune. *Herzberg*, *Jakobs* y *Sowada*[68] defienden que en los ejemplos de los §§ 356 y 283 se castigue incluso el mero aprovechamiento o la aceptación de las ganancias, y también *Gropp*[69], que en los casos citados sostiene la impunidad, la deduce de la estructura de estos tipos y no de un principio general. Si se partiera de esta posición, la "participación necesaria" como tal ya no podría ser objeto de las teorías generales del Derecho penal; pues los fenómenos de colaboración impune tratados bajo este título en parte deberían encuadrarse sistemáticamente en el fundamento del castigo de la participación (supra 1.), y en parte se derivarían de la estructura de los tipos respectivos y seríancon ello una materia de la Parte especial.

52 También hay que reconocer que el principio de la colaboración mínima impune ciertamente debido a una larga tradición ha logrado una cierta obviedad, pero no ha experimentado una fundamentación suficiente: pues la tesis[70] de "que, cuando el legislador en los delitos de encuentro quiere considerar punibles a ambos intervinientes, lo declara siempre expresamente (v.gr. en el § 173 o en los §§ 331 ss.), de tal modo que *a contrario* se deriva la impunidad al menos de la participación mínima atípica", no es vinculante. La mención especial de los "descendientes" en el § 173 II 1 [incesto] y la regulación diferenciada de la punibilidad del aceptante y entregante en [el cohecho de] los §§ 331 ss. se puede explicar también por consideraciones sobre el marco penal típico y por peculiaridades de la fijación de la punibilidad. Por lo demás, cuando falta la previsión especial de punición para el partícipe necesario, ello podría deberse a que las reglas generales de los §§ 26 y 27 rigen para ellos. Y partiendo del "argumento *a contrario*" tampoco

---

[67] Sobre la evolución de la jurisprudencia del Reichsgericht, que aquí no es preciso citar en detalle, *Sowada*, 1992, 125 ff.

[68] *Herzberg*, 1977, § 13 II 2, en el caso 101; *Jakobs*, AT, 2.ª, 24/12; *Sowada*, 1992, 116 ss.

[69] *Gropp*, 1992, 230 s.

[70] Así todavía LK-*Roxin*, 11.ª, antes del § 26, nm. 37; asimismo *Vormbaum*, GA 1981, 131 s.; *Wolter*, JuS 1982, 345.

se puede explicar por qué la impunidad de esa participación debe quedar restringida a la "intervención mínima".

Pese a todo hay que mantener la impunidad de la cooperación mínima, 53
pues la intervención mínima de otro necesaria para el tipo se aparta demasiado de la imagen normal de la cooperación o complicidad para poder ser equiparada a ella. La cooperación es una prestación de ayuda (§ 27) y está destinada a favorecer el hecho del autor. Pero el interviniente necesario no actúa para ayudar (por los motivos que sean) al autor, sino que realiza una imagen del hecho propia. Así p.ej. el que alguien produzca y difunda ediciones piratas (§§ 106 ss. UrhG) es algo totalmente distinto que la adquisición de un libro así. La producción y difusión es un perjuicio persistente de los derechos de autor, mientras que la adquisición de un libro individual es una colaboración tan periférica que ya no parece merecedora de pena.

Gropp[71] ha interpretado la mayoría de los casos de participación necesaria, 54
en la medida en que no corresponden a las constelaciones descritas en 1. de la colaboración de la víctima y de la situación análoga al estado de necesidad, como "delitos centrífugos" y "delitos centrípetos"[72], y ha explicado la impunidad del colaborador marginal por la "diferencia de nivel de peligrosidad" entre autor e interviniente especial. El ilícito o injusto típico central está "marcado por una conducta multiplicativa potencial, dispuesta a la repetición según un idéntico esquema, en la cual el interviniente especial sólo tiene parte de modo periférico, por lo cual el ilícito o injusto de su participación ya no se corresponde cualitativamente con el injusto del autor". También *Sowada*[73] llega en sus análisis de supuestos concretos prácticamente siempre (sólo no precisamente en los §§ 283 c y 356) a la conclusión de la impunidad de la intervención mínima de otro típicamente necesaria. Pero dado que los tipos concretos en la mayoría de los casos no dan indicaciones especiales sobre la punibilidad o impunidad de la intervención necesaria mínima de otro, sino que hay que basarse en consideraciones susceptibles de generalización sobre la falta de merecimiento de pena del "partícipe", deberíamos conformarnos con el principio, seguido desde el principio por la jurisprudencia del RG, de que la colaboración mínima del partícipe necesario queda sin castigo. Además tampoco se ha destacado nunca que haya una necesidad de pena durante el largo período de tiempo en el que este principio ha sido puesto en práctica.

Sin embargo la magnitud de la intervención de otro que aún hay que de- 55
jar impune ciertamente puede variar de un tipo a otro. Así parece plenamen-

---

[71] *Gropp*, 1992, 206 ss. (223).

[72] Los delitos centrífugos describen "la remisión o envío potencialmente múltiple de objetos peligrosos. Acciones características son p.ej. las de 'difundir', 'poner en circulación' o 'entregar' objetos" (*Gropp*, 1992, 207). Delitos centrípetos son modos comisivos "en los que el autor como punto central del acontecimiento capta o atrae típicamente a terceros para cometer el hecho" (loc. cit., 222); entre ellos incluye tb. los tipos de los §§ 283, 283 c y 356 [quiebra, alzamiento de bienes e infidelidad profesional a una parte en el proceso] (loc. cit., 229 ss.).

[73] *Sowada*, 1992, 161 ss.

te adecuado castigar por inducción a la parte procesal que incita al abogado de la otra a cometer traición a la parte, o al acreedor que incita al deudor a favorecerle ilícitamente conforme al § 283 c[74]; pues aquí el acontecer del hecho sólo se pone en marcha por obra del otro interviniente necesario y éste debe hacerse responsable de ello. En cambio, en el caso de quien encarga la impresión pirateada de un libro protegido por derechos de autor (§ 106 UrhG) o una obra pornográfica en el telecomercio (§ 184 I n.º 3), su inducción sigue siendo una participación periférica por debajo del nivel del merecimiento de pena, porque la peligrosidad de la correspondiente conducta del autor no se ve influida por un único pedido. Por tanto, los límites de la impunidad en la "intervención necesaria de otro" son una materia de la Parte especial y dependen de las peculiaridades de los tipos concretos.

3. La intervención de otro en la intervención necesaria[75]

56 Básicamente rige el principio de que queda impune quien colabora al lado del partícipe o interviniente necesario impune. Por tanto, es impune la conducta de quien aconseja al enfermo grave pedirle al médico una inyección liberadora[76]; pues está incitando a una conducta que es impune en la persona del incitado. Lo mismo vale para el consejo de meterse en un negocio usurario como prestatario (§ 302 a), pero también para la recomendación de adquirir una edición pirata (cfr. nm. 55), etc. Por el contrario, la conducta de quien colabora al lado del autor es básicamente punible; por tanto el cooperador del médico que mata a petición de la víctima responde por los §§ 27 y 216, y el inductor a quien concede el préstamo usuario por los §§ 26 y 302 a. Sólo cabe una excepción a esto si el que colabora del lado del autor lo hace movido por y en interés del interviniente necesario. Así, quien a petición de éste solicita a alguien un homicidio a petición o la concesión de un préstamo usurario, debe quedar impune: pues la inducción formal al autor materialmente constituye una actuación del lado de la víctima.

B. Inducción

I. Visión de conjunto

57 La inducción o instigación es el determinar provocando o incitando dolosamente a un hecho ajeno[77]. Tras esa simple descripción se ocultan difíciles problemas de interpretación, que de entrada pueden ser sólo caracterizados y han de ser después desarrollados paso por paso.

---

[74] Igualmente *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, antes de §§ 25 ss., nm. 47 b.

[75] Discusión al hilo del ejemplo del aumento excesivo del precio del arriendo: *Bohnert*, K. Meyer-GS, 1990, 519-532.

[76] Igualmente *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª], 24/9.

[77] Sobre la inducción en Derecho penal internacional *Ambos*, 2002, 644 ss.

1. La determinación al hecho (nm. 65-73)

58 En primer lugar el inductor (o instigador) ha de haber "determinado" al autor al hecho. Ello presupone que el autor no estuviera ya decidido o resuelto por sí mismo a realizar el hecho. (un "*omnimodo facturus*" [quien de todos modos va a hacer, a actuar]). Por tanto, en lo sustancial de lo que aquí se trata es de la cuestión de la resolución al hecho y de la causalidad del inductor al respecto.

2. La determinación mediante incitación (nm. 74-89)

59 La determinación al hecho ha de producirse por la vía de una incitación o provocación, aunque sea concluyente. Con ello la concepción aquí defendida se distancia de dos posiciones extremas, que requieren o bien sólo la mera causación dolosa de la resolución al hecho, o bien precisamente una obligación del autor frente al inductor para la ejecución del hecho.

3. El concepto de hecho (nm. 90-129)

60 La cuestión de si la conducta a la que ha sido determinado el autor por el inductor es un hecho correspondiente a la provocación o incitación, puede ser dudosa en múltiples aspectos. La cuestión se trata sobre todo en tres grandes grupos de problemas: la reversoducción o inducción a cambiar (nm. 91-101), en la cual el autor es determinado a un cambio de su plan del hecho y con ello a un nuevo hecho; en el sobreacrecentamiento (inducción incrementada) (nm. 102-108), en el que la persona externa motiva al autor a cometer un delito más grave que el que inicialmente había planeado, el cual en su caso puede ser objeto de una inducción independiente; y finalmente en el exceso del autor (nm. 109-129), en el cual el autor se aparta de la conducta señalada o marcada por la inducción, de tal modo que se plantea la cuestión de si la conducta del autor es aún la marcada por la inducción y le puede ser imputada al extraño como motivada por él.

4. El dolo del inductor (nm. 130-166)

61 Aquí debe discutirse el doble punto de referencia del dolo de la inducción, el cual ha de dirigirse en primer lugar a provocar la resolución de realizar el hecho y en segundo lugar a provocar el resultado típico (de lesión o de puesta en peligro). Mientras el primer punto está cubierto en lo sustancial por los temas tratados *infra* 1 y 2, el segundo vuelve a referirse a dos problemas diversos: la cuestión de con cuánta concreción ha de abarcar el dolo del incitador el hecho ejecutado para poder seguir considerándolo como inducción (nm. 133-149), y la cuestión totalmente distinta de si y en qué medida ha de dirigirse no sólo a provocar un "hecho antijurídico", sino a una realización consumada del tipo o, yendo aún más lejos, a provocar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se encuentra tras dicha realización típica (nm. 150-166).

5. Formas especiales de inducción (nm. 167-178)

62 Aquí se trata las siguientes cuestiones: la inducción en los delitos cualificados por el resultado, en los delitos de infracción de deber y en los de propia mano así como en los delitos omisivos, y además unidad y pluralidad de inducción así como autoría y participación en la inducción.

6. La pena de la inducción (nm. 179-182)

63 En este breve apartado final se discute la igualdad de la pena del inductor y la del autor y la cuestión de su legitimación políticocriminal.

64 Esta visión panorámica que se acaba de describir persigue la finalidad de permitir al lector mediante una estructuración del material orientar y elaborar gradualmente la materia. En cambio no tiene la pretensión de practicar una división limpia lógicamente de los temas aludidos bajo los epígrafes 1-4. Pues en el fondo siempre se trata solamente de las distintas facetas del "determinar al hecho". Y entre los elementos objetivos y subjetivos de la inducción tampoco es ni posible ni necesaria una separación exacta: la representación del sujeto y el acontecer en el mundo externo han de ser tenidos en cuenta siempre conjuntamente cuando haya que examinar la concurrencia de una inducción.

II. La determinación al hecho

1. La opinión propia

65 El inductor ha de "determinar" al autor al hecho. Esto significa en primer lugar que ha de ser causal respecto de la resolución del autor al hecho, a cuyos efectos, igual que sucede en general en la causación, basta una cocausalidad[78]. Por tanto no es posible una inducción si el incitado ya está decidido por sí mismo a realizar el hecho, o sea, si es un "**omnimodo facturus**"[79]. Si alguien provoca a otro a cometer el hecho sin saber que éste ya está decidido a cometerlo, sólo concurrirá una inducción intentada, que es punible si se dan los presupuestos del § 30 I (o sea, sólo en caso de delito grave); y además puede plantearse una complicidad o cooperación psíquica (nm. 197 ss.) si la incitación refuerza la motivación del autor [80].

66 Ahora bien, que exista ya una propensión al hecho en el autor no excluye la inducción (para más detalles nm. 67/68). Incluso quien se ofrece a cometer el hecho (p.ej. por dinero como contraprestación) aún puede ser inducido, porque la decisión o resolución concreta de realizar el hecho de-

---

[78] RGSt 13, 121, 122; RG HRR 1939, n.º. 1314, 1315; BGHSt 9, 370, 379 s.; BGH MDR (D) 1970, 730; BGH NStZ 2000, 421; *Kühl*, AT 3.ª, § 20, nm. 168.

[79] = un sujeto que en todo caso va a cometer el hecho.

[80] RGSt 13, 121; 36, 402, 404; 72, 373, 375 con Com. de *Kohlrausch*, ZAkDR 1939, 245; BGH 3 StR 295/52 de 30.4.1953; BGH MDR (D) 1957, 395.

pende de la conducta del inductor. Asimismo aún es posible una inducción si alguien está dispuesto en principio a perpetrar delitos a incitación de otro o en determinadas circunstancias; pues ahí todavía no hay una resolución de cometer un hecho determinado y preciso[81].

67 Es cierto que en concreto puede ser dudoso cuándo es tan firme la voluntad de cometer el hecho que se la puede considerar como resolución. No se puede exigir una decisión "firme como las rocas" e irrevocable; ya que es indiscutible que una reserva de desistimiento (§ 24) no excluye que haya una resolución e incluso una tentativa punible, a pesar de que en tal caso el autor no está absolutamente seguro de la voluntad de ejecutar el hecho. Asimismo el reconocimiento de la existencia de una cooperación psíquica mediante reforzamiento de la resolución al hecho (nm. 199 ss.) parte de la premisa tácita de que una resolución al hecho aún puede estar cargada de ciertas inseguridades, puesto que una voluntad de antemano inconmovible, "al ciento por ciento" ya no puede ser reforzada. Por ello habrá que admitir una **"resolución al hecho"**, que ya no es accesible a la inducción, **ya cuando los motivos que presionan a cometer el hecho hayan alcanzado en el autor una clara preponderancia sobre los reparos que acaso pueda aún tener**[82]. Ello será reconocible muchas veces en el hecho de que el autor comienza a trabajar persiguiendo el objetivo en dirección a la realización de su plan. Y el que unos últimos reparos y dudas sigan subsistiendo en el sujeto, no cambia para nada su resolución al hecho; los mismos pueden incluso acompañar toda la fase de ejecución.

68 A efectos prácticos esto significa: Quien se siente desgarrado entre un extremo y otro y vacila sobre si debe cometer el hecho, aún no está resuelto y puede ser inducido por una persona externa, que le proporciona la preponderancia en la psique del autor a las tendencias a cometer el hecho. Quien "en el fondo" está resuelto a ejecutar el hecho, pero aún tiene algunos reparos concretos, ya no es inducible; el hecho de disuadirle de sus reparos debe valorarse como cooperación psíquica. En cambio, quien decide primero ejecutar el hecho, pero después, como se dice popularmente, "se raja" y se sumerge en un estado de indecisión, será inducido si un tercero externo lo "endereza" y le restablece la voluntad de cometer el hecho.

69 Dentro del ámbito de la "determinación" al hecho se encuentra también la **"inducción a menos"**[83], en la que una persona externa persuade al autor a una forma comisiva más leve; p.ej. en la apropiación de cosas ajenas le incita a renunciar al empleo de violencia planeado o a llevar armas consigo, de modo que el autor sólo comete un hurto simple (§ 242) en vez de un robo (§ 249) o un hurto con armas (§ 244). Dado que el dolo de ejecutar formas comisivas

---

[81] RGSt 37, 171; BGH MDR (D) 1957, 395; BGH NStZ 1994, 29, 30.

[82] Para más detalles sobre esta concepción *Roxin*, Schröder-GS, 1978, 145 ss. (154 ss.).

[83] Este problema está poco tratado y aclarado; exposiciones diferenciadoras en *Bemmann*, Gallas-FS, 1973, 276, 279; *Sch/Sch/Cramer/Heine* 26.ª, § 26, nm. 8; *Schulz*, 1980, 176 ss.

agravadas incluye dentro de sí el dolo de realizar los elementos del § 242, falta el originamiento de una resolución al hecho, de modo que queda descartada una inducción. Lo propio rige también si alguien determina al autor a una conducta menos dañosa dentro del marco del mismo tipo, v.gr. si le mueve a pegar ligeramente a la víctima en vez de golpearla y causarle lesiones que precisan asistencia hospitalaria, o a quitarle sólo cien en lugar de mil euros. En tales casos también queda descartada por regla general la complicidad o cooperación, porque la disminución del riesgo producida se opone a una imputación del resultado (cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 11, nm. 43) [84].

70 El supuesto es algo diferente si el sujeto externo, al incitar a elegir una forma comisiva menos peligrosa, quiere facilitar la ejecución del hecho; por tanto, si p.ej. motiva al autor a que en el empleo de violencia en el marco del robo utilice una porra de goma en vez del arma de fuego ruidosa y que por eso puede dar lugar a ser descubierto fácilmente. Ciertamente que también aquí queda descartada la inducción, dado que el autor no es determinado al hecho; pero concurre una complicidad o cooperación, porque es cierto que disminuye el riesgo de daño, pero se incrementa el riesgo de comisión del hecho con éxito. Ahora bien, esa cooperación en el caso concreto puede estar justificada por el § 34 [estado de necesidad] si era el único medio para impedir unas lesiones con peligro de la vida de la víctima[85].

2. Pareceres semejantes y discrepantes

71 A conclusiones similares a las aquí mantenidas llega *Neidlinger*[86], según el cual es inductor "quien ha desencadenado 'decisivamente' la voluntad de acción ... que impele a la ejecución del hecho" . También está próxima a la posición aquí mantenida la concepción de *Arzt*[87], según el cual debe admitirse una resolución al hecho allí "donde el autor trabaja en dirección al resultado, pero aplaza la decisión definitiva". Ahora bien, *Arzt* se diferencia de la opinión expuesta más arriba en que él considera el "trabajar en dirección a", o sea, el emprender acciones externas favorecedoras del hecho, ya sin más como resolución al hecho y no meramente como un indicio de la misma (nm. 67). Según ello, tan pronto como el autor haya comenzado con preparativos, ya el estado de vacilación y el pensamiento de querer cometer posiblemente el hecho debe fundamentar una "resolución". Esto es ir demasiado lejos: no es lógicamente posible definir un estado de total indecisión como "resolución"; y tampoco es correcto políticocriminalmente someter solamente a la pena atenuada del cooperador a aquel que instiga al hecho a un sujeto que hasta entonces sólo había caído en la situación de tentación, y que de ese modo desencadena por primera vez el delito. Por el contrario,

---

[84] Cfr. tb. OLG Stuttgart NJW 1979, 2573; igualmente *Geppert*, Jura 97, 299, 304; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 184.

[85] Así tb. *Eser*, StrafR II, 3.ª, n.º. 43, nm. A 10; *Geppert*, Jura 1997, 299, 304.

[86] *Neidlinger*, 1989, 192.

[87] *Arzt*, JZ 1969, 54-60 (56).

se puede perfectamente dar la razón a *Christmann*[88] cuando aplica la teoría de la imputación objetiva a la inducción: según ello, el inductor ha de haber creado un "peligro cualificado de causación de la resolución al hecho", peligro que se realiza en la resolución al hecho como el "primer resultado" y que mediatamente conduce al segundo resultado de la realización del tipo [89].

72 Va de nuevo demasiado lejos al otro lado de una ampliación de la punibilidad de la inducción la teoría de *Stein*[90], según la cual un "modo de conducta participativo" es inducción si menoscaba "la fuerza motivadora del deber de conducta impuesto al sujeto de delante". Ello da lugar a que también sean inducción el "fortalecimiento", el "mantenimiento" o "el impedir el abandono" de la resolución al hecho; pues todas esas influencias minan la fuerza motivadora de la norma. Si se llevara a la práctica consecuentemente este punto de partida, habría que incluir en la inducción todo reforzamiento de la resolución al hecho, es decir el caso típico de complicidad o cooperación psíquica, ya que de ese modo se menoscaba la eficacia inhibitoria del delito de la norma. Pero no es procedente sancionar precisamente la forma más débil de intervención pluripersonal, cuya punibilidad y merecimiento de pena está ampliamente discutida, con la pena de la inducción, igual a la del autor.

73 *Puppe*[91] renuncia totalmente a exigir la provocación de la resolución al hecho como resultado de la inducción. El estar resuelto el autor a ejecutar el hecho es según ella "no sólo no necesario, sino carente de toda relevancia para la punibilidad del autor mismo. Esa disposición es una pura vivencia interna del autor"[92]. En su lugar, *Puppe* hace depender la inducción de que el autor se "obligue mediante una concertación al hecho, la cual motiva o co-motiva a éste en el momento del hecho". Pero no se puede compartir esta posición. En efecto, el legislador no requiere en absoluto que el inductor "obligue" al autor a cometer el hecho, sino que lo "determine" a ello; pero una obligación es en parte más y en parte menos que una determinación. Por ello con el requisito de la obligación se le exige demasiado al inductor, en la medida en que no va a bastar la motivación al hecho mediante incitación; y se exige demasiado poco de él, en la medida en que va a considerarse suficiente la posterior co-motivación de un sujeto ya resuelto al hecho (al que p.ej. mediante una donación de dinero que le obliga se le proporciona un motivo adicional para el hecho). Además la "resolución" de cometer un hecho no es una mera "vivencia", sino como versión de un dolo un acto interno, cuya constatación no está sujeta a mayores dificultades que las que también ofrecen el dolo y otros hechos internos en general[93].

---

[88] *Christmann*, 1997, 90 ss., 108 ss.
[89] *Christmann*, 1997, 90 s.
[90] *Stein*, 1988, 270-273 (270, 272 s.).
[91] *Puppe*, GA 1984, 101 ss. (116-120).
[92] *Puppe*, GA 1984, 118.
[93] Cfr. sobre la concepción de *Puppe* con más detalle nm. 86/87.

III. La necesidad de determinar incitando

74 La inducción ha de tener el carácter de una provocación o incitación – aunque sea de modo concluyente–. Con esta concepción se toma una vía intermedia entre las dos posiciones extremas, que o bien consideran suficiente ya cualquier causación de una resolución al hecho (nm. 75 ss.) o bien por el contrario exigen una obligación vinculante del autor frente al inductor (nm. 88 s.)[94].

75 Según una extendida opinión[95] será suficiente para la inducción que el inductor cree dolosamente una situación que provoque en el autor una resolución a cometer el hecho. Según esto sería inductor quien p. ej. abre una puerta o ventana cerrada con la esperanza de que a continuación un ladrón se decidirá a sustraer cosas ajenas que se encuentran en la habitación. El atracador del banco que está siendo perseguido y esparce billetes por la calle con el dolo de que los perseguidores los recojan y de ese modo se distraigan de sus esfuerzos por detenerlo, en caso de tener éxito su plan incurriría también en responsabilidad penal por inducción a apropiación indebida. Pero también sería inductor de unas lesiones quien informa a un marido del adulterio de su mujer mencionando el nombre del amante con la intención no formulada expresamente, pero que se acaba realizando, de que el marido apalee al amante. Asimismo concurriría una inducción si alguien presumiera de los delitos cometidos por él o razonara sobre las posibilidades de ganar dinero de modo fácil pero punible y al hacerlo tuviera en cuenta que haya oyentes que, como en efecto sucede a continuación, sean motivados por sus palabras a cometer los delitos descritos.

76 Sin embargo, admitir inducción en casos de este tipo es ir demasiado lejos[96]. En efecto, el individuo recibe diariamente informaciones o cae en situaciones que podrían provocarle a cometer un delito. Y la creación dolosa de tales estímulos no aumenta de manera relevante el riesgo que de ese modo surge para bienes jurídicos. Por ello tampoco puede ser valorada como agresión o ataque autónomo al bien jurídico (nm. 8, 9, 27 ss.): un ataque así es más que el hecho de posibilitar agresiones a bienes jurídicos de otros. Antes bien, para ser ella misma una agresión o ataque al bien jurídico, la inducción tiene que impeler al autor directamente al delito.

---

[94] Similar tb. *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, antes de §§ 25 ss., nm. 17 a y § 26, nm. 4, que requiere una influencia intelectual. *Geppert*, Jura 1997, 304, opina que la "tendencia" va en la dirección de esta concepción.

[95] BGH GA 1980, 184; *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 30 II 2 c. *Blei*, AT, 18.ª, § 79 II 2; *Bloy*, 1985, 329; *Herzberg*, 1977, 4.ª parte II 2 b; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 26, nm. 2; SK-*Hoyer*, 7.ª, § 26, nm. 5; aún *Tröndle/Fischer*, 49.ª, § 26, nm. 3 (pero ahora distinto en *Tröndle/Fischer*, 50.ª, loc. cit.); *Widmaier*, JuS 1970, 242 s.

[96] Igual *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 172; *Christmann*, 1997, 145, ciertamente admite para la inducción la creación de una situación que incite al hecho, pero exige que la acción combinada cree, según el juicio *ex ante* de un tercero objetivo, una razón o sentido concluyentemente fundamentable y que abogue objetivamente por el hecho.

La misma solución desarrolla *Frisch*[97] con ayuda de la teoría de la imputación objetiva, 77
al rechazar que en caso de incitación del estilo de la descrita haya creación de un riesgo no permitido. Ello concuerda con la concepción aquí mantenida, porque el ataque al bien jurídico sólo supone una denominación sintética de la creación dolosa de un riesgo no permitido (cfr. nm. 9). Conclusiones coincidentes son las que pretende también lograr *Schumann*[98], cuando rechaza que la "solidarización" del inductor con el autor, que él requiere para la participación, se dé si su conducta no representa una provocación o incitación al hecho (cfr. nm. 23).

Hilgendorf[99] exige "que la acción de inducción ha de crear un riesgo que 78
sobrepase los riesgos cotidianos". Ese riesgo, según su teoría, puede ser creado tanto mediante influencias comunicativas como no comunicativas. Y así afirma que hay inducción si se envía a casa al marido celoso con el propósito de que sorprenda allí *in flagranti* (in fraganti) al amante de su mujer y le dé una paliza, caso en el que se ha "sobrepasado claramente el nivel de excitación cotidiano"[100]. En cambio, según él debe ser impune el hecho de que alguien le ofrezca a una "persona situada y económicamente pudiente" una escasa suma de dinero por cometer un homicidio[101].

Pero esta posición tampoco puede ser compartida. En primer lugar, el 79
criterio es demasiado impreciso: a partir de qué cuantía una oferta de dinero se puede enjuiciar como inducción es algo que según esta teoría es una cuestión de sentimiento. En segundo lugar hay que afirmar que toda incitación o provocación a cometer un delito dicha en serio sobrepasa el riesgo permitido. Y dado que no hay ningún interés jurídicamente reconocible que pugne a favor de la admisión de tales provocaciones o incitaciones, las mismas han de ser prohibidas sin más. En tercer lugar, tampoco resulta muy plausible que si alguien mediante una provocación ha motivado al autor a cometer su hecho, no haya creado en su caso un riesgo de comisión del hecho. Finalmente, en cuarto lugar, es contradictorio con la valoración que se expresa en el § 30 I que las provocaciones a un delito grave sin éxito deban quedar impunes si la perspectiva de éxito de antemano sólo era escasa.

Los medios de la inducción pueden ser cualesquiera, sólo con tal de 80
que hagan valer su carácter de provocación o incitación. Un simple pedir o reclamar, persuadir, instigar, captar o comprometer (a cambio de contraprestación) o amenazar (por debajo del dintel del § 35 [estado de necesidad]) son las formas más corrientes. Pero también hay posibilidades más sutiles de inducción. Así la petición de un hombre a una comadrona generalmente dispuesta a practicar el aborto de "ir cuanto antes a donde está su mujer" puede ser en su contenido material una provocación al aborto y con ello una inducción (BGH MDR 1957, 395).

---

[97] *Frisch*, 1988, 333-345.
[98] *Schumann*, 1986, 52 ss.
[99] *Hilgendorf*, Jura 1996, 9.
[100] *Hilgendorf*, Jura 1996, 10, n. 18.
[101] *Hilgendorf*, Jura 1996, 12.

81 Ciertamente que muchas veces en doctrina y jurispr. no se tiene suficientemente en cuenta que las observaciones que conscientemente originan el hecho aún no son inducción si esas "observaciones" no se pueden interpretar como incitación o provocación. Así se destaca frecuentemente que incluso un "**aparente desaconsejar**" puede ser una inducción[102]. Pero en este caso hay que distinguir: Si alguien desaconseja cometer el hecho y al hacerlo especula que el otro por espíritu de oposición ahora precisamente va a cometer el hecho, aunque el cálculo le salga bien, no ha inducido; pues a nadie se le tiene por qué imputar lo que otro hace por oposición contra él. Por el contrario, si el "desaconsejar" se pronuncia en un tono tan irónico que el destinatario tiene que entenderlo como no dicho en serio, sino como incitación, concurrirá una inducción

82 También había que diferenciar en el caso BGH GA 1980, 183 s. En el mismo el imputado, "después de haber violado a la testigo, preguntándole a P, que aún no estaba decidido a cometer el hecho, '¿quieres tú también?', lo había movido a tener igualmente trato sexual con ella contra su voluntad". Sólo habrá inducción en esa **pregunta** si la misma debía ser interpretada como una **provocación velada**, p.ej. porque P en caso de negarse hubiera perdido prestigio en su grupo y hubiera quedado como un cobarde. Si por el contrario la pregunta sólo tenía carácter informativo y no daba a conocer un determinado deseo del imputado respecto del comportamiento de P, habrá que rechazar que haya inducción. La cuestión de si una u otra interpretación es la correcta ha de averiguarse partiendo del contexto de la concreta situación del hecho.

83 Cuando el BGH fundamenta su afirmación de que hay inducción en este caso con el solo argumento de que es bastante un **dolo eventual de inducción**, ello es equívoco. Un dolo eventual de inducción es perfectamente concebible si p.ej. alguien reta a otro a cometer un delito para probar con ello que éste no se atreve, si pese a ello se conforma con la posibilidad de que el incitado sí cometa el hecho. Pero primero hay que constatar siempre si es que realmente concurre una provocación o incitación; si ello no es así, entonces un "dolo eventual" tampoco puede fundamentar una inducción.

84 Tampoco pueden enjuiciarse como inducción las meras **consideraciones**. Por tanto, si alguien en una amigable tertulia en el bar cuenta cómo puede uno aumentar su fortuna defraudando impuestos, ello no es una inducción, incluso aunque uno de los oyentes cometa el delito y el que lo planteó se haya conformado con esa eventualidad; pues en cualquier reportaje de tribunales es posible leer descripciones de cómo se puede ejecutar delitos con éxito. En la exposición de posibilidades sólo habrá un ataque propiamente dicho al bien jurídico si la misma va unida a un requerimiento (al menos por actos concluyentes) de cometer el hecho.

85 Una inducción así entendida falta también en el supuesto de hecho de la sentencia BGHSt 34, 63. En ese caso el acusado primero le había propuesto

---

[102] *Schumann*, 1986, 53 s. con ulteriores citas, a quien el texto sigue en este aspecto.

al autor, que necesitaba dinero, que vendiera su automóvil o su arma y ante las objeciones que ponía el autor le dijo: "Entonces tendrías que hacerte un banco o una gasolinera". El posterior autor no contestó a esto, pero algunos días después cometió un robo violento en una caja de ahorros. El BGH rechazó la existencia de inducción con la dudosa fundamentación de que el acusado no había designado con suficiente concreción el delito que había que cometer (al respecto v. nm. 134 ss.). Pero por lo que falta ya una inducción es porque aludir a posibilidades legales e ilegales de procurarse dinero no tiene el carácter de una provocación o incitación. Cualquiera puede procurarse en todas partes sugerencias sobre la comisión de delitos; pero las mismas no merecen la punición del inductor, igual a la del autor.

De la concepción de la inducción aquí defendida se deriva que una **inducción por omisión**[103] no es posible [104]: ya que, si una no actividad excepcionalmente tiene el sentido de una incitación, habrá que calificarla como hecho concluyente; pero si no tiene ese significado, sólo puede crear estímulos al hecho, que no son suficientes para la inducción. Un ejemplo de la primera clase es el planteado por *Jakobs*[105]: "El hijo declara que va a incendiar la granja en interés de su padre, pero entonces el padre no puede guardar siempre encerrada su libreta de ahorros"; y el padre deja estar la libreta sin cerrar donde precisamente se encuentra. Aquí el hecho de "dejar estar" está hablado y está diciendo: "¡incendia la granja!". Un ejemplo del segundo grupo es el que propone *Bloy*[106]: alguien omite intencionadamente vaciar el buzón de correo, como le ha prometido hacer a un vecino que se ha ido de viaje, con la esperanza certera de que el buzón al estar rebosante permitirá deducir la ausencia del dueño y moverá a otros a cometer un hurto penetrando con fractura en casa habitada*. Pero en este caso se trata sólo de la creación de una situación provocadora al hecho, que no sería suficiente para una inducción ni siquiera aunque fuera dispuesta mediante un obrar activo (p. ej. atascando de propia mano el buzón del vecino). 86

---

[103] A favor de tal posibilidad (de modo restringido) y con una detallada exposición del estado de la discusión *Bloy*, JA 1987, 490; además, tb. en sentido favorable (con resultados diferentes en lo concreto): LK-*Roxin*, 11.ª, § 26, nm. 61 con ulteriores citas; *Herzberg*, 1972, 119 ss.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/104; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 26, nm. 3; *Loewenheim*, 1972, 33; *Luhberger*, 1962, 105; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 51/17, 50/71 ss.; SK-*Rudolphi*, 7.ª, antes del § 13, nm. 42; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 17/10; *Spendel*, JuS 1974, 753; *Stein*, 1988, 273; con restricciones tb. *Gropp*, AT, 2.ª, § 10, nm. 138.

[104] Así tb. *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 30 II 2 c; *Busse*, 1974, 139; *Grünwald*, GA 1959, 122 s.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 II 6; *Armin Kaufmann*, 1988, 292; *H. Mayer*, LB AT, 321; *D. Meyer*, 1973, 155 ss.; *el mismo*, MDR 1975, 982 ss.; *Nitze*, 1989, 157 ss.; *Otto*, AT, 6.ª, § 22 II 2 e; *Roxin*, Täterschaft, 7.ª, 2000, 484; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 26, nm. 5.

[105] *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/104.

[106] *Bloy*, JA 1987, 496, que admite la inducción.

* En el StGB alemán la sustracción que no es violenta o intimidatoria se considera hurto y no robo: por tanto hay hurtos con fuerza en las cosas o fractura o con escalamiento, que en otros CP se tipifican como robo con fuerza en las cosas; e incluso el Derecho alemán castiga el hurto con porte de armas, con tal de que no se lleguen a usar. Todas esas conductas, que en otras legislaciones se denominan robos, son aquí hurtos: cualificados, pero hurtos. [N. del T.]

87 Ahora bien, ciertamente existe **una** constelación, en la que un omitente habrá de ser castigado al menos conforme al marco penal de la inducción: si alguien es garante de impedir un hecho de inducción[107]. Así p.ej. un padre omite disuadir a su hijo menor de inducir a un hurto. En tal caso el padre ha de ser responsable de impedir la acción delictiva de su hijo (§ 13). Si no lo hace, no se puede plantear una autoría de hurto, puesto que él no tiene ánimo de apropiación ni ostenta una posición de garante frente a la víctima; y también está descartada una cooperación al hurto por omisión, porque el padre no estaba obligado a disuadir al autor de cometer delitos o a proteger a la víctima de los mismos; antes bien, el padre es autor omisivo respecto del hecho de no impedir una inducción. Ese delito sólo se puede castigar partiendo del marco penal del hecho que debe impedirse (la inducción al hurto), a pesar de que no se trata de una inducción sino de la autoría de omisión de impedir tal inducción.

88 *Puppe* y *Jakobs* requieren para la inducción algo que va aún mas allá de la incitación o provocación, la **dominancia del motivador al hecho**. Para *Puppe* la inducción es un **"pacto de injusto"**. Según esta teoría no es suficiente una "incitación al hecho que se agote en una única influencia y deje todo lo demás al libre arbitrio del autor", sino que el inductor tiene que "cerrar una especie de pacto con el autor y sacarle una promesa o una obligación para el hecho, que a éste le va a ... vincular, aunque no jurídicamente sí fácticamente"[108]. La cuestión de si concurre tal vinculación debe ser constatada con ayuda de una "fórmula heurística": "concurre inducción (y no sólo cooperación psíquica) cuando el autor habría abandonado asimismo el hecho en cuanto el inductor hubiera desistido del hecho común"[109]. De modo totalmente similar dice *Jakobs*[110]: "una influencia psíquica por tanto sólo es inducción cuando el autor –como en la teoría antigua sobre la autoría– adopta y mantiene su resolución en dependencia de la voluntad del influidor". Aún más lejos va *Köhler*[111], cuando requiere para el inductor un poder sobre el autor determinante de su voluntad: "La determinación de la voluntad como elemento típico consiste en el empleo unilateral de poder de acción externo, no respecto de la ejecución del hecho, sino mediante un decisivo hacer dependiente del inductor al autor inmediato*, en su concreta concepción de lo bueno o del bienestar". Como ejemplos de con qué medios se puede producir tal poder determinador de la voluntad, *Köhler* indica la amenaza con perjuicios o desventajas, la promesa de una recompensa, el

---

[107] Así acertadamente SK-*Rudolphi*, 7.ª, antes del § 13, nm. 42; cfr. sobre todo ello la detallada exposición de *Herzberg*, 1972, 119-127.

[108] *Puppe*, GA 1984, 112; similar *Altenhain*, 1994, 123, que requiere una concertación para el ilícito o injusto; apoyándolo tb. *Schroth*, 1998, 109.

[109] *Puppe*, GA 1984, 114.

[110] *Jakobs*, AT, 2.ª, 22/22.

[111] *Köhler*, AT, 521.

* Por error el texto alemán dice el autor "mediato" ("mittelbaren"), cuando realmente la frase de *Köhler*, AT, 521, habla del autor "inmediato" o directo ("unmittelbaren"), como es evidente por su sentido [N. del T.].

empleo de dependencias institucionales y el engaño[112]. Según él, la diferencia respecto de la autoría mediata consiste en que en la inducción el autor inmediato o directo es libre como tal en la adopción de su resolución de cometer un ilícito o injusto[113].

Pero esto no se puede compartir[114]. En primer lugar no es conciliable con 89
tenor literal de la ley, que requiere una "determinación" y no una "obligación" del autor para con el hecho (cfr. ya nm. 73). En segundo lugar, tal solución es muy difícilmente practicable: pues si el sujeto de atrás tiene en sus manos la ejecución del hecho, es autor mediato; la inducción presupone precisamente que el autor tiene el dominio del hecho y decide sobre el si y el cómo de la ejecución. Pero esto contradice que haya una vinculación del autor al inductor; su eventual autovinculación es libre y voluntaria y por ello en el fondo no es una vinculación. En tercer lugar, tampoco es convincente político-criminalmente que una punición de la inducción igual a la del autor sólo vaya a estar justificada en los casos de autores contratados y en el marco de relaciones de órdenes jerárquicas, que son los que según las teorías de *Puppe* y *Jakobs* quedan en lo sustancial para la inducción, sino que los supuestos del azuzar a autores completamente independientes (¡matadlo!) y de la persuasión aparentemente no egoísta a cometer el hecho, que sólo pretexta perseguir el interés del autor, por término medio no son menos merecedores de pena. Además un especial momento de peligrosidad de la inducción consiste precisamente en que el inductor la mayoría de las veces ya no puede parar el curso del acontecimiento puesto en marcha; por ello no convence que precisamente esa circunstancia deba excluir la inducción[115].

IV. El hecho como objeto de la inducción

El hecho, al que se ha de inducir, es una acción típicamente antijurídica y 90
dolosa. Los problemas vinculados a ello han sido ya tratados en el contexto de las cuestiones básicas de la teoría de la participación (nm. 32 ss., 35 ss.). Ahora sólo queda por discutir si el sujeto de atrás es inductor al "hecho" realmente realizado si determina a un sujeto ya resuelto al hecho a modificar su plan (1. en el caso de la reversoducción, 2. en el del sobreacrecentamiento o inducción incrementada) o si el inducido se desvía o aparta del plan del hecho prefigurado por la incitación (3. exceso del autor).

---

[112] *Köhler*, AT, 525 s.

[113] *Köhler*, AT, 521.

[114] Hasta ahora sólo ha sido criticada sobre todo la posición de *Puppe* en *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 II 1, n. 11 ("demasiado lejos en la dirección opuesta"); *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 51/3 ("delimitación apenas posible con la autoría"); *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 568 "exagerado"; *Gropp*, AT, 2.ª, § 10, nm. 125 ss.; *Schulz*, JuS 1986, 939 ss. (tb. contra *Jakobs*); *Stein*, 1988, 171 ss.

[115] *Stein*, 1988, 173 opina: "Dado que en tales casos" (scil. de dependencia del autor) existe una muy elevada posibilidad, de volver a hacer desistir al autor de su resolución, parecería incluso adecuado más bien una prohibición un poco menos perentoria".

1. La reversoducción o induccción a cambiar*

91 En la reversoducción (inducción a cambiar) se trata de que el sujeto de atrás mueve a un individuo ya resuelto al hecho a modificar su plan (a cuyos efectos el motivar a una comisión agravada se trata separadamente en 2. como caso de inducción a más). Se plantea entonces la cuestión de si la ejecución del delito modificada por el sujeto de atrás representa en relación con el plan original un "hecho distinto", al que ha inducido el sujeto de atrás, o si los cambios producidos en el plan del hecho sólo son una modificación del hecho originario y con ello una complicidad o cooperación. Las cuestiones vinculadas a la reversoducción aún no están definitivamente aclaradas[116]. Sin embargo, habrá que distinguir entre el cambio del autor (a), del tipo (b), del objeto del hecho (c), del motivo del hecho (d) y de las modalidades del hecho (e).

a) El cambio de autor

92 La producción de un cambio o sustitución de autor debe considerarse siempre como inducción. Por consiguiente, si un sujeto de atrás gana a B, en lugar del inicialmente previsto A, para ejecutar un acto terrorista, ello es una inducción, aunque en lo demás el plan del hecho permanezca inalterado. Lo mismo rige si el sujeto de atrás atrae a un ulterior coautor o provoca la sustitución de uno de ellos. En todos estos casos la razón para admitir que hay inducción estriba en que no hay un hecho sin autor concreto; por eso el cambio del autor es siempre también un cambio del hecho.

b) El cambio de tipo

93 Igualmente hay que considerar la "reversoducción" para cambiar a otro tipo como inducción. Por tanto, si A incita a B, que estaba ya resuelto a realizar una estafa, a cometer en su lugar un hurto más fácil de ejecutar, su conducta es punible como inducción al § 242. Del mismo modo es inductor de unos daños quien determina a A, que estaba decidido a apalear a B, a que mejor destroce el auto de B[117]. La justificación de la admisión de inducción (en vez de una mera cooperación de asesoramiento) en estos casos radica en que el "hecho" en el sentido del § 26 consiste en una realización antijurídica del tipo; por tanto un tipo distinto es otro "hecho".

---

* El término *Umstiftung* usado en el texto alemán es un neologismo, modificando la palabra *Anstiftung*: in/ducción sustituyendo el prefijo o particula inicial "an" (de dirección, equivalente en este caso a la latina "in": in-ducere, conducir o llevar a, hacia) por el prefijo "um". Esta partícula como preposición o prefijo de verbos o sustantivos significa, en el contexto que aquí interesa, dar la vuelta, revertir, cambiar algo. Por eso para su traducción se crea también un neologismo: "reverso-dūcción" o se usa como sinónimo "inducción a cambiar" [N. del T.].

[116] Las investigaciones más detalladas producidas hasta ahora son las de *Schulz*, 1980; *el mismo*, (en una panorámica sintética) JuS 1986, 933; y además las tesis doctorales de *Stork*, 1969, y *Heinze*, 1974, así como *Ingelfinger*, 1992, 187 ss.

[117] Cfr. *Schulz*, JuS 1986, 939.

Un sector discute esta solución cuando los tipos protegen el mismo bien jurídico. Así p. ej. si se determina a alguien a pasar del chantaje (§ 253) planeado a una estafa (§ 263) al motivarle a que se sirva del medio del engaño en vez del de la amenaza [118]. Sin embargo, dado que la estafa representa un tipo delictivo distinto del chantaje, la comisión de la misma debería considerarse como "otro hecho". 94

c) El cambio del objeto del hecho

La cuestión de si la determinación a elegir otro objeto del hecho debe juzgarse como inducción o sólo como cooperación de asesoramiento, está aún poco aclarada. Lo más plausible es efectuar una diferenciación, para la cual *Schulz*[119] ha propuesto el criterio del "**dominio del plan**": "Inducción intelectual es dominio sobre la planificación, pero no sobre la ejecución del hecho. Esto la distingue ... de la cooperación, que como pura actividad de apoyo no ejerce dominio alguno, no da al plan su configuración o su sentido" [120]. "Cooperador o cómplice es quien con su consejo se inserta en la directriz o trazado dispuesto por el autor, inductor quien crea o motiva ese trazado"[121]. 95

A efectos prácticos esto tiene las siguientes repercusiones: Si A quiere sustraer whisky para agasajar con él a un invitado, pero B le determina a sustraer vodka argumentando que al invitado le gusta más tomar esta bebida, ello sólo es una cooperación o complicidad. Pues esa "determinación" se inserta en el plan de A (agasajar a un invitado con licores sustraídos) y lo mejora, sin modificar la identidad del hecho. Si por el contrario A determina a B a sustraer vodka y venderlo ingresándolo en su propia cuenta, pero a agasajar a los invitados con cerveza, esto es una inducción al hurto; ya que aquí el sujeto externo mediante el trazado de un nuevo plan ha logrado el "dominio del plan" y se convierte con ello en inductor[122]. Ahora bien, pese a lo relativamente convincente que es esta diferenciación, ciertamente tampoco hay que desconocer que la decisión de qué ha de estimarse como inserción en un plan trazado y qué como nuevo plan, es una cuestión de valoración, cuya respuesta, depende ampliamente de lo que al sentimiento jurídico en una contemplación global le parece ya "otro hecho distinto". 96

Otra solución propone calificar la determinación al **cambio de objeto en caso de bienes jurídicos personalísimos** como inducción y en los demás como complicidad o cooperación [123]. Ante bienes jurídicos personalísimos ello lleva en la mayoría de los casos al mismo resultado: quien 97

---

[118] A favor de la mera cooperación en ese caso SK-*Hoyer*, 7.ª, § 26, nm. 24.

[119] *Schulz*, 1980, 137 ss.; *el mismo*, JuS 1986, 933, 937 ss.; siguiéndole ampliamente *Ambos*, 2002, 656 ss.; *Bloy*, 1985, 339 ss.

[120] *Schulz*, 1980, 145.

[121] *Schulz*, 1980, 145.

[122] Cfr. sobre estos ejemplos *Schulz*, 1980, 146 ff. En cambio *Jakobs*, AT, 2.ª, 22/26, admite que el cambio del objeto del hecho cambia siempre la identidad del hecho. Pero dado que para él la inducción presupone la dependencia del autor respecto del sujeto de atrás, por regla general no se será inducción por falta de este requisito..

[123] Cfr. sobre ello con ulteriores citas *Schulz*, 1980, 156 ff; *el mismo*, JuS 1986, 935.

motiva al autor a matar, lesionar o injuriar a B en vez a A, es inductor porque en tales supuestos la lesión de otro debe enjuiciarse como nuevo plan. Pero ello no rige sin excepciones: si A quiere disparar y matar al político B, pero a causa de una confusión se dispone a matar a C, al sujeto que le avisa de ese error y desvía con ello la agresión a B, parece mejor considerarlo cómplice; pues esa determinación se encuentra dentro del marco del plan del autor y no lo sustituye por uno nuevo.

98 Por otra parte, en los bienes jurídicos referidos a cosas materiales ciertamente concurrirá sólo una cooperación o complicidad si alguien determina al autor a sustraer o dañar mejor otra cosa distinta del mismo titular del bien jurídico; pues ello representa sólo una mera modificación del plan del hecho. Pero en cambio, si junto al objeto material también se cambia a la víctima (así si A determina a otro a sustraer o destrozar no el automóvil de B, sino el de C), resulta más adecuado calificar como inducción: "También aquí la relación con la persona y con ello la respectiva víctima determina la imagen social del hecho; ya que el lesionado es quien primariamente tiene que soportar los perjuicios del hecho"[124]. Por ello parece –al menos por regla general– un "nuevo plan" y "otro hecho distinto" el que el autor sea determinado a elegir otra víctima.

d) El cambio del motivo del hecho

99 Quien determina al autor a tomar otro motivo distinto para el hecho que ya ha resuelto cometer y que permanece inalterado en su curso externo, podrá ser calificado sólo como cómplice o cooperador; pues el "hecho" sigue siendo el mismo. Por consiguiente, si el autor resuelto a hurtar whisky (cfr. nm. 96) es incitado por el sujeto de atrás solamente a vender los licores sustraídos, en lugar de ofrecérselos a su huéspedes, en ello no se puede considerar que haya una inducción[125], porque el hecho como tal permanece inalterado. Sin embargo, ciertamente hay que aceptar la existencia de una cooperación como también de una inducción a la estafa frente a los compradores. Y ciertamente en este ejemplo se muestran también los límites del criterio del dominio del plan; ya que la venta no se encuentra dentro del alcance del plan original del autor.

e) El cambio de modalidades del hecho

100 La determinación al cambio de modalidades del hecho (del momento, del lugar o del medio del hecho) por regla general fundamenta sólo una

---

[124] *Ingelfinger*, 1992, 193. Por el contrario, *Heinze*, 1974, 62 s., y en el resultado tb. *Stork*, 1969, 63 ss., proponen admitir sólo complicidad.

[125] Así tb. *Schulz*, 1980, 152 ff; *el mismo*, JuS 1986, 938; de él procede tb. el ejemplo. De otra opinión *Jakobs*, AT, 2.ª, 22/26, que califica como inducción un cambio del motivo.

cooperación o complicidad[126], puesto que no crea un nuevo plan del hecho, sino que sólo modifica el existente. La más fácil ejecutabilidad, que es lo que se pretende la mayoría de las veces, es precisamente algo característico del típico efecto de la complicidad. Por tanto sólo comete cooperación quien incita a otro ya resuelto a cometer un robo a llevar consigo en vez de un revólver un cuchillo que opera silenciosamente, o a llevar a cabo el robo no en el lugar planeado, sino en un lugar más solitario o a cometer la penetración con fractura en la casa no en mitad de la semana, sino el fin de semana cuando estará ausente el propietario.

Ciertamente que si un sujeto de atrás determina al autor a emprender aquí y ahora la realización de un delito que estaba planteada sólo para un posterior futuro, hay que afirmar la existencia de inducción[127]. Pero en un caso así ocurre que el "planteárselo para después" todavía no se puede contemplar como una resolución firme al hecho, de tal modo que la misma sólo es suscitada por una incitación a emprender inmediatamente el delito. 101

2. El sobreacrecentamiento (inducción incrementada, a más)

De sobreacrecentamiento o inducción a más o incrementada se habla cuando un sujeto de atrás determina al autor ya resuelto al hecho a una forma comisiva más grave. La cuestión de si y en su caso en qué medida la misma constituye una inducción, es objeto de vivo debate desde la sent. BGHSt 19, 339. El supuesto de hecho de la sentencia consistía en que una persona resuelta a cometer un robo se había dejado motivar por un sujeto de atrás a llevar consigo un garrote, con el que golpeó a la víctima dejándola inconsciente. Por tanto, el sujeto de atrás ha "sobreacrecentado" un hecho ya pretendido del § 249 a un robo grave (§ 250 II n.º 1; entonces §§ 250 I n.º 1, y 251). El BGH calificó como inducción al robo grave, fundamentando esa calificación en que mediante el "empleo de un garrote" el "contenido de injusto" del hecho "se ha incrementado considerablemente frente al plan originario" (loc. cit., 340). Por esa razón el BGH tampoco considera siquiera necesario que el inductor determine al autor a realizar un tipo cualificado, sino que entiende que también puede haber una inducción ya en determinar a una "forma de ejecución más peligrosa, sin que cambie algo en el enjuiciamiento jurídico del hecho". Por tanto, habrá una inducción a lesiones si al autor, que quiere abofetear a su víctima, alguien lo determina a golpearlo con puñetazos hasta lesionarlo de modo que precisa asistencia hospitalaria. 102

---

[126] Prescindiendo de la "inducción incrementada o a más" mediante el persuadir o animar a usar armas en el hecho (cfr. nm. 103 ss.). Tendencialmente distinto *Jakobs*, AT, 2.ª, 22/26, que admite un cambio de la identidad del hecho, "en tanto no se trate de ... circunstancias concomitantes"; pero dado que requiere la dependencia del autor del inductor, en los resultados acaba llegando en la mayoría de los casos a calificar como cooperación.

[127] *Joecks*, 3.ª, § 26, nm. 15; *Stork*, 1969, 57 s.; *Schulz*, 1980, 163; de otra opinión (complicidad) *Heinze*, 1974, 16 s., 56.

103 A ello se opone una teoría extendida en la doctrina[128], que según el "**principio de división analítica**"[129] admite una inducción sólo a aquellas partes del tipo a cuya realización no estaba resuelto sin más el ejecutor. Por consiguiente, si en el caso del BGH el autor inicialmente sólo quería emplear su fuerza corporal, el determinarle a emplear un garrote sería sólo una complicidad o cooperación al robo grave, ya que el agente ya estaba resuelto a causar lesiones. En cambio, junto a la cooperación al § 250 II n.º 1 concurriría una inducción a lesiones si el autor inicialmente sólo había querido ejecutar el robo mediante amenazas. Si alguien determina a un sujeto resuelto a realizar un hurto a que cometa un robo, según el principio de división analítica habrá, además de cooperación al robo, una inducción a lesiones o a coacciones, según que el autor vaya a proceder con violencia o con amenazas. En el supuesto de sobreacrecentamiento del § 242 al § 244 I n.º 1.a cabe plantear una inducción a la posesión ilegal de armas (§ 53 III n.º 1 WaffG); pero si el autor tiene licencia de armas, el sobreacrecentamiento sólo es abarcable como cooperación al hurto con armas.

104 No obstante, resulta preferible la "**concepción sintética**"[130] de la jurispr.[131]. En efecto, para ilustrarlo con el ejemplo más claro: un robo es más que hurto + coacciones o que hurto + lesiones. Quien sobreacrecienta un hurto a robo produce, como ya muestra el marco penal muy superior, no sólo unas coacciones o unas lesiones, sino un ilícito o injusto propio, que tiene un peso totalmente distinto que sus elementos separados. Quien determina a un hombre, que está resuelto a coaccionar (§ 240) a una mujer, a violarla, causa más que unas lesiones o que una intensificación de las coacciones no abarcable típicamente: crea un injusto criminal con una impronta de carácter totalmente propio, lo que se pierde completamente de vista con una reducción de la inducción a las partes del hecho "excedentes" (sobrantes).

105 Ello rige también cuando el sobreacrecentamiento se refiere sólo a una cualificación ordinaria, como sucedía en el supuesto de la BGHSt 19, 339, pues la incitación a emplear un garrote dio lugar finalmente a la muerte de la víctima, que podría haber evitado fácilmente un agresor no armado. Por regla general ocurre que sólo la utilización de armas crea un peligro de muerte y con ello un ilícito o injusto de otra cualidad distinta, el cual puede

---

[128] *Bemmann*, Gallas-FS, 1973, 273; *Cramer*, JZ 1965, 31 s.; *Eser*, StrafR II, 3.ª, n.º. 43, nm. A 8; *Freund*, AT, § 10, nm. 119; *Gropp*, AT, 2.ª, § 10, nm. 123; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 II 2 c; *Joecks*, 3.ª, § 26, nm. 14; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 183; *Letzgus*, 1972, 33; *Puppe*, ZStW 92 (1980), 887; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 26, nm. 8; SK-*Hoyer*, 7.ª, § 26, nm. 19; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 145; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 116.

[129] El término procede de *Schulz*, 1980, passim; *el mismo*, JuS 1986, 935.

[130] Cfr. *Schulz*, JuS 1986, 936.

[131] Le siguen *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 30 II 2 a; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 249; *Krey*, AT/2, nm. 264; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 26, Rn. 2 a; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 51/11; *Otto*, JuS 1982, 561; *Stree*, Heinitz-FS, 1972, 277 (fundamental); *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 26, nm. 3; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 571 (sin una toma de posición totalmente inequívoca).

ser objeto de una inducción autónoma. Por ello, coincidiendo con el BGH hay que extender la posibilidad de una "inducción mediante sobreacrecentamiento" también al supuesto de un incremento sustancial del injusto dentro del marco del mismo tipo. Por consiguiente, si a un sujeto decidido a realizar un pequeño fraude alguien lo convence, proporcionándole un plan bien ideado y a cambio de participar en las ganancias, para que perpetre una estafa millonaria, este último será culpable de inducción al § 263. Y quien determina al autor a sustraer, en vez de un euro, mil euros, comete inducción al hurto, etc. La admisión de una inducción en esos casos coincide con la afirmación de la existencia de autoría mediata en el caso del engaño sobre la cuantía del ilícito (v. § 25, nm. 96 ss.): una determinación al hecho que en caso de desconocimiento en el autor da lugar a autoría mediata, ha de fundamentar inducción en caso de conocimiento por parte del mismo.

Ciertamente los partidarios del principio de división analítica pueden in- 106
vocar que el "sobreacrecentador" merece menos pena que el "pleno inductor", porque el autor ya había adoptado una resolución al hecho, si bien con un grado de injusto inferior. Pero de ello se puede dar cuenta perfectamente en la medición de la pena. En cambio, si se rechaza la existencia de una "inducción mediante sobreacrecentamiento", no se abarca en absoluto el injusto propio de la incitación. Es cierto que admitiendo una cooperación aún se puede llegar a una punición, aunque atenuada, con arreglo al marco penal del hecho motivado. Pero en caso de sobreacrecentamiento meramente intentado no habría punibilidad alguna; así p. ej. quien intentara en vano convencer a alguien ya resuelto al hurto a que ejecutara un robo grave, al haber una complicidad o cooperación sólo intentada, quedaría impune. Y esto no convence.

Tampoco son dignas de seguimiento las **soluciones intermedias**, que afir- 107
man que hay inducción en una parte de los casos de determinación a realizar un tipo agravado y en otra parte la niegan. Así afirma *Grünwald*[132] la existencia de **inducción si el tipo agravado**, a cuya realización es determinado el autor, es un delito autónomo, mientras que descarta la inducción en caso de determinación a realizar tipos cualificados. Así pues, quien determina al sujeto resuelto a realizar un hurto a que cometa un robo (¡delito autónomo!), sería inductor; en cambio, determinar al autor de un robo a usar armas (BGHSt 19, 339) no sería una inducción. En contra esta solución habla ya el hecho de que hasta ahora no se ha conseguido delimitar con éxito entre sí delitos cualificados y autónomos, y que hoy ya no se le reconoce un valor dogmático al concepto de autonomía del delito[133]. Y tampoco convencen en su totalidad las diferenciaciones. Así p.ej. estamos ante un menor incremento de injusto si el sujeto decidido al hurto de un bolso o una cartera de mano es determinado a arrancársela de un tirón a la víctima (¡robo!), que si se

---

[132] *Grünwald*, JuS 1965, 313.

[133] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 10, nm. 135.

persuade a un atracador ya resuelto a emplear una pequeña violencia física (robo del § 249) a usar un arma peligrosa para la vida (robo cualificado del § 250). Políticocriminalmente no tiene ningún sentido admitir una inducción en el primer caso, pero no en el segundo.

108 *Schulz*[134] sólo quiere admitir inducción cuando el sujeto de atrás sobreacrecentador tenga la "**dominancia normativa**". Según él, ello sucederá v.gr. en caso de sobreacrentamiento de la resolución de hurto al dolo de robo, pues entiende que la protección de la libertad de formación y de actuación de la voluntad está autónomamente junto a la protección de la propiedad y la custodia. En cambio considera que se descarta la inducción si se determina al ladrón resuelto al hurto a cometer un hurto con armas (§ 244), ya que según él aquí sigue estando "antes como ahora el centro de gravedad en la protección de la propiedad y custodia". La debilidad de esta solución reside en la vaguedad del concepto de la "dominancia normativa". Así es sumamente dudoso que el "centro de gravedad" en el hurto con armas resida en el hurto básico del § 242; pues quien se arma, ya está también resuelto en su caso al robo violento y está más próximo al § 249; por tanto el § 244 protege también la vida e integridad. Y que esto es también lo que opina el legislador, se confirma echando un vistazo al marco penal. Además, la "dominancia normativa", que parece lo más correcto entender como dominancia en el injusto o ilícito, depende menos de los tipos abstractos que de la dimensión del sobreacrecentamiento concreto.

3. El exceso del autor

a) El exceso doloso

109 Bajo el concepto de exceso del autor hay que entender aquí todos los supuestos en los que el autor en la ejecución del hecho diverge o se desvía de la línea prefijada por la inducción, sea porque hace algo distinto, o sea porque hace más o menos. Mientras que en la reversoducción y en el sobreacrecentamiento el inductor cambia la resolución del autor, en el caso del exceso es el autor quien modifica o cambia por su propia intervención la conducta a la que ha sido incitado. Ello hace lógico pensar en una inversión de las reglas desarrolladas hasta ahora: lo que en la reversoducción y en el sobreacrecentamiento es imputable como inducción, excluye en el caso de exceso la imputación a la inducción. Ahora bien, ciertamente hay que tener en cuenta peculiaridades que se derivan de la teoría del dolo. En particular ello significa lo siguiente:

110 Si el autor sólo se desvía en las **modalidades de ejecución** respecto de la incitación del motivador al hecho, a pesar de ello concurre una inducción. Por tanto, si el autor comete el hurto en sábado en vez de en viernes, en los grandes almacenes Karstadt en vez de en el Kaufhof, o sirviéndose de

---

[134] *Schulz*, 1980, 169 s.; *el mismo*, JuS 1986, 939.

un camión en vez de utilizar una furgoneta, seguirá habiendo siempre una inducción. De todos modos los detalles de la comisión del hecho frecuentemente no son previsibles y se dejan abiertos de antemano. Y tampoco tiene influencia sobre la inducción el cambio del motivo del hecho: si alguien es inducido a cometer un atraco a un banco, cuyo importe debe beneficiar a un movimiento terrorista, no cambiará para nada la existencia de inducción el que el atracador decida quedarse el dinero para él y construirse con ello una buena vida en el extranjero.

Ante un cambio **del objeto del hecho** es recomendable aplicar correlativamente el criterio del plan del hecho empleado para la reversoducción (nm. 95/96). Así pues, si A induce a B a apalear a C, odiado por A, pero B se decide después a dar una paliza a su propio enemigo D, realiza otro plan distinto y A no es responsable del mismo. Será distinto si al sujeto de atrás no le importa la identidad de la víctima. Por tanto, si el cabecilla de un grupo revolucionario incita a un terrorista a asesinar a un empresario de los que están en la "lista negra" y le nombra a X, que supuestamente está poco custodiado, seguirá habiendo una inducción si el autor en vez de a X, al que no logra acercarse, dispara y mata a Y, que estaba igualmente en la "lista negra". 111

Un exceso del autor que tampoco le es imputable al inductor es el **cambio de tipo**. Por tanto si el sujeto incitado al hurto comete en su lugar una estafa, el sujeto externo no es inductor de ese hecho. Y si el inducido al hurto comete una receptación, el incitador no ha inducido a ella y es impune. No resulta practicable la propuesta de *Montenbruck*[135] de construir en este supuesto un "tipo básico extratípico" y castigar al sujeto de atrás por participación en "la traslación de un objeto patrimonial ajeno al patrimonio propio (trayéndola consigo)"; ya que cualquier dolo (también el del inductor) ha de referirse a un determinado tipo y eso es lo que falta aquí. 112

Tampoco cabe hacer una excepción en caso de "**relación típica de detalle concreto**"[136]. Si los "detalles de la ejecución"[137] deciden sobre el encuadramiento en un tipo u otro, como ocurre en la relación de los §§ 249 y 255 [robo y chantaje en forma de robo] entre sí o en la zona límite entre el hurto con truco y la estafa, teniendo en cuenta la "valoración paralela en la esfera del profano"[138] cabe admitir que hay un dolo alternativo[139]. La cuestión es distinta en caso de cambio entre determinadas alternativas típicas[140]. Si el sujeto incitado a agredir con un arma renuncia al arma, pero utiliza un trato 113

---

[135] *Montenbruck*, ZStW 84 (1972), 344 ss. y passim (339). Lo propio se puede aducir frente a *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 30 IV 1 a, quienes, recurriendo a los principios que rigen para la apreciación alternativa de los hechos, pretenden calificar como inducción a la estafa en caso de una incitación al chantaje, si el autor en vez de ello comete una estafa. Como aquí tb. *Ingelfinger*, 1992, 96 ss.

[136] Así en cambio *Ingelfinger*, 1992, 100 ss.

[137] *Ingelfinger*, 1992, 101.

[138] *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 12, nm. 85 ss.

[139] *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 12, nm. 78 ss.

[140] Al respecto *Ingelfinger*, 1992, 102 s. con ulteriores citas.

peligroso para la vida, habrá una inducción al § 224, ya que el exceso no se refiere al tipo sino a las modalidades de ejecución.

114 En los **excesos que afectan a la clase y cantidad de ilícito o injusto dentro del mismo tipo**, hay que distinguir. Si el autor hace algo distinto de lo que le había encargado el inductor, todo depende de si lo ejecutado, dada la medida del menoscabo del bien jurídico y la clase de ataque, aún se mantiene dentro del marco de la dimensión del injusto prefijada por la inducción. Si es así, habrá una inducción; de lo contrario hay que admitir la existencia de un exceso, que excluye la imputación a la inducción[141]. Por consiguiente, quien es provocado al típico fraude de bar de no pagar la consumición, pero en lugar de eso estafa a su interlocutor en un negocio suministrándole mercancías en mal estado, realiza un hecho distinto, del que no se puede hacer responsable al "inductor" (naturalmente que en tales casos puede ser dudosa ya la causalidad). Pero si alguien ha sido incitado a "dejar limpio" el escaparate de una joyería, y en lugar de eso desvalija ese comercio, su ejecución se mantiene dentro de la dimensión de injusto de la inducción y le es imputable como tal al sujeto de atrás.

115 **Si el ejecutante va más allá de la medida indicada por la inducción en la cantidad del ilícito o injusto realizado**, si por tanto hurta no 100, sino 1.000 euros, o si le propina a la víctima no **una** bofetada, sino diez, no obstante en los supuestos de estos ejemplos concurre una inducción al hurto o a lesiones: pues en la cantidad mayor de injusto está contenida la menor, a cuya realización fue inducido; pero naturalmente el "menor" dolo del inductor y el exceso del autor ha de plasmarse en la determinación del la pena. Si el autor se queda por detrás de la medida indicada por la inducción, o sea, si no hurta tanto o no golpea tan acaloradamente como el inductor le había exigido, pese a todo concurre una inducción, porque la inducción a cometer el ilícito o injusto mayor incluye dentro de sí la realización del inferior. La voluntad dañosa "excedente" del inductor cabe considerarla en la medición de la pena. Y en su caso se puede plantear también un castigo por inducción intentada (§ 30 I): si el incitado a un robo sólo comete un hurto, el sujeto de atrás deberá ser castigado por inducción al hurto en concurso ideal (unidad de hecho) con inducción intentada al robo.

b) El exceso no doloso

116 Todas las constelaciones de excesos que hemos discutido hasta ahora se basaban en el presupuesto de que el autor dolosamente hace algo distinto de

---

[141] Similar tb. la restannte doctrina; cfr. p.ej. *Kienapfel*, AT, 4.ª, 572 ("dirección del ataque"); *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 26, nm. 5 ("representación de un marco ... temporal y espacial"); *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 51/8 ("según menoscabo del bien jurídico, restante contenido de injusto y concreta dirección del ataque, así como concreto objeto de ataque"); *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 147, 149 ("forma comisiva en sus rasgos básicos"). *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 14/102; *el mismo*, StuB AT, 2.ª, 10/111, considera decisiva incluso la concreción a una determinada posibilidad de ataque; sin embargo, frente a esto hay que subrayar el decisivo significado de la cualidad jurídica de la conducta incitada.

lo que le ha pedido el inductor. Aún ha sido más acaloradamente discutido, aunque es menos importante en la práctica, el supuesto de que el autor se desvía de modo no doloso de la directriz marcada en la inducción. A continuación vamos a ilustrarlo con el ejemplo más espectacular: el *error in persona* del inducido al asesinato.

Antiguamente la sentencia fundamental fue la del caso Rose-Rosahl, del 117
que se ocupó el entonces aún existente Tribunal Superior Prusiano –Preußisches Obertribunal– (1859), caso que ya ha sido descrito y discutido *supra* en conexión con el *error in persona* [142]. Más de 130 años después se ha vuelto a presentar una constelación como esa en el **"caso del heredero de la granja"**, sentenciado en 1990 (BGHSt 37, 214).

El acusado, el campesino C, debido a múltiples peleas quería matar a su hijo y heredero 118
de la granja (H), pero él mismo se sentía "incapaz como padre de cometer el hecho". Pero logró ganarse a St para realizar el homicidio a cambio de la promesa de una suma de dinero. El homicidio había de tener lugar en el establo de los caballos, que H cruzaba habitualmente al regresar a la casa. Para asegurarse de que no sufieran daño otras personas, C le explicó y aleccionó a St. sobre los hábitos y aspecto de H y le mostró una foto de H; en una "primera aproximación fracasada" St. también había visto ya personalmente a H. Al anochecer del 25-11-1985 St se apostó al acecho en el establo; estaba oscuro y sólo se producía una cierta claridad porque había caído nieve. Sobre las 19 h. un vecino N entró en la granja y abrió la puerta del establo; se parecía a H en estatura y llevaba en su mano una bolsa, como también solía hacer H. Por eso St. creyó tener ante sí a H y disparó a N a corta distancia causándole la muerte.

aa) La admisión de inducción intentada

Hoy es algo indiscutido que St., que sufrió un *error in persona*, debe ser 119
castigado por asesinato consumado[143]: él quería matar a disparos al hombre que entró en el establo y lo hizo; su error sobre la identidad de la persona a la que dispara no cambia para nada la producción dolosa de su muerte. Pero C, según opinión dominante y acertada[144] sólo puede ser castigado por inducción intentada al asesinato (§ 30 I): pues concurre un exceso no doloso de St., que no le puede ser imputado a C[145]. Ciertamente que esta constelación raras veces se enjuicia desde esta perspectiva; pero no se puede dudar que habría concurrido un exceso que excluiría la responsabilidad penal del inductor si St. hubiera matado a tiros dolosamente a N en vez de a H (cfr. nm. 111). Ahora bien, lo que es algo reconocido para el exceso doloso tiene que valer también para el no doloso; pues la desviación del hecho del autor respecto de la imagen representada por el inductor es la misma.

Esta conclusión, que se sigue de los principios generales del excceso, es 120
apoyada por una deducción partiendo de la teoría del error. En efecto, el

---

[142] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 12, nm. 168.

[143] Para más detalles al respecto *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 12, nm. 168 ss.

[144] *Schlehofer*, GA 1992, 307, y *Bemmann*, Stree/Wessels-FS, 1993, 397; *Köhler*, AT, 528/529; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 II 4; SK-*Hoyer*, 7.ª, antes del § 26, nm. 53.

[145] A lo sumo cabe plantear aún un homicidio imprudente de N, si el error de St. era previsible para B.

error in persona del lado de St. es para el sujeto de atrás C una *aberratio ictus*, ya que la "flecha" que él ha disparado (el sujeto St.) ha "errado" y ha alcanzado a N en vez de a su hijo H. Pues bien, si, de acuerdo con la opinión dominante en doctrina y jurispr y también mantenida aquí, en caso de *aberratio ictus* se excluye la admisión de un delito doloso consumado[146], también desde este punto de vista sólo se puede plantear una inducción intentada.

121 Esta solución se ve confirmada por un argumento proporcionado ya por *Binding*[147], que parte de la hipótesis de que St. tras comprobar su error habría seguido esperando a H y cuando éste hubiera aparecido, también lo habría tiroteado; en tal caso St. respondería entonces por el doble asesinato y C por inducción al asesinato de H. Pero entonces no se le puede imputar a C además a título de inducción el asesinato de N; pues él quería inducir sólo a **un** asesinato.

bb) La admisión de inducción a la tentativa

122 Algunos autores, que rechazan asimismo que haya inducción al asesinato consumado, consideran a C culpable, no de una inducción intentada a asesinar a H, sino de una inducción a la tentativa de matar a H[148], porque en el disparo de St. a N ven de todos modos la tentativa de matar a H, a la que C le ha inducido. Pero esta opinión no se puede compartir[149], ya que el asesinato consumado que St. ha cometido en la persona de N no puede ser concebido simultáneamente como tentativa de matar a H, porque esto presupondría un doble dolo de matar en St., pero éste sólo tenía uno. Es cierto que *Stratenwerth*[150] opina que la circunstancia de que St. ha cometido sólo **un** asesinato **consumado** no obsta "ni lo más mínimo a valorarlo desde la perspectiva" de C como asesinato intentado de H. Pero tal "valoración" se ve impedida por el principio de la accesoriedad limitada: pues éste presupone para una inducción a un asesinato intentado la concurrencia real de una tentativa; y su falta no puede ser sustituida por la "perspectiva" de C. Prescindiendo de ello no

---

[146] Para más detalles *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 12, nm. 144 ss.

[147] *Binding*, Normen III, 214, n. 9; contra *Siegel*, 1895, 39, que pretende que el sujeto de atrás, en su caso incluso tras continuas confusiones del ejecutor, sea penalmente responsable de un "todo un montón de cadáveres" (40), cosa que *Binding* considera con razón como un "resultado precisamente monstruoso" (Normen III, 214, n. 9). Como descubridor de esta constelación de problemas menciona *Siegel*, (39, n. 1) al catedrático de Gotinga Prof. *Ziebarth*, que según él formuló el caso y lo "planteó como tarea en sus prácticas de criminalística".

[148] *Joecks*, 3.ª, § 26, Rn. 27; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 8, nm. 98; *el mismo*, Baumann-FS, 1992, 66 s.; *Puppe*, NStZ 1991, 124; SK-*Samson*, 5.ª, antes del § 26, nm. 56; distinto ahora SK-*Hoyer*, 7.ª, antes del § 26, nm. 53, cfr. n. 141; igual aún *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 14/123 (como aquí en cambio ahora *el mismo*, StuB AT, 2.ª, 10/126); *Streng*, ZStW 109 (1997), 897.

[149] Cfr. *Roxin*, Spendel-FS, 1992, 300 s. De la literatura existente sobre BGHSt 37, 214, se pronuncian tb. en contra de admitir inducción a la tentativa *Bemmann*, Stree/Wessels-FS, 1993, 399; *Geppert*, Jura 1992, 167; *Schlehofer*, GA 1992, 317; *Streng*, JuS 1991, 910 s.

[150] *Stratenwerth*, Baumann-FS, 1992, 68.

es entendible por qué desde el punto de vista de C el hecho de matar a tiros a N debería valorarse como tentativa de matar a tiros a su hijo.

cc) La admisión de inducción al hecho consumado

Frente a esto, el Tribunal Superior Prusiano[151] y con pequeñas variacio- 123
nes también la BGHSt 37, 214 y una parte de la doctrina[152] mantienen que la confusión de personas por parte del ejecutor es exactamente igual de irrelevante para el inductor como para el autor. Por ello el BGH condenó por inducción al asesinato consumado. Mientras que a ese respecto no se presta atención en lo sustancial al argumento del exceso –por cierto que de todos modos el Tribunal Superior Prusiano aún había afirmado[153] que "no concurre un verdadero exceso" porque en la causación de la muerte de la víctima equivocada "no hay una resolución propiamente dicha del autor"–, se rechaza tratar el supuesto conforme a las reglas de la *aberratio ictus* con el argumento de que las mismas no se ajustan a la presente constelación.

Así opina el BGH (loc. cit., 219) que las reglas de la *aberratio ictus* han 124
"sido concebidas –como supuesto especial de desviación causal– para cursos de acontecimientos en los que el autor ve ante él el objeto del ataque, pero en su lugar lesiona otro objeto distinto" [154]. Pero esto no convence, ya que la constatación de que un curso causal ha abandonado la pista que le ha prefijado el autor es un dato objetivo, que no puede depender de si el primer causante lo percibe con sus propios ojos. Y no podría suponer ninguna diferencia el que B hubiera observado el disparo de St., sin poder impedirlo. Otros autores critican[155] que la admisión de una *aberratio ictus* presupone "un modelo puramente mecanicista de la inducción". No obstante, dado que la inducción también ha de ser siempre una causación del resultado típico[156], no se entiende por qué no deberían regir aquí también las reglas desarrolladas para las desviaciones causales.

Frente al argumento de que no puede haber una doble inducción al asesi- 125
nato si el autor tras comprobar su confusión espera y mata a tiros a la víctima "correcta" (cfr. nm. 121), se responde de diversas maneras. Así el BGH opina (loc. cit., 219) que al inductor, "si el autor tras reconocer su error mata ade-

---

[151] Preußisches Obertribunal, GA 1859, 322.

[152] Así tb. aún hoy en la doctrina:: *Altenhain*, 1994, 140; *Backmann*, JuS 1971, 119; *Ebert*, AT, 3.ª, 213; *Geppert*, Jura 1992, 163; *Gropp*, AT, 2.ª, § 10, nm. 134; *el mismo*, Lenckner-FS, 1998, 55 ss.; *Kohlrausch/Lange*, StGB, 43.ª, § 48, n. VII; *Loewenheim*, JuS 1966, 314; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 51/57; *Mitsch*, Jura 1991, 373; *Müller-Dietz/Backmann*, JuS 1971, 416; *Puppe*, NStZ 1991, 124; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 26, nm. 23; *Schroth*, 1998, 109; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 26, nm. 15; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 117, 79; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 576 ss., 579 (distinto aún en la 20.ª ed.).

[153] Preußisches Obertribunal, GA 1859, 337.

[154] Esta idea es originaria de *Puppe*, GA 1984, 120 s.; en contra *Roxin*, Spendel-FS, 1992, 292; *Schlehofer*, GA 1992, 311.

[155] *Puppe*, GA 1984, 121; de modo análogo *Mitsch*, Jura 1991, 385.

[156] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 27, así como en este t. II *supra* nm. 26 ss.

más a la víctima designada por el inductor, se le deben imputar ... por regla general ... las dos acciones de matar". Pero esto es totalmente insostenible[157], puesto que si el dolo del autor sólo abarca el hecho de matar a **una** persona, no se le pueden imputar dos homicidios. Por su parte *Puppe*[158] pretende admitir sólo **una** inducción, pero no vincularse a cuál de los dos hechos de asesinato debe haberse inducido. Pero esto tampoco puede convencer: pues si el autor lo deja estar con la muerte producida por la confusión de personas, según la opinión aquí rechazada habrá en nuestro ejemplo claramente una inducción al asesinato consumado de N. Entonces ¿cómo iba a poder convertirse posteriormente esa inducción en inducción a algo incierto por el hecho de que el autor cometa un segundo asesinato? Sin embargo, la mayoría de los defensores de la solución de la inducción sólo contemplan como exceso la **segunda** acción de matar, de modo que por tanto C sería castigado sólo por inducción a la muerte de N aunque St. tras reconocer su error disparase y matase además a H[159]. Pero esto tampoco aporta una solución al problema, pues el homicidio de H no sólo ha sido causado objetivamente por C, sino también concertado con St. La ejecución de un encargo pagado con dinero para asesinar a una determinada persona es imposible que sea un exceso[160], pues el presupuesto mínimo del mismo es la desviación del hecho del autor respecto de la imagen representada por el inductor, y eso precisamente es lo que falta aquí.

126 *Puppe*[161] opina que a la solución aquí defendida se le presenta también el mismo problema que en una *aberratio ictus* del autor. Pero esto no es cierto: si el autor, aunque apunta al hijo, dispara al lado y alcanza mortalmente a otro, pero entonces mata al hijo con un segundo disparo, sólo habrá **una** inducción al asesinato consumado, porque la tentativa inicial es subsidiaria en relación con la posterior consumación.

dd) Soluciones diferenciadoras

127 Las tres concepciones discutidas en los epígrafes aa) – cc) se asemejan en que en todos los casos de *error in persona* sufrido por el autor tratan igual al inductor, si bien con diferente resultado. Junto a ellas se desarrollan recientemente dos teorías diferenciadoras, una de las cuales la sustenta también el BGH. En efecto en su sentencia (cit., 218) dice que el error del autor "ciertamente se presenta para el acusado (scil. C) como una desviación del acontecer planeado del hecho, pero jurídicamente es irrelevante, porque se mantuvo dentro de los límites de lo previsible según la experiencia general

---

[157] *Bemmann*, Stree/Wessels-FS, 1993, 403, considera que esa concepción del BGH colma "de asombro y espanto".

[158] *Puppe*, NStZ 1991, 125; para más detalles al respecto *Roxin*, Spendel-FS, 1992, 297 ss.; análogo *Schroth*, 1998, 109.

[159] *Geppert*, Jura 1992, 168; *Streng*, JuS 1991, 915.

[160] Al respecto tb. *Bemmann*, Stree/Wessels-FS, 1993, 402.

[161] *Puppe*, NStZ 1991, 125; siguiéndola *Geppert*, Jura 1992, 168.

de la vida, de tal modo que no está justificada otra valoración distinta del hecho"[162]. Por tanto, si la aparición de N[163] y su confusión con H hubiera sido imprevisible, el BGH admitiría también una inducción intentada. Pero esta distinción no es convincente, porque la eventual previsibilidad de que se matara a N sólo puede, en tanto en cuanto, fundamentar que haya imprudencia y no dolo[164]. Para la *aberratio ictus* es algo reconocido que junto al homicidio intentado concurre un homicidio imprudente si la desviación era previsible. Entonces no se entiende por qué en la presente constelación una imprudencia respecto del homicidio de N debería convertir a éste en un homicidio (asesinato) doloso.

Más justificación tiene la concepción que atiende a si el autor se ha ceñido 128
o no a la descripción de la víctima dada por el inductor[165]. En el primer caso se sostiene que la confusión del ejecutor debe ser también irrelevante para el inductor, y en cambio en el segundo no se debe imputar al inductor la muerte de la víctima. Y efectivamente habrá que afirmar que también en el inductor concurre un *error in persona*, igual de irrelevante para él que para el autor, si aquél le describe al autor a un sujeto distinto de aquel a quien él quiere que se mate; y esto rige incluso aunque la descripción sea tan imprecisa que se acomoda a muchas personas. Pues la inducción se refiere entonces a aquel a quien corresponde la descripción; si el inductor se ha representado bajo esas características a alguien distinto, ello es también para él un *error in persona*.

Pero en cambio es ir demasiado lejos cuando la mayoría de los defenso- 129
res de esta solución se inclinan a admitir también en el caso de la sentencia BGHSt 37, 214 que el autor se ha ajustado a las indicaciones del inductor. Ello no es así, ya que no sólo C le había mostrado a St. una foto de su hijo H, sino que St. había visto ya él mismo a H. Una descripción más concreta que la que proporcionan una foto y el verlo personalmente no es posible. Por ello, dado que el inductor le "había dejado en sus manos" al autor "el concreto modo de proceder" (loc. cit., 214) y que antes del hecho se había "cerciorado" una vez más de que St. "podría identificar" a H, la confusión de

---

[162] Similar tb. BGH NStZ 98, 294; *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 30, 89; *Freund* AT, § 10, nm. 131; *Toepel*, JA 1997, 248 ss., 344 ss.

[163] Cuya previsibilidad es muy dudosa y es afirmada por el BGH sin suficiente fundamentación; cfr. *Roxin*, JZ 1991, 680, 681; *Bemmann*, Stree/Wessels-FS, 1993, 402. El tribunal de instancia del hecho había negado la previsibilidad (*Bemmann*, loc. cit.). Tb. *Rostek*, Eser-FS, 1995, 93, basándose en un análisis de la sentencia de primera instancia (LG Bielefeld) que la aceptación por el BGH de que el curso causal se situó dentro del marco de la experiencia general de la vida "no está cubierta por los hechos probados. Qué cerca estaba sin embargo *Roxin* con sus afirmaciones derivadas de los hechos probados" (a cuyo respecto se refiere a mi Com. en la JZ).

[164] Contra "el criterio de la previsibilidad" del BGH tb. *Schlehofer*, GA 1992, 308 s.

[165] Así con pequeñas diferencias en lo particular *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª], 22/29, 21/45; *Küpper*, JR 1992, 296; *Stratenwerth*, Baumann-FS, 1992, 65/66; *Streng*, JuS 1991, 914 s.; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, antes de §§ 25 ss., nm. 45; § 26, nm. 23; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 579; *Weßlau*, ZStW 104 (1992), 105, 131/132.

personas corre a cargo y en perjuicio del autor[166]. De todos modos una teoría diferenciadora, que en caso de concordar el hecho del autor con la descripción del inductor admite que hay un *error in persona* también en el inductor, es una correcta complementación y delimitación de la solución de la *aberratio ictus*. Pero no puede sustituirla y lo que puede es reclamar un espacio sólo que más pequeño que el que le conceden la mayor parte de sus defensores.

V. El dolo del inductor

1. El dolo dirigido a la resolución al hecho

130 El dolo del inductor ha de referirse en primer lugar a provocar la resolución o decisión al hecho en el autor. De esa "determinación al hecho" se ha tratado ya detenidamente en II (nm. 65 ss.) y IV (nm. 90 ss.). Cuando el § 26 requiere que el inductor "haya determinado dolosamente a otro a realizar su ... hecho", ahí están incluidas todas las formas de dolo. Por tanto basta también una inducción con *dolus eventualis* [167]. Sin embargo, hay que tener precaución con esta admisión, puesto que, dado que la inducción ha de tener siempre el carácter de una incitación o provocación (nm. 74 ss.), el dolo eventual sólo puede derivarse del hecho de que el inductor no pretende, sino que sólo se conforma con que se acceda a su requerimiento (cfr. el ej. de nm. 82). En cambio, no es suficiente la creación de estímulos para la comisión del hecho, en los que el sujeto sólo cuenta con la posibilidad de provocar una resolución al hecho; pues en esa conducta todavía no existe en absoluto el ataque al bien jurídico necesario para la inducción, que sólo puede consistir en solicitar o requerir la comisión del hecho (nm. 74 ss., 82 s.).

131 Por contra, la temeridad o frivolidad[168] incluso dentro de un reto o provocación intencionada no puede fundamentar una inducción. Por tanto, si A reta a B a matar a su rival (de B) y temerariamente no cuenta con que éste pueda seguir su solicitud, está excluida una inducción; aunque ciertamente cabe plantear la existencia de homicidio imprudente[169].

2. El dolo dirigido al hecho

132 Junto a ello el dolo del inductor ha de dirigirse también a la comisión del hecho por el autor. Ello no se desprende claramente del tenor literal de la ley: pues también se puede hablar de que alguien ha determinado a otro a realizar un hecho antijurídico si p.ej. lo incita con éxito a un hurto y simultá-

---

[166] Cfr. tb. al respecto *Rostek*, Eser-FS, 1995, 92: según constata la instancia sobre los hechos el acusado estaba seguro de que el autor "identificaría ... a su hijo y ninguna otra persona sufriría daños por el curso del hecho".

[167] RGSt 72, 26, 29; RG HRR 1937, n.º 1681; BGHSt 2, 279, 281 s.; BGH GA 1980, 183 s.

[168] Al respecto *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 24, nm. 74 ss.

[169] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 24, nm. 26 ss., 30.

neamente se cuida de que sea detenido en la fase de tentativa. El rechazo de una inducción en un caso así sólo se puede explicar por la falta de un ataque a un bien jurídico y con ello por el fundamento de la punición de la participación (nm. 8 s., 28). Sin embargo, en el resultado existe hoy unanimidad en que el dolo del inductor se ha de dirigir también a la comisión de un hecho consumado por el autor; y según la concepción aquí sustentada, además el dolo ha de abarcar también la lesión del bien jurídico (nm. 156 ss.). En ese sentido se habla por ello de un **doble dolo del inductor** (cfr. ya nm. 28).

a) La determinación o precisión del dolo del inductor

El primer presupuesto de un dolo dirigido a la comisión de un hecho del 133
autor es que el inductor se represente con suficiente precisión o certeza la acción que debe cometerse; pues sólo si se da ese presupuesto su dolo está dirigido a un "hecho". De ahí se sigue en primer lugar que la **incitación a cometer hechos punibles imprecisos**, no indicados con más detalle, **no es entendible como inducción**, ya que en ese caso falta un "hecho" concreto, al que pudiera haber determinado el inductor. Una sentencia temprana del RG (RGSt 1, 110 s.) trata un caso en el que alguien le había dicho a una empleada doméstica "que era tonta de no aprovechar la oportunidad y hacerse con dinero a escondidas". Aunque se vea en esta frase la incitación concluyente a procurarse dinero de manera ilícita, el RG rechazó con razón condenar por inducción a apropiación indebida; pues no había quedado claro a cuál de los tipos (¿§ 246?; ¿§ 242?; ¿§ 263?; ¿§ 266?) se refería la "instrucción". Por eso está reconocido como presupuesto mínimo de cualquier induccción que la misma ha de referirse a un tipo preciso y determinado, pues sólo un tipo concreto puede ser un "hecho antijurídico en el sentido del § 26".

Cuestión discutida es la de si para la inducción son necesarias ulteriores 134
concreciones del hecho que ha de cometerse y en su caso de qué clase han de ser las mismas[170]. El BGH debatió por primera vez en detalle esta cuestión en la BGHSt 34, 63. En ese supuesto, ya descrito más arriba (nm. 85) el acusado, después de ponderar otras posibilidades de lograr dinero, le había dicho al autor: "Entonces tendrías que hacerte un banco o una gasolinera". El autor no contestó a esto, pero algunos días después cometió un robo violento en una caja de ahorros. Según la concepción aquí defendida en este caso la inducción fracasa ya por la falta de carácter de incitación o provocación en la consideración que hizo valer el acusado (nm. 85)[171]. Pero si se aceptara por un momento que hay incitación, se plantea la ulterior cuestión de si el hecho que debía cometerse había sido presentado y caracterizado con suficiente claridad por el acusado. El tipo realizado (robo o como posibilidad alternativa chantaje en forma de robo) estaba abarcado en todo caso

---

[170] Para *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, antes de §§ 25 ss., nm. 43, es suficiente si el autor conoce los factores de los que se deriva la tipicidad.

[171] Igualmente *Krey*, AT/2, nm. 272; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 188; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 26, nm. 5.

por la representación del autor. Y aparte de ello también se había producido una concreción en cuanto al género (robo en una caja de ahorros, robo en una gasolinera).

135 Pero para el BGH esto no es suficiente, sino que requiere que los **elementos individualizantes** del suceso concreto (objeto, lugar, tiempo y demás circunstancias de la ejecución del hecho) sean abarcados por el dolo del inductor. Considera que ciertamente el inductor "no tiene que haber acogido en su conciencia en todos sus detalles el hecho que se debe cometer", pero al menos algunos elementos individualizantes tendrían que ser abarcados por la representación del inductor. "Cuáles de los elementos aptos para individualizar el hecho son necesarios en el caso respectivo es algo que escapa a una determinación abstracta-general y sólo se puede decidir según las correspondientes circunstancias del caso concreto" (loc. cit., 67) [172].

136 Pero esta concepción no se puede compartir[173]. Antes al contrario ha de bastar si el dolo del inductor abarca, junto al tipo que se debe realizar, **las dimensiones esenciales del injusto** del hecho del autor[174]. Con esas "dimensiones esenciales" se está aludiendo a la medida aproximada del daño y a la dirección del ataque[175]. Si en el supuesto del ejemplo se admite que hubo una incitación, esos criterios estarían fijados con suficiente precisión: estaba claro cuánto dinero aproximadamente necesitaba el autor y un atraco a una caja de ahorros o a una gasolinera designa bastante claramente el modo y forma de la agresión planeada. Por tanto, la representación del sujeto ha de abarcar p.ej. aquello que también constituye un "hecho" en la reversoducción (nm. 91 ss.) y en el caso de exceso (nm. 109 ss.). Habrá que calificar no como inducción, sino como cooperación o complicidad si alguien incita al autor a atracar en vez de la filial bancaria X la filial Y, más fácil de robar, o a ejecutar el hecho no hoy, sino mañana. Y asimismo tampoco hay un exceso excluyente de la inducción si el autor por razones de mejor adecuación al fin pasa de una filial a otra o aplaza el momento del hecho. Pero entonces no se puede comprender por qué tales modalidades individualizantes iban a tener que ser significativas para el "hecho" que el inductor se tiene que haber representado.

---

[172] Esta posición es seguida por la doc. dom.. Cfr. sólo *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª], 22/27; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 II 2 b; *Joecks*, 3.ª, § 26, nm. 19 s.; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 26, nm. 5; SK-*Hoyer*, 7.ª, antes del § 26, nm. 46; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 572. Similar tb. BGH NStZ 1997, 234; 1998, 347, 348; JR 1999, 448: según ellas opera como baremo para enjuiciar la precisión o certeza el de si haciendo intervenir a otro ya se puede producir una mayor puesta en peligro del bien jurídico. El hecho ha de estar precisado por el inductor de tal manera que el otro podría cometerlo si quisiera. De modo distinto BGH NStZ 1996, 434, 435; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, antes de §§ 25 ss., nm. 43: es suficiente si se abarcan tantas circunstancias que el hecho puede ser encuadrado en el tipo de una norma penal.

[173] Sobre el hecho de que la misma tb. se separa de la antigua jurispr., cfr. *Roxin*, JZ 1986, 909; *Ingelfinger*, 1992, 25 ss.

[174] Cfr. *Roxin*, JZ 1986, 908 s.; LK-*Roxin*, 11.ª, § 26, nm. 46 ss.; igualmente *Freund*, AT, § 10, nm. 126; *Köhler*, AT, 527.

[175] De modo similar atienden tb. *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 26, nm. 5, a la dirección del ataque.

Distinta es la cuestión si se incita sin una caracterización más detallada 137
sólo a un "hurto", una "estafa" o un "robo". En efecto, entre la sustracción de una cajetilla de cigarrillos y un gran hurto, entre un pequeño fraude en las consumiciones y una estafa millonaria, o entre quitar de un tirón el bolso o cartera y un atraco a un banco existen tales diferencias que esos modos de conducta no se pueden contemplar como el mismo hecho. Si queda abierta la cuestión de si el sujeto se refería a lo uno o a lo otro, consiguientemente no se puede constatar en absoluto un dolo del inductor dirigido a un "hecho". Por lo demás, también hay que rechazar la admisión de una inducción porque no se puede cuantificar una pena si el inductor no tiene ninguna representación de las dimensiones esenciales del ilícito o injusto. Ciertamente que frente a esto *Ingelfinger*[176] replica que, partiendo de una aplicación analógica del principio "in dubio pro reo" el juez puede partir de que hubo una representación ubicada en la zona inferior y puede por ello tratar al incitador como si sólo quisiera causar un daño escaso. Pero prescindiendo de que difícilmente va a ser posible una analogía con el principio sobre la duda allí donde no existe ninguna duda en absoluto sobre el acontecer, dicha solución precisamente podría de manifiesto que no existe una inducción justamente al hecho que el autor ha cometido realmente.

Sin embargo, ciertamente sucede que con frecuencia el tipo mismo fija ya 138
las dimensiones del injusto de una manera tal que la incitación a realizarlo es suficiente para una inducción. Si A impele a B a matar a un hombre o a violar a una mujer para probar su "coraje" o su "masculinidad", será inductor en caso de ejecución el hecho, puesto que las dimensiones esenciales el injusto o ilícito residen en el resultado típico mismo y no son susceptibles de las graduaciones que p. ej. son posibles en los §§ 242, 249 o 263.

El BGH objeta contra la solución aquí defendida que al atender a las "di- 139
mensiones del injusto" se "relaja tanto el enlace de unión entre inducción y hecho principal que la responsabilidad penal del inductor ... también tiene sitio en casos en los que es dudoso el merecimiento de pena del mismo y su equiparación con el autor... ya no puede encontrar una justificación" (BGHSt 34, 65 s.). Pero esto no convence[177], pues lo que se hace objeto de la inducción no es, como opina el BGH, una dimensión del injusto "abstracta-general", sino que la inducción tiene que perfilar un tipo concreto. Por el contrario los "elementos individualizantes" requeridos por el BGH para la punibilidad del inductor son indiferentes: el que le atraque la filial X o la Y, o el que el hecho se cometa hoy o mañana, no puede desempeñar ningún papel en la medición de la pena del inductor.

Además la concepción del BGH conduce a resultados políticocriminal- 140
mente insoportables. Un receptador, que encarga a un ladrón que le hurte

[176] *Ingelfinger*, 1992, 54.

[177] Coincidente en este aspecto *Ingelfinger*, 1992, 496.

alfombras orientales por una determinada suma de dinero, no puede sustraerse a la pena del inductor por el hecho de que queden a merced del ladrón las circunstancias individualizadoras de la ejecución, como el cuándo, dónde y cómo del hecho. Lo propio rige si p.ej. el cabecilla de un grupo terrorista encarga a unos miembros del mismo conseguir el dinero necesario para la organización atracando una caja de ahorros. Sería sumamente sorprendente que se rechazara la existencia de inducción sólo porque el cabecilla haya dejado a criterio de los miembros encargados las "circunstancias individualizadoras" del hecho (¿qué banco?, ¿cuándo?, ¿dónde?)[178].

141 A ello se añade que la solución defendida por el BGH también conlleva una inseguridad jurídica, que no es fácilmente conciliable con el principio de determinación o precisión[179]. En efecto, el BGH deja completamente abierta la cuestión de qué "elementos individualizadores" han de darse en la representación del inductor. El decidir si en el supuesto de la sentencia BGHSt 34, 63 habría bastado para una inducción con la mención de una determinada filial bancaria o ya con la indicación de una hora o, de dejar abiertas ambas circunstancias, con la recomendación de una determinada forma de atraco, es algo que para la sent. debe estar en función de las "circunstancias del caso concreto" y quedar con ello prácticamente al arbitrio del juez. Y esto hace que los límites de la inducción se difuminen dentro de lo incierto.

142 *Herzberg*[180] pretende tratar el caso como problema de imputación objetiva. Él enjuicia la inducción "como creación del riesgo de que el influido realmente realice el hecho que se le ha sugerido"; pero afirma que ello no se da en este caso, porque la recomendación del acusado "valorada *ex ante* tenía que parecer casi intrascendente". Esto es correcto en la medida en que aquí en efecto falta un ataque o agresión a un bien jurídico (nm. 85), cuya necesidad se puede reconducir a la teoría de la imputación objetiva (nm. 9): las consideraciones generales que formuló el acusado* no son suficientes para constituir una inducción. Pero la opinión de *Herzberg* no es acertada en la medida en que aparentemente él no considera suficiente para la inducción una provocación o incitación, sino que exige una mejora real de las oportunidades (v. gr. entregando un arma o mostrándole al autor una posibilidad menos arriesgada o especialmente prometedora a efectos económicos). Pues de ese modo se está mezclando de manera inadmisible la inducción con puntos de vista propios de la complicidad o cooperación: inducción es

---

[178] Pero de todos modos las sents. BGH NStZ 1997, 281; 1996, 434, 435, le imputan plenamente al inductor, cuya representación abarca varias posibilidades de comisión del hecho, aquella que luego es la finalmente elegida.

[179] Apoyándolo *Ingelfinger*, 1992, 46.

[180] *Herzberg*, JuS 1987, 617 ss. (620).

* Recuérdese (v. *supra* nm. 85, 134) que en el caso de la BGHSt. 34, 63, el autor de un posterior atraco necesitaba dinero y, al poner objeciones a las formas normales de obtenerlo vendiendo objetos que le propone su interlocutor, éste le dice: "entonces tendrías que hacerte un banco o una gasolinera", frase por la que fue acusado como inductor del posterior robo. [N. del T.]

sólo determinar al hecho incitando, cuya comisión así causada significa ya siempre la realización del riesgo que implica la incitación.

Pero prescindiendo de esto, *Herzberg* quiere renunciar a cualquier indi- 143
vidualización que vaya más allá de la caracterización del tipo. Propone el caso[181] de que "un profesor de criminología envíe a unos estudiantes, para que investiguen la afición o predisposición a presentar querellas penales, a cometer allanamientos de morada de la más diversa clase y gravedad, o que un malvado xenófobo encargue a un brutal matón maltratar físicamente a asilados". Pero es que en estos casos también está suficientemente precisada la dimensión del ilícito o injusto: la misma está fijada en los allanamientos de morada precisamente según las "clases de gravedad"; y quien encarga actuar a un "brutal matón", sabe qué lesiones cabe esperar de él.

Ingelfinger[182] ha desarrollado una solución diferenciadora. Por regla gene- 144
ral exige una dirección intelectual del autor por el inductor, el cual ha de fijar la "concreta dirección del ataque", o sea, p. ej el objeto del hecho o el titular del bien jurídico[183]; y considera que no basta una mención genérica de los objetos de ataque. Pero entiende que se debe hacer una excepción "cuando sólo entra en cuestión un círculo pequeño y claramente abarcable de los objetivos concretos", porque entonces consta la dirección de ataque decisiva. Sin embargo, añade, la falta de control o dirección intelectual y con ello de precisión del hecho puede ser compensada por la "**dominancia volitiva**" del incitador[184], que admite que concurre en supuestos análogos a la coacción ("en la zona límite con la autoría mediata") y en caso de encomendar un encargo a delincuentes profesionales. En tales casos según él bastará que el incitador designe sólo el tipo delictivo que debe realizarse.

Pero tal orientación hacia un concepto de precisión o determinación "di- 145
námico, relativizado" no es posible; pues lo que sea un "hecho" sobre la base de la representación del autor no puede depender de los medios empleados para provocarlo. Esto da lugar a una confusión conceptual, que excede de las posibilidades de la interpretación. Así p. ej. la incitación a matar a una persona a la que no se la designa con más detalles ha de considerarse como inducción según esta teoría si el incitador le paga dinero por ello al autor, mientras que en los demás casos debe quedar impune. Pero frente a esto hay que decir que ¡la cuestión de si la representación del incitador se dirige a la comisión del hecho no puede depender de ninguna manera de si paga o no dinero por su comisión!

Ingelfinger fundamenta su distinción en consideraciones de merecimiento 146
de pena[185]. Según él sólo en caso de dirección intelectual o de dominancia

---

[181] *Herzberg*, JuS 1987, 618; sobre las exigencias de precisión a las que comparativamente acude en el caso del § 111 y de la complicidad cfr. nm. 246 con n. 320.

[182] En la primera y muy sugerente monografía sobre el tema, 1992.

[183] *Ingelfinger*, 1992, 221.

[184] *Ingelfinger*, 1992, 234 s.

[185] *Ingelfinger*, 1992, 130 ss.

volitiva es el inductor tan merecedor de pena como el autor. Pero prescindiendo de la ausencia de fuerza de convicción de esas reflexiones sobre el merecimiento (cfr. al respecto nm. 147), no se puede lícitamente hacer depender una forma de manifestación del injusto, como es la inducción, de puntos de vista de la medida de la pena en el caso concreto. El inductor en el caso concreto puede merecer menos o también más pena que el autor; pero ello no tiene nada que ver con la cuestión de si concurre una inducción o no.

147 Pero es que, por último, también son poco convincentes las conclusiones prácticas a las que conduce la distinción de *Ingelfinger*. Así p.ej. él configura un caso[186] en el que el xenófobo A, pagándole una gran suma de dinero al asesino T, lo mueve a matar un extranjero cualquiera. *Ingelfinger* califica a A como inductor porque, dice, debido al pago del dinero posee la "dominancia volitiva". En el resultado esto coincide con la opinión aquí mantenida, mientras que el BGH y la op. dom. tendrían que llegar a la conclusión de la absolución. Que éste es un "resultado que contradice de modo craso el sentimiento jurídico" lo destaca *Ingelfinger* con razón. Pero la fundamentación no convence: En efecto, en primer lugar un pago de dinero no provoca en absoluto necesariamente "dominancia volitiva". Si un delincuente profesional como "especialista" les puede dictar precios y condiciones a los que le hacen el encargo, es él quien tiene la "dominancia" con independencia del pago de dinero. Pero es que además la cuestión puede no depender en absoluto de ello: en efecto, si A mediante mera provocación y sin pagar dinero incita a T a matar a un extranjero, también *Ingelfinger*, coincidiendo ahora con el BGH y la doc. dom., tiene que admitir una absolución, porque el "objeto del ataque" está sólo "genéricamente descrito" y falta la dominancia volitiva del incitador. Y esta solución es intolerable políticoriminalmente. Algo similar ocurre en el supuesto de un ulterior ejemplo de *Ingelfinger*, en el que en la época nazi un miembro de la SS es incitado por un superior a "volver a 'dar un escarmiento' y matar a un judío". *Ingelfinger* admite con razón que hay inducción y deriva la dominancia volitiva del instigador de su relación de superior. Pero el que el incitador deba quedar impune si no es un superior sino sólo un conocido del autor y mueve a éste a cometer su actuación por móviles antisemitas, para mí es algo incomprensible.

148 Un problema especial lo constituye la **determinación o precisión de la persona del inducido**. Hay unanimidad en considerar que no es necesario que sea interpelada una persona individualmente determinada, sino que basta con que se provoque a una persona cualquiera de un círculo de personas individualmente determinado[187]. Por tanto, si alguien dice: "a aquel de vo-

---

[186] Aquí y en lo siguiente *Ingelfinger*, 1992, 226 ss.

[187] *Eser*, StrafR II,3.ª, II n.º 44, nm. A 1, 2; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 II 2 b; *Joecks*, 3.ª, § 26, nm. 18; *Kindhäuser*, AT, 2.ª, 423; *Krey*, AT/2, nm. 272; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 189; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 26, nm. 5; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 51/22; *Rogall*, GA 1979, 11; *Samson*, JZ 1969, 258; *Sch/Sch/Cramer/*

sotros cinco que le dé una paliza a X, le daré 100 euros", será inductor de unas lesiones tan pronto como uno de los provocados ejecute el hecho. En lo esencial también es algo indiscutido que para la inducción no basta que el sujeto externo se dirija a un círculo de personas totalmente indeterminable e inabarcable en su magnitud[188], por tanto p.ej. no basta que difunda provocaciones al delito a través de radiodifusión o televisión, libros, revistas, folletos u hojas voladeras, etc. En tales supuestos entra en juego como precepto pertinente el § 111, que junto a los bienes jurídicos de los tipos particulares puestos en peligro protege también la paz de la comunidad (¡cfr. p.ej. el § 111 II!) y en el cual por ello también es posible conformarse, respecto de la precisión del hecho a cometer, de modo general con la caracterización del tipo que se debe realizar[189].

Es muy discutida la cuestión de dónde se traza entre esos dos grupos de 149
casos la frontera exacta de la determinación o precisión de la persona del inducido. Va demasiado lejos *Schmidhäuser*[190] cuando quiere admitir inducción allí donde el individuo que comete el hecho "se percibe como aludido o interpelado"; pues uno también puede sentirse aludido en un anuncio de televisión o en un mitin asambleario; y además el instigador del hecho puede no saber nada al respecto, de tal modo que ya por esa razón el criterio es inadecuado. Por otra parte exige demasiada precisión *Samson*[191] cuando atiende a "si la persona, a la que intenta influir el incitador, para él aparece como mera parte de un círculo indeterminado de personas sin rasgos individuales o si por el contrario se destaca del trasfondo de los otros como figura concreta". Pues con esto en el fondo sí que se está exigiendo un autor individualmente determinado y únicamente se renuncia al conocimiento de su persona. La que mejor puede servir como línea directriz es la delimitación de *Rogall*[192], para quien concurre una inducción si el provocador "podría ... sin grandes dificultades comprobar quién es el autor principal o los autores principales y posiblemente disuadirlo(s) de cometer el hecho". Por consi-

---

Heine, 26.ª, § 26, nm. 18; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 14/103; *el mismo*, StuB AT, 2.ª, 10/112; SK-*Hoyer*, 7.ª, antes del § 26, nm. 54 s.; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 117.

[188] De otra opinión *Dreher*, Gallas-FS, 1973, 332 s., quien sin embargo desconoce que un ataque a un bien jurídico requiere una intencionada influencia sobre el autor, la cual falta en caso de total falta de claridad sobre la persona en cuestión.

[189] Discutido; de modo contradictorio *Rogall*, GA 1979, 17 s., con ulteriores citas, que por una parte considera suficiente "la caracterización de la esencia jurídica del hecho punible que ha de cometerse", pero por otra parte califica las exigencias de concreción como "idénticas" a las del § 26. Pero la equivocada vinculación del § 111 al marco penal del hecho principal no obliga a idénticas exigencias de concreción: pues, debido a la indeterminación del destinatario, el § 111 no es una forma de inducción tampoco en otros casos y la paz de la comunidad vulnerada hace que al margen de ello sean necesarias consideraciones especiales de determinación de la pena. Por eso, contra lo que opina *Herzberg*, JuS 1987, 618, tampoco se puede extraer del § 111 conclusiones sobre las exigencias de concreción en el § 26.

[190] *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 14/103; similar *el mismo*, StuB AT, 2.ª, 10/112.

[191] *Samson*, JZ 1969, 259.

[192] *Rogall*, GA 1979, 14.

guiente, si se incita a una persona no designada en más detalles dentro de un grupo abarcable, esto sigue siendo una inducción.

b) La lesión del bien jurídico como objeto del dolo

150 Además el dolo del inductor tiene que estar dirigido a que el autor cometa un hecho consumado. Si junto al dolo determinados propósitos o móviles forman parte de la realización del tipo, el dolo del inductor tiene que abarcar también la presencia de esos componentes subjetivos en la psique del autor. Por tanto, quien vaya a ser inductor de un chantaje tiene que saber p.ej. que el autor obra con ánimo de enriquecimiento ilícito (RGSt 56, 171). Si el incitador supone erróneamente que en la persona del autor concurren circunstancias que justificarían la realización del tipo por él (v.gr., si cree que el autor se encuentra en una situación de legítima defensa), desaparece el dolo delictivo y con ello también la inducción[193].

151 Hoy es algo indiscutido que el dolo del inductor ha de abarcar la consumación del hecho por el autor[194]; pues de lo contrario falta el ataque al bien jurídico que caracteriza a cualquier participación (para más detalles al respecto cfr. ya nm. 8 s., 28, 132). Esto tiene importancia práctica sobre todo para el agente provocador (*agent provocateur*), que incita al autor a cometer un hecho para delatarlo y hacerlo detener en la fase de tentativa. Pero lo mismo rige cuando el instigador sabe y quiere que el hecho del autor fracase o que quede en una tentativa inidónea. Por tanto, quien incita a otro a disparar un tiro mortal pero ha descargado en secreto el revólver del autor, no puede ser castigado por inducción a la tentativa inidónea de asesinato cometida por el autor. En este caso tampoco existe en el lado del incitador un ataque al bien jurídico, porque la vida humana no es puesta en peligro.

152 Sin embargo, es cierto que la teoría de la participación en la culpabilidad o en el injusto (nm. 16 ss.) ha de llegar a otra conclusión: pues el instigador ha implicado al autor en un ilícito o injusto (y por regla general también en culpabilidad) incluso aunque éste sólo responda penalmente por tentativa. Sin embargo, el rechazo de esa teoría comprende precisamente también el

---

[193] Discutido; como aquí *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 26, nm. 19; de otra opinión *Jescheck*, AT, 4.ª, § 64 III 2 b, pero distinto ahora *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 II 2 b; *Köhler*, AT, 529. Si también el autor cree que concurren los presupuestos materiales de una causa de justificación, faltará ya un hecho principal cometido dolosamente, cfr. vgl. *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 26, nm. 19.

[194] Cfr. sólo RGSt 15, 315; 16, 25, 26; 32, 353, 355; 37, 321, 323; 44, 172, 174; 56, 168, 170; 60, 21, 24; BGHZ 8, 86; BGH MDR 1954, 335; BGH GA 1975, 333; *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, 30 II 2 b bb; *Blank*, 1987, 65; *Blei*, AT, 18.ª, § 79 I; *Bockelmann/Volk*, AT, 4.ª, § 25 III 1 b aa; *Eser*, StrafR II, 3.ª, n.º 43, nm. A 14; *Herzberg*, GA 1971, 11 s.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 23/16; *Keller*, 1989, 160, n. 1 con ulteriores citas; *Kindhäuser*, AT, 2.ª, 423 s.; *Küper*, GA 1974, 321 ss.; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 26, nm. 4; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 51/28; *Otto*, AT, 6.ª, § 22 II 3 a; *Preisendanz*, 30.ª, § 26, n. 5 d; *Rudolphi*, Maurach-FS, 1972, 66 s.; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 26, nm. 20; SK-*Hoyer*, 7.ª, antes del § 26, nm. 24; *Sommer*, 1987, 45 ss.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 150 s.; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 26, nm. 8; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 117; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 573.

rechazo de esta consecuencia (cfr. nm. 21). Por otra parte, la teoría de la causación orientada a la accesoriedad, que defiende la doc. dom. (nm. 26 ss.), desde su punto de partida tampoco puede explicar bien por qué el dolo del inductor ha de abarcar la consumación del hecho por el autor. En efecto, la provocación dolosa de una acción del autor típicamente antijurídica y por regla general punible también concurre aun cuando ésta con conocimiento y voluntad del provocador se queda en tentativa. Por eso también desde la perspectiva de esta posición se defiende a veces la punibilidad del agente provocador[195]. Sólo si se entiende la participación como ataque accesorio al bien jurídico (cfr. nm. 8, 28, 132), se explica sin forzar nada las cosas la impunidad de estos supuestos[196].

153 Por otra parte, si la consumación del hecho está abarcada por el dolo del instigador, en principio hay que admitir que existe una inducción punible aunque sólo se haya puesto en práctica para poder sorprender *in fraganti* al autor. Por tanto, quien incita a un skinhead a que cometa malos tratos de obra o al presunto agente de una potencia extranjera a cometer espionaje contra la seguridad del Estado, para a continuación denunciarlo y hacer que sea penado, incurre él mismo en responsabilidad penal por inducción. Aquí sólo cabe a lo sumo plantear una posible justificación por estado de necesidad del § 34, la cual deberá ser enjuiciada conforme a los criterios que lo rigen[197], pero sólo podrá ser admitida en raras ocasiones. Así en el ejemplo del skinhead el interés en su persecución penal de ningún modo puede valorarse de modo más elevado que la integridad física de la víctima, por lo que es ineludible la responsabilidad penal por inducción. Más plausible resulta una posible justificación en el caso del espionaje contra la seguridad del Estado; la misma dependerá de la importancia de poder sorprender con pruebas al sospechoso (o sea, por tanto, de la magnitud de sus futuras posibilidades de traición) y de la importancia del secreto a cuyo descubrimiento y revelación ha incitado el instigador al autor en el caso concreto.

154 La mayor importancia en la práctica de la posibilidad de justificación por estado de necesidad se encuentra hoy en el campo de la narcocriminalidad, cuando funcionarios o personas encargadas al efecto por el Estado (investigadores secretos, confidentes de la policía en el escenario de las drogas del tráfico de estupefacientes) incitan a sospechosos a cometer infracciones consumadas de la ley de drogas (BtMG) para a continuación poder detenerlas[198].

---

[195] *Stratenwerth*, MDR 1953, 717 ss. (distinto –en el sentido de la concepción aquí defendida– *el mismo*, AT, 4.ª, § 12, nm. 150); *Jescheck*, AT, 1.ª, 1969, 457 (posic. abandonada desde AT, 2.ª, 1972, § 64 III 2 b). Crít. *Plate*, ZStW 84 (1972), 297 ss.

[196] Igualmente *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 201.

[197] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 16.

[198] Sobre la cuestión de si, en caso de ser contrario al Estado de Derecho el proceder de los "seductores", según las circunstancias puede decaer la acción penal del Estado contra el seducido debido a una causa de exclusión de la punibilidad o de la procedibilidad, cfr. con más detalle *Roxin*, StrafverfahrensR, 25.ª, 63 ss.; EGMR NStZ 1999, 47 ss.

La cuestión de si en estos casos cabe una justificación por el § 34, es muy polémica[199] y no puede responderse de modo único, pero tendencialmente más bien debe ser negada esa posibilidad. En efecto, en muchos casos falta ya un peligro actual y no evitable de otro modo cuando alguien es incitado a cometer un delito de tráfico de estupefacientes que de lo contrario no habría cometido. Y en otros casos habrá que afirmar que los daños y perjuicios que se originan con la participación estatal o promovida estatalmente en el tráfico de estupefacientes no pueden ser compensados con el provecho de la obtención de pruebas contra un delincuente individual.

155 Es cierto, sin embargo, que en muchos delitos, sobre todo en los de narcotráfico, pero también en otros tipos, la jurispr. amplía demasiado la punibilidad por consumación. Y de ese modo se originan problemas para la responsabilidad penal del agente provocador que de antemano no se habrían planteado, si se calificara la conducta del autor, como es más correcto, de mera tentativa. Si p.ej. un investigador policía secreto le compra estupefacientes a un traficante de drogas y lo detiene en la entrega, según la jurispr. la conducta del vendedor constituye en principio un hecho consumado del § 29 I n.º 1 BtMG, ya que la jurisprudencia entiende por "tráfico" toda "actividad lucrativa, dirigida al intercambio, aunque sea sólo ocasional o única, o también la meramente intermediaria".[200]. En cambio, si, como es más correcto y ya ha hecho alguna vez el BGH, sólo se afirmara la existencia de tráfico consumado cuando el autor "hace pasar el estupefaciente camino del consumidor" (BGH StV 1981, 549), aquí habría sólo una tentativa inidónea y estaría fuera de discusión la impunidad del agente provocador que ha instigado a la misma[201]. En general sólo se debería admitir una tentativa de tráfico si el provocador en su provocación al delito se cuida de que no pueda ponerse estupefaciente en circulación ni llegar a manos de los consumidores. Y entonces el incitador siempre quedaría impune ya por el hecho de que el dolo no se dirige a la comisión de un delito consumado. Y lo propio vale también para muchos otros tipos[202]. Quien p. ej. incita a alguien, de quien hace ya tiempo que sospecha, a cometer una estafa de subvenciones (§ 264 I n.º 1), pero informa antes a la autoridad de la incorrección de los datos indicados por el autor, no ha acogido una estafa de subvenciones en su dolo; pues en

---

[199] A favor de la posibilidad de justificación por estado de necesidad *Keller*, 1989, 277 ss. (aunque sólo en caso de particulares y tampoco si la provocación va a posibilitar el castigo de delitos pasados); *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 51/40; *Rehmann*, NJW 1985, 1; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 150 (sin una toma de posición totalmente inequívoca). En contra con diferentes fundamentaciones *Franzheim*, NJW 1979, 2017; *Herzog*, NStZ 1985, 155; *Jakobs*, AT, 2.ª, 23/18; *Lüderssen*, Jura 1985, 119 s.; *Ostendorf/Meyer-Seitz*, StV 1985, 79; *Seelmann*, ZStW 95 (1983), 807 ss.; *Sieg*, StV 1981 636; *Sommer*, JR 1986, 486 s.

[200] BGH NJW 1979, 1259; jurispr. constante, últimamente NStZ 1999, 467.

[201] Como aquí tb. *Jakobs*, AT, 2.ª, 23/27; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 51/36; *Schünemann*, StV 1985, 429; *Seelmann*, ZStW 95 (1983), 807.

[202] Detalladas interpretaciones de los tipos proporciona *Schwarzburg*, 1991, 18 ss. (sobre el § 264 I n.º 1 cfr. loc. cit., 53 ss.).

estas circunstancias los hechos aducidos por el autor no son "ventajosos" para éste como requiere ese precepto penal.

Aparte de eso, del fundamento del castigo de la participación, o sea, de 156
la circunstancia de que toda participación presupone un ataque autónomo del partícipe al bien jurídico (nm. 8 s., 27 ss., 132), se puede extraer la consecuencia de que queda excluida la inducción siempre que el incitador ciertamente quiere provocar una consumación formal del hecho por el autor, pero simultáneamente se cuida de que no se produzca la lesión del bien jurídico que quiere impedir el tipo[203]. Esta constelación es posible sólo en aquellos tipos que están consumados ya antes de la producción de la lesión del bien jurídico. Al respecto hay diversas posibilidades constructivas del legislador: delitos de peligro abstracto (aa), delitos de actos preparatorios elevados a tipos autónomos y delitos de emprendimiento (bb) y tipos con elementos de intención referidos al bien jurídico (cc).

aa) Delitos de peligro abstracto

En los delitos de peligro abstracto hay que negar la punibilidad si el autor 157
se ha cuidado de que sencillamente no se puedan producir los peligros que quiere prevenir el tipo[204]. Pero entonces esto tiene que regir también para el inductor a un delito así. También en este caso es sobre todo en los delitos de tráfico de drogas donde el problema tiene importancia práctica. Si un agente provocador incita al traficante a adquirir en otro lugar estupefaciente, que él mismo tras un previo acuerdo le vuelve a comprar (y a continuación, como había planeado, lo pone a buen recaudo en manos de la policía), ello constituye según el tenor literal de la ley una inducción a la "adquisición" consumada de droga (sobre el problema de una inducción a traficar cfr. ya nm. 155). Pero como el incitador se preocupa de que no se ponga en circulación estupefaciente alguno, sino que, al contrario, precisamente lo saca del tráfico, falta un ataque al bien jurídico y hay que rechazar que haya

---

[203] En jurisprudencia y literatura científica son sumamente polémicas estas cuestiones. La elaboración más a fondo la constituye el escrito de habilitación de *Keller*, 1989, que incluso en los indicados casos dudosos defiende la punibilidad de la conducta del agente provocador que induce al delito consumado.En segundo lugar son importantes las numerosas tesis doctorales existentes, que defienden todas los soluciones imaginables y de ese modo están subrayando lo embarullado del estado de la discusión, pero también desarrollan muchos criterios constructivos: *Fischer*, 1982; *Voller*, 1983; *Mache*, 1984; *Mitsch*, 1986; *Blank*, 1987; *Drywa*, 1987; *Sommer*, 1987; *Lieberwirth*, 1990; *Schwarzburg*, 1991. De entre la inabarcable literatura de artículos y comentarios: *Lüderssen*, Peters-FS, 1974, 349; *Franzheim*, NJW 1979, 2014; *Maaß*, Jura 1981, 514; *Dencker*, Dünnebier-FS, 1982, 447; *Seelmann*, ZStW 95 (1983), 797; *Lüderssen*, Jura 1985, 113; *Ostendorf/Meyer-Seitz*, StV 1985, 73; *Schünemann*, StV 1985, 424; *Suhr*, JA 1985, 629; *Sommer*, JR 1986, 485; *Geppert* Jura 1997, 362; *Köhler*, AT, 531; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 26, nm. 20; una breve síntesis panorámica sobre el estado de la discusión en *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 203 ss.

[204] Para más detalles *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 119 ss. A ese respecto, para afirmar o negar el peligro se puede recurrir a los principios de la teoría de la imprudencia (para más detalles LK-*Roxin*, 11.ª, § 26, nm. 74).

inducción[205]. La cuestión será distinta si el agente secreto que actúa de intermediario, en el transcurso de "medidas para ganarse la confianza" induce a realizar negocios con drogas, en los que los estupefacientes pueden ponerse en circulación y llegar a los consumidores. En tal caso habrá motivado a realizar lo que el § 29 BtMG quiere impedir, y la intención de probar de esa manera la culpabilidad del autor no cambia para nada la punibilidad por inducción (sobre el § 34 cfr. nm. 154).

bb) Delitos de preparación y delitos de emprendimiento, elevados a tipos autónomos

158 También es impune la inducción a **delitos de actos preparatorios elevados a tipos autónomos** si el incitador no quiere dejar que se llegue a la consumación del tipo al que se refiere el delito del acto preparatorio[206]. Así p.ej. en el § 149 se castiga la "preparación de la falsificación de moneda y títulos-valores". Pues bien, si alguien instiga a los autores a realizar acciones del tipo de las descritas en el § 149, las mismas son punibles en cuanto que preparación de una falsificación de moneda y títulos-valores. Pero el incitador es impune si no quiere que se llegue a producir una falsificación consumada de moneda y títulos-valores, p.ej. avisando a tiempo a la policía; pues si ya es impune quien ciertamente ha acogido en su dolo la tentativa del autor, pero no la consumación, con mayor razón aún ha de quedar impune aquél cuyo dolo no va más allá de la preparación de la lesión del bien jurídico propiamente dicha por parte del autor. La conversión del acto preparatorio en tipo autónomo no cambia en nada la ausencia de un ataque al bien jurídico, porque el tipo del acto preparatorio sigue estando referido al bien jurídico del delito de lesión. Acciones preparatorias de esa clase no son totalmente infrecuentes en la ley (cfr. además los §§ 83, 234 a III, 275, 310 o 316 c IV).

159 A favor de la impunidad del instigador al que le falta el dolo de lesión del bien jurídico habla también el hecho de que muchos delitos de esta clase prevén la impunidad si se impide "la ejecución del hecho preparado". Ahora bien, lo que rige para la acción posterior de impedir ha de regir igualmente para la no consumabilidad programada de antemano[207].

---

[205] Cfr. al respecto el fundamental trabajo de *Schünemann*, StV 1985, 429, que opina con razón que esa concepción dogmática general "encuentra en los casos de agentes provocadores un campo de aplicación amplio y precisamente modélico". En contra sin embargo *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 51/41. Cfr. tb. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 119 ss.

[206] Con más detalle, tb. sobre la fundamentación, *Mitsch*, 1986, 202 ss.

[207] En los raros casos en que el legislador aún sigue permitiendo un desistimiento incluso pese a la producción de un (limitado) daño (¡§ 314 a III n.º 2!), habrá que considerar impune al agente provocador incluso aun cuando sólo planifique de antemano el impedir ese ulterior daño, por tanto cuando p.ej. ciertamente incite a cometer un incendio, pero simultáneamente se cuide de que el fuego, inmediatamente después de comenzar a arder, vuelva a ser apagado sin causar ulteriores daños. Cfr. al respecto *Jakobs*, AT, 2.ª, 23/17.

También en los numerosos **delitos de emprendimiento**, que conforme al § 11 I n.º 6 engloban conjuntamente tentativa y consumación[208], queda impune el incitador si quiere dejar llegar al hecho sólo hasta la tentativa[209]; pues en tales casos falta un ataque al bien jurídico, como sucede siempre que el dolo del incitador no va más allá de la tentativa[210]. 160

cc) Tipos con elementos de intención referidos al bien jurídico

Los tipos con elementos de intención referidos al bien jurídico pertenecen al grupo de los más conocidos del StGB (cfr. v.gr. los §§ 146, 164, 242, 257, 265, 267, 288). También en ellos, si no se llega a producir la realización de la intención, materialmente hay sólo una tentativa (o incluso sólo una preparación), "que sólo el arte del legislador ha transformado en delito consumado"[211]. Así p.ej. quien fabrica un documento falso, pero que ya no llega a entrar en el tráfico jurídico para defraudar, ha cometido un delito consumado del § 267. Pero el bien jurídico protegido (la "pureza del tráfico probatorio") no ha sido lesionado en tales supuestos. Ello sólo se habría producido mediante un uso del documento conducente al engaño; pero la fabricación del mismo sólo prepara la lesión. Lo que concuerda con este dato es dejar impune al agente provocador si el mismo ciertamente incita a fabricar un documento falso, pero no acoge en su dolo el menoscabo del tráfico probatorio porque p. ej. pone la falsificación en conocimiento de la persona que debería ser defraudada; pues si a continuación el autor usa el documento, el hecho se queda en una tentativa inidónea de lesión del bien jurídico. Por tanto, el agente provocador no ha realizado ningún ataque al bien jurídico y consiguientemente ha de quedar impune. 161

Lo propio rige para otros delitos de intención. Si alguien mueve a otro a realizar una acusación falsa (§ 164) y al hacerlo sabe que no se va a llegar a un proceso oficial contra el injustamente acusado porque el verdadero autor ya ha sido capturado y ha confesado[212], aunque la conducta del acusador es ciertamente punible por el § 164, sin embargo aquél que le ha incitado no puede ser castigado por inducción. En consecuencia, también resulta impune el agente provocador que incita al autor a una falsificación de moneda, pero no quiere dejar que el dinero falso llegue a ponerse en circulación, sino que haciendo intervenir a la policía quiere poner antes a buen recaudo al autor. 162

---

[208] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 10, nm. 124.

[209] Sobre los delitos de emprendimiento y sobre los "delitos impropios de emprendimiento", que deben tratarse de modo correlativo (p.ej. el "acecho a animales silvestres" en el § 292), cfr. más en detalle *Mitsch*, 1986, 191 ss.

[210] A favor de la responsabilidad penal *Keller*, 1989, 237: "El hecho de que los delitos de emprendimiento son delitos consumados ... pesa más que su similitud a la tentativa".

[211] *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 95.

[212] Cfr. el ejemplo similar que aparece en *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 96.

163 Donde los principios descritos tienen su mayor importancia práctica es muy probablemente en el tipo del hurto. Es cierto que si el agente provocador hace detener ya en la fase de tentativa al ladrón al que ha inducido, es reconocida su impunidad (cfr. nm. 8 s., 28, 132, 152); y esto rige también si la detención no se va a producir hasta inmediatamente después de la sustracción, pero el propietario y poseedor ha autorizado tal modo de proceder, ya que también en esta constelación el hecho se sigue quedando en tentativa[213]. Pero es muy discutido el caso de que el agente provocador, sin tener la anuencia del afectado, quiere hacer arrestar al autor o autores instigados por él sólo inmediatamente después de la consumación del hecho. Un ejemplo de ello lo puede constituir el supuesto de que alguien quiera desactivar a una banda de ladrones y para ello convence a su jefe para que entren con fractura en una joyería, hace rodear el edificio por la policía y detener a los ladrones cuando éstos han abandonado la casa con el botín. Aquí los ladrones han cometido un delito consumado de hurto con fuerza del § 244 I nº 3. Pero a pesar de ello habrá que admitir la impunidad del agente provocador [214], ya que la apropiación antijurídica presupone una desposesión **duradera** del propietario y tal desposesión no es abarcada por el dolo del incitador si él quiere hacer detener al autor inmediatamente después de la consumación del hecho[215]. Entonces sólo quiere un breve *furtum usus* (como tal impune); pero no emprende un ataque al bien jurídico sobre la propiedad del joyero. Cuando *Cramer*[216] afirma: "En la inducción al hurto la cuestión no puede depender de si el inductor trata de hacer detener al autor durante la ejecución o sólo inmediatamente después de la consumación del hecho, con el objetivo de volver a quitarle inmediatamente al ladrón la cosa sustraída", esa tesis que él deriva más bien del sentimiento de justicia puede consiguientemente fundamentarse también sólidamente desde el punto de vista dogmático.

164 Por tanto las intenciones referidas al bien jurídico son en cierto sentido no accesorias: no es preciso que el propio inductor las tenga; pero no basta que las tenga el autor y lo sepa el inductor, sino que el inductor ha de saber y querer él mismo que el autor pueda realizar la intención requerida por el tipo[217]. Si el dolo no está dirigido a la realización de la

---

[213] *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 13, nm. 2, 5, 47.

[214] A favor de la punibilidad del agente provocador detalladamente *Mitsch*, 1986, 222 ss.; en cambio, como aquí p.ej. *Jakobs*, AT, 2.ª, 23/17.

[215] Si no se comparte esta argumentación, nuevamente sólo cabe plantear una justificación del agente provocador por el § 34 (cfr. nm. 154).

[216] *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 26, nm. 20.

[217] Fundamental *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 95 ss.; *el mismo*, JuS 1983, 742 ss.; *el mismo*, GA 1991, 151 ss. De acuerdo BGH NStZ 1996, 384; *Jakobs*, AT, 2.ª, 23/17, 19, 20; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 197; en lo esencial tb. *Mitsch*, 1986, 213 ss. Es poco afortunado el intento de *Herzberg* de extraer esta conclusión del § 28 en vez de derivarla de la falta de un ataque al bien jurídico (cfr. sobre ello *Roxin*, Stree/Wessels-FS, 1993, 374 s.; *el mismo.*, LK, 11.ª, § 28, nm. 30 ss.).

intención referida al bien jurídico, faltará el ataque al bien jurídico que es necesario para cualquier participación. Pero esto es ciertamente algo no concluyentemente aclarado e incluso muy debatido, tanto más cuanto que la jurispr. hasta ahora apenas se ha ocupado de estas importantes cuestiones.

La posición contraria, según la cual el inductor ciertamente ha de querer provocar dolosamente la consumación del hecho, pero no la realización de las intenciones del autor referidas al bien jurídico, ha sido fundamentada del modo más penetrante por *Keller*[218]. Para él, mediante la absolución del incitador cuyo dolo no está dirigido a la realización de la correspondiente intención, cobra "la responsabilidad del autor una tendencia a la responsabilidad por la actitud interna. Si el autor es castigado por un delito de intención consumado y el provocador, que indujo al hecho, queda impune, queda desmentido que el autor respondiera por razones de protección del bien jurídico, pues la impunidad del partícipe muestra que la protección de bienes jurídicos no requiere la prohibición por principio de la acción guiada por la intención". De esta argumentación guiada por la intención es cierto que en el autor se anticipa la punibilidad, pues con la consumación del hecho aún no se ha producido la lesión del bien jurídico propiamente dicha. Pero esta es también la típica situación de la tentativa, en la que nadie ve una responsabilidad por la actitud interna. Como en el inductor no concurre tal cuasi-tentativa por falta de voluntad de lesión del bien jurídico, su impunidad es algo consecuente y también requerida políticocriminalmente. Dado que el inductor está sujeto al mismo marco penal que el autor, sería muy injusto requerir en él en la parte subjetiva mucho menos que en el ejecutor. 165

Sin embargo, ciertamente la situación es distinta también para la opinión aquí sustentada en los tipos con intenciones no referidas al bien jurídico tales como la estafa (§ 263) y el chantaje (§ 253). Si alguien instiga a otro a cometer una estafa y al hacerlo está abarcado por su dolo el daño patrimonial de la víctima, pero no el enriquecimiento patrimonial del autor o de un tercero (p.ej. porque parte de la base de que los objetos conseguidos mediante el engaño antes de ser recogidos en el lugar acordado serán destruidos por una explosión), en el inductor concurre un ataque al bien jurídico, ya que él quiere perjudicar al afectado en su patrimonio. Y esto ha de ser suficiente para que haya una inducción[219], pues el ánimo de lucro no es importante para el merecimiento de pena del inductor, sino sólo para el tipo delictivo (estafa como delito de desplazamiento patrimonial), tipo que sin embargo sólo precisa concurrir siempre en la persona del autor. 166

---

[218] *Keller*, 1989, 212-236 (236) con ulteriores citas; acertada la anticrítica de *Jakobs*, AT, 2.ª, 23/20, n. 20.

[219] Cfr. sobre todo *Maaß*, Jura 1981, 514; *Mitsch*, 1986, 216 ss.; en cambio, a favor de la impunidad (b. en este caso *Jakobs*, AT, 2.ª, 23/20.

VI. Formas especiales de inducción

1. La inducción a delitos cualificados por el resultado[220]

167 En los delitos cualificados por el resultado es posible una inducción si el incitador determina dolosamente al autor a cometer dolosamente el delito base y al hacerlo actúa al menos imprudentemente respecto de la consecuencia más grave (BGHSt 2, 223, 225; 19, 341 con Com. de *Cramer*, JZ 1965, 32) [221]. Por tanto, si A provoca a B para que le rompa a C una jarra de cerveza en la cabeza y ninguno de ambos piensa que C, como efectivamente sucede, puede morir del golpe, la conducta de B es punible conforme al § 227 y la de A por inducción a ese delito. A ese respecto es indiferente para la punición del inductor si el propio autor también actúa o no imprudentemente; si éste ha provocado el resultado de muerte con *dolus eventualis*, tendrá responsabilidad penal conforme al § 212 [homicidio], mientras que A no obstante sólo será condenado por inducción al § 227 (pues el dolo homicida de B contiene dentro de sí el dolo de lesiones). Sin embargo, ciertamente la muerte de la víctima ha de ser la consecuencia de aquellos hechos que el inductor había acogido en su dolo (BGHSt 2, 223, 226; BGH JZ 1986, 764). Por tanto, quien incita a apalear a la víctima, no podrá ser castigado por el § 227 si el autor hace un disparo, del que muere la víctima. Las reglas del exceso del autor (nm. 109 ss.) rigen por consiguiente también para este caso. Si, a diferencia del propio autor, el inductor pudo prever la producción de la consecuencia más grave (p.ej. [lesiones graves] del § 226), responderá penalmente por los arts. 26 y 226, aunque el propio autor sólo sea culpable de un hecho del § 223 o del § 224 [lesiones o lesiones peligrosas]. Desde el punto de vista constructivo todos estos resultados se basan en el reconocimiento de que la conducta del sujeto externo representa una inducción al delito base unida a una autoría (yuxtapuesta) al menos imprudente respecto de la consecuencia más grave[222].

---

[220] En su artículo "Die Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt", JA 2000, 511, *Kudlich* ofrece una panorámica interesante especialmente para estudiantes, postgraduados de maestrías y doctorandos sobre ese tema y aporta al respecto también propuestas de esquemas para pruebas de clausura y trabajajos para casa.

[221] Igual *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 30 II 1 b; *Eser*, StrafR II, 3.ª, n.º 43, nm. A 23; *Hirsch*, GA 1972, 76; *Jakobs*, AT, 2.ª, 22/29; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 II 4; *Kindhäuser*, AT, 2.ª, 384; AK-*Paeffgen*, § 18, nm. 129 (limitado a la temeridad); *Rengier*, 1986, 249 ss.; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 18, nm. 6; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 14/128; *el mismo*, StuB AT, 2.ª, 10/129 (coincidencia de participación dolosa e imprudente); *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 26, nm. 22; § 18, nm. 7; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 26, nm. 16.

[222] Así tb. BGHSt 19, 142; de la doctrina cfr. sólo *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 26, nm. 22; § 18, nm. 7. Soluciones discrepantes, que no han logrado imponerse, en *Gössel*, Lange-FS, 1976, 219 ss.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 51/51; *Hanack/Sasse*, DRiZ 1954, 217; *Oehler*, GA 1954 33; *Seebald*, GA 1964, 161; *Ziege*, NJW 1954, 179. Similar tb. *Schroeder*, JuS 1994, 846, 849 sobre el § 315 c, quien sin embargo quiere unir ambas partes en una inducción a la combinación dolo-imprudencia.

2. La inducción a delitos de infracción de deber y a delitos de propia mano

También es posible una inducción a los delitos en los que el inductor no 168
podría ser autor. Ello rige sobre todo para los delitos de infracción de deber (§ 25, nm. 267 ss.), pero también para delitos de propia mano (§ 25, nm. 288 ss.); pues dado que el ataque autónomo al bien jurídico por parte del partícipe sólo puede producirse de manera accesoria (o sea, pasando por la persona del autor), basta con que éste ostente las cualidades que son elementos del "autor", pero precisamente no elementos de la punibilidad. Para el inductor sólo cabe plantear la aplicación de una atenuación de la pena conforme al § 28 StGB (v. al respecto *infra* § 27, nm. 2); ya la existencia de dicha posibilidad de atenuación pone de manifiesto que el legislador considera posible sin más la participación.

La posición que sostiene que alguien sólo puede ser partícipe si él también ostenta las cualida- 169
des del autor tiene coherencia interna sólo desde la perspectiva de la teoría pura de la causación, que admite una realización autónoma del tipo por el partícipe y de ese modo se ve obligada a requerir también en éste la concurrencia de los elementos de autor (cfr. nm. 15). Pero esta teoría no es compatible con el Derecho vigente y debe por ello rechazarse (nm. 12 ss.).

3. La inducción a delitos de omisión

También es aproblemática la inducción a delitos omisivos, que son una 170
forma especial de delitos de infracción de deber. Por tanto, si alguien incita a un padre a omitir salvar a su hijo amenazado de muerte por el fuego, el padre responderá en su caso por un delito de homicidio por omisión y el extraño por inducción al mismo. Frente a esto *Armin Kaufmann* y adhiriéndose a él también *Welzel*[223] consideran "inconcebible" una inducción a la omisión: "Pues dado que no existe un 'dolo de omisión', tampoco se puede cumplir el elemento esencial de la inducción, o sea despertar una resolución al hecho". Esto se basa en el axioma finalista, según el cual el dolo consiste en la dirección y control de un curso causal, cosa que falta en las omisiones. Pero como es indudable que el legislador parte de la posibilidad de delitos de omisión dolosos (cfr. sólo los §§ 13, 138 o 323 c), para un dolo omisivo tiene que bastar con que el autor conscientemente no intervenga en un curso causal y en ese momento al menos acepte la posibilidad de producción de un resultado típico.

Prescindiendo ya de esto, la teoría de *Kaufmann* y *Welzel* conduce a insos- 171
tenibles resultados[224]. Según ella, la inducción a la omisión de socorro, si a continuación muere el accidentado como estaba previsto, debe considerarse como autoría de homicidio por omisión. Pero esto es inconciliable con la

---

[223] *Armin Kaufmann*, 1988, 190 ss. (la siguiente cita en 191); *Welzel*, StrafR, 11.ª, 206.

[224] Una detenida discusión crítica con *Kaufmann* en *Roxin*, Täterschaft, 2000, 7.ª, 510-525; independientemente de ella *Stree*, GA 1963, 1 ss., ha llegado a las misma conclusiones. A los críticos a *Kaufmann* se ha adherido (con la excepción de *Welzel*) la totalidad de la doctrina.

teoría del dominio del hecho y en el resultado acaba desembocando en la rechazable teoría pura de la causación (cfr. sobre la crítica a tal solución ya nm.13). Además, siguiendo esta concepción, en los delitos de infracción de deber surgen insoportables lagunas de punibilidad. Así, si p.ej. un *extraneus* incita a alguien a cometer una administración desleal por omisión (v.gr. de las necesarias medidas de cuidado del patrimonio), según esta posición no podrá ser castigado: pues queda descartada una posible inducción por la presunta falta de dolo del autor, y una autoría por la falta de cualificación del incitador. Ello es insostenible.

4. Unidad y pluralidad en la inducción

172 Una pluralidad de acciones de influir sobre el autor para determinarle a realizar el hecho fundamentan sólo **una** inducción. Si alguien durante días mediante conversaciones intenta persuadir a otro hasta que lo logra determinar a cometer el hecho pretendido, sin embargo ha cometido sólo **una** inducción. Y también concurre sólo **una** inducción en el sentido del § 52 (unidad de hecho) cuando alguien motiva al autor mediante una única incitación o provocación a realizar varios delitos autónomos o cuando mediante ella motiva a varios autores a cometer diversos hechos punibles. Pues el "hecho" del inductor es su acción de inducción; no lo son las posiblemente varias realizaciones típicas autónomas del autor o de los autores. Antiguamente buena parte de la doctrina defendió la opinión contraria, que del principio de accesoriedad derivaba la conclusión de que había que apreciar tantas inducciones en concurso real cuantos fueran los hechos del autor o autores[225]; esta posición está actualmente abandonada[226].

5. Autoría y participación en la inducción

En la inducción son posible diversas formas de autoría y participación exactamente igual que en el hecho del autor.

a) Coinducción*

173 Así hay en la inducción una "coautoría" (coinducción) si p.ej. varias personas tras un acuerdo previo conjuntamente hablando tratan de persuadir al autor y "con papeles repartidos" lo determinan al hecho. La punición como "autor" que prescribe el § 25 se refiere no sólo a los tipos de la parte especial, sino también

---

[225] Así tb. RGSt 38, 26, 27; 51, 97, 101.

[226] RGSt 70, 26; 70, 334; 70, 344; BGHSt 37, 219; BGH StV 1983, 456; BGH NStZ 95, 126; pero cfr. tb. *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 30 IV 4.

* *Roxin* realmente habla en el título y luego en el texto de "mittäterschaftliche Anstiftung", o sea "inducción en forma de coautoría" o (utilizando un neologismo) inducción "coautórica" o "coautorial", y sólo una vez utiliza en la primera línea del texto la palabra "Mitanstiftung": coinducción, y luego insiste varias veces en decir que se dan los requisitos de la coautoría: "Mittäterschaft". Sin embargo, para no confundir con la autoría, yo mismo y el resto de los traductores preferimos hablar de "coinducción" [N. del T.].

a todas las formas de intervención pluripersonal; pues también la inducción es un "hecho punible" en el sentido del § 25 II [227]. Ahora bien, ciertamente han de cumplirse los presupuestos generales de la coautoría (cfr. § 25, nm. 188 ss.). Si p.ej. falta un plan del hecho (= plan de inducción) conjunto y diversas personas independientemente unas de otras mediante sus incitaciones llevan al autor a una resolución de cometer el hecho, concurre en cada uno de esos individuos, si se da el presupuesto de la cocausalidad, una coinducción.

La opinión aquí defendida y también dominante[228] es discutida por *Gössel*[229], que argumenta que el inductor no es autor y quien no es autor tampoco puede ser coautor. Sin embargo, dado que la inducción es un "hecho punible" y en esa medida encaja en el tenor literal del § 25 II, una comisión coautórica es exactamente igual de posible que en otros hechos punibles. Por lo demás la importancia práctica de esta cuestión polémica es escasa, ya que, si se rechaza la posibilidad de una coinducción o inducción en forma de coautoría, todo aquél aque influya sobre el autor con el fin de que cometa el delito, será por sí mismo inductor o al menos cooperador. 174

b) Inducción mediata*

Una inducción puede ser cometida también en autoría mediata: inducción mediata. La misma concurre p.ej. si alguien, dándose los presupuestos del § 35 [estado de necesidad disculpante], obliga a otro a inducir a un tercero o si a través de un engañado mediador provoca una resolución al hecho en el autor (sobre los presupuestos de la autoría mediata cfr. en particular § 25, nm. 45 ss.). Si se rechaza, como hace *Gössel* (cfr. sobre la fundamentación nm. 174)[230], la posibilidad de una inducción mediata (en autoría mediata), habrá que admitir, dado que en todo caso concurre una "determinación al hecho" por parte del sujeto de atrás, una inducción inmediata, lo que conduce al mismo resultado. Ahora bien, ciertamente una autoría mediata sólo es planteable, también según la opinión aquí defendida, si el inductor mediato conoce su dominio objetivamente existente; de lo contrario le faltará el dominio del hecho (cfr. § 25, nm. 158). Si el sujeto de atrás supone erróneamente que el "sujeto de en medio su- 175

---

[227] Cfr. ya RGSt 13, 121, 123; 53, 189 s.; 71, 23 ss.; RG HRR 1941, n.º 727; BGH MDR (D) 1953, 400.

[228] Como aquí *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 III 2 a; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 26, nm. 8; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 26, nm. 6; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 222.

[229] *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 50/130.

* Al igual que ocurría con la coinducción, *Roxin* habla en esta rúbrica y en el texto de "Anstiftung in mittelbarer Täterschaft", o sea de "inducción en autoría mediata". Es cierto que aquí el sujeto de atrás no simplemente induce al inductor, sino que domina o determina forzosamente al inductor. Pero como el sujeto de atrás no tiene dominio del hecho, sino sólo dominio sobre la inducción, al igual que en la coinducción, para no confundir con la autoría, consideramos preferible traducir por "inducción mediata", término que por cierto también es perfectamente posible y claro en alemán: "mittelbare Anstiftung", y efectivamente el texto se refiere en un momento a "der mittelbare Anstifter", o sea, el inductor mediato. [N. del T.].

[230] *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 50/131; como aquí *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 II 2 a; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 222.

pervisa y capta plenamente el supuesto de hecho"[231], sólo habrá una inducción intentada por parte del sujeto de atrás.

c) Inducción en cadena

176 Un supuesto especialmente frecuente es la inducción a la inducción, la denominada inducción en cadena. Así p.ej. A persuade a B para que induzca a C a una falsificación de documentos. También pueden concurrir aún muchas más personas en una "cadena" así, p.ej. si la indicación delictiva de un sujeto de atrás llega al autor sólo pasando por muchas estaciones intermedias[232]. La inducción en cadena se castiga como inducción al hecho principal[233]. Ello también es correcto, porque todo eslabón en la cadena mediante su aportación (co-)determina al autor al hecho. El inductor más alejado no ha de conocer nominalmente a cada uno de los "inductores intermedios" ni tampoco al autor (BGHSt 6, 359 y BGH NStZ 94, 29). Sin embargo, ciertamente han de ser examinadas en detalle las exigencias de determinación y precisión del dolo del inductor (para más detalles al respecto nm 133 ss.) en cada inductor individual dentro de la cadena. También ha de concurrir en cada inductor intermedio el carácter incitador de la inducción (nm. 74 ss.); el portador intermedio que se presenta como mero emisario es sólo un cómplice o cooperador.

177 Debido a la punición de la inducción igual a la del autor aumentan recientemente los esfuerzos por restringir más aún la punibilidad de la inducción en cadena, presuntamente menos merecedora de pena. Según *Janß*[234] el inductor (aunque sea mediante emisarios) ha de entrar "inmediatamente en contacto con el autor", y el autor ha de saber "de quién procede la declaración, y con quién 'pacta' ". De manera similar *Sippel*[235] configura la inducción como "el provocar intencionadamente la resolución de otro al hecho... mediante un inductor, que se da a conocer como tal al autor principal". Por consiguiente, para ambos autores los inductores primeros o intermedios anónimos no son inductores (sino a lo sumo cooperadores); ello acaba desembocando ampliamente en un rechazo de la inducción en cadena. Sin embargo, tal posición no puede compartirse: En efecto, en primer lugar en ella no se tiene en cuenta que el legislador reconoce la inducción en cadena (cfr. el § 30 I y II: a "cometer un delito grave o a inducir al mismo"); y en segundo lugar no se tiene en consideración el hecho de que precisamente en las organizaciones criminales el auténtico maquinador frecuentemente imparte sus instrucciones desde el fondo. Sería equivocado pri-

---

[231] BGHSt 8, 137, 139, con Com. de *Gallas*, JR 1956, 226.

[232] Para más detalles sobre la inducción en cadena *Schmind*, MDR 1969, 13; *D. Meyer*, JuS 1973, 755; además sobre todo las recientes tesis doctorales de *Janß*, 1988, y *Sippel*, 1989. En contra sobre la inducción en cadena *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 50/132-137, en donde "la mayoría de las veces" (nm. 137) se afirma que hay una inducción directa al hecho principal, lo que conduce entonces al mismo resultado.

[233] BGHSt 6, 359; 7, 237; 8, 137; 14, 157; BGH NStZ 95, 126.

[234] *Janß*, 1988, 173.

[235] *Sippel*, 1989, 82.

vilegiar precisamente al hombre más peligroso (el "*boss* desconocido"), que es quien pone en marcha el acontecer delictivo, sólo porque éste mantenga oculta su identidad para el autor.

d) Complicidad o cooperación en la inducción e inducción a la cooperación

La complicidad o cooperación a la inducción ("el cooperador lleva al autor principal a escuchar al inductor") y la inducción a la cooperación o complicidad ("el inductor regala dinero a un poseedor de armas para que éste preste el arma al autor principal")[236] deben castigarse por igual sólo como cooperación al hecho principal[237], ya que en ambos casos el que ayuda o induce no suscita una resolución al hecho, sino que el hecho sólo es mediatamente fomentado por él. 178

VII. La pena del inductor

El inductor es castigado igual que el autor, es decir que está sometido a la misma conminación penal o pena típica que éste. Naturalmente ello no excluye que en la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena (§ 46) en el caso concreto el autor sea castigado más duramente que el inductor o el inductor más gravemente que el autor. Si el hecho se queda en tentativa, la posibilidad de atenuación prevista para el autor (§ 23 II) también beneficia al inductor. 179

En la teoría del concurso la forma de intervención pluripersonal más leve en cada caso es subsidiaria frente a la más grave (sobre el concepto de subsidiariedad cfr. *infra* § 33, nm. 190 ss.). A ese respecto, pese a tener el mismo marco penal la inducción es frente a la autoría la forma de intervención más leve, porque la tentativa de inducción es mucho menos punible que la tentativa de autoría (§ 30). Por eso frente a todas las formas de autoría la inducción es igual de subsidiaria[238] que la cooperación o complicidad frente a la inducción[239]. 180

Es discutida la cuestión de si está justificado políticocriminalmente equiparar en el marco penal la inducción a la autoría. En todo caso la doctrina reciente deduce de la equiparación la legitimación para interpretar restrictivamente el concepto de inducción y limitarlo a supuestos de merecimiento de pena al menos similar al del autor. Ello está justificado en muchos casos; así cuando se excluyen del concepto de inducción las meras consideraciones y la creación de estímulos para el hecho (nm. 74 ss.) o cuando en las intenciones referidas al bien jurídico se atiende a la necesidad de un ataque al bien jurídico (nm. 161 ss.). Pero algu- 181

---

[236] Ambos ejs. proceden de *Jakobs*, AT, 2.ª, 22/30, que coincide tb. en la conclusión. Cfr. tb. *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 26, nm. 8; antes del § 25, nm. 13.

[237] BGH NStZ 1996, 562.

[238] RGSt 33, 401; 44, 208, 211; 62, 74 s.; 63, 133 s.

[239] BGHSt 4, 244.

nos de esos esfuerzos ya no son conciliables con la ley y apuntan más lejos del objetivo, así cuando se exige para la inducción precisamente la dependencia del autor del inductor (nm. 88 s.) o una superioridad del inductor de tal modo que el mismo tenga que o bien dirigir intelectualmente al autor o bien ejercer una "dominancia volitiva" (nm. 144 ss.).

182 Frente a esto hay que partir de la base de que el legislador ciertamente exige del inductor una incitación o provocación a la comisión del hecho y también por lo demás un ataque autónomo al bien jurídico, pero de que no se puede introducir mediante interpretación ulteriores requisitos intelectuales o volitivos en la inducción. Para el legislador la menor proximidad al hecho en el inductor ya se ve compensada por el hecho de que éste mediante su incitación da el "encendido o arranque inicial"[240] para la comisión del hecho. Sin embargo, no se puede desconocer que el simple "determinar" al hecho (en el que no se co-suministra un plan del hecho, ni se paga dinero ni se ejerce presión alguna) *ceteris paribus* no se equipara al merecimiento de pena del autor. Algunos supuestos están más cercanos a la complicidad o cooperación que a la autoría, como muestran ya las dificultades de la delimitación entre inducción y cooperación (nm. 67 ss., 95 ss., 102 ss.). Por ello habría sido más correcto prever una atenuación facultativa de pena para la inducción, como había propuesto también el § 28 II PA. No obstante, la regulación legal es aceptable y p.ej. no se puede considerar impugnable constitucionalmente desde el punto de vista del principio de igualdad o del de proporcionalidad, pues de un eventual menor merecimiento de pena del inductor se puede dar cuenta perfectamente en la determinación de la pena[241].

C. La complicidad o cooperación*

183 La cooperación o complicidad es descrita por el legislador en el § 27 como prestación dolosa de ayuda a un hecho típicamente antijurídico y doloso. Su

---

[240] *Schulz*, 1980, 145.

[241] Así la Comisión especial para la Reforma del Derecho Penal: Sonderausschuß für die Strafrechtsreform, BT-Drucks. V/4095, 13. Sobre la problemática de política jurídica cfr. la fundamentación o exposición de motivos de los §§ 28 y 29 PA (AE), nota 3; además *Roxin*, 1975, 2.ª, 33; *Schroeder*, 1965, 202 ss.; *Gallas*, ZStW 80 (1968), 32 s.; *Armin Kaufmann*, ZStW 80 (1968), 37.

* La palabra alemana *Beihilfe* puede traducirse indistintamente como cooperación o complicidad, e igualmente el sujeto de la *Beihilfe*, es decir *der Gehilfe* puede traducirse tanto por el cómplice como por el cooperador. Dichos términos son los que generalmente se utilizan en los CP de los países hispanoparlantes, unas veces como sinónimos, otras como conceptos diferentes. Así p. ej. en España, tanto los CP históricos desde 1848 en los arts. 14 y 16, como el actual CP 1995 en los arts. 28 y 29 utilizan el término cooperar tanto para la cooperación necesaria (castigada con la misma pena de la autoría) como para la simple complicidad (sancionada con pena inferior), de modo que también la complicidad es cooperación y el cómplice es cooperador; igualmente en los arts. 43 y 44 CP nicaragüense 2008 se distingue entre cooperador necesario y cómplice, castigado con menos pena, aunque para el cómplice ciertamente se habla de "prestar auxilio", pero es un sinónimo lingüístico, ya que se dice un auxilio no comprendido en el art. anterior, es decir una cooperación que no es necesaria. El CP argentino (de 1921) en los arts. 45 y 46, cooperación

criterio central por tanto es caracterizado mediante el concepto, ya no ilustrado ulteriormente, de la "prestación de ayuda". Aquí desarrollamos este elemento, en la medida en que entendemos la **complicidad o cooperación** como una **acción de aumentar el riesgo, causal para el resultado típico y jurídicamente desaprobada**[242]. Las en parte difíciles cuestiones de delimitación de la cooperación respecto de la coatuoría y la inducción ya han sido tratadas antes (§ 25, nm. 10 ss., 188 ss.; § 26, nm. 65 ss., 95 ss.), de manera que aquí ya no es preciso volver a entrar en ellas.

I. La causalidad de la cooperación o complicidad

1. La opinión propia

Toda cooperación ha de ser –en los delitos comisivos, que son los únicos 184
que aquí se tratan en primer lugar– causal para el resultado[243]. Este requisito se deriva del hecho de que para **todo** hecho punible comisivo consumado (y por tanto también para la complicidad o cooperación) la causalidad es el presupuesto básico de la imputación[244]. Ahora bien, ciertamente la coo-

---

necesaria y cooperación no necesaria, ésta con sanción atenuada, habla para ambas figuras de cooperar e indistintamente de auxilio o ayuda, pero a continuación el art. 47 denomina complicidad a ambas formas de cooperación, y cómplice al sujeto que la presta, de modo que se puede hablar igualmente de complicidad necesaria y complicidad no necesaria. En cambio, el art. 30 CP colombiano llama únicamente cómplice al que contribuye o presta ayuda, figura sancionada siempre con pena atenuada respecto de la del autor. Igualmente el § 27, 2 del StGB atenúa siempre la pena del *Gehilfe*, sin distinguir si es necesaria o no la "ayuda o auxilio" prestado. Por todo ello considero preferible utilizar indistintamente los términos cooperación y complicidad (y cómplice o cooperador), puesto que en Derecho alemán cualquier cooperación tiene siempre la misma gravedad, inferior a la de la autoría. Prescindimos aquí de que nosotros (*Luzón Peña/Díaz y García Conlledo*, AFDUA: Anuario Fac. Der. Univ. Alcalá, n.º extraord. 2000, 53 ss. = DPContemp, Bogotá, 2, 2003, 89 ss.; FS-Roxin, 2001, 575 ss.), por exigir determinación objetiva y positiva del hecho para cualquier forma de autoría y por ello determinación conjunta objetiva y positiva (dominio conjunto positivo en caso de dolo) del hecho para la coautoría, no podemos considerar correcta la concepción roxiniana (v. supra § 25 nm. 188 ss., 211 ss., 252 ss.) de que hay dominio funcional del hecho y por ello coautoría cuando una colaboración del sujeto es tan esencial que, si no se prestara, desbarataría la realización del hecho por otro u otros –o sea, una cooperación necesaria, que sólo supone dominio negativo–, cuando además tal cooperación se actualiza durante el estadio de ejecución [N. del T.].

[242] Sobre la complicidad o cooperación en Derecho penal internacional *Ambos*, 2002 (619 ss.), que aboga por la concepción mantenida en el texto también en el Derecho penal internacional.

[243] Así *Claß*, Stock-FS, 1966, 115 ss.; *Dreher*, MDR 1972, 553 ss.; *Samson*, 1972, 55 ss.; *el mismo*, Peters-FS, 1974, 121 ss. De la literatura de comentarios y manuales: *Bockelmann/Volk*, AT, 4.ª, § 25 III 2 a; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 III 2 c; *Joecks*, 3.ª, § 27, nm. 7; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 27, nm. 2; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 52/18 ff.; *Mezger*, StrafR, 3.ª, 1949, 411; SK-*Hoyer*, 7.ª, § 27, nm. 3; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 14/143; *el mismo*, StuB AT, 2.ª, 10/146; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 27, nm. 10; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 27, nm. 2; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 119. Tb. el BGH en causas civiles (NJW 1988, 2794) atiende a la causalidad: "Una acción de cooperación o complicidad aporta objetivamente aquel cuya acción ha llegado a ser causal para el hecho principal y ha posibilitado la lesión del bien jurídico" (loc. cit., 2797). Sin embargo deja abierta la cuestión de si la causalidad debe ser una condición necesaria de la complicidad.

[244] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 11, nm. 1.

peración no necesita ser una condicio sine qua non para el resultado en el sentido de que éste no se hubiera producido sin ella. La complicidad o cooperación **puede** ser una condición imprescindible del resultado: p.ej. si el cómplice proporciona una copia de la llave no obtenible de otro modo y sin la que el ladrón no habría podido abrir la caja fuerte. Pero no tiene que serlo: quien le sujeta al ladrón la escalera de mano mientras realiza el escalamiento, presta cooperación o complicidad aunque el autor sin esa ayuda hubiera podido sujetar la escalera de mano y en todo caso hubiera accedido a la casa (cfr. además nm. 213). Pues para la causalidad es suficiente –en este caso como también en los demás– [245] con que la aportación haya influido en el resultado en su forma muy concreta incluyendo todos los eslabones intermedios conducentes al mismo. Por tanto basta que sin el cooperador el modo y manera del escalamiento hubiera transcurrido de forma algo distinta. Y tampoco cambia en nada la causalidad el hecho de que en su consecuencia final el resultado se habría producido asimismo sin la aportación del cooperador: pues tal y como el suceso ha transcurrido realmente, el mismo ha sido cocausado por el hecho de sujetar la escalera de mano; el curso causal hipotético, que en su caso se habría producido en lugar del real, es irrelevante para la causalidad de éste.

185 *Claß*[246] ha desarrollado la teoría de que para la cooperación o complicidad basta una coeficacia, una causalidad de modificación, como la que v.gr. concurre si alguien le da a un ladrón que va a entrar con fractura en una casa unos guantes para que pueda presionar mejor en la luna de la ventana. Él habla en este caso de una "cuota causal reducidamente eficaz", de una "**causalidad de afluente o reforzador**". Ciertamente se puede formular así esta cuestión, pero con ello –a diferencia de lo que *Claß* opina– no se ha expresado ninguna peculiaridad de la cooperación, sino que todo esto rige sencillamente para la aplicación de la teoría de la equivalencia sin más (para más detalles *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 16 ss.)[247]. Sin embargo, ciertamente la causalidad de la mera "coeficacia" destaca más frecuentemente en la complicidad que en la autoría, porque ésta presupone necesariamente un autor resuelto a cometer el hecho y con ello un factor causal central presionando hacia el resultado.

2. La fórmula del fomento o favorecimiento usada por la jurisprudencia

186 Frente a esto la jurisprudencia desde el comienzo de la del Reichsgericht mantiene el punto de vista de que la cooperación o complicidad no ha de ser causal para el resultado, sino que sólo tiene que haber fomentado o promovido su provocación[248]. En una resolución rectora, la sent. RGSt 58, 113 ss. (114/115) se afirma: "Que el resultado del hecho principal sea causalmente

---

[245] *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 17.

[246] *Claß*, Stock-FS, 1966, 115 ss. (las citas en 125 s.).

[247] Tampoco *Jakobs*, AT, 2.ª, 22/35, ve en tales "construcciones ad hoc... ninguna ganancia en claridad"; cfr. además *Samson*, 1972, 61 ss., 64 ss.; *Bloy*, 1985, 277 ss.

[248] RGRspr. 4, 464; 9, 149; RGSt 4, 95 s.; 6, 169 s.; 8, 267 s.; 13, 265 ss.; 27, 157 s.; 28, 266 s.; 51, 136, 141; 67, 191, 193; 71, 176, 178; 73, 53; 75, 112 s.; BGHSt 8, 390; BGH VRS 8 (1955), 201; 23 (1962), 209; BGH MDR (D) 1967, 173; BGH MDR 1972, 16; BGH StV 1981, 72; BGH DAR 1981, 226; OGHSt 1, 321, 330; 2, 23, 44; BayObLGSt 1959, 132, 138; OLG Freiburg JZ 1951, 85; OLG Hamburg JR 1953,

coproducido, fomentado o facilitado por la actividad del cómplice no es ... necesario. El tipo de la cooperación una vez prestada no es eliminado por el hecho de que la actividad del cooperador finalmente haya sido carente de influencia sobre el resultado pretendido con ella y efectivamente producido ... sin embargo, ciertamente la mera intención del cooperador de apoyar y fomentar mediante la prestación de su ayuda el hecho principal no basta para admitir la existencia de una... complicidad punible. Para ello ha de añadirse que la acción que realiza el tipo delictivo, antes de finalizar, en algún momento haya sido efectivamente fomentada o promovida por la actuación del cooperador". De modo similar el BGH en MDR (D) 1972, 16, sin repensar de nuevo el problema, constata que un apoyo proporcionado al autor es "cooperación típica incluso aunque no sea causal para el resultado", y afirma que basta "que la actividad del cooperador facilite o fomente la acción del autor principal".

Esta jurispr. ha encontrado sólo algún contado apoyo en la doctrina[249], 187
pero no ha podido disuadir a la doc. con mucho dom. de su persistencia en requerir la causalidad. En realidad se puede decir que en esta polémica se trata a buen seguro de un problema aparente: pues si "la acción que realiza el tipo delictivo..." ha de haber sido "efectivamente fomentada o promovida", la prestación de ayuda necesariamente también habrá sido causal para el resultado en su configuración concreta, incluyendo los eslabones intermedios conducentes al mismo; de lo contrario no cabe hablar de un fomento o promoción de la acción típica. Hace ya décadas que *Mezger*[250] puso de manifiesto que en los supuestos resueltos por el RG con la fórmula del fomento ha concurrido en todos los casos una causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia: "En efecto, aquello que ha coinfluido la modalidad (clase y manera en el caso concreto) de la acción, también es en verdad causal para el resultado".

También presenta el mismo cuadro la jurispr. del BGH. Cuando p.ej. 188
se rechaza que haya un fomento porque la información del acusado a un "aparente comprador" "no había tenido ninguna influencia sobre el ulterior acontecer" (BGH StV 1981, 72), también falta la causalidad[251]. Por otra parte la fórmula del fomento o favorecimiento se utiliza donde claramente concurre una causalidad. Así se afirmó con razón la existencia de cooperación (BGH DAR 1981, 226), cuando la conductora de un automóvil a petición de dos ladrones sentados en el mismo continuó llevando en el vehículo a una

---

27; OLG Hamm HESt 2, 244. Buenas recopilaciones de jurispr. se encuentran tb. en *Samson*, 1972, 55 ss., y *Dreher*, MDR 1972, 553 ss.

[249] *Binding*, 1915, 311; *v. Hippel*, StrafR II, 462; *H. Mayer*, LB AT, 323; *Sauer*, AT, 3.ª, 1955, 223; *v. Weber*, 1948, 72; *el mismo*, JZ 1951, 85; *Wegner*, 1926, 237. De la doc. actual: *Blei*, AT, 18.ª, § 80 II 2 b; *Krey*, AT/2, nm. 297; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 582.

[250] *Mezger*, StrafR, 2.ª, 1933, 413.

[251] Supuestos de falta de causalidad se tratan tb. en BGH NStZ 1983, 462; BGHR StGB, § 27 I, Hilfeleisten (prestar ayuda), núms. 4, 5; OLG Frankfurt NJW 1983, 2038 s.

pasajera mientras la robaban (en vez de detenerse), para que no se oyeran los gritos de la víctima y no hubiera terceros que tuvieran oportunidad de intervenir. El BGH considera acertadamente el seguir conduciendo un "facilitamiento" de la comisión del hecho. Pero ese facilitamiento es claramente causal para el modo y manera de provocar el resultado; posiblemente sin el mismo el hecho ni siquiera se habría podido efectuar.

189 Sería posible conformarse con esta conclusión y dejar y dar por válida la fórmula del fomento o favorecimiento como un inocuo mal entendimiento de la teoría de la equivalencia, si tal fórmula no encerrara en su interior el peligro de extender la punibilidad de la complicidad a casos de falta real de causalidad modificativa y con ello ampliar excesivamente tal punibilidad. En efecto, el fomento de la "acción que realiza el tipo delictivo", al que atiende la RGSt 58, 114 s., por regla general también es un fomento o favorecimiento y cocausación del resultado en el que se plasma la acción. Pero tal favorecimiento no es causal cuando encuentra un final y ya no sigue operando antes de la producción del resultado. Si en tales supuestos se afirma que hay complicidad o cooperación, se está reinterpretando y transformando de modo ilegal una cooperación intentada impune o una cooperación a la tentativa en una cooperación al delito consumado. Y el RG sucumbió muchas veces a ese peligro. Así según la RGSt 58, 113, debe responder penalmente por complicidad al aborto quien suministra a una embarazada instrumentos abortivos, que ésta acepta con intención de utilizarlos, pero luego no los emplea. Esto es equivocado, ya que, dado que los instrumentos abortivos no ejercieron influencia sobre el concreto modo y manera de provocar el resultado, sólo había una cooperación intentada (impune) al aborto[252]. La RGSt 6, 169 s. admite que hubo cooperación al hurto consumado en un caso en el que el acusado le había dado al autor una llave que luego se partió en la cerradura, y el autor logró entonces acceder de otro modo a la casa. También es incorrecta esta calificación, pues en ese caso la llave ciertamente había sido causal aún para la tentativa, pero no para la consumación, de modo que es verdad que no hubo una cooperación intentada, pero tampoco una cooperación consumada, sino una complicidad o cooperación a la tentativa de hurto con llave falsa.

190 Por tanto la fórmula del favorecimiento o fomento tiene un gran punto débil: que hace imposible una delimitación entre cooperación intentada, cooperación a la tentativa y cooperación al hecho consumado y con ello disuelve los límites de la punibilidad en perjuicio del autor. Sólo el recurso a la causalidad puede trazar aquí límites seguros, al distinguir entre (co-)causación del resultado (cooperación o complicidad), de la tentativa (coopera-

[252] De modo igualmente incorrecto, en una sentencia de 7.11.1913, que es citada en RGSt 58, 115, se castiga como complicidad la entrega de unas tenazas a un ladrón con fractura, aunque éste "había ejecutado" "la fractura para acceder al interior sin utilización del instrumento". En cambio, de modo correcto RGSt 38, 156, en la que se rechaza castigar por complicidad en un caso en el que un ladrón no siguió el consejo de soltar de su base con un destornillador la cassette que se iba a sustraer.

ción a la tentativa) y la falta absoluta de causación de una conducta punible (la cooperación intentada impune). Cuando en la RGSt 27, 157 se dice que cooperación es "toda acción que pretende fomentar o promover la ejecución del hecho", el fallo resulta claro ya en la formulación: el "pretender" un favorecimiento es a lo sumo una tentativa; pero la ley requiere una prestación de ayuda efectivamente producida. Además de en los casos de esta clase la fórmula del favorecimiento o fomento de la jurispr. también ha ampliado demasiado la cooperación sobre todo en la denominada complicidad psíquica; cuestión que aún habrá que tratar separadamente (nm. 197 ss.)

3. La complicidad o cooperación como delito de peligro

Objeciones análogas a las expresadas contra la jurispr. cabe formular contra los intentos doctrinales de entender la cooperación o complicidad como delito de peligro y castigar ya como cooperador a alguien cuando mediante su aportación ha provocado una puesta en peligro abstracta o abstracto-concreta del bien jurídico típicamente protegido. Contra estas teorías, que renuncian asimismo a la cocausación del resultado por el cómplice, hay que aducir la objeción de que, con todas las diferencias en lo concreto, al igual que la jurispr. propenden a "castigar la cooperación intentada como cooperación consumada"[253]. Esto resulta sin más evidente si se reformula un poco la terminología de la puesta en peligro: pues una puesta en peligro dolosa, en la que el dolo esté dirigido a la provocación del resultado (de lo contrario concurre el supuesto del agente provocador impune, cfr. nm. 271), no es otra cosa que una tentativa. Pero la tentativa la ha dejado impune el legislador en la cooperación. 191

Las menores exigencias a la cooperación o complicidad son las que plantea *Herzberg*[254], al considerarla como "delito de peligro abstracto" y no exigir al respecto nada más que "ayuda": "El autor ha recibido apoyo durante la ejecución de su hecho y esto basta"; por ello aparentemente toda aportación abstractamente peligrosa debe considerarse como ayuda. Sin embargo no queda claro qué requisitos se le deben plantear a tal peligrosidad. Cuando *Herzberg* p. ej. pretende que el hecho de servirle una bebida al autor se considere cooperación incluso aunque ello "retrase el resultado de sustracción y de ese modo lo ponga en peligro", y cuando califica como cooperador a alguien que solamente produce el efecto de que el autor ejecute el hecho con "mejor humor", no es nada evidente qué es lo que debe ser peligroso, siquiera sea abstractamente peligroso, en tales acciones. En todo caso los límites de la punibilidad se difuminan para perderse en lo incierto de un modo no conciliable con el principio de determinación o precisión[255]. 192

---

[253] Sobre ello detalladamente *Samson*, Peters-FS, 1974, 132; como aquí *Jakobs*, AT, 2.ª, 22/35; *Stein*, 1988, 147 ss.

[254] *Herzberg*, GA 1971, 1 ss. (7, 6).

[255] Crítica en detalle a *Herzberg* por parte de *Vogler*, Heinitz-FS, 1972, 298 ss.; *Samson*, Peters-FS, 1974, 126 s.; *Stein*, 1988, 147 ss.

193 Menos desbordante es la opinión de *Vogler*, que contempla la complicidad como delito de peligro mixto abstracto-concreto[256]. En relación con el resultado requiere una peligrosidad abstracta de la conducta del sujeto, que ha de ser adecuada de modo general para co-provocar el resultado; y además ha de haber un favorecimiento o fomento concreto de la conducta del sujeto. Pero también esta posición sigue yendo demasiado lejos: pues la renuncia a la causalidad de la contribución del cooperador necesariamente incluye también en la cooperación o complicidad supuestos de cooperación sólo intentada; "adecuadas de modo general" para provocar el resultado también lo son las aportaciones que ya no eran eficaces u operativas en el momento de la producción del resultado[257].

4. La cooperación o complicidad como solidarización

194 Mientras que la teoría de *Schumann*, que considera la solidarización con el injusto o ilícito ajeno el fundamento del castigo de toda participación, ya fue tratada más arriba (nm. 22 ss), aquí es preciso discutir aún la posición de *Schild-Trappe*[258], que entiende la complicidad o cooperación como "solidarización con el autor", lo que según su concepción presupone que el autor sea consciente de esa solidarización por parte del cómplice, o sea que conozca su aportación al hecho (loc. cit., 97, 137). Esta concepción tiene penetrantes repercusiones prácticas. Así para *Schild-Trappe* la cooperación clandestina, de la que no sabe nada el autor, por falta de influencia sobre el autor no es una cooperación y por ello es impune (loc. cit., 97 y pass.). Por consiguiente, quien –sin notarlo el autor– retiene al policía que habría impedido su actuación al autor, no comete complicidad alguna. Por otra parte, según esta concepción la cooperación no es preciso que haya repercutido causalmente sobre el hecho principal (loc. cit., 137), ni sobre el resultado ni tampoco siquiera sobre la resolución del autor. Para que haya una complicidad o cooperación punible, a *Schild-Trappe* le bastan "meras manifestaciones de aprobación y solidarización que no influyen sobre una resolución al hecho ya tomada, tampoco en su firmeza e intensidad" (loc. cit., 98). Ello da lugar como resultado a que admita "un claro caso de cooperación punible" si un testigo causalmente presente en el hecho "aplaude al autor durante la perpetración del mismo" (loc. cit., 132). Por lo demás es imposible de antemano una cooperación por omisión, porque falta una influencia psíquica sobre el autor (loc. cit., 126). Y la complicidad o cooperación en cadena tampoco se reconoce como cooperación (loc. cit., 134): "Una colaboración que se limita a la ayuda frente al cooperador, ... por falta de una influencia psíquica sobre el autor ... constituye una conducta impune". En cuanto a las consecuencias para la cooperación intentada y el desistimiento de la misma, se entrará en ellas más adelante en los correspondientes contextos (§ 28, nm. 36 y 88).

---

[256] *Vogler*, Heinitz-FS, 1972, 295 ss.; siguiéndole *Preisendanz*, 30.ª, § 27, n. 3 d.

[257] Crítica detallada a *Vogler* por parte de *Samson*, Peters-FS, 1974, 127 ss.; además *Jakobs*, AT, 2.ª, 22/35.

[258] *Schild-Trappe*, 1995.

Sin embargo, esta posición no se puede compartir[259]. En efecto, con su con- 195
cepción de la cooperación la autora, de un modo objetable a efectos del Estado de Derecho, desplaza la sustancia de la conducta punible desde la lesión del bien jurídico a la mera manifestación de actitud interna. Además en un Derecho penal del hecho, como el que tenemos, el cómplice tiene que atacar el bien jurídico, es decir, colaborar a su lesión o puesta en peligro. Si se renuncia a ese requisito y uno se conforma con la mera manifestación de una opinión censurable (v.gr. aplaudiendo), se llega a una enorme ampliación de la punibilidad y se abandona el terreno del Derecho penal del hecho.

Y tampoco convencen las consecuencias prácticas a las que conduce la 196
concepción de la solidarización. Si p.ej. alguien posibilita un hurto impidiendo –sin que se dé cuenta el autor– que el receloso propietario pueda intervenir al cerrarle una puerta (versión libre de BGHSt 6, 248), de ese modo ha privado a la víctima de su propiedad y la ha perjudicado gravemente. ¡Esto es mucho más merecedor de pena que si el cómplice no hubiera contribuido absolutamente nada al hecho y se hubiera limitado a aplaudirlo!; y sin embargo *Schild-Trappe* pretende que en el primer caso haya impunidad y en el segundo punibilidad. Tampoco convence la impunidad de la cooperación en cadena: ¿Por qué ha de quedar impune el suministrador de explosivo sólo porque el material llegue a través de diversos sujetos intermedios a manos del sujeto para él desconocido que realiza el atentado? Para que haya cooperación punible tiene que bastar que el suministrador sepa para qué fines delictivos va a servir el explosivo.

5. La complicidad o cooperación psíquica

Hasta ahora la causalidad de la cooperación ha sido demostrada en todos 197
los casos con ejemplos de **cooperación física**, en los cuales la aportación del cómplice consistía en la entrega de un arma, de un instrumento o en otras actividades corporales. Junto a ellos están los casos de **cooperación o complicidad psíquica**, en los que el auxiliador no realiza aportaciones corporales, sino sólo aportaciones espirituales o morales, influyendo sobre la psique del autor. Aunque una "causalidad psíquica" se considera básicamente posible[260], no obstante la prueba de la causalidad aquí es en muchos aspectos difícil y correlativamente es polémica la punibilidad de la cooperación psíquica –incluso basándose en la fórmula del fomento de la jurispr. (nm. 186 ss.)–.

Ciertamente es aproblemático el supuesto del "**asesoramiento técnico**"[261], 198
en el que el autor recibe consejos que facilitan el hecho o incluso son senci-

---

[259] Cfr. ya mi recensión del libro en JZ 1996, 29 s. En sentido crítico además *Wohlleben*, 1996, 96 ss.; *Ambos*, JA 2000,722, n. 22.

[260] Al respecto *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 27.

[261] SK-*Hoyer*, 7.ª, § 27, nm. 11. *Phleps*, 1997, 1, no quiere calificar de cooperación psíquica estos casos de influencia en la esfera intelectual del dolo; no obstante, esto es un problema más bien terminológico.

llamente los que lo hacen posible. Así pues, quien le explica al autor cómo se abre "en buena técnica" una caja fuerte, o quien le comunica cuándo no está en casa el dueño de la vivienda en la que se va a hurtar con fractura, modifica el concreto modo y manera de la ejecución del hecho y es exactamente igual de causal que un sujeto que realiza aportaciones físicas. También en la jurispr. son frecuentes tales supuestos: según ella es complicidad la decisión de un "tribunal de honor" sobre la clase de las armas de un duelo punible (RGSt 13, 265), la impartición de consejos sobre la ejecución más adecuada y eficaz de un asesinato (RGSt 73, 52 s.) o la explicación dada al autor de una estafa de seguro sobre "cómo se prende fuego al vehículo" (BGHR StGB, § 27, ap. 1, Hilfeleisten: prestar auxilio, n.º 2).

199 Problemáticos son los supuestos que consisten solamente en un "**reforzamiento de la resolución al hecho**"[262]. Mientras que la jurispr., que ciertamente se ahorra alguna dificultad de fundamentación al renunciar a la exigencia de causalidad, acaba llegando a una punibilidad más bien demasiado amplia (cfr. para más detalles al respecto nm. 203 ss.) y otros autores rechazan por el contrario totalmente esta forma de complicidad psíquica (nm. 208 s.), la solución correcta está en una línea intermedia, que considera básicamente posible una complicidad mediante mera influencia en la resolución del autor, pero también insiste en este caso en la necesidad de causalidad de la contribución del cooperador y llega de ese modo a una restricción de la punibilidad en este terreno.

200 Quien proporciona un motivo adicional al autor[263] o le convence para eliminar objeciones que todavía albergaba pese a haber tomado la resolución de cometer el hecho (v. sobre ello nm. 68), es causal respecto de la concreta configuración de la resolución al hecho ejecutada y con ello también respecto del resultado; pues quien co-causa la resolución contribuye también al resultado que produce la resolución: *causa causae est causa causati* [264]. También cabe encuadrar sistemáticamente aquí algunos de los supuestos resueltos por la jurispr.: Quien le promete a una testigo guardar silencio ante la falsa declaración de ella en el proceso de divorcio de él (RG HRR 1938, n.º 629), quien a una mujer embarazada ya decidida a abortar le da adicionalmente dinero para efectuar el hecho (RG HRR 1939, n.º 1275), o la amante de un hombre casado, ya resuelto a asesinar a su esposa, que le asegura que se casará con él si lo hace (RGSt 73, 52), estabiliza la resolución al hecho; su contribución se plasma en el aseguramiento del resultado. Tampoco puede haber ninguna duda de la causalidad allí donde la cooperación psíquica da lugar a una intensificación del menoscabo del bien jurídico: por tanto, quien enardece con éxito al autor a golpear aún más violentamente

---

[262] Detenidamente sobre ello *Phleps*, 1997, 13 ss., 118 ss., con una síntesis de los casos resueltos por la jurispr.

[263] Correctamente sobre ello *Rudolphi*, StV 1982, 520.

[264] Muy probablemente tb. en esta línea *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 159.

a la víctima (sobre la delimitación respecto de la inducción cfr. nm. 102 y 105), o quien incita a un soldado, ya decidido a excederse del periodo de permiso, a tomar un tren aún posterior para regresar al cuartel (RGSt 27, 157), ha "fortalecido" el resultado concreto y por eso debe ser castigado como cómplice. Frente a esto *Charalambakis*[265] se inclina a enjuiciar el hecho de proporcionar motivos adicionales y el de convencer para eliminar reparos como "codeterminación" al hecho punible y con ello como inducción. Pero según su contenido de desvalor no estamos ante una provocación al hecho que deba castigarse igual que al autor, sino sólo ante una acción de apoyo. La "resolución al hecho", que excluye la existencia de inducción, no tiene por qué ser "firme como una roca", sino que puede perfectamente ser accesible a motivaciones ´que aún la refuercen más y puede ir acompañada de reparos concretos (para más detalles nm. 66 ss.).

Como cooperación psíquica en forma de estabilización de la resolución 201
al hecho se puede concebir también en la mayoría de los supuestos el grupo de casos descubierto por *Claß*[266] del "**encubrimiento previamente prestado**", en el que el cooperador presta una contribución para el autor no resulte descubierto o quede impune. Quien proporciona al autor un disfraz, una máscara o un "guardapolvos" (RGSt 8, 267) para que no sea reconocido por la víctima, o quien le promete al autor una coartada para el caso de una investigación policial (BGH NJW 1951, 451), por regla general es causal para el resultado, o bien porque elimina así los últimos reparos (cfr. al respecto nm. 200) y de ese modo aumenta la disposición del autor a cometer el hecho, o bien porque de lo contrario el autor habría ejecutado el hecho con otras precauciones y por ello de otra manera. *Charalambakis*[267] manifiesta tener "graves reparos desde la perspectiva del Estado de Derecho" contra el hecho "curioso de que una ayuda dirigida al tiempo posterior al hecho (que en sí misma de ningún modo sería punible como complicidad en el hecho, sino a lo sumo como encubrimiento), utilizando el argumento del reforzamiento de la resolución al hecho sea anticipada temporalmente y con ello convertida en punible como cooperación al hecho principal". Pero lo cierto es que la perspectiva de consecuencias favorables que se producirán sólo después del hecho (p.ej. una recompensa), puede perfectamente dar ya alas al autor durante el hecho y en tal caso es una cooperación. Por tanto, el encubrimiento previamente prestado no constituye un caso especial.

En cambio, la mera **solidarización con el autor, o la manifestación de** 202
aprobación de su proceder o de simpatía con el mismo, no es suficiente para apreciar una complicidad o cooperación punible. Pues de ese modo ni se estabiliza una resolución al hecho (como sí ocurre en la eliminación

---

[265] *Charalambakis*, Roxin-FS, 2001, 635 ss.

[266] *Claß*, Stock-FS, 1966, 116 ss., quien sin embargo considera todos esos casos como impunes *de lege lata*; de modo análogo *Otto*, Lenckner-FS, 1998, 192 ss.

[267] *Charalambakis*, Roxin-FS, 2001, 635.

de reparos), ni se la coloca sobre una base más amplia (como en el caso de proporcionar motivos adicionales) ni se la intensifica (como en caso de aumentar el menoscabo del bien jurídico). Que tales supuestos no se pueden castigar como cooperación es algo que se puede deducir también del § 140 [recompensa y aprobación de ciertos delitos]: pues sólo con arreglo a este precepto especial y sólo bajo los presupuestos muy restrictivos descritos en el mismo se castiga la aprobación de delitos.

203 La jurispr. va muchas veces demasiado lejos con su admisión de cooperación psíquica mediante "fortalecimiento de la reolución al hecho"; así cuando la BGHZ 63, 124, 130 s., califica la manifestación de sentirse unido a los participantes en una ocupación ilegal de edificio como cooperación a las lesiones causadas por éstos a unos policías; cuando la BGH VRS 59 (1980), 185, valora las voces dadas para enardecer a un automovilista ("¡venga ya y tras él!") como cooperación a una intervención peligrosa en la circulación vial (§ 315 b), a pesar de no haber comprobación alguna de que esas voces hubieran influido en la conducta del autor; o cuando la OLG Stuttgart NJW 1950, 118, interpreta la continuación de una relación amorosa con un marido decidido a matar a su esposa como cooperación al asesinato de ésta.

204 También la mera **presencia en el lugar del hecho** se castiga en no pocas ocasiones equivocadamente como complicidad, sin que se alcance a ver qué influencia va a haber tenido tal presencia en la resolución al hecho y de ese modo indirectamente en la realización del tipo. Así la BGH MDR (D) 1967, 173, ha considerado el mero estar presente en un atraco como apoyo moral o espiritual, castigándolo como cooperación, a pesar de que el acusado intervino incluso en favor de la víctima. En una sentencia posterior (BGH MDR (H) 1985, 284) se afirma que incluso "un estar presente inactivo en la ejecución del hecho" puede ser ya una cooperación "si ello le da al autor principal una sensación incrementada de seguridad y representa así un apoyo espiritual". Aquí falta la necesaria referencia a que esto sólo vale si el "estar presente" debe entenderse dado el contexto de la situación de tal forma que el sujeto hasta entonces inactivo intervendrá en caso necesario **a favor del autor**[268]; pues entonces la presencia del potencial coautor refuerza la disponibilidad al ataque del actuante y reduce las posibilidades de defensa de la víctima. Por el contrario, la sensación tranquilizadora para el autor de que una persona que ronda por allí inactiva **no** intervendrá activamente **a favor de la víctima**, no es suficiente para constituir una complicidad (cfr. nm. 205). La jurisprudencia más reciente se aproxima a la posición aquí defendida: BGH GA 1985, 233, y BGHR StGB, § 27 ap. 1, Hilfeleistung (prestación de ayuda), n.º 1, hacen referencia acertadamente a que el tener conocimiento de un delito que está teniendo lugar e incluso su aprobación aún no fundamentan una cooperación[269].

---

[268] Así tb. BGH NStZ 1998, 362; 1999, 609.

[269] Asimismo BGH NStZ 1993, 385; BGH StV 1994, 175; BGH NStZ 1995, 490; 1996, 290; 1996, 563; 1998, 517.

Por tanto, un estar presente inactivo sigue sin ser una complicidad punible 205
aunque el autor, con la idea de que el tercero presente no le delatará y no se va a interponer en su camino, se sienta motivado a proseguir sus actividades delictivas[270]. En efecto, tal pasividad se puede interpretar como una forma de animar al autor que reprecute en el modo y manera del hecho. Pero su castigo como cooperación fracasa por el hecho de que la penalización de la pura omisión presupone una posición de garante (§ 13), y no se puede eludir su ausencia reinterpretando la omisión como un "apoyo psíquico" y transformándola con ello en un hacer positivo. precisamente en este punto la situación es distinta si el sujeto allí presente, como sabe el autor, quiere intervenir llegado el caso a favor del autor; pues en este supuesto ya su aparición y persistencia en el lugar del hecho, pero en todo caso la promesa –aunque sea expresada sólo por un acto concluyente– de intervenir si es necesario, es por regla general un hacer positivo punible como cooperación.

La dificultad de la problemática se pone de manifiesto en dos resoluciones 206
del BGH que llegan a resultados opuestos. En la BGH StV 1982, 516, [271] la acusada no había notado hasta el viaje de regreso de Holanda a Alemania que los otros dos ocupantes del automóvil querían introducir clandestinamente heroína. Les había hecho reproches por ello, pero no obstante se había callado ante el plan de ambos de pretextar como motivo del viaje una visita a la ciudad de Eupen en caso de ser interrogados. La instancia previa la había condenado, porque mediante su silencio ella suscitó la esperanza de no delatar a los autores y con ello había reforzado la resolución de éstos a cometer el hecho, Pero la Sala 2ª del BGH acertadamente rechazó castigarlos, porque ese fortalecimiento consiste en una mera omisión, que no es punible sin posición de garante. Frente a esto la Sala 3ª (BGH StV 1982, 517) en un caso estructuralmente idéntico llegó equivocadamente a una condena por cooperación. El acusado había presenciado como abogado sin hacer nada cómo dos colegas de su bufete jurídico y otras tres personas perpetraban un chantaje; él no había estado implicado en ese plan y se había comportado guardando silencio porque creyó "que como recién ingresado en el bufete estaba obligado ... a guardar consideración como colega con los socios más experimentados profesionalmente". El BGH ve en esa conducta una cooperación psíquica al chantaje mediante hacer positivo, que el acusado sólo podría haber eludido "si se hubiera alejado inmediatamente o se hubiera enfrentado a las exigencias de los demás participantes". Pero de ahí se desprende claramente que el verdadero objeto del reproche es una omisión (de marcharse o de protestar), que sólo se puede castigar si concurre un deber de evitar el resultado[272], y que por tanto en este caso tenía que quedar impune.

---

[270] Asimismo *Köhler*, AT, 535 y *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 226, 228; *Charalambakis*, Roxin-FS, 2001, 637 s.

[271] Igualmente en un caso similar BGH NStZ 1993, 233 y MDR 96, 117 (invocando expresamente a BGH StV 1982, 516).

[272] Como aquí *Ranft*, JZ 1987, 861; *Rudolphi*, StV 1982, 518; discr. *Sieber*, JZ 1983, 431.

207 De lo contrario se llegaría al insostenible resultado de que con carácter totalmente general de que los papamoscas o mirones que rondaran ociosamente y sin intervenir ante cualquier delito habrían de ser castigados por cooperación, porque su inactividad refuerza al autor en su actuación. Y de ese modo se rebasaría de modo ilegal los límites trazados mediante los §§ 138 y 323 c al deber de denuncia o socorro de los no garantes. Tampoco se alcanza a ver qué es lo que iba a aprovechar a la víctima el mero alejarse de allí, que es lo que el BGH considera suficiente para negar la complicidad[273]. Pero si ello no le aprovecha en nada, tampoco le perjudica en nada a la víctima el estar presentes personas en actitud pasiva y falta toda base para una punición por cooperación.

208 Por tanto una cooperación punible por "reforzamiento de la resolución al hecho" sólo es planteable dentro de estrechos márgenes. Frente a esto algunos autores pretenden excluir totalmente tal posibilidad. Así *Samson*[274] opina que la causalidad de tales influencias internas no es comprobable casi nunca, de tal modo que con su punición se estarían abarcando en realidad casos de cooperación intentada dejando de lado el principio *in dubio pro reo*. De esta afirmación es correcto que con tales ampliaciones excesivas en la jurispr. parecen fundados dichos temores. Pero eso no cambia para nada el hecho de que en otros casos la influencia causal sobre la resolución al hecho (y con ello mediatamente sobre el hecho) es perfectamente comprobable (p.ej. persuadiendo para eliminar reparos, suministrando motivos adicionales o intensificando el hecho mediante enardecimiento: cfr. nm. 200).

209 *Hruschka*[275] rechaza de antemano una cooperación psíquica mediante fortalecimiento de la resolución de realizar el hecho porque entiende que una cooperación es siempre sólo una acción de influir sobre el hecho y no sobre el autor. Según él la influencia sobre el autor sólo está concebida como inducción, pero ésta requiere una "determinación" al hecho, de modo que el mero "reforzamiento" resulta impune. Sin embargo, la tesis de que la cooperación sólo puede ser ejercer influencia en el hecho es una mera afirmación carente de prueba. Y tampoco es practicable, puesto que el asesoramiento técnico e incluso el suministro de instrumentos para el hecho operan asimismo sobre el acontecer del hecho sólo pasando por la mente del autor, y por tanto de modo primario son influencias sobre el autor[276]. Naturalmente que mediatamente traen consigo una influencia o repercusión sobre el hecho; pero la misma concurre también en el reforzamiento punible de la resolución al hecho. Siendo correcta la percepción de que en la jurispr. a veces se castiga como cooperación un apoyo moral a pesar de carecer de efecto sobre el transcurso del hecho, no permite

---

[273] Lo cual es inconsecuente desde su perspectiva; pues si alguien se aleja en vez de intervenir a favor de la víctima, precisamente esa circunstancia puede mover al autor a continuar actuando.

[274] *Samson*, 1972, 189 ss.

[275] *Hruschka*, JR 1983, 177 ss.

[276] *Phleps*, 1997, 19, hace referencia con razón a que el § 27 según su tenor literal comprende toda prestación de ayuda y por tanto tb. la "mediata".

extraer la conclusión de que por principio no es posible un reforzamiento de la resolución al hecho que influya en el hecho.

II. La complicidad o cooperación como incremento causal del riesgo

Una cocausalidad en el sentido de una influencia sobre el concreto modo y manera de realización del tipo ciertamente es algo necesario, pero aún no suficiente para la cooperación[277]. Así, la conducta de quien cambia un arma u otro instrumento del autor, sin que éste lo note, por otro medio de cometer el hecho totalmente equivalente[278], es causal respecto del concreto modo y manera de provocación del resultado (con ese medio). Y también es causal la conducta de quien le da una llave falsa al ladrón, pero éste no la utiliza y de antemano no la quiere utilizar porque sabe que la puerta está abierta; pues de todas maneras el llevar consigo una llave falsa modifica el concreto modo y manera de la ejecución. Sin embargo para un uso del lenguaje sin prejuicios resulta evidente que tales "aportaciones" no suponen la "prestación de ayuda" requerida por la ley, pues no le sirven para nada al autor. Por eso, en concordancia con los principios generales de la imputación objetiva[279] una aportación causal al hecho sólo puede ser una cooperación o complicidad cuando haya incrementado el riesgo para la víctima y correlativamente la oportunidad de éxito para el autor. 210

Por consiguiente, si alguien le sirve una bebida al autor durante la comisión del hecho (cfr. nm. 192), hay que enjuiciar diferenciadamente la cuestión de si esa conducta puede ser castigada como cooperación. Si la bebida sirve para refrescar las fuerzas que se le agotan al autor, hay que calificar como cooperación punible, ya que de ese modo se aumentó la oportunidad de ejecutar el hecho con éxito. Por el contrario, si unos simpatizantes le sirven una copa de champán al ocupante ilegal de una casa (¡§ 123!) para festejar su éxito, eso no es una cooperación al allanamiento de morada, pues con ello no mejoran las oportunidades de mantenerse dentro de ella. Y si al asesino que precisamente se dispone a matar a la víctima se le da una bebida haciéndole la observación de que primero debe tomarse un buen trago, esto tampoco se puede castigar como complicidad, pues, dado que de esa manera se retrasa la provocación del resultado, más bien se ven empeoradas las oportunidades del autor. 211

La **aplicación del principio del incremento del riesgo a la cooperación** se puede **reconducir al fundamento del castigo de la participación**: pues sólo 212

---

[277] Cfr. los ejemplos de la jurispr. en *Schaffstein*, Honig-FS, 1970, 175.

[278] El ejemplo procede de *Samson*, Peters-FS, 1974, 129.

[279] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 39, 43 ss. *Charalambakis*, Roxin-FS, 2001, 633, no quiere recurrir a la imputación objetiva, sino que las conclusiones aquí obtenidas las deriva directamente del concepto de prestación de ayuda. Materialmente esto no supone ninguna diferencia, porque prestación de ayuda no es otra cosa que incremento de oportunidades.

quien mejora dolosamente las oportunidades del autor e incrementa el riesgo para la víctima, emprende un **ataque autónomo al bien jurídico**. En particular el criterio, fundamentador de la complicidad, del aumento causal del riesgo se puede dividir en cuatro elementos: según esto, realiza una prestación de ayuda en el sentido del § 27 quien mediante su aportación **posibilita, facilita, intensifica** o **asegura** el hecho. El supuesto más claro de cooperación es el del posibilitamiento, como p.ej. se da en caso de proporcionarle al autor un veneno que no deja huellas en el cuerpo del asesinado y que no puede conseguir de otro modo. El supuesto a buen seguro más frecuente es el del facilitamiento mediante consejos, entrega de armas e instrumentos, etc. La intensificación consiste en el reforzamiento de los impulsos del autor, v.gr. mediante el consejo de golpear más fuerte, sustraer más, etc. Finalmente el aseguramiento encuentra su expresión en estar vigilante y en la asunción de otras funciones de protección. Naturalmente, éstos son sólo conceptos auxiliares ilustrativos; por tanto no toda conducta de cooperación tiene que corresponderse exactamente con una de esas cuatro características. Lo decisivo es siempre si una aportación aumenta las oportunidades de comisión del hecho, y por tanto le es provechosa al autor en la ejecución de su plan.

213 Pero el principio del incremento del riesgo sólo se aplica correctamente cuando, como también ocurre con la imputación objetiva en las demás cuestiones, se lo hace entrar en juego adicionalmente a la causalidad. Frente a esto *Schaffstein*[280] pretende renunciar por completo a la causalidad y atender solamente al incremento del riesgo. A este respecto la diferencia práctica esencial de su teoría con la aquí defendida consiste en que él utiliza cursos causales hipotéticos para negar un incremento del riesgo, con la consecuencia de que quedan impunes la mayoría de los casos de facilitamiento del hecho. Así si alguien le lleva la escalera de mano al lugar del hecho al ladrón que va a entrar en un edificio, para *Schaffstein*[281] esta conducta es impune si de lo contrario el autor "también podría cargar y habría cargado la escalera sin ayuda ajena al lugar del hecho"; pues en tal caso el hecho de que otro llevara la escalera "no ha aumentado las oportunidades de éxito del hurto con escalamiento". Del mismo modo decide este autor en el supuesto de que el "auxiliador" transporte en auto al ladrón al lugar del hecho: "No existe cooperación punible si según las circunstancias concretas del caso ... el transporte en el vehículo no habría aumentado el riesgo de éxito del hecho principal, por ejemplo porque el ladrón también habría podido recorrer a pie o en bicicleta el camino no demasiado largo hasta el lugar del hecho". Sin embargo, hay que contradecir esta afirmación: pues el curso causal real sólo ha resultado posible mediante la acción de llevarle la escalera de mano o de transportarle con el auto. La negación del aumento del riesgo sólo se hace posible incluyendo cursos causales hipotéticos, al atender a lo que habría

[280] *Schaffstein*, Honig-FS, 1970, 169 ss. (síntesis en 184).
[281] *Schaffstein*, Honig-FS, 1970, 182.

sucedido si no se hubiera aportado la contribución causal del cooperador incrementadora del riesgo. Pero esto es inadmisible (igual que en la autoría) en el marco de la imputación [282] y también es políticocriminalmente intolerable: pues tendría que dar lugar a que un apoyo, por muy masivo que fuera, quedara ya impune siempre que dado el caso (p.ej. en los supuestos de uniones entre bandas) dicho apoyo hubiera podido ser prestado por otro sujeto.

Por otra parte, no cambia para nada la existencia de complicidad el que 214
una circunstancia causal y que en una perspectiva *ex ante* incrementa las oportunidades, posteriormente resulte superflua. Esto tiene significación práctica especialmente para la conducta de estar apostado como vigilante: si tal aseguramiento no es ya coautoría (lo que depende de su importancia: cfr. § 25, nm. 211 ss.), sí será punible como cooperación, pues tal conducta es causal no sólo cuando el autor sin la vigilancia no habría cometido el hecho o habría tenido que estar permanentemente atento para no ser descubierto, lo que le habría retrasado[283], sino que lo es en todo caso y sin más: Un hurto o robo asegurado mediante vigilancia es en todos los casos una forma y manera distinta de ejecución que la comisión de un hurto o robo "desprotegido". Y tal contribución causal también incrementa las oportunidades, porque disminuye el riesgo de ser descubierto y de fracasar. La pregunta de qué habría hecho el autor si no hubiera tenido vigilancia vuelve a llevar a considerar cursos causales hipotéticos y por ello es inadmisible de entrada.

Sin embargo, ciertamente **la cooperación presupone que el aumento de** 215
oportunidades perdure hasta la fase de consumación. Ese no es el caso cuando la causalidad de una aportación se interrumpe antes (cfr. ya nm. 189). Por tanto, si el ladrón que va a entrar escalando en el edificio vuelve a mandar a medio camino a casa al cooperador que le lleva la escalera de mano, porque se ha decidido por otra forma de penetración en la casa, sólo habrá una cooperación intentada impune. Y si el ladrón al intentar escalar se cae de la escalera y elige entonces otra vía para entrar a la casa, esto será sólo una cooperación a la tentativa de hurto con escalamiento; pues la causalidad y el aumento de oportunidades por la aportación del cooperador sólo llegan hasta la fase de tentativa.

Básicamente no es precisa una relación psíquica entre autor y cooperador. 216
Quien impide el inminente descubrimiento por parte del dueño de un hurto que precisamente se está ejecutando o quien sujeta al policía que quiere detener al ladrón *in fraganti*, comete complicidad incluso aunque el propio ladrón no se dé cuenta para nada ni de que era inminente que lo descubrieran o detuvieran ni de la intervención de su auxiliador (así también en un caso similar BGHSt 6, 248; sobre ello y sobre el rechazo de una coautoría v. *supra* § 25, nm. 191). Pues la contribución del cooperador posibilita el hurto o al menos lo facilita, es decir que significa para el autor un incremento cau-

[282] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 19.
[283] Así sin embargo *Samson*, 1972, 196.

sal de oportunidades. Sin embargo hay que rechazar que haya cooperación cuando ésta no se manifiesta en absoluto en acciones de ayuda externa, sino que consiste únicamente en la decisión de ayudar en caso necesario al autor. Como ejemplo de manual puede servir el supuesto en que un "colega" del carterista se aposta en su entorno próximo para en caso necesario, armando un barullo artificial, facilitarle el trabajo[284]. No se puede discutir que tal conducta aumenta las oportunidades del carterista; pero falta una modificación causal del curso del hecho si ni hay una concertación con el autor ni es reconocible una referencia externa de la conducta al delito. Castigar aquí significaría penar no una cooperación, sino una mera disposición a la cooperación (por tanto, menos que una tentativa de cooperación)[285]; y ello nos llevaría a un Derecho penal de la actitud interna. Consecuentemente tendría que conducir a castigar siempre como complicidad o coperación consumada una resolución interna de cooperar, de la que nadie sabe lo más mínimo; y tal hipótesis se contradice por sí misma.

217 Soluciones similares a las que aquí se pretende alcanzar mediante el criterio del "incremento causal del riesgo" desarrolla *Samson*[286] sirviéndose de los que denomina **principios de la "intensificación" y la "asunción"**. En su virtud presta una cooperación quien cocausa un resultado, posibilitándolo o intensificándolo (principio de intensificación) o descargándole de realizar acciones antijurídicas (principio de asunción) y facilitando con ello el hecho[287]. Pero se producen desviaciones por el hecho de que la prestación de ayuda mediante "aseguramiento" sólo es parcialmente abarcada por los principios de *Samson*, lo que le pone en dificultades ante la punición del hecho de estar apostado como vigilante (nm. 214). Y también hay que rechazar la tesis de *Samson* de que sólo la asunción de contribuciones antijurídicas constituye una complicidad punible. Según eso debe quedar impune quien "se le ofrece al mensajero postal que no sabe nada a llevar el paquete con el artefacto explosivo los últimos metros desde la puerta del jardín a la puerta de la casa. Ello rige incluso aunque él sepa lo que contiene el paquete"[288]. Sin embargo, no se entiende porqué una causación dolosa de muerte haya de ser impune sólo porque un portador que no sepa nada habría actuado conforme a Derecho[289]. Si el cooperador, como parece lógico pensar, se le ofrece al mensajero postal que no sabe nada a acabar de llevar el paquete sólo porque quiere impedir que éste note en la entrega el contenido sospechoso, sería sumamente absurdo renunciar a

---

[284] A favor de la punibilidad como cooperación *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 52/8; igualmente (adhiriéndose a *Maurach*, AT, 4.ª, § 52 III A) *Baumann*, JuS 1963, 137; *Schaffstein*, Honig-FS, 1970, 180.

[285] Acertadamente *Dreher*, 1972, 257.

[286] *Samson*, 1972, 160 ss.; *el mismo*, Peters-FS, 1974, 121 ss.

[287] SK-*Hoyer*, 7.ª, § 27, nm. 10, que remite especialmente tb. a las publicaciones mencionadas en n. 286.

[288] *Samson*, 1972, 171.

[289] Contra *Samson* en este punto tb. *Vogler*, Heinitz-FS, 1972, 312, n. 91, que habla de la "debilidad del llamado principio de asunción".

la punición del sujeto cuya intervención quizás es la única que posibilita el hecho, pero que en todo caso lo ha facilitado.

III. La cooperación o complicidad como incremento causal del riesgo jurídicamente desaprobado. Acerca de la punibilidad de las "acciones cotidianas"

Pero también es cuestionable si un aumento causal y doloso del riesgo es 218
ya siempre una cooperación punible. El problema se plantea cuando acciones "neutras" (o neutrales), como las que se efectúan miles de veces en la vida cotidiana –la mayoría de las veces en el marco del ejercicio profesional normal–, en el caso concreto prestan apoyo a una conducta delictiva. ¿Hay una cooperación punible si un comerciante le vende un martillo o un destornillador a alguien del que sabe, sospecha o teme que con el mismo éste le partirá el cráneo a otro o realizará un hurto con fractura? ¿Es culpable de complicidad un empleado de banco si a petición de un cliente transfiere dinero de éste a Luxemburgo por la vía de una transferencia de capital anónima y al hacerlo tiene conocimiento de que el cliente realiza la transacción con la finalidad de evadir impuestos? ¿Incurre en cooperación punible quien suministra material a un fabricante sabiendo que éste en el curso de la elaboración va a infringir tipos delictivos del Derecho penal ambiental? ¿Y presta cooperación a una evasión de impuestos quien contrata y paga los servicios de un operario autónomo habiendo averiguado que éste no va a declarar y tributar por el importe?

Durante mucho tiempo se había descuidado en la doctrina científica la 219
cuestión de la punibilidad de las acciones cotidianas, que también fueron tratadas en la jurispr. sólo de modo esporádico y sin una concepción perceptiblemente uniforme. Sólo en época reciente se ha producido en este punto un giro completo, que ha convertido "el problema de la cooperación 'neutra' casi en un tema de moda" [290] y también ha provocado que la jurispr. haya dictado resoluciones fundamentales[291]. Pero a pesar de haberse producido entretanto una literatura científica casi inabarcable[292] aún no se elaborado una solución reconocida de modo general. A continuación se pondrá en pri-

---

[290] *Amelung*, Grünwald-FS, 1999, 9.

[291] BGH NStZ 2000, 34; BGHSt 46, 107.

[292] La panorámica seguramente más amplia la ofrece *Hillenkamp*, 10.ª, 2002, 170 ss. Mencionaré a: *Amelung*, Grünwald-FS, 1999, 9 ss.: *Beckemper*, Jura 2001, 169; *Frisch*, 1988, 295 ss.; *el mismo*, Lüderssen-FS, 2002, 539; *Hassemer*, wistra 1995, 41, 81; *Jakobs*, ZStW 89 (1977), 1; *ders.*, AT, 2.ª, 24/13 ss.; *el mismo*, GA 1996, 253 ss.; *Joecks*, 3.ª, § 27, nm. 15 ss.; *Kindhäuser*, AT, 2.ª, 429 s.; *Lesch*, JA 2001, 986; *Löwe-Krahl*, 1989; *la misma*, 1990; *la misma*, wistra 1995, 201 ss.; *Lüderssen*, Grünwald-FS, 1999, 329; *Meyer-Arndt*, wistra 1989, 281; *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 507 ss.; *Osamu*, Jura 1999, 246 ss.; *Otto*, Zeitschrift für Kreditwesen, 1994, 775; *el mismo*, JZ 2001, 436; *Pilz*, 2001; *Puppe*, Jura 1998, 21 (27); *la misma*, NK, antes del § 13, nm. 155; *Ransiek*, wistra 1997, 41 ss.; *el mismo*, 2000, 95 ss.; *Rogat*, 1997; *Roxin*, Tröndle-FS, 1989, 277; *Schild-Trappe*, 1995 (al respecto la recensión de *Roxin*, JZ 1996, 29); *Schumann*, 1986, 54 ss.; *Tag*, JR 1997, 49 ss.; *Weigend*, Nishihara-FS, 1998, 197; *Wohlers*, SchwZStW 117 (1999), 436; *el mismo.*, NStZ 2000, 169; *Wohlleben*, 1996; *Wolff-Reske*, 1995. Sobre el hecho de que sólo excepcional-

mer plano y se expondrá –naturalmente en discusión con las concepciones divergentes– la concepción propia[293], a la que se ha adherido en lo sustancial la jurispr. y por ello tiene considerables posibilidades de imponerse[294].

220 Por "acción externamente neutra" o "acción cotidiana" se puede entender todas las formas de comportamiento "que el ejecutor habría llevado a cabo frente a cualquier otro en la situación del autor, porque con la acción –de antemano (también)– persigue fines propios independientes del hecho y del autor, y jurídicamente no desaprobados"[295]. La concepción aquí preferida se basa en la distinción entre los supuestos en los que el sujeto externo conoce la resolución delictiva del autor y aquellos en los que sin conocimiento especial meramente cuenta con intenciones delictivas del autor.

1. El colaborador conoce la resolución delictiva del autor

221 [a)] En supuestos como los que describen nuestros ejemplos de partida (nm. 218), en tanto que el sujeto externo conozca la resolución delictiva del autor, habrá que admitir que hay una cooperación o complicidad punible sólo si, pero también siempre que la aportación al hecho presente una "**referencia de sentido delictiva**"[296].

222 En primer lugar éste será el caso si el sujeto externo conscientemente favorece una acción que como tal es de naturaleza delictiva. Por tanto, quien en su negocio de artículos para el hogar vende un martillo y al hacerlo sabe (por propias declaraciones del comprador o por informaciones de terceros) que el adquirente quiere matar con él a otra persona, responderá penalmente por cooperación a un delito de homicidio. Del mismo modo comete complicidad o cooperación al hurto entrando con fractura en edificio quien vende destornilladores y herramientas semejantes a un hombre que conoce como jefe de una banda de ladrones y de quien sabe que va a emplear los aparatos para entradas con fractura en edificios. La circunstancia de que el comprador además puede utilizar también el martillo y los destornilladores para fines no delictivos no cambia para nada la referencia de sentido delictiva, puesto que homicidio y entrada con fractura eran exclusivamente acciones delictivas y precisamente a ellas se refería la aportación favorecedora.

---

mente cabe plantear que haya acciones cotidianas en los casos de apoyo a delitos contra el Derecho internacional penal, *Ambos*, 2002, 631 ss.

[293] La misma está prefigurada en LK-*Roxin*, 11.ª, § 27, nm. 16 ss.; *el mismo*, Stree/Wessels-FS, 1978, 378 ss.; *el mismo*, Miyazawa-FS, 1995, 512 ss.; *el mismo*, Tröndle-FS, 1989, 196 s.

[294] También en la literatura científica se puede encontrar muchas aportaciones en esta línea, aun sin coincidir en todos los detalles con la teoría aquí defendida: *Ambos*, JA 2000, 724; *Amelung*, Grünwald-FS, 1999, 9; *Otto*, StV 1994, 409; *el mismo*, Lenckner-FS, 1998, 212; *Ransiek*, wistra 1997, 41; *el mismo*, 2000, 95 ss.; *Tag*, JR 1997, 49; *Theile*, 1998, 69; *Wohlleben*, 1996.

[295] *Wohlleben*, 1996, 4, que tb. presenta 35 casos muy gráficos.

[296] La siguiente exposición supone un desarrollo de mi anterior concepción de la "referencia de sentido delictiva" (para la que me sirvieron de ayuda las ideas expuestas por *Ransiek*, wistra 1997, 46).

Pero también hay una referencia de sentido delictiva cuando la acción directamente favorecida como tal es legal, pero para el autor el único fin de emprenderla, tal como conoce el sujeto externo, consiste en posibilitar o facilitar un hecho punible. Así sucede en el ejemplo de la transferencia de capital a Luxemburgo, que no tendría sentido sin la evasión tributaria planeada. 223

En cambio, **falta una referencia de sentido delictiva si la aportación favorecedora se refiere a una acción legal, que tomada en sí misma ya es útil y con sentido para el autor, pero que éste la convierte además en presupuesto de una conducta delictiva independiente de ella y basada en una resolución autónoma.** Quien le suministra a un fabricante material, en cuya o tras cuya elaboración éste, como sabe el suministrador, va a infringir normas de protección del medio ambiente, favorece una conducta conforme a Derecho (la fabricación de productos industriales), que ya como tal tiene sentido para el fabricante y no tiene ninguna referencia delictiva. La infracción de normas medioambientales no cambia esto para nada y cae dentro de la exclusiva responsabilidad del fabricante, aun cuando el suministro del material sea presupuesto de la comisión del delito. Igualmente el encargo y pago de trabajos manuales de un operario autónomo es un proceso totalmente legal, que lleva en sí mismo su sentido. Si quien hace el encargo sabe que a continuación el operario autónomo quiere evadir los impuestos que originan sus ingresos, ello no puede producir ninguna referencia de sentido delictiva, aunque el encargo al operario autónomo sea un presupuesto de la comisión del delito: pues el sentido objetivo del encargo se limita a la prestación del servicio del operario autónomo, que es de tipo no delictivo. Totalmente en el mismo sentido aquí defendido también la BGH NJW 2001, 2410, ha considerado que la colaboración en las medidas de aseguramiento de la frontera de la RDA no podía ser contemplada como cooperación a homicidio y lesiones de "fugitivos de la república" mediante las minas enterradas en la frontera. En efecto, esas medidas, en tanto que no estaban en conexión con el "minado de la zona fronteriza", tenían "una significación autónoma; conservan su propio sentido incluso sin las acciones punibles de los autores principales... y pueden ser enjuiciadas jurídicamente de modo desvinculado de aquéllas". 224

Otro ejemplo que desempeña un papel relevante en la discusión es el concerniente a los servicios de hostelería prestados a personas dispuestas a delinquir. El encargado de un restaurante que le sirve a un cliente una comida, que fortalece a éste en las lesiones que planea causar a continuación, no comete cooperación alguna a las mismas aunque sepa del plan del cliente; pues el hecho de servir y el de ingerir una comida son legales y tienen sentido con independencia de si a continuación el cliente, fortalecido por la comida, va a cometer un delito. Esos planes, aunque los conozca el hostelero, caen fuera de la referencia de sentido que tiene la atención hostelera al cliente. 225

En contraste con la solución diferenciadora aquí defendida, que ante las acciones de favorecimiento con conocimiento del delito planeado llega 226

muy mayoritariamente al resultado de admitir una cooperación punible, hay otras voces en la literatura científica que unas quieren restringir sustancialmente la punibilidad de la cooperación (nm. 227 ss.), y otras ampliarla aún más (nm. 240 ss.).

227 [b)] Así para algunos p.ej. la venta de un destornillador debe ser impune incluso aunque el vendedor sepa que el comprador lo ha adquirido sólo para efectuar un hurto entrando con fractura en edificio. *Jakobs* pretende dejar impunes con carácter general "los usuales negocios de intercambio de la vida cotidiana"[297]; pues según él nadie puede esperar que una entrada ilegal en edificio "se deje de realizar por falta de disponibilidad de un destornillador ordinario"[298]. *Schumann*[299] llega a la misma conclusión, porque entiende que falta la "solidarización" con el autor postulada por él como presupuesto de la participación (cfr. nm. 22 ss.). Según él, el vendedor no se pone en "común" con el hecho principal, ni se solidariza con el mismo si presta su aportación "en la fase de la preparación todavía conforme a Derecho". La cuestión ha de ser distinta en cambio, añade, si la compra se produce en el estadio de la ejecución, pues entonces "la impresión de solidarización" surge ya por la "proximidad al hecho". Y según *Jakobs*[300] también quedará impune un panadero "si al vender panecillos él sabe que el comprador va a envenenar el producto y a servírselo a continuación a sus invitados".

228 Esta posición no la puedo compartir. En efecto, la referencia de sentido delictiva concurre en ambos casos, porque los objetos adquiridos por el autor sólo le eran útiles como medio de comisión del delito. Y si el vendedor lo sabe, su actuación pierde el carácter de un negocio cotidiano "neutro" y se convierte en ataque al bien jurídico. A pesar de la puesta en práctica de una venta "usual" difícilmente se podrá discutir que hay una complicidad si el comprador precisamente le comunica al vendedor que quiere utilizar los objetos comprados para una entrada con fractura en edificio o para un asesinato con veneno[301]. ¿Entonces por qué iba a

---

[297] *Jakobs*, AT, 2.ª, 24/17; así muy probablemente tb. *Frisch*, 1988, 295 ss. Sobre Jakobs con más detalles *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 508 ss.; *Wohlleben*, 1996, 81 ss. Sobre *Frisch* con más detalles *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 515 ss.; *Wohlleben*, 1996, 75 ss. *Frisch* ha seguido desarrollando una concepción muy diferenciada y en muchos aspectos coincidente en los resultados con la posición aquí sustentada en Lüderssen-FS 2002, 539 ss., desde puntos de vista del estado de necesidad: según él las acciones que menoscaban bienes jurídicos están prohibidas dentro de los límites "en los cuales personas potencialmente amenazadas pueden reclamar la libertad del agente conforme a los baremos del estado de necesidad".

[298] *Jakobs*, ZStW 89 (1977), 20. *Jakobs* considera –de modo contrario al BGH (GA 1981, 133 s.; BGHSt 4, 107 ss.)– también impune la conducta de un taxista involucrado en el plan delictivo que conduce en un vehículo a los ladrones al lugar del hecho o desde allí los recoge y vuelve a transportar.

[299] *Schumann*, 1986, 57. Sobre *Schumann* más detalladamente *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 512 ss.; *Wohlleben*, 1996, 73 ss. La idea de la solidarización es acogida por *Schall*, Meurer-GS, 2002, 115 ss., que atiende a "un ‚comportamiento colusivo' documentado al exterior", que sobrepasa el ámbito de la acción neutra (loc. cit., 116 s., 121). Con ayuda de este criterio algo vago este autor se aproxima a lo que aquí se entiende por "relación de sentido delictiva".

[300] *Jakobs*, AT, 2.ª, 24/17.

[301] A favor de la punibilidad en este caso expresamente *Schumann*, 1986, 69.

ser distinto si el vendedor ha recidido tales informaciones de otra manera (como puede ser espiando o a través de un amigo del autor)?

Cuando *Jakobs* hace alusión a que una entrada con fractura en edificio no 229
va a fracasar por falta de un destornillador, esa no es razón alguna para la impunidad del favorecimiento del hecho producido mediante ese instrumento; pues aquí, para rechazar la complicidad, se está recurriendo de modo inadmisible a un curso causal hipotético (que procurarse un destornillador también habría sido posible de otro modo) (cfr. ya nm. 213). Tampoco es necesario en absoluto para que haya una cooperación que de no darse la aportación del cooperador el hecho no se hubiera producido (cfr. nm. 184). ¿Y por qué en un asesinato por medio de un panecillo envenenado va a ser punible sólo la conducta de quien da el veneno y no también la de quien –sabedor de la finalidad de su utilización– ha proporcionado el panecillo?

Tampoco es muy convincente el criterio de *Schumann* de la "proximidad 230
al hecho"; pues si la entrega algo anterior o posterior del destornillador no ha tenido influencia de ninguna clase en su efecto favorecedor del delito, no se comprende por qué el momento temporal de la venta debe decidir sobre la concurrencia o no de complicidad. Y en una venta la "impresión jurídicamente conmocionante" producida en mayor medida en la fase de ejecución, que es la decisiva para *Schumann*, sin embargo no puede ser lo determinante, porque la cooperación oculta o clandestina también es punible. Y si es descubierta, opera de modo no menos "conmocionante jurídicamente" que una prestación abierta de ayuda.

Pero sobre todo no existen acciones cotidianas *per se*, sino que el carácter 231
de una acción es determinado por el fin al que sirve. Así p.ej. la instrucción en el uso de un arma de fuego es una acción cotidiana neutra si se produce dentro de la práctica deportiva de una federación de tiradores; en cambio es una cooperación al asesinato si va a ayudar al autor a alcanzar en el disparo a la víctima. También el hecho de llevar una escalera de mano (cfr. el ejemplo en nm. 213) es en la mayoría de los casos un acontecimiento cotidiano y corriente; pero se convierte en complicidad si su único sentido consiste en dar apoyo a un ladrón que va a entrar ilegalmente en edificio. Incluso se podrá decir que la mayoría de las acciones de complicidad "en sí" (es decir, prescindiendo de su finalidad) son acciones neutras; y ello es válido incluso para la entrega de un arma. Por ello el concepto de "acción cotidiana" no es delimitable, no se puede limitar a "los usuales negocios de intercambio de la vida diaria" y por eso es inadecuado para deslindar la cooperación punible de las acciones permitidas. Sólo la ausencia de una referencia de sentido delictiva en el sentido descrito (nm. 228) le puede quitar el carácter de complicidad a una acción que influye sobre la comisión de un delito aumentando sus oportunidades.

A los intentos de restricción descritos se les puede dar una justifica- 232
ción teórica considerando a las acciones cotidianas como "socialmente

adecuadas".[302]. *Hassemer*[303] ha precisado el concepto bastante impreciso de la adecuación social (sobre ello con más detalles *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 10, nm. 33 ss.) en el campo que aquí interesa mediante el **topos de la "adecuación profesional"**. Según él, adecuación profesional describe un "actuar profesional normal, neutro, socialmente aceptado y reglado, el cual no necesita ocultarse ante el análisis jurídicopenal", aun cuando al que da apoyo profesional le sean conocidos los planes del autor.

233 Sin embargo, ahí no se encuentra ninguna solución, pues lo social o profesionalmente usual no ofrece ningún baremo de lo normativamente correcto[304]. Además lo que se plantea es precisamente la cuestión de si en supuestos del tipo de los que estamos tratando el favorecimiento o fomento consciente de planes delictivos ajenos es social o profesionalmente adecuado o no. Y la misma no se puede responder con la simple afirmación de que eso es así; más bien parece lógico pensar lo contrario. Por eso el BGH ha rechazado con razón esta concepción (BGHSt 46, 113): "Una impunidad general de acciones 'neutras', 'típicas de la profesión' o 'profesionalmente adecuadas' no ... es planteable. Ni las acciones cotidianas ni las típicas de una profesión son en todo caso neutras. Casi toda acción puede situarse en un contexto punible[305]. Por eso los mencionados conceptos no son adecuados por sí solos para deslindar ... la complicidad punible de la actuación permitida"[306].

234 El punto de vista de la adecuación profesional no es tampoco un criterio útil para restringir la punibilidad de la cooperación aunque en determinados casos se considere sobrepasado el ámbito de lo aún adecuado, así p.ej. –en el caso de la colaboración de bancos en evasiones de impuestos– "ante una transferencia enmascarada o concretos consejos para facilitar la evasión"[307] o en caso de "adaptación de regulaciones a planes delictivos ajenos"[308]. Pues ya el hecho de saber que el único fin del servicio prestado por un banco consiste en posibilitar una evasión de impuestos, fundamenta la punibilidad de la cooperación[309].

---

[302] Cfr. al respecto las citas en *Hillenkamp*, 2002, 173.

[303] *Hassemer*, wistra 1995, 41, 81 (85). En *Hillenkamp*, 2002, 174, así como en la sent. LG Wuppertal wistra 1999, 474, se citan otros partidarios de esta concepción (sobre todo de la literatura del Derecho penal tributario).

[304] *Amelung*, Grünwald-FS, 1999, 11. Así en el momento de la introducción del impuesto sobre el descuento de intereses era usual en la banca recomendar muy encarecidamente la transferencia de capital al extranjero (*Carl/Klos*, wistra 1994, 211). pero de ahí no se deriva argumento alguno a favor de la impunidad de la cooperación prestada por los bancos para la elusión de impuestos.

[305] Invocando a *Roxin*, Miyazawa-FS, 1995, 515.

[306] Rechazándolo tb. el LG Wuppertal (wistra 1999, 474): "La restricción de la punibilidad de la cooperación por la vía de la 'adecuación profesional'... conduciría de un modo no aceptable a que amplias zonas de típica conducta de cooperación fueran no punibles aun con el correspondiente conocimiento del cooperador. Como aportación objetiva al hecho es planteable en principio en cualquier comportamiento".

[307] LG Wuppertal wistra 1999, 474, con ulteriores citas.

[308] *Hassemer*, wistra 1995, 86.

[309] Plantea consideraciones muy diferenciadas sobre pretensión tributaria estatal y libre tráfico europeo de capitales *Lüderssen*, Grünwald-FS, 1999, 329 (337 ss.).

Otro intento de restricción consiste en pretender que acciones neutras, 235
mediante las cuales se favorece conscientemente una conducta delictiva, sean castigadas sólo cuando se trate de un delito de los mencionados en el § 138 [omisión de denuncia de determinados delitos] o cuando el delito desencadenaría un deber de socorro conforme al § 323 c [310]. Esta posición se basa en la idea de que si ya la omisión es punible, tanto más aún ha de ser punible una colaboración activa. Sin embargo, contra ello habla el hecho[311] de que los §§ 138, 323 c (y también el § 13) establecen mandatos de acción y castigan omisiones, mientras que el § 27 prohíbe un favorecimiento mediante acciones activas. Por mucho que sea correcto que las contribuciones activas con más razón aún han de ser punibles allí donde el mero omitir es punible, no está fundada la conclusión de que acciones activamente neutras, si contribuyen conscientemente a la producción de algún delito, sólo pueden considerarse complicidad o cooperación conforme a los baremos de la punibilidad de la omisión.

Otra diferenciación distinta se puede encontrar en *Puppe*[312]. En el caso de 236
objetos que por su peligrosidad no son susceptibles de venta libre ("armas de fuego, estupefacientes o venenos") esta autora sostiene que su suministro cuando es conocida la intención de uso delictivo debe dar lugar siempre a la punibilidad de la cooperación. En cambio, en caso de suministro de objetos de libre disposición para todos la cuestión dependerá de la proximidad del hecho: si el hecho aún no es inminente, según ella el suministro debe ser impune incluso aunque se haga con conocimiento de la voluntad existente en el autor de utilización para el delito. Por tanto el panadero deberá poder impunemente "vender al cliente un panecillo o una caja de bombones", "aunque éste le haya informado de que necesita esos comestibles para envenenar a su mujer o a sus invitados". En cambio, para ella será punible como complicidad la conducta del vecino si le proporciona esos alimentos al autor inmediatamente antes de la "llegada de los invitados"[313].

Pero ni la distinción entre medios para el hecho de libre o no libre venta ni 237
el atender a la proximidad del hecho convencen. "¿Ante un envenenamiento planeado puede la responsabilidad penal del vendedor doloso depender de si el autor compra un veneno de los que existe deber de registro o por el contrario ingredientes de libre adquisición para mezclarlos él mismo?"[314]. Esto no sólo sería incomprensible desde puntos de vista de merecimiento de pena, sino que además pasaría por alto que la prohibición de venta libre no sirve tanto para impedir delitos dolosos –que se pueden cometer con todos

---

[310] *Frisch*, 1988, 295 ss.; *Hefendehl*, Jura 1992, 374, 376; *Tag*, JR 1997, 54 ss. (la cual sin embargo ciertamente se refiere al § 13 en vez de al § 323 c).

[311] Cfr. sobre esta crítica *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 519 ss.; *Beckemper*, Jura 2001, 166.

[312] *Puppe*, NK, antes del § 13, nm. 155 ss.

[313] *Puppe*, NK, antes del § 13, nm. 157.

[314] *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 536.

los objetos libremente disponibles posibles– como para impedir accidentes y daños imprudentes a los bienes jurídicos.

238 El criterio de la proximidad del hecho lo apoya *Puppe* en que en la fase de preparación nunca se puede saber si realmente el autor cometerá el hecho y en que el autor, si el hecho es ya inminente, la mayoría de las veces ya no puede recurrir a otros medios y por eso está dependiendo de la ayuda del suministrador. Pero también inmediatamente antes del hecho e incluso tras su comienzo el autor aún tiene en su mano decidir si quiere persistir o retroceder. Y como la cooperación la mayoría de las veces se presta en la fase de preparación, tampoco se ve por qué esta circunstancia debería dar lugar aquí a la impunidad. Tampoco convence la afirmación de que el autor –p.ej. el anfitrión dispuesto al envenenamiento– "inmediatamente antes de la llegada de los invitados" dependa del suministrador. El anfitrión claro que puede siempre envenenar otros alimentos o después de llegar los invitados encargar aún que le traigan panecillos o bombones. Distinciones de este tipo siguen siendo arbitrarias y relativizan de modo preocupante el mandato jurídico fundamental en virtud del cual proporcionar medios de los que se sabe que con ellos se va a matar debe estar vedado en cualquier circunstancia.

239 *Wohlers*[315] propone restringir la punibilidad en las acciones cotidianas a tres constelaciones objetivamente determinables[316]: a los supuestos de infracción de determinadas normas de cuidado (p.ej. en la venta de armas de fuego, de medicamentos peligrosos o en la infracción de preceptos de Derecho bancario), a los deberes de custodia o de socorro (§ 13, evtl. también §§ 138 o 323 c) y al supuesto de que una conducta sólo pueda ser interpretada como apoyo a una finalidad delictiva (cuando una actuación legal vinculada está excluida en la práctica). El tercer supuesto coincide con una manifestación denominada también aquí referencia de sentido delictiva (nm. 223), y las dos primeras han sido ya tratadas anteriormente (nm. 235 y 236) y consideradas demasiado restrictivas. De este modo la punibilidad de la cooperación en su conjunto es excesivamente restringida. Los casos de manual de la venta de un destornillador o de un panecillo a un adquirente del que el suministrador sabe que con ese medio va a cometer una entrada ilegal en edificio o un asesinato han de quedar impunes según esta posición, pese a que concurre una referencia de sentido delictiva y a que esas formas de conducta no son menos merecedoras de pena que la constelación, que también *Wohlers* considera punible, en la que destornillador y panecillos son exclusivamente utilizables para fines delictivos.

240 [c)] Otro grupo de opiniones pretende –al menos cuando el sujeto externo conoce la resolución delictiva del autor– no reconocer (casi) en absoluto restricción alguna de la punibilidad de la cooperación[317]. Sin embargo, la

---

[315] *Wohlers*, SchwZStr 117 (1999), 425; *el mismo*, NStZ 2000, 169.

[316] *Wohlers*, SchwZStr 117 (1999), 436; *el mismo.*, NStZ 2000, 173 (de aquí la cita).

[317] Así p.ej. *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 507; *Weigend*, Nishihara-FS, 1998, 197; *Beckemper*, Jura 2001, 163; *Krey*, AT/2, nm. 300 ss.

mayoría de estos autores, en los casos que aquí se excluyen de la cooperación punible por falta de referencia de sentido delictiva, rechazan igualmente la punibilidad en la medida en que discuten ya la concurrencia de los criterios generales de la cooperación o complicidad. En el supuesto en que alguien hace un encargo a un operario autónomo, del que sabe que no va a tributar por el dinero ganado, opina *Niedermair*[318], "el solo hecho de coactuar en una transacción no incrementa el peligro de que se den datos falsos sobre la misma; no se ve favorecida ni la voluntad ni la capacidad para ello del obligado a declarar". Pero lo cierto es que sólo la conducta de quien hace el encargo es la que le proporciona al autor la posibilidad de cometer el hecho; ¡y el posibilitamiento del hecho es un caso seguro de cooperación – si no falta la referencia de sentido delictiva! *Weigend*[319] discute que en los casos aquí considerados impunes (y yendo más allá, p. ej. también en el supuesto del panecillo o del destornillador) exista el "favorecimiento esencial del hecho principal" que él exige para la complicidad. Pero ¿por qué va a ser inesencial el hecho de posibilitar el concreto curso causal? *Beckemper*[320] configura un caso en el que alguien "hace llegar regalos de dinero a una perceptora de un subsidio social a pesar de que sabe que la perceptora no los va a declarar a la Seguridad Social y de ese modo va a cometer una estafa en perjuicio del titular de los subsidios sociales". Según la posición aquí mantenida esto es impune por falta de referencia de sentido delictiva. Y *Beckemper* llega con razón a la misma conclusión cuando dice: "El regalo de dinero es ciertamente *condicio-sine-qua-non* del engaño a las autoridades, pero no ha incrementado de modo reprobable el peligro para el bien jurídico, porque la ejecución del hecho no ha sido facilitada o fomentada". Pero el posibilitar es incluso más que un facilitamiento. Sin embargo es correcta la afirmación de esta autora cuando dice que falta un incremento del riesgo "reprobable"; pues la ausencia de reprobación se basa en la falta de referencia de sentido delictiva de la donación de dinero. De todos modos estos pocos ejemplos pueden poner de manifiesto que en los resultados apenas existen diferencias entre la teoría aquí defendida y los autores que en caso de conocimiento seguro de la voluntad delictiva del autor no quieren reconocer peculiaridades para la punibilidad de la cooperación de las acciones cotidianas.

2. El colaborador únicamente cuenta con una conducta delictiva del autor

En muchos casos ocurrirá que el sujeto externo no tiene conocimiento de una 241
resolución delictiva del autor, sino que sólo pondera la posibilidad de un empleo delictivo de su aportación. Así p.ej. si en el caso del destornillador (nm. 218) el vendedor no sabe que el adquirente quiera utilizar el instrumento con fines de realizar una entrada ilegal en domicilio, pero a consecuencia de su aspecto sospe-

[318] *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 527.
[319] *Weigend*, Nishihara-FS, 1998, 208.
[320] *Beckemper*, Jura, 2001, 165.

choso lo considera posible y se conforma con ello. Hay que ponderar si en tales supuestos concurre o no una complicidad con *dolus eventualis*. Esta es en sí misma posible, pero debe ser rechazada en virtud del **principio de confianza**; conforme al mismo todo el mundo puede lícitamente confiar en que otros no cometerán delitos dolosos en tanto no haya una "reconocible inclinación al hecho" en el otro que deje sin fuerza esa suposición. Ello ha sido expuesto –y aquí hay que remitir a ese punto– en detalle en el contexto de los delitos imprudentes[321], pero ha de valer igualmente para la participación dolosa: pues allí donde ya está excluida la imputación al tipo objetivo a consecuencia de un riesgo permitido fundado en el principio de confianza, ya no se plantea la cuestión de si hay dolo. En el caso del ejemplo hay que rechazar que haya una cooperación, porque un "aspecto sospechoso" basado en impresiones subjetivas no es suficiente para fundamentar una reconocible inclinación al hecho; para ello serían precisos puntos de apoyo concretos que hagan lógico pensar en la probabilidad de una finalidad de uso delictivo. Ello ocurriría por ejemplo si el participante en una riña callejera enfurecida comprara armas en un negocio situado enfrente con plena visión de la pelea; si aquí el vendedor cuenta con que las armas van a ser utilizadas para causar lesiones, se le puede exigir responsabilidad por una cooperación a esos hechos cometida con *dolus eventualis*.

242 Dado que en la mayoría de las "acciones cotidianas", sobre todo en los negocios de intercambio de la vida diaria, sólo en raras ocasiones concurrirá un conocimiento seguro de que en su caso está planeada una utilización delictiva del objeto proporcionado y que la calificación de cooperación cometida con *dolus eventualis* fracasará en la mayoría de los casos por ser aplicable el principio de confianza, no es frecuente que las acciones cotidianas den lugar a responsabilidad penal. Y dado que en los supuestos de *dolus eventualis* el dolo del sujeto externo no se extiende a un riesgo no permitido, falta un ataque al bien jurídico. Por tanto, las limitaciones de la punibilidad aquí desarrolladas se basan también en el segundo grupo de casos en el fundamento del castigo de la participación y en principios generales de imputación.

243 En la doctrina la diferenciación aquí propuesta entre el conocimiento seguro de la resolución delictiva del autor y el mero contar con esa posibilidad ha encontrado algunos partidarios[322], pero también alguna oposición; sin embargo ésta se basa en malentendidos.

244 Así *Weigend*[323] opina que falta ya "una fundamentación sostenible del hecho" de que el principio de confianza ciertamente deba intervenir en caso

---

[321] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 24, nm. 26 ss., con ulteriores citas.

[322] Al menos en el resultado: *Otto*, Lenckner-FS, 1998, 210, que parte de la "reflexión de que el dolo del sujeto externo en el caso de dolus eventualis no se extiende a un riesgo no permitido"; *Schild-Trappe*, 1995; *Amelung*, Grünwald-FS, 1999, 22 ss. *Rausiek*, 2000, 99, quiere "distinguir según si para el cooperador es seguro o al menos muy lógico pensar que se va a cometer el hecho antijurídico o si esto no está claro". Tb. *Ambos*, 2002, se ha adherido a la concepción mantenida en el texto.

[323] *Weigend*, Nishihara-FS, 1998, 199 s.

de contar con el resultado, pero no en el de conocimiento seguro de su producción. Esto pasa por alto que el principio de confianza es un principio generalmente reconocido de la imputación objetiva. Quien sabe algo con seguridad, lógicamente no puede materialmente ni puede lícitamente confiar en lo contrario. Pero quien sólo alberga temores genéricos, sin que de las circunstancias se desprenda una reconocible inclinación o predisposición al hecho en la persona a quien se va a apoyar, ha de poder lícitamente prestar la aportación solicitada y confiar en la conducta legal de aquél, porque de lo contrario sería imposible una vida social que pueda funcionar. La acción cotidiana cae entonces dentro del riesgo permitido, entre cuyas manifestaciones se cuenta también el principio de confianza. Por consiguiente, esta diferenciación realizada no es una construcción *ad hoc*, sino una aplicación de principios de imputación con validez general.

También es equivocado el reproche del Derecho penal de la actitud in- 245
terna[324]; pues si –bajo el presupuesto aquí formulado de la referencia de sentido delictiva– la causación favorecedora de un resultado típico con dolo directo se castiga como complicidad, ello satisface todos los requisitos de un Derecho penal del hecho. El dato de que otras acciones que sólo posiblemente favorezcan un delito se sitúen dentro del marco del riesgo permitido y por ello no sean imputables, no convierte la punición de lesiones dolosas de bienes jurídicos que sí son imputables en un Derecho penal de la actitud interna.

Beckemper[325] opina que "ciertamente es correcto que cualquier persona puede 246
lícitamente confiar en que otros no van a cometer delitos dolosos. Pero si concurre *dolus eventualis*, el cooperador precisamente no ha confiado en que el autor no cometerá ningún hecho punible"[326]. Y añade que si por el contrario p.ej. el vendedor del destornillador ciertamente ha estado pensando en si el comprador de aspecto sospechoso[327] querrá cometer con él una entrada con fractura en edificio, pero ha confiado en que no se produzca la comisión del delito, entonces el vendedor ha actuado sólo con imprudencia consciente y su conducta es impune. Por tanto, la tesis es que en cuanto a la punibilidad del cooperador "que duda" se trata sólo de la delimitación general entre *dolus eventualis* e imprudencia consciente y que a esto no le añade nada el principio de confianza. Sin embargo, esta tesis es equivocada: El principio de confianza como acuñación del riesgo permitido afecta ya a la imputación al tipo objetivo; y si entra en juego, porque en el ejemplo elegido el vendedor del destornillador no sabe nada del empleo que planea darle el comprador de aspecto sospechoso, entonces, dado que no concurre ya el tipo objetivo de la complicidad, la cuestión ya no depende en absoluto del tipo subjetivo y de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente. Que

[324] *Tag*, JR 1997, 51; *Weigend*, Nishihara-FS, 1998, 200; *Wohlers*, SchwZStr 177 (1999), 434. Contra esa objeción con ulteriores argumentos tb. *Amelung*, Grünwald-FS, 1999, 25.

[325] *Beckemper*, Jura 2001, 168; similar *Schall*, Meurer-GS, 2002, 110 ss.

[326] Similar en este punto *Amelung*, Grünwald-FS, 1999, 18 s.

[327] En el texto se dice erróneamente ¡"vendedor"!

el vendedor tema seriamente que se cometa un delito por parte del comprador o que al final confíe en su fidelidad al Derecho, es entonces indiferente[328].

3. La jurisprudencia

247 Ya el RG se ocupó de modo aislado de algunos casos que pertenecen al campo de las acciones cotidianas. Así RGSt 39, 44, 48, rechazó castigar los suministros del panadero y el carnicero al dueño de un burdel como complicidad al proxenetismo. Y con razón (cfr.. ya nm. 225): pues el disfrute de alimentos es legal y de ningún modo sirve exclusivamente para el favorecimiento del delito (cfr. nm. 222). Por tanto falta la referencia de sentido delictiva. En cambio, el RG quería resolver de modo distinto en caso de suministrar vino a un burdel, porque el consumo de vino sí fomenta de modo más específico las acciones de proxenetismo. Pero esto es demasiado estricto: pues el vino es un objeto de consumición usual en general y no sólo entre los clientes de burdeles, de modo que en tanto en cuanto también falta en ese caso una referencia de sentido delictiva.

248 Atinadamente rechaza el BGH[329] la concepción de "que toda colaboración –p.ej. de un trabajador– en una transacción con conocimiento de la evasión de impuestos a la transacción que a continuación se va a realizar debe calificarse como complicidad en el delito tributario". Un caso estructuralmente paralelo ya se ha tratado más arriba (nm. 224) como ejemplo de falta de referencia de sentido delictiva. Y también es consecuente que el BGH aprecie en tales supuestos una cooperación punible "si toda la empresa en la que colabora un auxiliador tiene exclusivamente el objetivo de conseguir una ganancia mediante evasión de impuestos"; pues en tal caso el único fin de la colaboración consiste en el favorecimiento o fomento del delito, de modo que hay que afirmar la existencia de una referencia de sentido delictiva.

249 Por el contrario, quien conduce en vehículo al traficante de drogas al lugar del hecho[330] o quien recoge al ladrón que ha entrado con fractura en edificio con un taxi desde ese lugar[331], ha sido castigado con razón como cooperador en el hurto o en su caso como encubridor; ya que los viajes en taxi tenían para los ladrones una función exclusivamente de favorecimiento del delito.

250 De la moderna discusión sobre la punibilidad de acciones cotidianas se ocupó por primera vez el Bundesgericht (Tribunal Federal) Suizo en el año 1993, adhiriéndose al hacerlo a la concepción aquí mantenida.[332]. Los acusa-

---

[328] Algo similar cabe decir frente a *Amelung*, Grünwald-FS, 1999, 18 s., que me replica que cuando se cuenta con el resultado no se puede confiar en que no se produzca. Pero la "confianza" en el principio de confianza no es un dato psíquico, sino un principio normativo, que restringe la imputación al tipo objetivo.

[329] BGHR StGB § 27 ap. 1, Hilfeleisten (prestar ayuda) 3.

[330] BGH GA 1981, 133.

[331] BGHSt 4, 107.

[332] Schweiz. BGE 119 (1993), 289, n.º 55. Cfr. por lo demás sobre la jurispr. del BG suizo *Wohlers*, NStZ 2000, 171.

dos habían enajenado carne de antílope africano, indicando correctamente la denominación de origen, a compradores dudosos, de los que sabían que venderían la carne como "carne de caza europea" cometiendo con ello una estafa. El tribunal apreció la existencia de una complicidad punible, porque, como sabían los suministradores, dar salida al producto con ganancias sólo era posible simulando que se trataba de carne de caza europea. "Los suministros habrían carecido de sentido sin las acciones punibles; por tanto hay que afirmar la existencia de la referencia de sentido delictiva". No hay nada que añadir a esta afirmación.

Posteriormente tres sentencias fundamentales de la Sala 5ª de los años 251
1998/1999/2000 convirtieron también en la jurisprudencia del BGH a las acciones neutras en un problema importante de la complicidad o cooperación. La primera sentencia[333] se refería a un notario, que estaba acusado por cooperación a administración desleal. El acusado calificaba su conducta como impune argumentando que él se había "mantenido en el marco de la adecuación profesional; que él cumpliendo lo encargado únicamente había desempeñado funciones correspondientes a la profesión de notario, que consideradas en sí mismas eran neutras y no suponían acciones punibles algunas. Cómo mínimo no es suficiente ante tal comportamiento un dolo sólo eventual –como el aquí constatado– para ... poder apreciar una cooperación". El BGH replicó a esto que el acusado había rebasado "el riesgo permitido típico de la profesión" y se había "empeñado ... en el favorecimiento de los autores 'reconociblemente inclinados o predispuestos al hecho' "[334]. "Dándose esos presupuestos, la apreciación de un dolo sólo eventual es suficiente para la complicidad en la administración desleal ...". Con ello para los supuestos de conocimiento no seguro se está atendiendo, en coincidencia con la opinión aquí defendida, al principio de confianza, cuya entrada en juego se rechaza con razón basándose en el criterio empleado en esta exposición de la reconocible inclinación o predisposición al hecho.

La segunda resolución[335] se refería a un abogado, acusado de cooperación 252
a la estafa. Éste, por encargo de una firma "cuya única finalidad empresarial consistía en adquirir fraudulentamente fondos para inversiones", había "elaborado un folleto destinado a la publicidad a clientes", correcto en su contenido, "exponiendo las conexiones y riesgos económicos de los negocios con mercancías a plazo". La empresa quería suscitar de esa manera "la apariencia de seriedad" y privar de base a la objeción de falta de información sobre el riesgo que pudieran formular los clientes timados.

La responsabilidad penal por complicidad es enjuiciada en este caso por el 253
BGH conforme a los siguientes principios que rigen "con carácter general para acciones neutras, típicas de la profesión": "Si la actuación del autor principal per-

---

[333] BGH NStZ RR 1999, 184.

[334] Con referencia literal al "criterio" manejado por mí en LK-*Roxin*, 11.ª, § 27, nm. 21.

[335] BGH NStZ 2000, 34.

sigue exclusivamente el objetivo de cometer una acción punible, y esto lo sabe quien presta ayuda, su aportación al hecho debe valorarse como acción de cooperación ... En este caso su actividad pierde siempre el 'carácter de cotidiana' ... En cambio si quien presta ayuda no sabe cómo va a ser empleada por el autor principal la aportación prestada y si considera meramente como posible que su actividad sea utilizada para cometer un hecho punible, por regla general su actuación no deberá enjuiciarse aún como acción de cooperación punible, a no ser que el riesgo que ha reconocido de una conducta punible del sujeto apoyado por él fuera tan elevado que con su prestación de ayuda él 'se hubiera empeñado en favorecer a un autor reconociblemente inclinado o predispuesto al hecho'..."[336]. De este modo la resolución, en relación con el saber no seguro, se adhirió a los principios de la sentencia precedente sobre administración desleal, pero aparte de ello asumió también la distinción entre conocimiento seguro y mero considerar posible una resolución delictiva. La necesidad de una referencia de sentido delictiva no se menciona expresamente, pero se tiene implícitamente en cuenta con las palabras "si la actuación del autor principal persigue exclusivamente el objetivo de cometer una acción punible". Por tanto, bien se puede afirmar que la solución aquí desarrollada se ha impuesto en la jurispr. reciente[337].

254 En una tercera sentencia[338] el BGH ha trasladado los principios desarrollados ya en el caso del folleto publicitario, y declarados principios "que rigen con carácter general", al tan discutido problema de la colaboración de empleados de banca en una transferencia de capital al extranjero que sirve para una evasión de impuestos. El BGH repite textualmente los principios allí establecidos (citados en nm. 253) y rechaza las numerosas opiniones doctrinales contrarias referidas precisamente a esos supuestos (cfr. sobre la "adecuación profesional" ya la cita en nm. 233). A ese respecto el BGH parte de la base de que el empleado del banco acusado en la "transferencia camuflada" del dinero conocía en parte con seguridad las intenciones del cliente de evadir impuestos, y de que incluso aunque sólo contara con tales intenciones, sin conocerlas con seguridad, la reconocible predisposición o inclinación al hecho del cliente fundamenta la punibilidad por complicidad. Todo ello merece ser compartido.

IV. El momento de la complicidad o cooperación

255 La **cooperación** es prestada en algunos casos **durante la ejecución del hecho principal**. Sin embargo ha de tratarse entonces de aportaciones poco importantes, porque una colaboración **esencial** en la fase de ejecución en

---

[336] La cuestión de si en el caso concreto concurrían esos presupuestos se la encomienda el BGH al tribunal de instancia para su ulterior examen.

[337] Asimismo *Wohlers*, NStZ 2000, 170: "con ello el BGH ha acogido y asumido hasta en las formulaciones la propuesta de solución de Roxin", y *Ambos*, JA 2000, 724: "hasta en la selección de las palabras inclusive". Sobre la recepción del criterio de la "referencia de sentido delictiva" por el BGH cfr. tb. la sentencia, ya reproducida en nm. 224, BGH NJW 2001, 2410.

[338] BGHSt 46, 107.

los delitos de dominio fundamenta una coautoría (cfr. § 25, nm. 188 ss.)*. Pequeños servicios, el ejercicio de funciones protectoras periféricas y apoyos psíquicos intensificadores del hecho serán los supuestos principales.

La mayoría de las **acciones de complicidad o cooperación** caen en la fase **preparatoria**. Tal cooperación es sin más posible y punible[339] (y no p.ej. una colaboración impune a la preparación impune) si su eficacia dura hasta el estadio de consumación o de tentativa inclusive (nm. 217, 189). Por tanto, quien tres días antes del hecho le da una llave falsa al ladrón y con ello suspende su actividad de ayuda, por supuesto responde penalmente por cooperación al hecho consumado si la llave es utilizada en la ejecución. La cooperación puede incluso prestarse ya antes de que el autor haya tomado una resolución de cometer el hecho[340]. Así p.ej. quien, ante un autor ciertamente inclinado pero aún no resuelto a cometer el hecho, por si acaso y sin inducirle le asesora en la compra de un arma apropiada para el hecho (v. al respecto nm. 66 ss.), resulta culpable de complicidad si a continuación el autor se decide y en la comisión del hecho utiliza el arma recomendada. Del mismo modo, en los supuestos de transferencias de capital al extranjero tampoco queda excluida una cooperación a la evasión de impuestos por el hecho de "que en el momento de su comisión aún no existía en absoluto una obligación tributaria vencida, sino que la misma sólo fue creada mediante la inversión en el extranjero" (BGHSt 46, 115). 256

La cuestión de cuál es el **último momento posible para una cooperación** es polémica. Según jurispr. constante [341] y una posición también ampliamente 257

---

* Esa es la tesis de *Roxin*, mantenida desde hace mucho tiempo y reproducida en los nm. cits del § anterior, por considerar que hay "dominio funcional del hecho" en una cooperación imprescindible, y actualizada en la fase de ejecución, que si no se prestara, desbarataría o impediría la ejecución del autor directo. Pero, como es sabido, nosotros (cfr. sólo *Luzón Peña/Díaz y García Conlledo*, Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, AFDUA [Anuario Fac. Der Univ. Alcalá] n.º extraord. 2000, 53 ss.; tb. en DPCoRI [DP Contemporáneo, Rev. Internac., Colombia] 2 2003, 89 ss.; Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale, Roxin-FS, 2001, 575 ss.) sostenemos, con buena parte de la doctrina, que sólo hay coautoría si hay dominio positivo conjunto del hecho (basado en la determinación objetiva y positiva del hecho), pero que no basta el "dominio" meramente negativo o potencial de poder impedir el hecho si no se presta la colaboración, que caracteriza sólo a la cooperación necesaria, que es una forma de participación y no de autoría, se realice en la fase de ejecución o antes de la misma: en Derecho alemán sigue siendo cooperación o complicidad (si bien con el inconveniente de que el § 27 II StGB impone como obligatoria la atenuación de pena en toda la complicidad, aunque sea esencial o necesaria, regulación ciertamente no satisfactoria y que mueve a buena parte de la doctrina a convertir la cooperación necesaria en coautoría para evitar la atenuación), pero en el CP español y en otros CP similares además ocurre que de las dos clases de cooperación –necesaria y no necesaria–, la necesaria es participación, pero está equiparada en pena a la autoría, a diferencia de la cooperación no necesaria, cuya pena es atenuada. [N. del T.]

[339] RGRspr. 9, 149; RGSt 4, 95 s.; 28, 287; 51, 136, 141; 58, 113 s.; BGHSt 2, 344, 346.

[340] RGRspr. 3, 464; RGSt 8, 267 s.; 16, 350; 38, 417 ss.; 58, 113 s.; 59, 376, 379; 67, 191, 193; 75, 112 s.; BGHSt 2, 345 ss.

[341] RGSt 23, 292; 58, 13 s.; 71, 193 s.; RG JW 1934, 837 con Com. de *Mezger*; RG HRR 1940, n.º 469; OGHSt 2, 50, 59 s.; 2, 209 ss.; 3, 1, 3; BGHSt 3, 40, 43 s.; 4, 132 s.; 6, 248, 251; 19, 325; BGH VRS 16

difundida en la doctrina[342] también es posible una complicidad más allá del momento de la realización (formal) del tipo hasta la terminación o el "agotamiento material" del hecho, es decir hasta el aseguramiento del resultado[343]. Así p.ej. si unos ladrones hurtan chatarra en un terreno no vallado y la guardan en un escondrijo cercano, ello es un hurto consumado. Sin embargo, según esta posición aquel que por encardo del ladrón recoge posteriormente el botín del escondite, pese a ello no debe ser castigado necesariamente por favorecimiento (§ 257), sino que posiblemente en lugar de eso podrá ser castigado también por complicidad, porque ha ayudado en el agotamiento material del hurto (el aseguramiento del botín) (BGHSt 4, 132). Lo decisivo según eso para delimitar cooperación y favorecimiento en el periodo de tiempo entre consumación formal y agotamiento material del hecho debe ser "la representación y la voluntad del autor". "Si lo que se da es cooperación o favorecimiento, en lo esencial es una cuestión del hecho" (BGHSt 4, 133). Asimismo pueden concurrir complicidad y favorecimiento al mismo tiempo si alguien impide al propietario perseguir al ladrón que huye con el botín (BGHSt 6, 251; similar BGH MDR (D) 1967, 726).

258 Tras el agotamiento material del hecho la jurispr. tampoco admite ya una cooperación. Por tanto, si un atracador lleva su botín a la vivienda de su novia y ésta le ayuda allí a borrar las huellas digitales, queda excluida una cooperación, pues al albergar el botín el hecho también estaba ya materialmente agotado. En este supuesto también el BGH ha destacado que el momento del agotamiento del robo "no se puede dilatar demasiado lejos"[344]. Asimismo el BGH ha rechazado que hubiera complicidad al robo en una acusada que había conducido en vehículo a los Países Bajos al autor después de que éste cometiera un atraco en una gasolinera, pero ella sólo se había enterado del hecho después de subir el ladrón al vehículo (BGH JZ 1989, 759) [345]. Por lo demás según la jurispr. ya no pueden ser cooperación los esfuerzos por albergar el botín si éste ya ha sido puesto en lugar seguro por la policía[346]; afirmando que si el ataque al bien jurídico ha "encontrado ya su fin inmodificable", se ha "agotado con ello ya el hecho".

(1959), 267; BGH MDR (D) 1967, 726; OLG Köln NJW 1956, 154; OLG Hamm JZ 1961, 94 con Com. de *Stratenwerth*; OLG Karlsruhe GA 1971, 281; BayObLG NStZ 1999, 568; 2000, 31.

[342] *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 31 II 2 b; *Blei*, AT, 18.ª, § 80 I; *Bockelmann/Volk*, AT, 4.ª, § 25 III 2 b; *Hau*, 1974, 119 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 III 2 b; *Krey*, AT/2, nm. 306; *Lackner*, 20.ª, § 27, nm. 3 (precavido: debe de ... se posible"); *Preisendanz*, 30.ª, § 27, n. 3 c; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 14/137; restrictivamente *el mismo*, StuB AT, 2.ª, 10/138; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 27, nm. 17; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 583 – diferenciando *Gropp*, AT, 2.ª, § 10, nm. 143.; *Kühl*, 1974, 94 ss.; SK-*Samson*, 5.ª, § 27, nm. 18; rechazándolo ahora SK-*Hoyer*, 7.ª, § 27, nm. 16.

[343] De modo general sobre "El agotamiento del delito consumado: Die Beendigung des vollendeten Delikts" *Kühl*, Roxin-FS, 2001, 665.

[344] BGH StV 1981, 127, invocando la BGHSt 8, 390; 19, 323; 21, 377, sobre la cuestión del agotamiento material; BGHR StGB, § 27 I, Hilfeleisten (prestar ayuda), n.º 1.

[345] Pero naturalmente en ambos casos hay que afirmar la concurrencia de los §§ 257 y 258 [favorecimiento y encubrimiento].

[346] BGH JZ 1985, 299; al respecto *Laubenthal*, Jura 1985, 630; *Küper*, JuS 1986, 862.

Pero lo correcto es no calificar nunca como complicidad acciones em- 259
prendidas en favor del autor después de la realización del tipo y que no realizan sus elementos típicos, sino sólo desde el punto de vista de los §§ 257 y 258 [favorecimiento y encubrimiento][347]. Tres razones hablan a favor de esta posición:

En primer lugar suscita reparos el hecho de que la construcción de una 260
cooperación después de la realización consumada del tipo abre en muchos casos la posibilidad de castigar al reo mucho más duramente de lo que sería posible conforme a los §§ 257 y 258. Si imaginamos el caso de alguien apoya a un atracador en el aseguramiento del botín, la cooperación a pesar de la atenuación conforme al § 49 I b, n.º 1 puede ser castigada con más de diez años de prisión, mientras que el § 257 (como el § 258) prevé una pena máxima de cinco años. Pero la institución de una "terminación" o "agotamiento material", que posibilita tales agravaciones, no se puede desprender de la ley. El § 257 comprende toda prestación de ayuda a favor de un autor "que ha cometido un hecho antijurídico". Por ello recurrir en este caso al marco penal de la cooperación extiende la punibilidad más allá del tenor literal de la ley y vulnera por eso el principio "*nulla poena sine lege*". Esto no significa rechazar por completo la construcción del "agotamiento material" o terminación material. Pero la misma sólo debe ser empleada allí donde restringe la punibilidad, como ocurre en la legítima defensa[348]; en cambio no es adecuada para ampliar la punibilidad.

En segundo lugar, no se puede entender cómo "la representación y la 261
voluntad del autor" van a poder decidir sobre la delimitación entre favorecimiento y complicidad. En efecto, lo único que abarca el saber y la voluntad del agente es la circunstancia de que él presta ayuda al autor tras la consumación del hecho. Pero no reflexiona sobre si tal conducta es favorecimiento o cooperación[349]. Y si lo hiciera, la cuestión no podría depender de ello, pues se trata de una cuestión de Derecho, que ha de decidirse no según la opinión del autor, sino según los criterios del ordenamiento jurídico. Por tanto, "representación y voluntad del autor" son una fórmula vacía, que puede ser rellenada por el juez a su antojo; en esa dirección va también la observación del BGH de que la delimitación es "en lo esencial una cuestión del hecho".

Por último, la idea de un "espacio de tiempo del agotamiento" (o ter- 262
minación), que entra en juego tras la consumación del hecho y aún es

---

[347] En lo sustancial como aquí *Bitzilekis*, ZStW 99 (1987), 733 ss.; *Bottke*, JA 1980, 379; *Gallas*, ZAkDR 1937, 438 s.; *Herzberg*, 1977, § 5 III 2; *Isenbeck*, NJW 1965, 2336; *Jakobs*, AT, 2.ª, 22/40 s.; *Joecks*, 3.ª, § 257, nm. 7 f.; *Kühl*, 1974, 94 ss.; *el mismo*, JuS 1982, 189; *el mismo*, Roxin-FS, 2001, 680; *el mismo*, AT, 3.ª, § 20, nm. 238; *Küper*, JZ 1981, 209, 251; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 39/7 ss., 32 ss.; *Rudolphi*, Jescheck-FS, 1985, 559; *el mismo*, SK, 6.ª, antes del § 22, nm. 9; SK-*Hoyer*, 7.ª, § 27, nm. 18; asimismo *Köhler*, AT, 536.

[348] *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 15, nm. 27.

[349] Igualmente *Geppert*, Jura 1994, 441, 443, con ulteriores citas.

apto para que haya complicidad, carece de toda delimitación clara y ha de rechazarse ya por la inseguridad jurídica vinculada a la misma. Mientras que en los delitos de apropiación el criterio del "aseguramiento del botín" al menos proporciona un punto de apoyo (aunque ¿cuándo está el botín asegurado "definitivamente?"), en otros delitos falta cualquier criterio manejable. Así la sent. Bay ObLG[350] pretende admitir aún una cooperación a la huida del lugar del accidente (§ 142) "si el autor, aunque ya se haya 'alejado' del lugar del accidente, sin embargo ni ha alcanzado su lugar de destino ni se ha puesto definitivamente a buen seguro". Hay que dar la razón a *Kühl*[351] cuando llama "completamente arbitraria" a la libre fijación de tales periodos de tiempo del agotamiento; pues el § 142 castiga el hecho de impedir las comprobaciones en el lugar del accidente, y el alcanzar el lugar de destino o una "seguridad" definitiva no tiene nada que ver con eso.

263 Pero según la opinión aquí defendida aún cabe plantear una cooperación si al sumarse el auxiliador ya se han realizado algunos elementos del tipo[352]. Por consiguiente, si en una estafa ya han tenido lugar el engaño y la producción de error por parte del autor y un sujeto externo colabora sólo a continuación en la producción del perjuicio a la víctima (p.ej. transportando las cosas defraudadas para llevárselas de allí), ello es punible como complicidad. Asimismo comete cooperación al robo quien se suma sólo tras el empleo de violencia y colabora entonces –con conocimiento de la violencia empleada por el autor– en la sustracción. Esta interpretación es discutida por algunos autores[353]. Sin embargo, dado que una cooperación prestada antes de la comisión del hecho tampoco tiene por qué extenderse a todos los elementos típicos, no se ve por qué ello habría de ser distinto en una colaboración prestada durante la fase de ejecución. Las razones que en el caso de la coautoría se oponen a la imputación de circunstancias agravatorias ya realizadas (cfr. § 25, nm. 227), no alcanzan y son aplicables todas sin excepción a la cooperación.

264 Incluso aunque el autor de una estafa tras provocar una "puesta en peligro del patrimonio" sea ya responsable de un delito consumado, aquel que provoca (o co-provoca) el perjuicio definitivo puede ser cómplice, porque él colabora aún en la acción típica de causar perjuicio[354]. E igualmente es

---

[350] BayObLG JZ 1981, 241; discr.: *Bottke*, JA 1980, 379; *Kühl*, JuS 1982, 191; SK-*Rudolphi*, 6.ª, § 142, nm. 53.

[351] *Kühl*, JuS 1982, 191; *el mismo*, Roxin-FS, 2001, 675 s.; *el mismo*, AT, 3.ª, § 20, nm. 239.

[352] *Kühl*, 1974, 80 ss., 101 ss.; cfr. tb. *el mismo*, Roxin-FS, 2001, 681.

[353] Cfr. ya § 25, n. 186, con ulteriores citas; además *Rudolphi*, Jescheck-FS, 1985, 576. Discr. tb. *Jakobs*, AT, 2.ª, 22/40: sólo es cooperador o cómplice "quien ayuda a una completa realización del tipo". A pesar de ello propone castigar a quien ayuda en la sustracción por cooperación al robo si es posible anular el empleo de violencia por el autor.

[354] Para más detalles *Kühl*, 1974, 101 ss. De la jurispr. en el sentido aquí defendido RG JW 1934, 837, y –en un caso correlativo de chantaje– RG HRR 1940, n.º 469.

posible una cooperación en los delitos permanentes mientras persista aún el estado antijurídico (RGSt 38, 417). Por tanto, si A encierra a B en un cuarto sujetando la puerta (§ 239), C puede prestar cooperación proporcionándole a A, a petición suya, una llave para cerrar la puerta: pues esa contribución sirve para sostener la realización típica que aún se encuentra en curso[355].

En cambio, en los delitos de estado queda excluida la complicidad tras 265
la consumación, incluso aunque la aportación del sujeto que se suma sirva para la realización de una intención típicamente relevante o para la rápida realización del resultado perseguido por el autor. Por tanto, si el chantajeado envía por correo el dinero al chantajista y un tercero, el reo, recoge para éste el dinero en Correos, ello no es cooperación, sino favorecimiento[356], ya que el perjuicio definitivo de la víctima ya se ha producido, y el enriquecimiento del autor ya no pertenece al tipo. Y quien tras concluirse la acción de prender fuego o incendiar, es decir tras la consumación típica del § 306 o del § 306 a, arroja gasóleo al edificio en llamas y provoca con ello que arda y se desplome más rápidamente, no comete, como sostiene la jurispr., cooperación al incendio[357]; sino que debe ser castigado como autor yuxtapuesto de un incendio, porque su conducta supone una acción autónoma de prender fuego[358].

En oposición a la concepción aquí desarrollada algunos autores, aunque 266
asimismo rechazan la posición diferenciadora de la jurispr. (nm. 259), sin embargo sustentan la posición de que una prestación de ayuda entre consumación formal y terminación o agotamiento material del hecho sólo puede ser calificada siempre como cooperación (y nunca desde el punto de vista del favorecimiento o del encubrimiento)[359]. No obstante, el argumento que había que oponer a la jurispr. de que ello constituye una vulneración del principio *nulla poena* (nm. 260), vale también aquí exactamente igual que la objeción planteada en nm. 264.

---

[355] A favor de apreciar cooperación en este caso tb. *Jakobs*, AT, 2.ª, 22/40. *Rudolphi*, Jescheck-FS, 1985, 565 ss., aprecia cooperación a autoría de un delito continuado omisivo o en su caso un hecho del § 239 en autoría yuxtapuesta.

[356] *Kühl*, JuS 1982, 189, con ulteriores citas.

[357] RGSt 71, 193, con Com. discr. de *Gallas*, ZAkDR 1937, 438; OLG Hamm JZ 1961, 94, con Com. de *Stratenwerth* apoyándola.

[358] Para más detalles *Rudolphi*, Jescheck-FS, 1985, 563 ss. *Kühl*, 1974, 104 ss. (105), quiere calificar como cooperación, al ampliar tanto el concepto "incendiar" que el mismo "sigue abarcando incluso la fase hasta que se quema totalmente el objeto al que se ha prendido fuego". Pero tal interpretación no es posible conforme al tenor literal del § 306 e. *Jakobs*, AT, 2.ª, 22/40 opina: "Quien ayuda al autor a echar gasolina en un edificio incendiado, responde por cooperación en unos daños cualificados conforme a los §§ 27 y 305, pero no en el incendio".

[359] *Geppert*, Jura 1980, 274 s.; *Laubenthal*, Jura 1985, 632 s.; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 257, nm. 8; *Seelmann*, JuS 1983, 33 s.; *Vogler*, Dreher-FS, 1977, 417; tb. lo sostenía aún *Wessels*, BT/2, 21.ª, nm. 746 (pero ahora similar a lo que aquí se sostiene *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, 24.ª, nm. 804). Diferenciando *Lesch*, 1992, 272 ss., 310 ss., que en todo caso quiere admitir cooperación si concurre una "unidad de organización colectiva".

V. El dolo del cómplice. El exceso del autor

267 Respecto del dolo del cooperador y del exceso del autor rige –*mutatis mutandis*– en lo sustancial lo mismo que en la inducción, de modo que aquí podemos remitir a la exposición allí efectuada (nm. 130 ss., 109 ss.). Aquí puede bastar una breve síntesis con los complementos y modificaciones que se producen en la cooperación.

268 Dado que la cooperación o complicidad ha de prestarse de modo doloso, **no** es suficiente una prestación de ayuda **imprudente** o incluso temeraria[360]. Pero puede haber una autoría imprudente, p.ej. si se deja un arma al alcance de un sujeto reconociblemente predispuesto a cometer el hecho[361]. En cambio, para el dolo del cooperador también basta el *dolus eventualis*[362]. Sin embargo, raras veces se dará una cooperación con dolo eventual, porque en principio se puede confiar en que otros no cometerán delitos dolosos; por ello sólo se puede plantear una cooperación –como la imputación por imprudencia– en caso de reconocible inclinación o propensión del autor al hecho (para más detalles nm. 241 s.). Por otra parte, no es necesaria para la cooperación una "aprobación" del hecho reconocible al exterior o simplemente interna[363]. Quien desaprueba el hecho (p. ej. de un pariente), pero aun de mala gana presta la ayuda solicitada, resulta culpable de complicidad. Y otros posibles reparos internos no cambian para nada la cooperación[364].

269 Ahora bien, la jurispr. ciertamente requiere del cooperador un "dolo de fomento" o favorecimiento en el sentido de que él tiene que considerar su contribución útil para el autor[365]. En la jurisprudencia reciente se utiliza cada vez más este criterio, para volver a restringir desde la parte subjetiva el tipo que a través de la "fórmula del fomento o favorecimiento" (nm. 186 ss.) ha sido ampliado excesivamente. Así subraya la BGHR StGB, § 27 ap. 1, Vorsatz (dolo), n.º 4, "que pueden existir ... objeciones contra la admisión de un dolo del cooperador, si la aportación del 'cooperador' al éxito del hecho era para éste reconociblemente innecesaria en sí misma y también carecía de importancia para la forma de ejecución del hecho". Pero lo correcto sería negar ya en un caso así el aumento causal del riesgo (nm. 210 ss.) y con ello la existencia de una "ayuda" objetiva. Algo similar vale para expresiones tales como la de que es

---

[360] Así ya la jurispr. antigua: RGSt 39, 214; BGHSt 1, 283.

[361] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 24, nm. 26 ss.

[362] RGSt 59, 246; 70, 24; BGHSt 2, 281; BGH NJW 1966, 676 s.; BGH MDR (D) 1957, 266; cfr. tb. *Eser*, StrafR II, 3.ª, n.º 46, nm. A 13; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 27, nm. 19; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 27, nm. 8.

[363] LK-*Roxin*, 11.ª, § 27, nm. 46; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 III 2 d.

[364] RGSt 56, 168; BGHR StGB, § 27 I, Vorsatz (dolo), núms. 1 y 5; BGH NStE, § 27 StGB, n.º 4; BayObLGSt 1951, 195; OLG Karlsruhe GA 1971, 281; OLG Stuttgart NJW 1950, 118 s.

[365] RGSt 72, 20, 24; BGHR StGB, § 27 I, Vorsatz (dolo), n.º 2.

cuestionable que haya dolo de cooperador "si la acción del 'cooperador' puede aportar reconociblemente poco al éxito del hecho"; pero también en este caso se trata más bien de la inutilidad objetiva de la aportación[366].

Por lo demás el dolo del cooperador, como el dolo del inductor, tiene 270
dos puntos de referencia: tiene que dirigirse a la prestación de ayuda a una acción dolosa del autor y a la lesión por parte del autor del bien jurídico típicamente protegido (el llamado **dolo doble del cooperador**)[367]. A ese respecto el concepto de prestación de ayuda, o sea el primer punto de referencia del dolo del cooperador ha sido ya explicado detenidamente en el sentido de un aumento causal y jurídicamente desaprobado del riesgo (nm. 186 ss., 210 ss., 221 ss.). Por otra parte, que el dolo del cooperador además de a la prestación de ayuda también ha de dirigirse al hecho en forma de una lesión del bien jurídico por el autor, se deriva del carácter de la participación como ataque al bien jurídico y coincide totalmente con lo expuesto en la inducción (nm. 150 ss.). Conforme a ello, en primer lugar no habrá cooperación si el sujeto externo sólo quiere dejar llegar el hecho hasta la tentativa (p.ej. proporciona una sustancia abortiva inidónea, o sabe que el hecho no se podrá consumar porque ya se ha avisado a la policía)[368].

Pero tampoco hay complicidad punible si en delitos de peligro abstracto 271
el sujeto externo excluye la realización del peligro (cfr. nm. 158); o si en caso de delitos de preparación y de emprendimiento convertidos en tipos autónomos no quiere que se llegue a la consumación del hecho al que se refieren la preparación o la tentativa (nm. 158 ss.); y por último si en caso de tipos con elementos de intención referidos al bien jurídico el sujeto no ha acogido en su dolo la realización de la intención por el autor (nm. 161 ss.). Es cierto que el centro de gravedad de los correspondientes problemas de dolo reside en la inducción debido a la extendida intervención de agentes provocadores; pero no obstante, una de las más importantes sentencias del BGH sobre la punibilidad del *agent provocateur* en el escenario de las drogas se ha referido a un supuesto de complicidad (BGH StV 1981, 549; cfr. sobre ella nm. 157).

Por lo que se refiere a la determinación o **precisión del dolo del coo-** 272
perador, se pueden asumir las reglas elaboradas para el dolo del inductor (nm. 133 ss.) pero no sin restricción. Ciertamente en la mayoría de los casos el cooperador conocerá las "dimensiones esenciales del injusto o ilícito", a las que se atendía en la inducción (nm. 136): pues si el apoyo consiste en aportaciones materiales o aunque sólo sea en asesoramiento técnico, por regla general sólo se puede prestar ayuda eficaz si el auxiliador sabe algo

---

[366] Un rechazo del dolo de fomento se encuentra además en BGHR StGB, § 27 I, Unterlassen (omisión), n.º 1; BGH StV 1981, 549; BGH wistra 1990, 20.

[367] *Eser*, StrafR II, 3.ª, n.º 46, nm. A 2; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 III 2 d; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 27, nm. 7.

[368] RGSt 15, 315, 317; 17, 377 ss.; 56, 168, 170; 60, 23 ss.; cfr. tb. OLG Koblenz HESt 2, 279.

más exactamente qué pretende el autor. Sin embargo también habrá que admitir que hay cooperación aun cuando el cómplice sólo conozca el tipo que se va a realizar, sin averiguar más detalles sobre la dimensión aproximada del daño o perjuicio y sobre el modo y manera del ataque planeado[369]. Por tanto, quien presta una pistola "para un atraco" y fuera de eso no tiene más información sobre el plan del autor, sin embargo debe ser castigado por cooperación en caso de ejecutarse el hecho[370]. Si el dolo del cómplice ha de ser algo menos preciso que el del inductor, la razón de ello es que el inductor ha de prefigurar el hecho y por ello conocerlo al menos a grandes rasgos, para que se le pueda responsabilizar de desencadenar el suceso. Por el contrario el cooperador ya se encuentra previamente la resolución del autor y con ella la concepción del hecho planeado, sin tener que prestarle otros perfiles al mismo.

273 El hecho de que hay que plantear menores exigencias a la precisión del dolo del cómplice lo pone de manifiesto también una comparación con la "cooperación posterior" de los §§ 257 y 258. En ellos el dolo del favorecedor o encubridor no precisa dirigirse siquiera a un determinado tipo, sino sólo a un "hecho antijurídico" del autor previo. Como ambos preceptos tienen su propio marco penal, el legislador puede incluso renunciar al conocimiento de un determinado tipo realizado por el autor; ello en cambio no es posible en la cooperación debido a su orientación por el marco penal del hecho principal. Pero si en la "cooperación posterior" es suficiente ya la representación de cualquier hecho antijurídico no especificado más concretamente, parece adecuado conformarse en el caso del § 27 con que el cooperador conozca el tipo realizado por el autor. Los problemas de determinación de la pena, que requieren una precisión algo mayor del dolo del inductor (nm. 137), son menos relevantes en el caso del cómplice o cooperador, porque la atenuación obligatoria de la pena le da al juez un margen de juego más amplio para una reducción de la pena.

274 También el BGH le plantea a veces menores exigencias al dolo del cooperador que al dolo del inductor, pero todavía no se ha impuesto en su seno una concepción clara y uniforme. Una sentencia reciente[371] resolvió sobre unos hechos en los que la acusada había vendido un despertador que

---

[369] Esta posición está avanzando en la literatura científica, siendo defendida tb. por: *Herzberg*, JuS 1987, 617 (619 ss.); *Ingelfinger*, 1992, 156 s.; *Scheffler*, JuS 1997, 598 (599); *Wild*, JuS 1992, 911 (913); *Wolf*, JR 1992, 427 (429). Frente a esto *Theile*, 1999, 144 ss., exige un "contenido de representación abstracto-gráfico" del cómplice o cooperador, pero sin embargo no se diferencia sustancialmente de esa opinión cuando se conforma –p.ej. en caso de proporcionar un medio para el hecho– con que el cooperador se represente que la víctima ha "caído en el círculo de eficacia del medio real para el hecho" (loc. cit., 147). Naturalmente que el cooperador ha de representarse que su conducta favorece o fomenta un acontecer del hecho principal perfilado por la descripción del tipo; pero ello es también suficiente.

[370] Así tb. en el resultado *Herzberg*, JuS 1987, 618; *Ingelfinger*, 1992, 156 s.

[371] BGHR StGB, § 27 I, Vorsatz (dolo), n.º 6. Sents. más antiguas sobre la precisión del dolo de complicidad o cooperación: RGSt 1, 110; 4, 95; 31, 35; 59, 245; 67, 343; BGH MDR 1955, 143; BGHSt

fue empleado por unas "células revolucionarias" como "temporizador en el atentado con bomba contra el edificio de Lufthansa en Colonia". Al hacerlo sabía que con el suministro del despertador estaba apoyando un "atentado con bomba a objetos de los enemigos políticos". El objeto concreto del atentado y otras circunstancias que individualizaban la comisión del hecho le eran desconocidos. Pero pese a elo el BGH afirma la existencia de una cooperación a "provocar el estallido de explosivos" (§ 308), y por tanto renuncia a las exigencias de precisión que la BGHSt 34, 63 (nm. 134 ss.) había planteado para el dolo del inductor. La presente resolución elude confrontarse con aquella sentencia: "La cuestión de si habría que aplicar un criterio más estricto a la precisión del hecho en la representación del inductor (BGHSt 34, 63 ...), aquí no se plantea". Por tanto se deja abierta la cuestión de si la Sala que tenía que conocer de los hechos discrepanía en su caso también para el dolo del inductor de la BGHSt 34, 63. Y también queda abierta la cuestión de si para la cooperación debe bastar el conocimiento del tipo realizado por el autor. La frase de que la imagen de la representación de la acusada abarca "el contenido esencial del injusto y la dirección de ataque del hecho apoyado por ella" y que esa concreción basta para el dolo del cooperador, habla a favor de la concepción desarrollada aquí (nm. 136 ss.) para la inducción, que atiende a las "dimensiones esenciales del injusto". Por otra parte la provocación de una explosión y la puesta en peligro de cosas ajenas así producida pertenece ya a los elementos típicos del § 308, de modo que la sentencia también es conciliable con una concepción que para la precisión o determinación del dolo del cooperador requiere sólo el conocimiento del tipo realizado por el autor. Esto coincidiría también con la jurisprudencia más antigua, según la cual no es necesario que el cooperador conozca el exacto origen, lugar, tiempo y víctima del hecho[372].

Otra sentencia del BGH[373] se ocupó del caso de un perito jurado sobre 275
piedras preciosas, que de mala fe le certificó a quien le hizo el encargo que sus piedras preciosas tenían un valor de ca. 300.000 DM, a pesar de que por su mala calidad eran prácticamente invendibles y tenían un valor de readquisición de menos de 40.000 DM; en todo el suceso hubo acuerdo tácito en que el "dictamen pericial" debía acreditar un valor muy sobreestimado y servir para actuaciones defraudatorias. El acusado reconoció que gracias a las falsas indicaciones sobre su valor las piedras debían ser o enajenadas o empeñadas por un valor excexivo y se conformó con ambas posibilidades. Efectivamente el dueño de las gemas empeñó su colección invocando la va-

---

11, 66; BGH GA 1959, 185; GA 1967, 115; GA 1981, 133. Una exposición y análisis de esas sentencias, que van perdiendo importancia frente a la jurispr. reciente, la ofrece *Theile*, 1999, 110 ss.

[372] Cfr. RGSt 67, 343; RG JW 1938, 2198, n.º 8 i. f.; BGH MDR (D) 1955, 143; BGH GA 1967, 115.

[373] BGHSt 42, 135, con Com. de *Roxin*, JZ 1997, 210 (= *Roxin*, HRR AT, caso 83, 125 s. y 206 s.; caso 84, 126 ss. y 207; Fall 85, 128 s. y. 207 s.); *Büscher*, JuS 1998, 384; *Fahl*, JA 1997, 11; *Kindhäuser*, NStZ 1997, 273; *Loos*, JR 1997, 297; *Otto*, JK 97, § 27/11; *Scheffler*, JuS 1997, 598; *Schlehofer*, StV 1997, 412. Una detallada exposición y análisis de las distintas posiciones la ofrece *Theile*, 1999, 16 ss.

loración del acusado contra un crédito de 270.000 DM. Luego no pudo devolver el crédito y la caja de ahorros tampoco logró enajenar las piedras. Su poseedor fue condenado por estafa y el acusado por cooperación a la misma.

276 Ese es un resultado correcto, pues el acusado contaba con una estafa del autor; y esa representación abstracta del tipo es suficiente para el dolo de cooperación aunque no se tenga conocimiento de más detalles concretos de la ejecución planeada. En total concordancia con lo expuesto más arriba (nm. 272 s.) y con la sentencia del despertador (nm. 274) el BGH también le plantea en este caso al dolo del cooperador "otros criterios distintos" a los del dolo del inductor y considera que ello se debe a los distintos marcos penales y estructuras de ambas formas de participación así como a la distinta proximidad al hecho. "El inductor tiene a la vista un hecho determinado, y especialmente un determinado resultado del hecho. Por el contrario el cómplice realiza una aportación desvinculada del hecho principal". Además, de modo totalmente correcto ya en el párrafo introductorio (así como en el texto, loc. cit., 138) se reconduce la cooperación a los principios de la imputación objetiva. En consecuencia entiende que comete cooperación quien pone en manos del autor un medio para el hecho "y con ello conscientemente incrementa el riesgo de que haciendo entrar en juego precisamente ese medio se perpetre ... un hecho principal. Víctima, momento del hecho o detalles más precisos del modo de ejecución concreto no han de ser conocidos por el cooperador".

277 No obstante, ya en el párrafo introductorio esa correcta visión básica de la sentencia se ve enturbiada por añadidos que pueden implicar en parte una injustificada restricción, y en parte una inadmisible ampliación de la punibilidad de la complicidad. La restricción reside en la formulación según la cual el cooperador pone en manos del autor "un medio decisivo"[374]: pues otras prestaciones de ayuda menos decisivas fundamentan ya la existencia de una cooperación. Y la ampliación de la punibilidad estriba en que afirma que el dolo del cómplice no ha de referirse a los elementos del tipo de la estafa, sino a "un hecho principal dirigido contra el patrimonio ajeno por medio de engaño". Y también constituiría un hecho así una estafa de crédito (§ 265 b) o la obtención de una ilegal devolución previa de impuestos (§ 370 AO). Y efectivamente el BGH, como demuestra la siguiente fundamentación de la sentencia[375], quiere admitir la existencia de cooperación también para el caso de que el autor con ayuda del falso informe hubiera cometido esos otros dos delitos. Pero si el perito que emite el dictamen sólo ha contado con una estafa (sea mediante enajenación, sea mediante préstamo pignoraticio), esa interpretación va demasiado lejos, pues también el dolo del cooperador, como cualquier otro dolo, tiene que referirse a un tipo determinado.

278 La claridad inicial de las manifestaciones del BGH sobre el dolo del cooperador resulta aún más oscurecida por otros pasajes de la fundamentación.

---

[374] Contra el criterio del "medio decisivo para el hecho" tb. *Theile*, 1999, 133 ss. con ulteriores citas.

[375] Reproducida en JZ 1997, 210, pero no en BGHSt 42, 135.

Así se afirma (loc. cit., 138): "La exigencia de determinación o precisión del dolo del partícipe se basa en la hipótesis de que sólo cuenta seriamente con la comisión del hecho principal aquel partícipe que ya conoce detalles esenciales del plan del hecho. Hay que considerar esenciales para el dolo del partícipe aquellas circunstancias del hecho cuyo conocimiento hace que resulte suficientemente probable la comisión del hecho principal".

Esto contradice claramente las consideraciones que fundamentan la 279
conclusión y que también se vuelven a encontrar en el párrafo introductorio de la sentencia. En efecto, ¡el perito castigado como cooperador no conocía no sólo detalles "esenciales", sino absolutamente ningún detalle del plan del hecho y sin embargo tenía un dolo de cooperador suficiente! Tampoco es cierto que en la representación del cómplice la suficiente probabilidad de comisión del hecho dependa de qué detalles del plan del hecho conoce él. Precisamente nuestro caso pone de manifiesto lo poco que el hecho de contar seriamente con la comisión del hecho presupone el conocimiento de detalles concretos del plan del hecho: El cooperador no había hablado con el autor *expressis verbis* en absoluto sobre planes delictivos, que él sólo sospechaba, de tal modo que no podía conocer detalles. Pero el hecho de que con un informe pericial claramente excesivo sobre el valor se pueden realizar ventas o conseguir préstamos defraudatorios, es tan evidente que se puede y se tiene que contar seriamente con su comisión, aunque no se sepa nada más de detalles del plan del hecho. Por tanto no es cierto, como da la impresión el pasaje citado, que el cooperador tendría que conocer "detalles esenciales" del hecho; al contrario, precisamente no necesita conocerlos, como también se afirma certeramente en el párrafo introductorio de la sentencia.

También es problemática la posición de la sentencia cuando afirma (loc. 280
cit., 138 s.): "Mediante la falsa indicación de valor contenida en la estimación estaba además suficientemente delimitada la extensión de la ventaja patrimonial pretendida por un lado y por otro lado la del perjuicio que había que temer, para describir la 'dimensión del injusto que se tiene a la vista' (Roxin, JZ 1986, 908)"[376]. Aquí se está –más claramente aún que en la sentencia del despertador (nm. 274)– trasladando un requisito exigido por mí para el dolo del inductor (el conocimiento de la dimensión del ilícito o injusto "del actuar del autor") al dolo del cooperador. Cierto que aquí el experto conocía efectivamente la posible cuantía del perjuicio, pero precisamente en el caso del cooperador la calificación no puede depender de ello (cfr. nm. 272). La propia sentencia dice con razón en otro lugar (cfr. nm. 276) que al dolo del cooperador han de planteársele "otros criterios distintos" a los del dolo del inductor.

[376] En contra de atender al conocimiento de las "dimensiones esenciales del injusto" en la complicidad tb. *Theile*, 1999, 121 ss.

281 Por tanto, esta sentencia a pesar de su correcto punto de partida es errónea en diversos aspectos[377]. Y tampoco otra resolución de la Sala 5ª dictada algo depués (BGHSt 42, 332), cuando en ella, adhiriéndose a BGHSt 42, 135, se afirma: "El dolo de un partícipe –ya sea inductor, ya sea cooperador– ha de dirigirse a la ejecución de un hecho concretado no en todos los detalles, pero sí en sus elementos o rasgos esenciales; como esenciales para el dolo del partícipe hay que contemplar en todo caso aquellas circunstancias, cuyo conocimiento hace que resulte suficientemente probable la comisión del hecho principal ... A este respecto no es preciso para el partícipe que él acoja en su representación ... detalles tales como lugar del hecho, momento del hecho y víctima del hecho ni que conozca individualmente en el supuesto concreto a la respectiva persona directamente actuante ...". La segunda frase es correcta. Pero ¿cómo va alguien a conocer "los elementos esenciales" de la "ejecución de un hecho concretado" si le son desconocidos el autor y la víctima, el lugar y el momento del hecho?

282 Instructiva es también una sentencia del BayObLG [378]. En ella el acusado le había vendido al autor "dos cables de alambre especiales para vaciar máquinas tragaperras de la marca Merkur", con los cuales cometió entonces 21 hurtos en máquinas tragaperras. El tribunal de escabinos absolvió al acusado del reproche de complicidad, porque su representación "a falta de otros detalles individualizantes (lugar, tiempo y otras circunstancias de la ejecución del hecho)" se había quedado indeterminada. Pero el Bay OLG afirmó con razón que había cooperación punible: basta con la representación de que la aportación al hecho prestada va a ser empleada conforme a su destino para un hurto; y el cooperador no necesita conocer otros "elementos concretantes".

283 Respecto del **exceso del autor** rige lo expuesto en la inducción (nm. 109 ss.) con la precisión de que aquellas desviaciones del autor respecto de la representación del cómplice que se mantengan en el marco del mismo tipo no cambian para nada la existencia de cooperación (cfr. nm. 114 sobre la solución más estricta en el caso de inducción). Por consiguiente, si el ladrón con fractura no usa la llave falsa que se le ha entregado, como supuso el sujeto externo, para penetrar en una casa privada, sino para abrir una caja fuerte de un banco, no obstante concurre una cooperación, puesto que si el dolo de cooperación sólo tiene que abarcar el tipo a cuya realización se refiere la ayuda, no lo pueden afectar los cambios de plan dentro del marco del mismo tipo.

VI. Formas especiales de complicidad o cooperación

284 Respecto de la cooperación a delitos cualificados por el resultado, a delitos de propia mano y a hechos omisivos rigen correlativamente los principios desarrollados en la inducción (nm.

---

[377] También *Loos*, JR, 1997, 298, opina que el curso de razonamientos de la misma es "no precisamente especialmente transparente".

[378] NJW 1991, 2582. Al respecto *Wolf*, JR 1992, 428; *Wild*, JuS 1992, 911.

167, 168 s., 170 s.). También se pueden trasladar conforme a su sentido a la complicidad las reglas sobre autoría y participación en la inducción (nm. 173 ss.). La cooperación por omisión (cfr. ya nm. 205) no se discutirá hasta llegar a los delitos omisivos.

El tratamiento de unidad y pluralidad en la cooperación se corresponde 285
asimismo con el de la inducción (nm. 172). Sin embargo las cuestiones que aquí se plantean precisan una exposición algo más detenida, porque han ocupado a jurispr. y doctrina más a fondo que en el caso de la inducción. El principio es el de que sólo se da **una** cooperación en el sentido del § 52 si el cooperador apoya mediante **una** acción diversos hechos principales o mediante diversas acciones sólo **un** hecho principal. En el primer caso ello se basa en que el cooperador sólo ejerce un acto en su acción, aunque sean varios los hechos principales fundamentadores de su punibilidad. La tesis de que debido al principio de accesoriedad el número de los "hechos principales" es decisivo también para las acciones de complicidad, ya no se defiende actualmente[379]. Por tanto, si A vende a B una caja de ganzúas e instrumentos para acceder con fractura, de los que sabe que van a ser repartidos a diversos ladrones, no obstante sólo hay un acto de cooperación (en concurso ideal). En el segundo supuesto, en el que incluso varias acciones de cooperación, si se refieren a **un** solo hecho, sólo producen una cooperación, la solución se basa en el fundamento del castigo de la participación como ataque accesorio al bien jurídico (nm. 2-9 y passim): pues el cooperador a través de la persona del autor (o sea, de modo accesorio) sólo ataca al bien jurídico mediante un hecho.

Una pluralidad de acciones de cooperación (concurso real en el sentido 286
del § 53) se da si el cómplice mediante varias prestaciones de ayuda apoya hechos distintos del mismo autor o a diversos autores. Ahora bien, si diversos autores atacan al mismo objeto de la acción, en el apoyo a los mismos habrá sólo **una** cooperación si éstos actúan como coautores; pues entonces el colaborador apoya sólo un hecho. En cambio, si el sujeto externo presta ayuda a diversos autores yuxtapuestos, concurren varias acciones de cooperación.

VII. La pena del cómplice o cooperador

El § 27 II determina el marco penal de la cooperación en función del 287
hecho principal, pero prevé una atenuación obligatoria de la pena. Ello se corresponde con la importancia de la aportación del cómplice o cooperador, subordinada por regla general en comparación con el "ejecutor" y el "desencadenador (incitador)" del hecho. Pero la atenuación del marco penal típico no excluye que en el concreto caso individual la pena determinada dentro del marco penal reducido alcance o incluso supere a la del autor

[379] En el sentido del texto RGSt 70, 26, en contra de la jurispr. anterior; BGH MDR (D) 1957, 266; MDR (H) 1980, 272; BGHR StGB, § 27 I, Hilfeleisten (prestar ayuda), n.º 2; BayObLG NJW 1989, 2142 s.; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 52, nm. 22; BGH NStZ 1999, 451, 513.

(RGSt 51, 106). El juicio sobre si se trata de un supuesto más o menos grave de cooperación depende en primera línea de cuán gravosa sea la aportación del cómplice; pero también hay que tener en cuenta el peso del hecho principal[380]. Aquellas circunstancias que disminuyen el desvalor del resultado, por razones de accesoriedad han de favorecer al cooperador incluso aunque no las conociera (BGH StV 1983, 326); pues la voluntad del cooperador dirigida a provocar un daño mayor se mueve en el marco de la tentativa impune en ese aspecto [de cooperación intentada]. La punición del cooperador es independiente de la del autor, de modo que puede producirse antes de que se le haya impuesto una pena al autor; e incluso es ya admisible aun cuando el autor aún no sea siquiera conocido (OLG Hamburg JR 1953, 27).

288 Deberá aplicarse una doble atenuación si concurre una cooperación y simultáneamente un supuesto menos grave del hecho principal (p.ej. conforme al § 250 III)[381]. Además puede tener lugar tal doble atenuación si el hecho se queda en fase de tentativa, de modo que sólo se da una cooperación a la tentativa. Sin embargo, ciertamente en tal caso la doble atenuación es sólo facultativa, porque en un supuesto así la atenuación por la tentativa no es obligatoria (§ 23 II). Si el juez quiere hacer uso de la posibilidad de doble atenuación, tendrá que fijar primero un marco penal reducido para la tentativa del hecho principal y volver a atenuarlo una vez más en la medida prevista en el § 27 II[382]. También está prevista una doble atenuación facultativa conforme a los §§ 13 II y 27 II para la cooperación por omisión. Sobre las complicadas cuestiones de una doble atenuación en la cooperación a los delitos propios de infracción de deber en virtud de los §§ 28 I y 27 II cfr. *infra* § 27, nm. 82 s. En cambio la cooperación a una acción de cooperación no conlleva una doble atenuación, ya que la misma, dado que ha de repercutir en el resultado, es mediatamente una cooperación al hecho principal (RGSt 23, 300).

---

[380] BGH NStZ 1981, 394; 1982, 206; BGH wistra 1983, 116; BGH StV 1985, 411.

[381] BGH GA 1980, 255; BGH NStZ 1988, 128.

[382] RGSt 2, 383; 61, 77.

§ 27. Elementos personales especiales. Relajamiento de la accesoriedad y responsabilidad del representante

Bibliografía sobre A: *Bauer*, Die akzessorische Natur der Teilnahme, 1904; *Redslob*, Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, 1909; *Kohlrausch*, Täterschuld und Teilnehmerschuld, Bumke-FS, 1939, 39; *Schlutter*, Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme, 1941; *Theis*, Das Merkmal der Böswilligkeit und die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, SJZ 1946, 213; *Class*, Zum Verhältnis des § 211 zum § 50 StGB, NJW 1949, 83; *Lange*, Die Schuld des Teilnehmers, insbesondere bei Tötungs- und Wirtschaftsverbrechen, JR 1949, 165; *Eb. Schmidt*, Zum Verhältnis der §§ 211 ff. zum § 50 StGB, DRZ 1949, 272; *Welzel*, Zur Systematik der Tötungsdelikte, JZ 1952, 72; *Börker*, Zur Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat, JR 1953, 166; *Hardwig*, § 50 StGB und die Bereinigung des StGB, GA 1954, 65; *Hardwig*, Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW 68 (1956), 14; *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *Furtner*, Zur Frage der Anrechnung erschwerender Umstände bei nachfolgender Beihilfe und nachfolgender Mittäterschaft, JR 1960, 367; *Baumann*, Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963, 51; *Maihofer*, Objektive Schuldelemente, H. Mayer-FS, 1966, 185; *Schaffstein*, Zur Auslegung des Begriffs der "heimtückischen Tötung" als Mordmerkmal, H. Mayer-FS, 1966, 419; *Blauth*, "Handeln für einen anderen" nach geltendem und nach kommendem Strafrecht, 1968; *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968; *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968), 1; *Baumann*, Vorsicht bei Verjährung von Gewaltverbrechen!, NJW 1969, 1279; *Gehrling*, Nochmals: § 50 II StGB n.F. und die Verjährung für Teilnahme an Mord, JZ 1969, 416; *Jakobs*, Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönlichen Merkmale in § 50 II und III StGB, NJW 1969, 489; *Koffka*, Ist § 50 II StGB auf Gehilfen anwendbar, wenn der Haupttäter aus dem Gehilfen bekannten niedrigen Beweggründen tötet, die beim Gehilfen fehlen?, JR 1969, 41; *Maurach*, Die Mordmerkmale aus der Sicht des § 50 StGB, JuS 1969, 249; *Niethammer*, Sinn und Wirkung des § 50 StGB, JuS 1969, 249; *Samson*, § 50 II n.F. StGB und die Verjährung, ZRP 1969, 27; *Schröder*, Der § 50 StGB n.F. und die Verjährung beim Mord, JZ 1969, 132; *Schröder*, Roma locuta...?, JZ 1969, 418; *Stree*, Das Versehen des Gesetzgebers (§ 50 II, III), JuS 1969, 403; *Geppert*, Zur Problematik des § 50 II StGB im Rahmen der Teilnahme an unechten Unterlassungsdelikten, ZStW 82 (1970), 40; *Heidland*, Die besonderen persönlichen Merkmale, tesis doct. Heidelberg, 1970; *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *Roxin*, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Heinitz-FS, 1972, 251; *Arzt*, "Gekreuzte Mordmerkmale?" Zur Tragweite des § 50 II StGB, JZ 1973, 681; *Bockelmann*, Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlichen rechtswidrigen Taten, Gallas-FS 1973, 261; *Jähnig*, Die persönlichen Umstände des § 50 StGB, Diss. Köln, 1974; *Roxin*, Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtsdogmatische Systemkategorien, Henkel-FS, 1974, 171; *Gerl*, Die besonderen persönlichen Merkmale etc., 1975; *Wagner*, Amtsverbrechen, 1975; *Herzberg*, Die Problematik der "besonderen persönlichen Merkmale" im Strafrecht, ZStW 88 (1976), 68, 178; *Langer*, Zum Begriff der "besonderen persönlichen Merkmale", Lange-FS, 1976, 241; *Vogler*, Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, Lange-FS, 1976, 265; *Herzberg*, Tväterschaft und Teilnahme, 1977; *Roxin*, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, Schultz-FS, 1977, 463; *Steinke*, Welche persönlichen Merkmale des Haupttäters muß sich der Teilnehmer zurechnen lassen?, MDR 1977, 365; *Cortes Rosa*, Teilnahme am unechten Sonderverbrechen, ZStW 90 (1978), 413; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *Schünemann*, Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht, ZSchwR 1978, 131; *Arzt*, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, 553; *Schünemann*, Die Bedeutung der "besonderen persönlichen Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung, Jura 1980, 354, 568; *Herzberg*, Der agent provocateur und die "besonderen persönlichen Merkmale" (§ 28 StGB), JuS 1983, 737; *Bloy*, Die Beteiligungsformen als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *Geppert*, Mordmerkmale und Akzessorietät der Teilnahme (§ 28 StGB), Jura 1986, 106; *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des

Wiener Kommentars, parte 2, GA 1986, 293; *Vormbaum*, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils. Untersuchungen zum Strafrechtsschutz des strafprozessualen Verfahrenszieles, 1987; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *Grünwald*, Zu den besonderen persönlichen Merkmalen, Armin Kaufmann-GS, 1989, 555; *H. J. Hirsch*, Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht, Tröndle-FS, 1989, 19; *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989; *Herzberg*, Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale, GA 1991, 145; *Küper*, "Besondere persönliche Merkmale" und "spezielle Schuldmerkmale", ZStW 104 (1992), 577; *Schwerdtfeger*, Besondere persönliche Unrechtsmerkmale, 1992; *Holthausen*, Täterschaft und Teilnahme bei Verstößen gegen Genehmigungspflichten des KWKG und AWG, NStZ 1993, 568; *Hildesheim*, Die strafrechtliche Verantwortung des faktischen Mitgeschäftsführers in der Rspr. des BGH, wistra 1993, 166; *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und "besondere persönliche Merkmale", 1994; *Niedermair*, Tateinstellungsmerkmale als Strafbedürftigkeitskorrektive, ZStW 106 (1994), 388; *Fischer/Gutzeit*, Grundfragen zu § 28 StGB, JA 1998, 41; *Grunst*, § 370 I Nr. 2 AO – Sonderdelikt und besonderes persönliches Merkmal (§ 28 I StGB). Anmerkung zu BGH, NStZ 1995, 405, NStZ 1998, 548; *Fr.-Chr. Schroeder*, Eine irreführende Legaldefinition: der Beteiligte (§ 28 II StGB), JuS 2002, 139.

Bibliografía sobre B: *Bruns*, Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?, Str. Abh. 295, 1931; *Bruns*, Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht, JZ 1954, 14; *Bruns*, Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung, JZ 1958, 461; *R. Schmitt*, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, 1958; *Rimmelspacher*, Strafrechtliche Organ-, Vertreter- und Verwalterhaftung, erörtert am Beispiel der Vollstreckungsvereitelung, JZ 1967, 472; *R. Schmitt*, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung, JZ 1967, 698; *Blauth*, "Handeln für einen anderen" nach geltendem und nach kommendem Strafrecht, 1968; *R. Schmitt*, Nochmals: Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung, JZ 1968, 123; *Demuth/Schneider*, Die besondere Bedeutung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten für Betrieb und Unternehmen, BB 1970, 642; *Wiesener*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen, 1971; *Bruns*, Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, Heinitz-FS, 1972, 317; *Langer*, Zum Begriff der "besonderen persönlichen Merkmale", Lange-FS, 1976, 241; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, t. I, 1976; *Tiedemann*, Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts, NJW 1977, 777; *Binz*, Nochmals: Vertreterhaftung bei Bankrotthandlungen einer GmbH, NJW 1978, 802; *Fleischer*, Vertreterhaftung bei Bankrotthandlungen einer GmbH, NJW 1978, 96; *Schünemann*, Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht, ZSchwR 1978, 131; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *Tiedemann*, Strafrechtliche Grundprobleme im Kartellrecht, NJW 1979, 1849; *Schünemann*, Die Bedeutung der "besonderen persönlichen Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer- und Verteterhaftung, Jura 1980, 354, 568; *Bruns*, Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung (§ 14 StGB, § 9 OWiG), GA 1982, 1; *Schünemann*, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, wistra 1982, 41; *Meurer/Bergmann*, Tatbestandsalternativen beim Glücksspiel, JuS 1983, 668; *Schulte*, Abgrenzung von Bankrott, Gläubigerbegünstigung und Untreue bei der KG, NJW 1983, 1773; *Bruns*, Die sog. "tatsächliche" Betrachtungsweise im Strafrecht, JR 1984, 133; *Cadus*, Die faktische Betrachtungsweise, 1984; *Herzberg*, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984; *Stein*, Das faktische Organ, 1984; *Weber*, Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts, ZStW 96 (1984), 376; *Kratzsch*, Das "faktische Organ" im Gesellschaftsrecht, ZGR 1985, 506; *Labsch*, Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der GmbH, wistra 1985, 1, 59; *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger und des Wiener Kommentars, parte 2, GA 1986, 293; *Tiedemann*, Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung, NJW 1986, 1842; *Winkelbauer*, Strafrechtlicher Gläubigerschutz im Konkurs der KG und der GmbH & Co. KG, wistra 1986, 17; *Lampe*, Unternehmensaushöhlung als Straftat, GA 1987, 241; *Marxen*, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung - eine Waffe im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität?, JZ 1988, 286; *Fuhrmann*, Die Bedeutung des "faktischen Organs" in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Tröndle-FS, 1989, 139; *Löffeler*, Strafrechtliche Konsequenzen faktischer Geschäftsführung, wistra 1989, 121; *K. Schmidt*,

Die Strafbarkeit "faktischer Geschäftsführer" wegen Konkursverschleppung als Methodenproblem, Rebmann-FS, 1989, 419; *Achenbach*, Die Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz im Umbruch, JuS 1990, 601; *Arloth*, Zur Abgrenzung von Untreue und Bankrott bei der GmbH, NStZ 1990, 601; *H. Schäfer*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Konkursstrafrecht, wistra 1990, 131; *Bottke*, Empfiehlt es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftaten zu verstärken?, wistra 1991, 81; *Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992; *W. Schmid*, Strafrechtliche Einstandspflichten, en: Müller-Gugenberger (ed.), Wirtschaftsstrafrecht, 2.ª, 1992, 387; *Gübel*, Die Auswirkungen der faktischen Betrachtungsweise auf die strafrechtliche Haftung faktischer GmbH-Geschäftsführer, 1994; *Bittmann/Piharski*, Strafbarkeit der Verantwortlichen der Vor-GmbH, wistra 1995, 91; *Deutscher/ Körner*, Strafrechtlicher Gläubigerschutz in der Vor-GmbH, wistra 1996, 8; *Dierlamm*, Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht – ein Phantom?, NStZ 1997, 153; *Biletzki*, Strafrechtlicher Gläubigerschutz bei fehlerhafter Buchführung durch den GmbH-Geschäftsführer, NStZ 1999, 537.

A. La regulación de la accesoriedad de los §§ 28 y 29*

I. El sentido de las disposiciones legales

El sentido de la regulación contenida en los §§ 28 y 29 (una explicación más detallada más adelante) consiste en que elementos de un especial injusto o de una especial culpabilidad, que sólo se "dan" para uno de los varios intervinientes (sea para la fundamentación de la pena, su agravación, atenuación o exención), no se le pueden imputar a aquel otro en quien faltan o no se dan totalmente. 1

El caso de un "injusto especial" en la persona de un interviniente se da, por ejemplo, cuando un particular determina a un juez a prevaricar (§§ 26, 339). Ciertamente que en tal supuesto también el extraño ataca a la Administración de Justicia mediante la provocación de una sentencia errónea y, por tanto, será castigado por inducción al § 339. Pero un injusto especial "adicional", que el autor comete mediante la infracción del deber más noble de su cargo de juez, no puede ser realizado por el extraño. Esto lo tiene en cuenta el legislador al disponer para él una atenuación de la pena en el § 28 I. 2

Los elementos de una "especial culpabilidad" se pueden ilustrar y explicar a través de un caso en que el padre indujese a su hija embarazada a abortar. El legislador parte en este caso de una culpabilidad disminuida en la actuación típica de la embarazada en una situación de conflicto y reconoce esto 3

---

* El § 28 StGB dispone: "**Elementos personales especiales**

(1) Si en el partícipe (inductor o cooperador) faltan elementos personales especiales (§ 14 ap. 1) que fundamentan la punibilidad del autor, la pena de aquél deberá atenuarse conforme al § 49 ap. 1.

(2) Si la ley determina que elementos personales especiales agraven, atenúen o excluyan la pena, ello regirá sólo respecto del interviniente (autor o partícipe) en quien concurran".

Y el § 29 establece: "**Punibilidad autónoma del interviniente**

Cada interviniente será castigado según su culpabilidad sin tener en cuenta la culpabilidad del otro". [N. del T.]

en el § 218 III con una amenaza de pena notablemente reducida en comparación con el aborto ajeno. Esta especial disminución de la culpabilidad no existe para el padre, de modo que él será castigado por inducción al § 218 I. Es discutible si esta solución se debe derivar del § 28 II o del § 29 (sobre esto, nm. 7 ss.), pero ello es indiferente para el resultado. A la inversa, la embarazada, si induce a un tercero a que le practique un aborto, sólo es culpable de inducción a un hecho del § 218 III. (Sin embargo, esta inducción queda desplazada, como subsidiaria, tras la autoría del tipo del § 218 III, que concurre en el hecho de ofrecer el propio cuerpo para practicar la acción de causar un aborto).

4 Todos los casos de aplicación de los §§ 28 y 29 implican un **relajamiento de la accesoriedad**. Al inductor –para seguir con el mismo ejemplo– se le exigirá responsabilidad, en contra de la regla del § 26, no como "igual a un autor" (es decir, con arreglo al mismo marco penal que el autor del hecho), sino con arreglo a otro marco penal distinto, atenuado o más estricto. En los casos de una "culpabilidad especial", esto armoniza con el principio de accesoriedad limitada ya expresado en los §§ 26, 27 StGB (cfr. al respecto § 26, nm. 32 ss.). Porque si es posible castigar la participación incluso en el supuesto de ausencia total de culpabilidad del autor, es lógico y consecuente con ello determinar, también por lo demás, la pena de los autores y de los partícipes según la medida de la culpabilidad propia de cada uno de ellos. En cambio, las repercusiones del "injusto especial" sobre el marco penal también relajan aún más el principio de accesoriedad limitada. Si esto se puede conciliar y de qué manera con el fundamento del castigo de la participación (§ 26, nm. 11 ss.), sobre todo con el principio mayoritariamente aceptado de que el injusto del partícipe se deriva del injusto del autor, es una cuestión controvertida, que todavía habrá que tratar más adelante (nm. 16 ss.).

II. La relación recíproca entre los §§ 28 y 29

5 **En primer lugar existe consenso sobre que el § 29 expresa el principio de accesoriedad limitada** (al respecto v. § 26, nm. 32 ss.) **y por eso rige para las causas de exclusión de la culpabilidad de la Parte General.** Por tanto, el hecho de que, si no se da una autoría mediata (§ 26, nm. 33), es posible una participación punible a pesar de la impunidad del autor en caso de error de prohibición invencible (§ 17 inciso 1.º), de inimputabilidad (§§ 19, 20; en su caso § 3 JGG), de desistimiento eximente (§ 24)[1], de exceso no punible en la legítima defensa (§ 33) y de estado de necesidad disculpante, es algo que se deduce del § 29 (y visto desde la parte del injusto, también de los §§ 26 y 27). El § 29 sin embargo sobrepasa el principio de accesoriedad limitada. Aunque a un interviniente le sea aplicable sólo una atenuante genérica de

[1] En caso de que éste se considere como una causa de exclusión de la culpabilidad (cfr. § 30, nm. 29 ss.).

la culpabilidad (§§ 17 inciso 2.ª, 21, 35 II), el marco penal atenuado sólo se le aplicará a aquél en quien se dan sus requisitos. El § 29 también es aplicable a las relaciones de colaboración de la Parte General que están sujetas a otras reglas diferentes a las de la accesoriedad. Así, por ejemplo, la coautoría también es posible cuando uno de los coautores no es culpable o actúa bajo las circunstancias del § 21 (cfr. § 25, nm. 185 sobre la cuestión de la autoría mediata en tales casos).

Por el contrario, todos los **elementos** personales especiales **del injusto** forman parte indiscutiblemente del ámbito de aplicación del § 28, sean de fundamentación de la pena (§ 28 I), sean de agravación o atenuación de la pena (§ 28 II); pues, dado que el § 29 según su inequívoco tenor literal se limita a la culpabilidad, los relajamientos de la accesoriedad en el ámbito del injusto se desprenden sólo del § 28. Por tanto, se deduce del § 28 I que el partícipe no cualificado en un delito de funcionario propio es castigado con menor pena (cfr. el ej. del nm. 1). Y de modo correlativo, del § 28 II hay que deducir que el partícipe en un delito de funcionario impropio (p. ej. en unas lesiones en el ejercicio del cargo, § 340) será castigado sólo por el marco penal más benigno del delito común (aquí: § 223). 6

Sin embargo, es controvertida la ubicación sistemática de los elementos especiales de la culpabilidad contenidos en los tipos de la Parte Especial; esto es válido tanto para los de fundamentación de la pena como para los de modificación de la pena. **Elementos de la culpabilidad que fundamentan la pena** son, por ejemplo, la "malevolencia" (§§ 90 a; 130 I núm. 2; 225), la "desconsideración" (§ 315 c I núm. 2) y la "profesionalidad" (§ 180 a I). **Elementos de la culpabilidad modificativos de la pena** de tipo agravatorio son, sobre todo, los elementos del asesinato del primer y tercer grupo de circunstancias del § 211, si se considera el asesinato, como hace la doc. absolutamente dom., como un caso cualificado del homicidio. Si se considera el asesinato, como hace la jurispr., como un delito autónomo respecto del homicidio, se tratará también, en este sentido, de elementos de la culpabilidad que fundamentan la pena. Como ejemplo de un elemento de la culpabilidad atenuante puede servir el ya mencionado caso del aborto, que la embarazada realiza por sí misma o permite realizar (§ 218 III, cfr. nm. 3). También existen elementos especiales de la culpabilidad eximentes, p. ej. la circunstancia de parentesco en el § 258 VI [encubrimiento de parientes][2]. 7

Se discuten tres posibles encuadramientos sistemáticos de los elementos especiales de la culpabilidad en los §§ 28 y 29. La doc. dom.[3] y también la 8

---

[2] Para más detalles cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [= PG I], § 22, nm. 130 ss.

[3] *Blei*, AT, 18.ª, § 76; *el mismo*, PdW AT, 11.ª, caso 332; *Ebert*, AT, 3.ª, 209 s.; *Gallas*, 1968, 155 s.; *Grünwald*, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 566 ss.; *Kindhäuser*, StGB, § 28, nm. 8; *Köhler*, AT, 551; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 28, nm. 1; *Niedermair*, ZStW 106 (1994), 400 ss.; aún SK-*Samson*, 5.ª, § 28, nm. 8, 14; sin embargo ahora diferente SK-*Hoyer*, 7.ª; § 28, nm. 6 ss. (9); *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 28, nm. 3 ss.;

jurispr.[4] tratan todos los elementos especiales de la culpabilidad con arreglo al § 28 I y II; entonces la línea divisoria entre el § 28 y el § 29 discurre de forma que todos los elementos personales especiales encajan en el § 28 y todos los elementos generales de la culpabilidad, en cambio, en el § 29. Por el contrario, un segundo punto de vista[5] incluye todos los elementos de la culpabilidad, tanto generales como especiales, en el § 29; aquí, por tanto, las categorías del delito del injusto y de la culpabilidad son decisivas para tal delimitación. Una tercera interpretación[6] vuelve a diferenciar, una vez más, dentro de los elementos especiales de la culpabilidad entre los fundamentadores de la pena y los que la modifican (cfr. nm. 7); el primer grupo de casos se sitúa en el § 29, el segundo en el § 28 II.

9 Hay que tener claro el significado práctico de la discusión para llegar a una decisión; y entonces resulta que no tiene ninguna repercusión para los elementos de la culpabilidad que modifican la pena (cfr. ya el ej. del nm. 3); ya que por aplicación tanto del § 28 II como del § 29 los mismos se imputan exactamente igual sólo a aquel en quien concurren. Una diferencia de mayores repercusiones se pone de manifiesto, sin embargo, para los elementos de la culpabilidad fundamentadores del castigo que sólo están presentes en el autor pero no en el partícipe. Supóngase que alguien que participa en un acto de desprecio malicioso de la República Federal de Alemania (§ 90 a), ¡pero sin actuar él mismo con malicia! ¡O alguien induce a un delito de peligro para la circulación vial del § 315 c I n.º 2, pero lo hace sin ser animado por la falta de consideración, que es lo que caracteriza al autor! Si en este caso se aplica el § 29, el extraño no puede ser castigado, porque su culpabilidad (por falta de malicia o por actuar sin falta de consideración) no alcanza la dimensión exigida en los tipos en cuestión. En cambio, si se tratan como circunstancias del § 28 I, entonces el extraño será castigado, pues es verdad que al partícipe le faltan los elementos especiales personales del autor (su malicia o falta de consideración respectivamente), pero esto no conduce a una exención de pena, sino sólo a una atenuación conforme al esquema del § 49 I.

10 En el caso contrario, el de que en el partícipe concurra una malicia, falta de consideración, etc., que falta en el autor, en contra de una opinión muy extendida[7], hay que sostener que todos los pareceres llegan otra vez al mismo resultado de la impunidad del partícipe. Si se aplica el § 28 I a estos

---

§ 29, nm. 4; *Schünemann*, Jura 1980, 363; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 185 s. En el resultado también *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 53/144.

[4] Cfr. p. ej. RGSt 25, 266; 59, 140; 72, 373 s.; BGHSt 1, 235, 240; 17, 215, 217; 22, 375, 378; 25, 287, 289; BGHR StGB, § 28 I, elemento, núms. 2, 3.

[5] *Hake*, 1994, 160 s.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 23/5; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 42 III 2, § 61 VII 4 c; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 155 ss.; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 14/89, 96; *el mismo*, StuB AT, 2.ª, 10/33 ss.; *Stratenwerth*, AT, 1.ª, nm. 980 ss.; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 422 s., 559.

[6] *Gropp*, AT, 2.ª, § 10, nm. 119 s.; *Herzberg*, ZStW 88 (1976) 70 ss.; *el mismo*, 1977, § 11 III; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 155 s.; SK-*Hoyer*, 7.ª, § 28, nm. 6 ss. (9), así como aún LK-*Roxin*, 11.ª, § 28, nm. 14 ss.

[7] *Gallas*, 1968, 156; *el mismo*, ZStW 88 (1976), 173; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 28, nm. 5; *Schünemann*, Jura 1980, 363; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 187; *Vogler*, Lange-FS, 1976, 267.

elementos, ello es evidente; pues la disposición no trata este caso, así que la impunidad del autor pasa al partícipe. Pero aunque se acuda al § 29, no puede afirmarse la punibilidad del partícipe, ya que toda participación requiere que concurran todos los elementos del hecho del autor, y que por tanto entonces se cumpla el tipo de garantía del precepto afectado.[8] Allí donde no existe en absoluto un autor de un delito de un desprecio malicioso de la República Federal, de una desconsiderada puesta en peligro de la circulación vial etc., tampoco puede haber participación alguna.

Por consiguiente, con respecto a la repercusión que tiene para la punibilidad de los intervinientes, la diferencia de opiniones (nm. 8) se reduce a la siguiente cuestión: ¿es correcto dejar impune (nm. 8, opiniones segunda y tercera) al partícipe que no presenta en su persona determinados elementos de la culpabilidad fundamentadores de la pena requeridos para el autor (malicia, falta de consideración, profesionalidad) o es razonable una punibilidad con la atenuación del § 28 I (nm. 8, primera opinión)? 11

Las mejores razones abogan por inclinarse a tratar el caso conforme al § 28 I y con ello a aceptar una punibilidad del partícipe –si bien atenuada según el § 49 I–. Porque si el autor obra de la manera requerida por el tipo correspondiente con malicia, falta de consideración o profesionalidad, existe una perturbación social, que debe ser afrontada según el mandato del legislador con una sanción penal. Si un extraño interviene en el hecho, agrede mediatamente (a través de la persona del autor) el bien jurídico protegido en la forma exigida por el tipo y debe ser castigado [9]; pues nadie que toma parte en acciones punibles en modo tal que realiza el fundamento penal de la participación puede quedar impune. 12

Sólo aparentemente una impunidad del partícipe es lo que mejor concuerda con el principio de culpabilidad[10]. Pues el principio de culpabilidad sólo afirma que nadie puede ser castigado sin culpabilidad y que cada uno debe ser castigado "según su culpabilidad". Pero no significa que sólo pueda ser castigado quien presente la misma culpabilidad que el autor. Indudablemente el autor que actúa maliciosamente, con falta de consideración o con profesionalidad responde por una "culpabilidad especial" en comparación con el partícipe que no tiene esos elementos. Pero esto ya se tiene suficientemente en cuenta con la reducción del marco penal dispuesta en el § 28 I. 13

Aparte de eso, contra esta solución se objeta que coloca al partícipe en peor situación que al autor[11]: si faltase en el autor el elemento de la culpabili- 14

---

[8] *Herzberg*, ZStW 88 (1976) 72; *el mismo*, 1977, § 11 III *in fine*; SK-*Hoyer*, 7.ª, § 28, nm. 11; LK-*Roxin*, 11.ª, § 28, nm. 15 con ulteriores referencias.

[9] Convincentemente *Niedermair*, ZStW 106 (1994), 397.

[10] Así sin embargo *Hake*, 1994, 161; *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 70 ss.; *el mismo*, 1977, § 11 III *in fine*; *Jescheck*, ZStW 88 (1976), 173; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 61 VII 4 c, d; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 157; *Küper*, ZStW 104 (1992), 587 ss.; hasta ahora también LK-*Roxin*, 11.ª, § 28, nm. 14.

[11] *Herzberg*, 1977, § 11 III; en contra *Niedermair*, ZStW 106 (1994), 399 s.

dad correspondiente, quedaría impune; si falta en el partícipe, sería punible aunque de forma atenuada. Pero éste no es un contraargumento, porque según la regulación del § 28 I ello vale para todos los elementos personales especiales fundamentadores de la pena (y no sólo para los raros elementos de la culpabilidad fundamentadores de la pena): todos ellos deben darse en el autor, pero no en el partícipe, para el cual su ausencia sólo es causa de una atenuación de la pena. Por lo demás tampoco en otros casos es necesario que todos los elementos que caracterizan al autor del hecho concurran en el partícipe (como por ejemplo el ánimo de apropiación en el hurto); y a menudo (como también en el caso del § 242, cfr. nm. 73) la ausencia de los elementos que caracterizan al autor, ni siquiera se recompensa con una atenuación de la pena.

15 Finalmente la historia de la génesis de la ley respalda también la solución aquí sostenida[12]. Pues hasta 1943 no existía en nuestro StGB ninguna disposición que se correspondiese con el actual § 29, así que (en el § 50 v. a.) los elementos de la culpabilidad modificadores de la pena, que eran los únicos entonces regulados, se trataban exactamente igual que los elementos personales especiales del injusto, según la regla del actual § 28 II; esto todavía se refleja ahora en la mención en el § 28 II de los elementos excluyentes de la punición, que no se pueden referir a casos de exclusión del injusto, que es válida para todos. Pero si los elementos de la culpabilidad modificadores de la pena siempre han sido ya tratados y siguen siéndolo también en la actualidad conforme al § 28 II, es lógico que los elementos de la culpabilidad que fundamentan la pena se encuadren en el § 28 I. De la fundamentación del § 33 P 1962, que se corresponde con el actual § 28, se puede deducir[13] además que el futuro § 28 I (§ 33 I P 1962, introducido en 1968 como § 50 II) debía regir también para elementos especiales de la culpabilidad fundamentadores de la pena. Pues la exposición de motivos menciona también entre los elementos personales especiales, circunstancias como "maliciosamente" y "sin escrúpulos", que ya entonces sólo aparecían en la ley como elementos de la culpabilidad fundamentadores de la pena.

III. El § 28 y el fundamento del castigo de la participación

16 Otra controversia importante en la práctica es también la de cómo las diferentes formas de rebaja de la pena, que el § 28 I y II prevé en ausencia de especiales elementos personales en la persona de un interviniente, se pueden conciliar con el fundamento del castigo de la participación. Según la forma dominante de entender el precepto, en el ámbito de aplicación del § 28 I el partícipe es condenado por el mismo tipo que el autor, sólo que su pena será rebajada conforme al § 49 II. Por el contrario, el mismo debe ser

[12] Cfr. *Niedermair*, ZStW 106 (1994), 400 ss.
[13] BT-Drucks. IV/650, 152.

castigado en el caso del § 28 II conforme a un tipo atenuado o agravado que se producirá según falten o concurran los elementos personales especiales en su persona.

En la medida en que se trate de elementos de la culpabilidad, este diferente manejo de la reducción de la pena es aceptable; pues dado que la culpabilidad queda fuera de la accesoriedad limitada, el legislador puede decidir libremente sobre cómo la "culpabilidad especial" de un interviniente debe repercutir en la punibilidad de otro (cfr. nm. 7-15). Por el contrario, en caso de elementos personales especiales del injusto recurrir a tipos diferentes para condenar al sujeto no cualificado supone un problema insoluble. ¿Cómo se puede explicar que al *extraneus* inductor a una prevaricación se le deba castigar conforme a los §§ 26; y 336, es decir por el tipo cometido por el autor, pero que la correlativa inducción [por parte de un *extraneus*] a unas lesiones cometidas en el ejercicio del cargo no deba ser penada según los §§ 26 y 340 [lesiones en el ejercicio del cargo] sino según los §§ 26 y 223 [lesiones comunes]? 17

Con la interpretación defendida aquí y también por la doc.dom. de la "agresión o ataque accesorio al bien jurídico" como fundamento del castigo de la participación (§ 26, nm. 11 ss.) concuerda sólo la regulación del § 28 I. Pues según esa regulación al partícipe (sin perjuicio de elementos autónomos del injusto de la participación) se le imputa el injusto del hecho del autor (o sea, en el citado ejemplo la prevaricación); la ausencia del elemento personal especial en el partícipe sólo tiene importancia en la determinación de la pena. Por el contrario, no puede concordar con el fundamento del castigo de la participación que el inductor de unas lesiones en el cargo (§ 340) sólo deba ser condenado conforme a los §§ 26 y 223 [lesiones comunes]. Pues entonces, en contra de la regulación general de la accesoriedad, el injusto del partícipe no se deduce del hecho del autor sino que se determina autónomamente. Tal solución se corresponde y concuerda con la teoría pura de la causación 26, nm. 12 ss.), que sólo castiga al partícipe por el injusto que él mismo causa, y que efectivamente ha de considerar materialmente adecuada la interpretación dominante del § 28 II. En cambio, para esta teoría el § 28 I es inexplicable y materialmente erróneo[14]: pues, dado que el partícipe no puede realizar en su persona el injusto de la prevaricación, debería por coherencia, quedar, impune. En definitiva, sea cual sea el fundamento de la participación que se elija: si se sigue la interpretación tradicional del § 28, el fundamento del castigo de la participación no concuerda o bien con el ap. 2 o bien con el ap. 1. 18

Sólo se puede conseguir una solución coherente, y que es la única compatible con la deducción del injusto de la participación del partícipe del injusto del hecho del autor, si el § 28 II en caso de elementos personales especiales 19

[14] Para más detalles sobre esta interpretación defendida por *Schmidhäuser* cfr. § 26, nm. 15.

del injusto se entiende únicamente como una regla de determinación de la pena, pero el tipo que sirve de base para la condena se determina sólo, como en el § 28 I, atendiendo al hecho del autor. Por tanto, si un particular induce a quien desempeña un cargo a cometer lesiones en el ejercicio del cargo, no va a ser castigado, como corresponde a la opinión tradicional, según los §§ 26 y 223, sino según los §§ 26 y 340 –totalmente en concordancia con la regulación adoptada por el § 28 I –; sólo la cuantía o medida de la pena ha de mantenerse en el marco determinado por el § 223. Esta solución absolutamente compatible con el tenor literal del § 28 II fue desarrollada primero para una parte de los delitos que entran aquí en consideración por *Wagner*[15], y después fundamentada detalladamente por *Cortes Rosa*[16]; y ha obtenido desde entonces un gran número de seguidores[17].

20 Así pues, en caso de elementos personales especiales el § 28 II no es ninguna regla de aplicación del tipo, sino sólo una regla de determinación de la pena. Esto no sólo tiene el valor de una clarificación teórica, sino también un importante significado práctico. Si p. ej. un manifestante, para lograr un efecto político, acepta ser molido a palos por la policía, este consentimiento surte un efecto excluyente del tipo o justificante para las lesiones del § 223[18] [lesiones comunes]. Pero este efecto no se produce respecto del § 340 [lesiones en el cargo], porque su bien jurídico no está a disposición de la víctima particular. Pues bien, si un amigo del manifestante, que se ha puesto de acuerdo con éste, provoca al policía para que lo apalee, según la opinión aquí defendida será castigado conforme a los §§ 26 y 340; sólo que la cuantía de su pena se mantendrá dentro del marco fijado por el § 223. Si por el contrario se calificara como inducción al § 223, ésta tendría que quedar impune debido al consentimiento del afectado. Esta es una solución desacertada en cuanto al § 28 I: ya que la determinación o incitación dolosa a la comisión de un delito de funcionario en el ejercicio del cargo debe ser castigada conforme al fundamento de la pena de la participación; el hecho de que el "injusto especial" del autor falte en el partícipe, sólo puede ser recompensado con una rebaja de la pena. De igual modo debe ser castigado por inducción al § 354 [violación por funcionario del secreto postal y telefónico, que hoy ha pasado al § 206] (aunque partiendo también del marco penal del § 202 [violación común del secreto de la correspondencia]) quien induce al funcionario de correos a abrir ilícitamente una carta; si se quisiese calificar como inducción al § 202, la punibilidad dependería de una querella del ofendido,

---

[15] *Wagner*, 1975, 398 ss. (para los denominados por él delitos impropios de imputación del Estado).

[16] *Cortes Rosa*, ZStW 90 (1978), 413 ss.

[17] Con ciertas diferencias en los detalles concretos: *Bloy*, 1985, 187; *Hake*, 1994, 141 ss.; *Hirsch*, Tröndle-FS, 1989, 35; SK-*Horn*, 6.ª, § 211, nm. 24, 26; LK-*Jescheck*, 10.ª, antes del § 331, nm. 12; *Keller*, 1989, 170 s.; SK-*Rudolphi*, 5.ª, antes del § 331, nm. 5; *Schünemann*, GA 1986, 340.

[18] Sobre ello *Roxin*, AT I, 3.ª [= PG I], § 13.

lo que no sería adecuado para la inducción a un delito de funcionario, no dependiente de querella[19].

El significado práctico de la controversia no se limita al consentimiento y 21
a los delitos que requieren querella. P. ej., según la interpretación aquí defendida, un no ejerciente de cargo público que induce a un funcionario ejerciente del cargo a un encubrimiento que beneficie a un pariente (del *extraneus*), debe ser castigado por inducción al § 258 a [encubrimiento en el ejercicio del cargo], si bien conforme al marco penal del § 258 [encubrimiento común], mientras que conforme a la opinión contraria quedaría impune en virtud del § 258 VI [exclusión personal de punibilidad para parientes en el encubrimiento común]. Finalmente sólo es posible una inhabilitación para el cargo para un *extraneus* que interviene en un delito de funcionario impropio, si también él es condenado conforme al tipo del delito de funcionario (§ 358)[20]. También en caso de omisión punible de un funcionario titular de un cargo público plantea dificultades el castigo del *extraneus* si sólo se le puede condenar por el tipo básico[21].

Por tanto, según el punto de vista aquí defendido el *extraneus*, en quien no 22
concurren elementos personales especiales del injusto, debe ser condenado, incluso en el área de influencia del § 28 II, a partir del tipo del hecho del autor. Que esto conduce a resultados materialmente satisfactorios, tampoco es discutido por la mayoría de los defensores de la concepción contraria. Sólo se afirma que no se corresponde con la Ley que la regulación de las consecuencias jurídicas del § 28 II formulada de manera uniforme se escinda pronunciando para los elementos del injusto una condena a partir del tipo realizado por el autor, pero para los elementos de la culpabilidad tomando sólo el tipo básico como base para la condena. Así afirma *Samson*:[22] "Es cierto que el modelo diseñado por Roxin se corresponde totalmente con los principios en los que se basa el fundamento del castigo de la participación, pero debe ha de ponerse en duda que sea compatible con la ley." También *Grünwald*[23] piensa que la concepción mantenida aquí "no es una interpretación sino una corrección de la ley".[24] Pero estos reparos son infundados[25]. En efecto, el § 28 II se limita a disponer a qué marco penal hay que recurrir para determinar la pena. Del § 28 II no se desprende qué tipo se debe tomar como base para la condena, sino que esto deriva de la accesoriedad limitada

---

[19] Cfr. sobre ambos casos con más argumentos *Cortes Rosa*, ZStW 90 (1978), 413 ss. A favor de la necesidad de una querella sin embargo RG JW 1938, 1583.

[20] El último ejemplo en *Stein*, 1988, 40.

[21] En detalle *Cortes Rosa*, ZStW 90 (1978), 425 ss.; sobre la discusión al respecto sobre esto el propio *Cortes Rosa*, loc. cit., 429 ss., 440; *Stein*, 1988, 44 s.

[22] SK-*Samson*, 5.ª, § 28, nm. 6 b; sin embargo ahora como aquí SK-*Hoyer*, 7.ª, § 28, nm. 1 ss., 5.

[23] *Grünwald*, Armin Kaufmann-GS, 1989, 565.

[24] Una opinión semejante en *Jakobs*, AT, 2.ª, 23/34; *Küper*, ZStW 104 (1992), 577 ss.

[25] Sobre más reparos –no sólidos– de *Cramer* y *Jakobs* cfr. LK-*Roxin*, 11.ª, § 28, nm. 7, 8; sobre *Jakobs* también *Stein*, 1988, 43.

en conexión con el fundamento del castigo de la participación. Pero estas reglas legales jerárquicamente superiores precisamente conducen a la diferenciación aquí desarrollada.

IV. ¿Qué son los "elementos personales especiales"?

1. Elementos personales

a) El concepto de elemento

23 El § 28 I, para una caracterización más detallada de los "elementos personales especiales", se remite al § 14 I, donde estos elementos se caracterizan como "cualidades, relaciones y circunstancias personales especiales". A ese respecto, como "cualidades" se consideran la mayoría de las veces situaciones dadas que "están vinculadas al ser del autor" (BGHSt 6, 262) y están unidas indisolublemente a él, como p. ej. su sexo. Por "relaciones" se entiende las "referencias o relaciones respecto de otras personas o cosas" (BGHSt 6, 262) como la cualidad de funcionario titular de un cargo y otras posiciones de deberes fundamentadoras de la autoría. Con el concepto de "circunstancias" personales especiales, que se recogieron por primera vez en la ley en 1968, deben abarcarse los elementos que no se pueden calificar ni como cualidades ni como relaciones, como la profesionalidad o la habitualidad. Sobre todo, a través de este elemento "las posiciones mentales transitorias", como por ejemplo los criterios del primer y del tercer grupo de elementos del asesinato en el § 211, deben incluirse en el ámbito del § 28[26]. La opinión originaria del RG de que los elementos personales especiales deberían estar vinculados a su portador con una cierta "durabilidad", no se puede por tanto seguir sosteniendo.

b) La delimitación respecto de los elementos objetivos

24 Pero la verdad es que no se ha ganado particularmente especial claridad con el desglose de los elementos mencionados en el § 28 en cualidades, relaciones y circunstancias, ya que las dificultades de delimitación decisivas y aún no solucionadas definitivamente residen no en el concepto de "elemento", sino en que el § 28 presupone elementos "personales especiales". Y ello implica de nuevo **dos** problemas. Primero, tendrían que delimitarse los elementos "personales" de los "objetivos (materiales)". Y, segundo, se debe diferenciar –en todo caso, según la concepción totalmente mayoritaria– los elementos personales "especiales", que hay que tratar conforme al § 28, de los otros elementos personales, a los que no les es aplicable el § 28. Este problema principal será tratado con detalle y aparte en el apartado 2.

25 Por contra, la delimitación entre elementos personales y materiales u objetivos es relativamente sencilla, porque si un elemento no tiene nada que

[26] Así la exposición de motivos del Proyecto 1962, BT-Drucks. IV/650, 152.

ver con la persona del autor sino que caracteriza exclusivamente al transcurso externo del hecho, inequívocamente es un elemento material-objetivo, en el que el § 28 no desempeña papel alguno. Así ocurre p. ej. en el asesinato con el elemento de los "medios que suponen un peligro público". Por tanto, quien determina a alguien a realizar un atentado con bomba, debe ser castigado según los §§ 26 y 211; y una atenuación de la pena conforme al § 28 queda excluida desde el principio. Más difícil sin embargo resulta ya la cuestión en el elemento del asesinato "ensañamiento", que la jurispr. considera como un elemento objetivo-material y en concordancia con ello trata absolutamente como accesorio. Así, quien participa en un homicidio ejecutado con crueldad o ensañamiento, sin que él mismo esté caracterizado por el ensañamiento, será castigado conforme a los §§ 211 y 26 o 27, sin que se pueda beneficiar de una atenuación conforme al § 28 (BGHSt 24, 106, 108). Sin embargo, la definición por parte de la jurispr. de "ensañamiento" despierta dudas sobre el verdadero carácter puramente objetivo-material de este elemento. Porque si mata con ensañamiento "quien, por una actitud interna insensible y despiadada... inflige a la víctima especiales dolores o torturas" (BGHSt 3, 180), ciertamente el infligimiento de dolor es criterio material-objetivo, pero la específica actitud interna, que junto a ello es necesaria, es un criterio personal. Por consiguiente hay elementos que son en parte de tipo material-objetivo y en parte de tipo personal, así que en cuanto al componente "personal" del elemento entra plenamente en consideración la aplicación del § 28 (para más detalles sobre esto y sobre el problema paralelo en el elemento de la alevosía cfr. nm. 76).

A veces también puede ser dudoso si un elemento es de tipo objetivo- 26
material o personal. Así, p. ej., la antigua jurispr. ha entendido el concepto de "hurto cometido en banda" (§§ 244 I n.º 3 StGB; 373 II n.º 3 AO; 30 I n.º 1 BtMG) como un elemento material-objetivo, mientras que desde la BGHSt 12, 220, 226 s. este criterio como elemento personal especial se somete al ámbito de aplicación del § 28. Sin embargo la antigua jurispr. estaba en lo cierto: pues la comisión en banda de un hurto es un rasgo distintivo de una ejecución especialmente peligrosa de un hecho y nada tiene que ver con la personalidad del autor (aparte de su participación). Un cointerviniente que no es miembro de la banda, debe ser castigado por tanto sin la atenuación del § 28.

2. Elementos personales especiales

Mucho más difícil es encontrar una plausible línea divisoria dentro de los 27
elementos inequívocamente personales entre aquellos que a pesar eso deben ser tratados completamente como accesorios, y aquellos otros a los que se les debe aplicar el § 28. Así, p. ej. en el § 183, la cualidad de ser un "hombre" ("Un hombre que moleste a otra persona mediante una acción exhibicionista") es con seguridad un elemento personal. Pero la op. dom. no considera aquí de aplicación el § 28, de manera que una mujer que induce a tal hecho

a un hombre será castigada sin ninguna atenuación de la pena según los §§ 26 y 183. Por tanto, si se sigue esta posición, la cualidad de ser un hombre es ciertamente un elemento personal, pero no un elemento personal "especial" en el sentido del § 28. Por el contrario, la cualidad de "embarazada" del § 218 III es un elemento personal que según la opinión general se califica de "especial" con el efecto de que el tercero que induce a la embarazada no es castigado conforme a los §§ 26 y 218 III [autoaborto], sino a los §§ 26 y 218 I [aborto causado a la mujer] (cfr. ya nm. 3). Distinciones similares se hacen para los elementos personales subjetivos. Quien induce sin ánimo de apropiación al ladrón a cometer su hecho, es castigado según la op. dom. de modo completamente accesorio conforme a los §§ 26 y 242 [hurto]. Por consiguiente, el ánimo de apropiación es así considerado ciertamente como un elemento personal, pero no como un elemento personal "especial". Por el contrario los "móviles bajos o abyectos" del § 211 [asesinato] son contemplados en general como "elementos personales especiales", de modo que para el partícipe en quien no concurren será de aplicación la atenuación conforme al § 28. Si distinciones de este tipo entre elementos "personales simples" y elementos "personales especiales" están justificadas y qué baremos se emplean, en su caso, para llevarlas a cabo es objeto de una viva polémica, que sigue estando, como lo estaba antes, muy lejos de alcanzar un acuerdo.

a) La distinción entre elementos referidos al hecho y referidos al sujeto

28 La jurispr. del BGH distingue entre elementos referidos al sujeto, que deben someterse al § 28, y elementos referidos al hecho, que deben ser tratados de modo completamente accesorio. El problema de esta diferenciación radica en que circunstancias referidas exclusivamente al hecho pertenecen a los elementos objetivos-materiales, y por consiguiente no sirven para una delimitación en el ámbito de los elementos personales. Dado que en consecuencia también circunstancias referidas al hecho han de ser de tipo personal, es decir tener una relación con el autor, sólo se puede llevar a cabo la delimitación atendiendo a un más o menos en relación con el autor o con el hecho; esto ha conducido a inseguridad y vacilaciones en la jurispr. Así, al principio, la perpetración de contrabando en "banda organizada" (antes § 401 b AO) fue vista como elemento referido al hecho (BGHSt 6, 260, 262; 8, 70, 72; 205, 209), porque se decía que en este caso "prenominan circunstancias objetivas-materiales" (BGHSt 8, 72), mientras que desde la BGHSt 12, 220, 226 s. este elemento se valora como referido al autor. El elemento del "móvil bajo o abyecto" en el asesinato se clasificó al principio como un elemento referido al hecho, "porque permite en primera línea que el hecho aparezca como especialmente grave, aunque además de vez en cuando ilustre sobre el carácter del autor" (BGHSt 17, 217; seguramente también BGHSt 1, 368). Por el contrario, según la continua jurispr. posterior y actual (desde BGHSt 22, 375, 378), los móviles bajos, como también los restantes criterios del asesinato del primer y tercer

grupo de elementos, están referidos al autor: "un motivo del autor está en su persona y en ninguna otra parte."

La BGHSt 17, 215, 217 interpreta "el propósito anticonstitucional" (§ 94 v. a.) como referido al hecho; afirmando que "en casos límite... es decisivo si el elemento legal caracteriza predominantemente el hecho o predominantemente al autor". Ya desde los tiempos del RG la profesionalidad[27], la habitualidad,[28] la reincidencia,[29] la condición de funcionario[30] y la relación de confianza en el § 246[31] son considerados como elementos personales especiales y por tanto referidos al autor. 29

La jurispr. del BGH desde la BGHSt 22, 375 se ha ocupado principalmente de los elementos del asesinato. BGHSt 23, 39 considera el propósito de encubrimiento en el asesinato como un elemento personal referido al autor, mientras que según la BGHSt 23, 103, 105, la "alevosía" y según BGHSt 24, 106, 108 el "ensañamiento o crueldad" son elementos referidos al hecho y por lo tanto no sujetos al § 28. La BGHSt 25, 287, 289 se ocupa nuevamente de paso de la "alevosía" y de los "móviles bajos": "En el primer elemento la especial reprobabilidad se basa en el modo de ejecución del hecho, en el otro, en la actitud o disposición interna del autor. Por consiguiente los móviles bajos son, en contraposición con la alevosía, elementos personales especiales...". La BGH MDR (H) 1980, 628 interpreta el elemento "para posibilitar otro delito" y la BGH NStZ 1981, 299 el de la "codicia" como elemento referido al autor y por ello como un elemento personal especial. La BGH NJW 1982, 2738 confirma la referencia al autor de la "codicia" y los "móviles abyectos", así como la referencia al hecho de la "alevosía", mientras que BGH NJW 1982, 2738 nuevamente enjuicia los "móviles abyectos" y "el propósito de encubrimiento" como elementos personales especiales. 30

Tres ulteriores sentencias[32] se ocupan de la administración desleal y sin mayor fundamentación contemplan la relación de confianza en el § 266 como un elemento personal especial. La BGHSt 39, 326 trata por primera vez el incesto bajo el punto de vista del § 28 y no ve en el "parentesco ningún elemento personal especial en el sentido del § 28 I", porque afirma que el fundamento de la pena es "la ingerencia objetiva en un ámbito que ... debe mantenerse libre ... de relaciones sexuales. Esto caracteriza no al autor sino al hecho". La BGHSt 42, 1 también se aferra a la diferenciación según sean circunstancias referidas al hecho o al autor, pero interpreta los elementos referidos al autor en el ámbito del injusto materialmente 31

---

[27] RGSt 23, 378; 25, 266; 26, 3; 36, 154; 61, 268; 71, 72, 73; RG JW 1934, 170, n.º 16.
[28] RGSt 23, 378; 25, 266.
[29] RGSt 23, 378; 54, 274, 275.
[30] RGSt 55, 181, 182; 63, 31, 35; 65, 101, 104; 68, 90, 91; 75, 289; RG JW 1938, 1583 s., n.º 2.
[31] RGSt 72, 326, 328.
[32] BGHSt 26, 53; BGH NJW 1983, 1807, 1809; BGH StV 1983, 330 (principio).

adhiriéndose a la opinión defendida por mí en este libro (*infra* nm. 51 ss.) y ya antes[33], en el sentido de una posición de deber cualificada. Hay que esperar para saber si esto supone el inicio de un cambio básico de la jurispr. sobre los elementos personales especiales (para más detalles sobre la BGHSt 42, 1 v. *infra* nm. 62, 74).

32 Aunque una gran parte de la doctrina sigue a la jurispr.[34] y aunque pueden aceptarse en su mayoría sus resultados, la distinción conceptual no puede convencer: pues en la mayoría de los casos lo referido al hecho y lo referido al autor para nada se puede separar, de tal modo que el supuesto predominio de la parte o porcentaje del elemento referida al hecho o de la parte referida al autor solamente se puede constatar a través de un juicio del sentimiento, lo que escapa a un examen y verificación racional. Así, p. ej. en la prevaricación (§ 336), la cualidad de la titularidad de un cargo está referida al hecho en la medida en que sin ella no existe en ningún caso un delito y con ello un "hecho" penalmente relevante. Por otra parte, tal cualidad caracteriza naturalmente también al sujeto del delito y en este sentido está referida al autor. Sin embargo, no se puede decir cuál de los dos aspectos del enjuiciamiento es el que predomina sobre el otro, sino que ambos están indisolublemente entretejidos el uno con el otro y en cierto sentido son la otra cara de la misma moneda. Lo propio rige también p.ej. respecto del "deber de cuidado sobre patrimonio" en la administración desleal (§ 266), el cual estructura el contenido objetivo-material del hecho, pero asimismo caracteriza al autor. Cuando la jurispr. y la doc. dom. someten los elementos señalados al § 28, ello ciertamente merece aprobación (cfr. nm. 55, 58); pero que esto, sin embargo, deba basarse en una "preponderancia" de la referencia al autor, es poco plausible. Igualmente se puede dar la razón a la BGHSt 39, 326, cuando en ella la cualidad del parentesco del § 173 [incesto] no se considera como un elemento personal especial. Pero a partir de estos conceptos no es explicable por qué una cualidad como el parentesco va a estar menos referida al autor que la condición de funcionario.

33 Tampoco es posible una diferenciación de manera tal que los elementos personales subjetivos se consideren referidos al autor y los elementos personales objetivos como referidos al hecho[35], ya que elementos subjetivos como

---

[33] En LK, 11.ª, § 28, nm. 60 ss.

[34] *Arzt/Weber*, BT/1, 3.ª, C III; *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, 32 I 2 a; *Blei*, AT, 18.ª, § 76 II 1; *Bockelmann/Volk*, AT, 4.ª, § 25 V 2 a; LK-*Busch*, 9.ª, § 50, nm. 18; *Eser*, StrafR II, 3.ª, caso 42, nm. A 7; *Gallas*, 1968, 125; SK-*Hoyer*, 7.ª, § 28, nm. 18 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 61 VII 4 a; *Kindhäuser*, StGB, § 28, nm. 5 ss.; similar también *Köhler*, AT, 548, que sin embargo precisa el concepto de elementos personales especiales, en el sentido de que se trata de elementos que expresan el injusto especial de la acción, un deber especial o un especial modo de la culpabilidad; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 154; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 28, nm. 3 s., 6 (distanciado); *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 53/148; *Preisendanz*, 30.ª, § 28, nota 2; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 28, nm. 10, 15 ss.; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 28, nm. 3 s.; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 558. De modo predominantemente crítico: *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 78 ss.; *el mismo*, 1977, § 12; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 104/73 ss.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 195 ss.

[35] Para más detalles *Bockelmann/Volk*, AT, 4.ª, § 25 V 2 a; *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 78 s.

el ánimo de apropiación en el hurto o el ánimo de enriquecimiento o lucro en la estafa son enjuiciados por la doc. totalmente dom. como referidos al hecho, y en cambio, circunstancias como el embarazo en el § 218 III y la condición de titular de un cargo lo son como referidas al autor. Tampoco sirve de mucha más ayuda el que, como ha hecho BGHSt 22, 378 en relación con los móviles abyectos en el asesinato, el carácter de referencia al autor de un elemento se deduzca únicamente de que sus presupuestos estén en la persona del autor "y en ninguna otra parte" (cfr. nm. 28). En efecto, esta afirmación ciertamente es aplicable a los móviles abyectos o bajos. Pero p. ej. también en el exhibicionismo la cualidad de hombre se encuentra sólo en la persona del autor y sin embargo según opinión casi unánime este elemento no es considerado como referido al autor, de tal modo que una mujer que induzca al hecho del § 183, está sujeta a la pena del § 183 en su totalidad sin la atenuación del § 28 I. Y p. ej. también el ánimo de apropiación en el hurto se encuentra solamente en la persona del autor y sin embargo es interpretado por la jurispr. como referido al tipo. Por tanto, los conceptos de referencia al autor y al hecho no posibilitan ninguna explicación convincente sobre qué elementos personales quedan abarcados por el § 28 y cuáles no [36].

b) Los elementos personales especiales como elementos no referidos al bien jurídico

Por eso va en aumento una concepción que considera la referencia al hecho como referencia al bien jurídico, excluyendo por tanto la aplicación del § 28 siempre que un elemento personal se refiere al bien jurídico típicamente protegido. "Ello conduce a que aquellos elementos que caracterizan al autor, y no a la lesión del bien jurídico abarcada por el tipo, sólo se le imputan al partícipe cuando concurren en él mismo. A la inversa se le imputan elementos personales que concurren en el autor principal sólo cuando se refieren a una lesión del bien jurídico"[37]. Por tanto el inductor de falsedad documental (§ 267) es castigado sin atenuación conforme al § 267 como un autor, aunque no actúe él mismo "para inducir a error en el tráfico jurídico", porque este elemento se refiere al bien jurídico protegido (la pureza del tráfico probatorio). Por el contrario, si al inductor de un homicidio le falta la codicia que caracteriza al autor, su pena debe atenuarse conforme al § 28, porque la codicia no se refiere al bien jurídico protegido (vida), sino a valores materiales. 34

Pero tampoco merece apoyo esta concepción, pues ciertamente conduce a resultados adecuados en los tipos mencionados pero falla en otros casos. 35

---

[36] De modo crítico con el método de delimitación dominante también *Bockelmann/Volk*, AT, 4.ª, § 25 V 2 a; *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 78 s.

[37] SK-*Samson*, 5.ª, § 28, nm. 19 a (igualmente SK-*Hoyer*, 7.ª, § 28, nm. 21); atendiendo a la referencia al bien jurídico como criterio de "referencia al hecho" también *Blauth*, 1968, 63 ss., 100 ss.; *Gallas*, ZStW 88 (1976), 175; *Geppert*, ZStW 82 (1970), 40, 64 ss.; *Grünwald*, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 559 ss.; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 28, nm. 4; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 28, nm. 16, 20.

Así el ejemplo menos discutido de un elemento personal especial es la cualidad de funcionario que ejerce un cargo según los §§ 331 ss. Si p. ej. un particular induce a un juez a la prevaricación, su pena debe atenuarse, conforme a la voluntad también clara del legislador[38], conforme al § 28 I. Pero precisamente en este caso no se puede negar la referencia al bien jurídico de la cualidad de funcionario que ejerce un cargo[39], pues la cualidad de ser funcionario es constitutiva de la prevaricación; sin ella no existiría en absoluto una lesión del bien jurídico. Lo propio rige para todos los delitos de funcionarios, pero también para la mayoría de los restantes deberes especiales: p. ej. en el § 203 la cualidad de ser médico, abogado, etc. es claramente referida al bien jurídico porque sin ella no es posible una vulneración del deber de secreto ni por tanto una lesión del bien jurídico.

36 *Grünwald*, que defiende igualmente la concepción de que "los elementos que caracterizan a la agresión al bien jurídico protegido no están sometidos a la regulación del § 28, sino que son tratados de manera accesoria sin restricciones"[40], reconoce la referencia al bien jurídico de las cualidades de funcionario que ejerce un cargo[41]. En atención a la voluntad del legislador quiere no obstante incluirlas en el § 28 como "particularidad históricamente condicionada", pero excluir del ámbito de aplicación del § 28 las demás posiciones similares de deberes, de modo que el partícipe *extraneus* en delitos de los §§ 203, 266 etc. no disfrute de una atenuación de la pena[42]. Sin embargo no puede ser correcto que un criterio como el de la cualidad de funcionario, considerado por el legislador como principal ejemplo de un "elemento personal especial", sólo se reconozca como una excepción que propiamente no se adapta a la regulación legal. Por el contrario debe extraerse y destacarse precisamente la idea en que se basa dicho paradigma y convertirla en directriz de la delimitación. Tampoco resulta convincente que se dé un tratamiento completamente distinto a posiciones de deberes estructuralmente uniformes.

37 Por lo demás también son sorprendentes los resultados a que conduce la aplicación consecuente del criterio de la referencia al bien jurídico. En este sentido *Samson*[43] pretende descomponer el ánimo de apropiación en el hurto (§ 242) en su componente desposesorio y su componente de apoderamiento. Sólo el presupuesto de la desposesión duradera debe tratarse de manera estrictamente accesoria por referirse al bien jurídico protegido (propiedad). Por el contrario, el componente de ánimo de apoderamiento a

---

[38] Cfr. P 1962, BT-Drucks. IV/650, 152 s.

[39] *Gallas*, 1968, 159; *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 81; *Vogler*, Lange-FS, 1976, 270; discr. *Blauth*, 1968, 76; *Geppert*, ZStW 82 (1970), 72.

[40] *Grünwald*, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 559.

[41] *Grünwald*, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 561.

[42] *Grünwald*, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 562 s.; igualmente *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, antes de los §§ 153 ss., nm. 42; § 203, nm. 73; § 266, nm. 52.

[43] SK-*Samson*, 5.ª, § 28, nm. 20 (igualmente SK-*Hoyer*, 7.ª, § 28, nm. 25 s.).

través del autor se considera, en tanto que es independiente del bien jurídico, como elemento personal especial, de modo que el partícipe en el hurto sólo experimenta un pena atenuada conforme al § 28 I cuando no quiere apoderarse de la cosa para sí mismo. De la misma forma el ánimo de lucro (o enriquecimiento) en los §§ 253, 259 o 263 [chantaje, receptación o estafa] no se refiere al bien jurídico porque el bien jurídico protegido (patrimonio) también puede lesionarse sin ánimo de lucro o enriquecimiento. El partícipe de estos delitos a quien le falte el ánimo de lucro (o enriquecimiento) sólo debe ser castigado entonces según *Samson* con la atenuación del § 28 I.

Pero todo esto no convence, pues si según el fundamento del castigo de 38
la participación el injusto del hecho del autor se traslada al inductor y a cómplices o cooperadores (cfr. § 26, nm. 11 ss.), no está claro por qué debe relajarse la accesoriedad precisamente en elementos no referidos al bien jurídico, aun cuando el ánimo de apoderamiento y el ánimo de lucro o enriquecimiento caracterizan al tipo delictivo en igual grado que los elementos del injusto referidos al bien jurídico. *Samson* aduce como fundamentación: "El partícipe que ni quiere enriquecerse ni quiere enriquecer a otro... está en la misma posición que el autor que sólo actúa con dolo de perjudicar y sin ánimo de lucro. Así como éste es impune, se justifica en el partícipe al menos la aplicación del § 28 I". Si esto fuese correcto, habría que argumentar incluso a favor de la impunidad en el partícipe. Pero con ello se pasa por alto que en el caso de un autor que actúa sin ánimo de lucro (o enriquecimiento) no se realiza en absoluto ningún tipo penal, mientras que el partícipe, *ceteris paribus*, provoca o favorece una acción plenamente delictiva conforme a los §§ 253, 259 o 263, y si sólo pretende la ejecución del delito, es castigado por ello y no por sus intenciones personales.

Hake[44] modifica el criterio de distinción aquí tratado, en el sentido de que 39
él incluye en el ámbito de aplicación del § 28 todos los elementos personales "cuyo contenido...no se agota en describir detalladamente la lesión del bien jurídico como tal". De ese modo puede llegar sin más a un relajamiento de la accesoriedad en el sentido del § 28 en los mencionados delitos de infracción de deber, cuya referencia al bien jurídico él no discute. Sin embargo con ello ha abandonado ya ampliamente el punto de vista rector de la delimitación, pues entonces ya no es precisamente la falta de referencia al bien jurídico la que caracteriza al elemento personal especial.

También *Hake* tropieza con dificultades en los delitos de apropiación y 40
de enriquecimiento, pues las intenciones o ánimos de los §§ 242, 253, 259, o 263 no se refieren exclusivamente al bien jurídico (cfr. nm. 37), de modo que un extraño en el que no concurran debería, según su planteamiento, disfrutar de una atenuación con arreglo al § 28 I. *Hake* pretende evitar este resultado para él indeseado y seguir la doc. dom. Por eso califica el ánimo

[44] *Hake*, 1994, 97 ss. (98).

de apropiación como "referido en su conjunto al bien jurídico"[45], porque la "fundamentación de la propia posesión por parte del autor... también desde el punto de vista de la lesión de la propiedad es algo distinto a la simple desposesión de cosas". De la misma forma el ánimo de lucro (o enriquecimiento) se considera como referido exclusivamente al bien jurídico porque caracteriza "el modo y forma de la lesión del bien jurídico". Pero si se utilizan las modalidades de ataque al bien jurídico para excluir el § 28, se atiende en realidad al tipo delictivo. Ese planteamiento encierra en su interior una idea correcta (cfr. nm. 50) pero de esa manera se ha renunciado completamente al criterio del bien jurídico.

c) La solución unitaria de *Schünemann*

41 *Schünemann* trata todos los elementos personales, sean de la clase que sean, conforme al § 28 [46]. Por tanto también si alguien sin ánimo de apropiación induce a un hurto, o si una mujer da lugar a que un hombre cometa el hecho del § 183, se produce una atenuación conforme al § 28 I. Esta solución tiene la ventaja de que convierte en superfluos todos los problemas de la delimitación entre elementos "simplemente personales" y elementos "personales especiales". Teleológicamente se basa en la idea de que el sentido del § 28 consistiría en "excluir o mitigar en todo lo posible un injustificado tratamiento desigual de autor y partícipe, que conllevaría un principio de accesoriedad sin correcciones..."[47]. *Schünemann* ilustra esto con el ejemplo de una madre extramatrimonial que inmediatamente después del nacimiento del niño induce al padre, quien actúa de manera codiciosa con la finalidad de ahorrarse la manutención, a darle muerte. El padre es entonces penalmente responsable conforme al § 211 [asesinato] y el hecho de la madre tendría que castigarse, atendiendo a un principio de accesoriedad estricto, conforme a los §§ 26 y 211 con pena de prisión perpetua, mientras que conforme al § 212 [homicidio] (y anteriormente conforme al § 217 [infanticidio], derogado desde 1998) habría sido castigado de forma sensiblemente atenuada si la madre hubiera matado de propia mano al niño. Según *Schünemann* para la eliminación de esta injusticia sirve el § 28, cuyo ap. 2 permite en nuestro caso hacer responsable a la madre sólo conforme a los §§ 26 y 212 (o anteriormente §§ 26 y 217).

42 Esto es totalmente convincente en los elementos de la culpabilidad y también es acorde con el principio de la accesoriedad limitada, pues debe (y puede sobre la base del § 28) castigarse a cada uno según su culpabilidad. Pero en los elementos personales del injusto, que *Schünemann* igualmente incluye sin excepción en el ámbito de aplicación del § 28, la idea convence

---

[45] Aquí y en lo que sigue, *Hake*, 1994, 139.

[46] *Schünemann*, ZSchwR 1978, 131, 149 ss., 158; *el mismo*, 1978, 131 ss.; *el mismo*, Jura 1980, 354, 365 ss.; *el mismo*, GA 1986, 336 ss.

[47] Así (con ulteriores comentarios) coincidente casi literalmente *Schünemann*, Jura 1980, 365, y *el mismo*, GA 1986, 339.

mucho menos. ¿Por qué el inductor de un hurto si, como sucede por regla general, no quiere apropiarse de la cosa para sí, debe ser castigado de forma más leve que lo que dispone el § 26? *Schünemann* utiliza el mismo modelo argumentativo que en los elementos de la culpabilidad[48]: "Si una esposa, temiendo por la vida de su insensato marido que se ha comprado un caballo muy peligroso por su carácter salvaje, por ese motivo induce a otra persona a hurtarlo, se le debería imponer según la op. dom. ...la pena completa de los §§ 242 y 26 sin posibilidad de atenuación, aun cuando ella misma sólo haya actuado con un ánimo de desposesión de la cosa, el cual, en caso de ella misma hubiese ido más allá y hubiese actuado como autora, habría fundamentado incluso su total impunidad."

Sin embargo esto es una comparación equivocada que olvida la diferencia 43
entre desposesión de la cosa y hurto. Si la mujer hubiese inducido a la desposesión de la cosa [mero hurto de uso] quedaría tan impune como si fuese autora de ese mismo "hecho". ¡Pero ha ido más allá y ha incitado al autor a un hurto! Esto es tan punible como si la mujer por los motivos altruistas que fuere hubiese actuado como autora. Dado que el injusto del hecho del autor se traslada en principio al partícipe, hay que imputarle también a éste el ánimo de apropiación del autor si él quiere que se ejecute un hurto (cfr. sobre la problemática análoga en la estafa ya nm. 37). Si sólo se le quisiera cargar a ella con un ánimo de desposesión, esto consecuentemente debería llevar también a la impunidad y no sólo a una reducción de la pena. Y si en el caso del ejemplo resulta evidente para el sentimiento jurídico una atenuación, a la que también se puede llegar en el marco de la determinación habitual de la pena, eso se basa en la motivación análoga al estado de necesidad de la inductora. Pero en los "casos normales" de inducción por afán de lucro o venganza, conforme a la idea fundamental de la accesoriedad limitada, no es oportuna una atenuación de la pena.

Contra una inclusión del ánimo de apropiación y del ánimo de lucro o 44
enriquecimiento entre los elementos personales especiales apunta también la circunstancia de que sólo sirven a la anticipación de la punibilidad por consumación, que en cuanto tal no justifica ningún relajamiento de la accesoriedad. Si el § 242 dijese: "Quien sustraiga a otro una cosa mueble ajena y se la apropie antijurídicamente, será castigado...", no sería aplicable una atenuación para el inductor porque la apropiación como elemento objetivo no entraría en el ámbito de aplicación del § 28. ¡Pero entonces la anticipación de la consumación a la sustracción no puede conducir a privilegiar al partícipe!

Lo que se ha expuesto para el ánimo de apropiación y para el ánimo de 45
lucro o enriquecimiento rige también para elementos personales objetivos del injusto. Si una mujer induce a un hombre a una acción exhibicionista

[48] *Schünemann*, GA 1986, 340.

(§ 183), merece la pena del autor sin atenuación, porque ha provocado y a través de ello producido el mismo delito que igualmente existiría en caso de una inducción por parte de un hombre. La circunstancia de que la mujer resultase impune como autora directa no legitima ninguna atenuación para ella como inductora, porque el exhibicionismo femenino no provoca el miedo y pánico que constituye el fundamento de la punición del § 183. No se encuentra en ese caso el dato merecedor de pena que existe por completo en la inducción de un hombre por parte de una mujer.

46 *Schünemann* utiliza también el argumento contrario, según el cual la renuncia a un relejamiento de la accesoriedad acarrearía el "absurdo resultado de que el... interviniente cualificado, poniendo por delante como testaferro a un autor no cualificado, podría por decirlo así esconderse detrás de éste"[49]. Pero también esta idea es únicamente acertada en los elementos de la culpabilidad. En efecto, no puede ser que p. ej. el codicioso padre de un niño (nm. 41) no sea castigado por inducción al asesinato por el solo hecho de esconderse tras la madre del niño como autora que lleva a cabo el hecho sin elementos típicos del asesinato. Sin embargo la situación es distinta en los elementos personales del injusto. Porque p. ej. el hombre que induce a una mujer al exhibicionismo no produce ningún hecho punible y por ello no puede esconderse detrás de ningún autor; por otro lado un funcionario que se sirve de un instrumento doloso no cualificado es castigado como autor mediato (cfr. § 25, nm. 153 ss.) y por esta razón no tiene ninguna posibilidad de captar a un autor privilegiado con efecto atenuante. Resulta por tanto que la solución unitaria no convence en los elementos personales del injusto.

d) La teoría de *Herzberg* de la exclusión de los elementos meramente perfiladores del delito del ámbito de aplicación del § 28

47 La teoría de *Herzberg* ha experimentado múltiples cambios (sobre todo terminológicos)[50], pero se ha mantenido igual en su núcleo esencial y en su versión más reciente sostiene que entre los elementos personales hay que excluir del ámbito de aplicación del § 28 los "elementos personales funcionalmente materiales" y los "elementos puramente perfiladores del tipo" insignificantes para el desvalor material del hecho[51].

48 El primer grupo abarca circunstancias que propiamente son de naturaleza objetiva-material y que sólo por razones lingüísticas han sido reformuladas como elementos personales. A éstas pertenece por ejemplo el § 183 [52], con el que según *Herzberg* propiamente se está pensando: "Quien molesta a otra persona mediante una exhibición masculina...". En una versión así sería también posible, como materialmente habría sido apropiado, la autoría

---

[49] *Schünemann*, Jura 1980, 365, y *el mismo*, GA 1986, 339.

[50] Para más detalles LK-*Roxin*, 11.ª, § 28, nm. 44 ss.

[51] *Herzberg*, GA 1991, 170.

[52] *Herzberg*, GA 1991, 170 s.

mediata de una mujer (p. ej. utilizando a un enfermo mental) y se habría excluido de entrada una aplicación del § 28 basada en la falta de un elemento personal en el tipo penal. Según *Herzberg* la formulación lingüísticamente más gráfica del vigente § 183 no puede cambiar en nada el resultado material. De la misma manera, según él, en el § 142 [alejamiento ilícito fuera del lugar del accidente] el elemento personal del "interviniente en el accidente" debe entenderse materialmente como "alejamiento objetivo del lugar del accidente por parte del interviniente en el accidente"[53] y el "estar casado" en el § 172 como un elemento material tendente a la prohibición de la bigamia.

En el segundo grupo de "elementos puramente perfiladores del tipo" in- 49
cluye *Herzberg* aquellos que mediante el empleo de elementos personales caracterizan gráficamente determinadas figuras delictivas y perfilan así el tipo, pero que no expresan ninguna especial diferencia de desvalor entre autoría y participación y por ello no han de incluirse en el § 28[54]. Aquí incluye él[55] elementos como "preso" (§ 121), "deudor ejecutado" (§ 288), el embriagarse en el § 323 a, el conducir un vehículo de motor en los §§ 314 c y 316, la condición de parientes según el § 173 y el ánimo de lucro o enriquecimiento del § 263.

Podrán reunirse y resumirse en un único grupo los dos grupos de ele- 50
mentos personales en los que *Herzberg* no quiere permitir ninguna relajación de la accesoriedad: se trata de elementos personales que se agotan en la tipificación del delito. También en el caso de elementos funcionalmente materiales, como considera *Herzberg* que son los que concurren en los §§ 183 y 142, ocurre que el único el caso que prácticamente hay que tener en cuenta en la práctica se refiere a la realización del tipo por parte de un hombre o, respectivamente, un interviniente en el accidente. El dominio del hecho por parte de un extraño es tan extraordinario y atípico que el legislador –teniendo en cuenta la naturaleza fragmentaria del Derecho penal[56]– renuncia a su punición. Este es el mismo aspecto que también nosotros encontramos en los elementos "puramente tipificadores" de *Herzberg*. De hecho se ha encontrado así un criterio que hace plausible la no aplicación del § 28. Sólo es imprescindible junto a ello caracterizar también positivamente la particularidad de los elementos que como elementos personales especiales han de someterse al § 28. Eso ha de hacerse a continuación (nm. 51 ss.).

e) La opinión propia: elementos relevantes para la punibilidad más allá del injusto y elementos cualificados de deber como elementos personales especiales

La idea rectora para la aplicación del § 28 sólo puede ser la de que una 51
punición más leve o más estricta del partícipe, que implique un relajamiento

---

[53] *Herzberg*, GA 1991, 170 s.
[54] *Herzberg*, GA 1991, 174.
[55] *Herzberg*, GA 1991, 177 ss.
[56] *Roxin*, AT I, 3.ª [= PG I], § 2, nm. 28.

de la accesoriedad, es oportuna allí donde, a consecuencia de circunstancias especiales en la persona de un interviniente (junto con otros), la diferencia de desvalor entre autoría y participación vaya más allá de las diferencias de la relación normal autor/partícipe. Esto ocurre en dos clases de circunstancias personales que por ello han de ser tratadas como "elementos personales especiales" con las consecuencias jurídicas del § 28: en los elementos de la culpabilidad, de la responsabilidad y de la punibilidad independientes del injusto, y en las posiciones de deberes cualificadas.

52 El primer grupo de casos es prácticamente indiscutible porque se corresponde con la idea fundamental de la accesoriedad limitada. Si alguien –para empezar por el ejemplo principal– reúne un elemento de culpabilidad que falta en el otro, sólo se le imputa a aquél en quien concurre. Por tanto, si se consideran los criterios del asesinato del primer y tercer grupo de elementos del § 211 como elementos de culpabilidad intensificada o agravada[57], el interviniente (junto con otros) que no reúne esos elementos, independientemente de su posición como autor o partícipe, debe ser castigado conforme al § 212, pero el otro lo será conforme al § 211. Si con la jurispr. (y en contra de la op. absolutamente dom.) se juzga erróneamente al asesinato como un tipo no cualificado en relación con el homicidio sino autónomo[58], hay que juzgar las respectivas circunstancias como elementos de la culpabilidad fundamentadores de la punición, con la consecuencia de que el partícipe que no cumple ningún elemento del asesinato es juzgado conforme a los §§ 211, 26 y 27 con la atenuación del § 28 I. En el caso inverso de que el autor se convierta en culpable de un homicidio, pero el partícipe realice un elemento del asesinato, su punición sólo es posible conforme a los §§ 26 y 212 [homicidio], pues el § 28 I, invocado erróneamente por la jurispr. en lugar del segundo ap., no abarca este caso.

53 Lo propio rige para todos los demás elementos de la culpabilidad. Ya se han expuesto las consecuencias que acarrea la aplicación del § 28 II para un criterio objetivo de esta clase como el embarazo en el § 218 III (nm. 3). En los excepcionales elementos de la culpabilidad fundamentadores de la punición como la "malevolencia" (§§ 90 a, 130 n.º 3, 225) o la "falta de consideración" (§ 315 c I n.º 2) la pena del partícipe al que no le es inherente el elemento de actitud interna fundamentador de la punición del autor[59] debe atenuarse conforme al § 28 I (para más detalles nm. 64, 81); si el partícipe se cualifica por este elemento y le falta al autor, se produce la impunidad.

54 También encajan en el § 28 otros elementos relevantes para la punibilidad más allá del injusto. Entre ellos se cuentan en primer lugar ya desde la época del RG la profesionalidad y habitualidad, que fundamentan una elevada

---

[57] Sobre ello *Roxin*, AT I, 3.ª [= PG I], § 10, nm. 70-77.

[58] Lo que constituye un problema de la Parte especial y que por tanto no procede tratar aquí más en detalle (pero que aún se volverá a tocar: cfr. nm. 75).

[59] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [= PG I], § 10, nm. 78.

necesidad preventivoespecial de sanción y por tanto tienen trascendencia desde el punto de vista de la responsabilidad[60]. Por tanto quien p. ej., sin actuar él mismo de forma profesional, induce a la receptación profesional, será castigado según el § 28 II conforme a los §§ 26 y 259 [receptación simple], aun cuando el autor deba ser condenado conforme al § 260 [receptación profesional]. En su caso la profesionalidad puede aparecer también como elemento de la responsabilidad fundamentador de la punición (§ 180 a II n.º 1), lo que conlleva para el partícipe una pena atenuada conforme al § 28 I. Con mayor razón aún no son transmisibles las causas personales de exclusión de la punibilidad y de supresión de la punibilidad. Por tanto si se considera con la op. dom. el desistimiento voluntario de la tentativa (§ 24) como causa personal de supresión de la punibilidad (sobre mi opinión propia cfr. § 30, nm. 29), la voluntariedad es un elemento personal especial. Si el autor desiste voluntariamente en el estadio de la tentativa, queda impune, mientras que conforme al § 28 II inductor y cómplices (o cooperadores) que no hayan intervenido en el desistimiento siguen siendo penalmente responsables por participación en la tentativa. Naturalmente es cierto que para todos los elementos más allá del injusto también sin el § 28 se podrían extraer básicamente los mismos resultados a partir del principio de la accesoriedad limitada.

El verdadero problema del § 28 reside por tanto en su aplicabilidad a los 55
elementos personales del injusto que conforme a los §§ 26 y 27 en principio deben tratarse con accesoriedad plena y para los que el § 28 prevé una excepción que supone un relajamiento de la accesoriedad. La "particularidad" que justifica esto se ve aquí en el hecho de que una posición de deber cualificada del autor hace que el inductor o el cooperador o cómplice aparezca como menos merecedor de punición que en relación con el partícipe habitual. Donde más fácilmente se puede demostrar esto es en los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo, que desde siempre son considerados como los casos principales de aplicación del § 28. Si p. ej. un particular incita a un juez a la prevaricación (§ 339), entonces él ha dado lugar a una sentencia desacertada y con ello a un perjuicio o daño social considerable y será condenado con razón como inductor conforme a los principios generales de la accesoriedad. Pero él no participa del desvalor de acción incrementado que en el caso del juez reside en la traición de la responsabilidad especial de su profesión. El abuso del cargo de juez fundamenta un "injusto especial"[61], al que se ajustan precisamente el carácter del delito y la magnitud de la pena (¡delito grave!) y cuya ausencia en el partícipe justifica una atenuación de la pena conforme al § 28 I.

Nada distinto rige para los delitos impropios de funcionarios. Si un par- 56
ticular induce a un funcionario a un delito de lesiones en el ejercicio del

---

[60] Cfr. sobre ello con ulteriores referencias de la jurispr. más antigua *Vogler*, Lange-FS, 1976, 274 ss.

[61] *Langer*, Lange-FS, 1976, 261.

cargo (§ 340), ha ocasionado un injusto del delito de lesiones y merece una pena, pero según el § 28 II sólo la del § 223 [lesiones comunes]. El "injusto especial" del funcionario que vulnera su deber especial como representante del Estado, contemplado en el marco penal del § 340, no se imputa al *extraneus* en la determinación de la pena.

57 De forma muy similar lo fundamenta *Vogler*[62]: "La razón más profunda para el especial merecimiento de pena de la infracción de deberes reside en la relación social en que se halla el autor. El papel o rol social (independiente del Derecho penal) genera una situación de confianza que permite considerar la transgresión del Derecho como especialmente reprobable... Esta diferencia de cualidad, que se funda en la confianza personal de la que sólo goza el funcionario y no el tercero, justifica el relajamiento o, respectivamente, la ruptura de la accesoriedad en los delitos de funcionarios".

58 Pero también fuera de los delitos de funcionarios se encuentran posiciones de deberes cualificadas de la clase descrita y en todos los casos han de considerarse "elementos personales especiales" en el sentido del § 28. A ellos pertenece p. ej. el deber de secreto según el § 203. Tal deber está vinculado a profesiones de confianza especialmente destacadas. El abuso de la confianza y la desautorización a ello vinculada del papel o rol social fundamentan un especial injusto de la acción que falta en el extraño; la transmisión del deber de secreto a los asistentes profesionales y otros en el § 203 III no constituye un contraargumento porque sirve al aseguramiento del deber de secreto surgido del papel o rol social. Pero también el deber de custodia patrimonial del § 266 [administración desleal] y la encomienda por haberle sido confiada la cosa en el supuesto cualificado de la apropiación indebida (§ 246) son elementos personales especiales, pues en ambos casos ocurre que se ha otorgado al autor una confianza especial de la que no gozan los extraños y cuya lesión origina un injusto especial que va más allá del mero perjuicio o daño; y cuya ausencia en el sujeto no cualificado es recompensada con una rebaja de la pena según el § 28 I ó II.

59 Pero no todas las posiciones de deberes son de esta clase. Así el impedimento de la ejecución forzosa por parte del deudor según el § 288 ciertamente debería considerarse como un delito simple de infracción de deber en el sentido de que es susceptible de ser cometido a título de autor por medio de la incitación a un *extraneus*: el deudor evadido que incita a su amigo a que haga desaparecer bienes patrimoniales es castigado como autor mediato conforme al § 288, mientras que el que actúa de modo inmediato es cooperador o cómplice (cfr. § 25, nm. 275 ss.). Pero la cualidad de deudor no fundamenta ninguna posición de deber cualificada y no es un elemento personal especial en el sentido del § 28, pues el deudor no tiene ningún papel o rol social con responsabilidad incrementada y no es portador de

[62] *Vogler*, Lange-FS, 1976, 279.

una confianza especial. Sólo tiene el deber de omitir causar perjuicios al acreedor mediante el alzamiento u ocultación de elementos integrantes del patrimonio, de la misma manera que p.ej. también tiene el deber de omitir lesiones, daños patrimoniales y fraudes. Si el legislador, a diferencia de lo que ocurre en los últimos delitos mencionados, ha restringido la autoría a determinadas personas (deudores), ello se debe a la tipificación del delito, en el deseo de dar una descripción plástica del acontecer del hecho. Que un no deudor le sustraiga elementos patrimoniales al acreedor sin estar de acuerdo con el deudor es tan infrecuente que el legislador no ha considerado este caso. Sin embargo esto no es motivo para castigar de manera atenuada al partícipe implicado en un hecho típicamente delictivo que p. ej. induce al deudor al alzamiento o le ayuda a transportar y quitar de en medio bienes patrimoniales. Por tanto no le es aplicable el § 28[63].

Lo propio rige para el "interviniente en el accidente", al que el § 142 restringe la autoría [del alejamiento indebido del lugar del accidente]. El mismo no tiene ninguna posición especial de profesión y confianza, sino únicamente el deber general de no dañar a otros mediante el alejamiento inadmisible del lugar del accidente. Por eso no existe motivo alguno para castigar al partícipe menos que lo que prevén los §§ 26 y 27. También aquí se trata sólo de un simple delito de infracción de deber: el legislador menciona solamente al interviniente en el accidente como autor para darle contornos precisos al tipo penal y delimitarlo al caso relevante en la práctica. Aunque teóricamente es imaginable que un sujeto no interviniente aleje del lugar del accidente a un interviniente sin su voluntad o en contra de la misma, es sin embargo tan atípico que se puede renunciar a abarcar este caso. La formulación que incluiría esta posibilidad: "Quien tras un accidente en el tránsito o tráfico vial aleje del lugar del accidente a un interviniente en el accidente antes de que el interviniente en el accidente..."[64], es tan torpe, desmañada y confusa que precisamente *ex negativo* evidencia el carácter tipificador del delito de la redacción legal vigente. Por tanto tampoco la cualidad de interviniente en el accidente es un elemento personal especial en el sentido del § 28. 60

Por lo tanto, ni en los §§ 288 y 142, pero tampoco en tipos penales como el § 183 ("hombre") o el § 121 ("preso") la descripción del autor describe un deber especial previo al Derecho penal, sino un mandato penal para cualquier persona, aun cuando el círculo de autores se restringe fácticamente por consideraciones fenomenológico-criminales, es decir, en interés de la delimitación de los contornos del delito. A ello se ha adherido ahora también el BGH (BGHSt 42, 1), que, si bien se aferra básicamente a la diferenciación de elementos referidos al hecho y referidos al sujeto (loc. cit., 61

[63] Coincidentes y con fundamentación similar p. ej. *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 111; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 28, nm. 18.

[64] Formulación de *Herzberg*, GA 1991, 171.

2) y "no ve ningún motivo para cuestionar...la jurisprudencia habida desde entonces", la interpreta sin embargo en el sentido de la diferenciación aquí defendida, adhiriéndose a la opinión de que "para la delimitación en el ámbito de los elementos caracterizados mediante deberes en último término es determinante qué clase de deber describe el elemento. Si describe un deber especial previo al Derecho penal, caracteriza más bien la personalidad del autor, el elemento es referido al autor. Si por el contrario se trata de un 'mandato penal para cualquier persona' en el sentido de *Roxin*[65], caracteriza más bien al hecho y el elemento es referido al hecho.".

62 La concepción aquí defendida va en aumento también en la doctrina más reciente, sin constituir hasta ahora un grupo de opinión cerrado. Se sitúa especialmente próxima a la teoría de *Gallas*[66], que asimismo menciona como "elementos personales especiales" elementos especiales de la culpabilidad y elementos del injusto altamente personales, para los que aduce como ejemplo principal la cualidad de funcionario en el ejercicio del cargo. También las manifestaciones de *Stratenwerth*[67] y *Vogler* (nm. 57) apuntan en la dirección que aquí se sigue. Soluciones similares se encuentran además en *Jakobs*[68] y *Stein*[69]. *Langer*[70] quiere igualmente imputar los elementos propios de la culpabilidad "solamente a aquél en quien concurren" (lo que él deriva de "principios generales de la participación" y del § 29) y por lo demás señala sobre todo los elementos del "injusto especial", entre los que comprende las posiciones de deberes especiales, como "elementos personales especiales" en el sentido del § 28. También la teoría de *Herzberg* en su última versión (nm. 47-50) puede aprovecharse ampliamente para la concepción aquí defendida[71], pues si se excluyen del ámbito de aplicación del § 28 los elementos especiales solamente tipificadores del delito mencionados por *Herzberg*, quedan como rasgos característicos positivos de los elementos personales especiales los criterios aquí señalados (elementos más allá del injusto y posiciones de deberes cualificadas). Cuando *Herzberg* atiende ahora a "...si el elemento de autor expresa una responsabilidad especial o solamente otorga al impreciso 'quien' los contornos del típico autor"[72], ello se corresponde completamente con la diferenciación por la que aquí se aboga[73].

---

[65] Se remite aquí a LK-*Roxin*, 11.ª, § 28, nm. 67.

[66] Por última vez a modo de síntesis en ZStW 88 (1976), 173 ss.

[67] *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 198 ss.

[68] *Jakobs*, AT, 2.ª, 23/12 ss.

[69] *Stein*, 1988, 332 ss.

[70] *Langer*, Lange-FS, 1976, 241 ss. (260).

[71] A este respecto se debe destacar expresamente que los trabajos de *Herzberg* han influido de manera notable en la interpretación aquí defendida.

[72] *Herzberg*, GA 1991, 179.

[73] Similar también *Köhler*, AT, 548: los elementos personales especiales son elementos que expresan el injusto de la acción, un deber especial o una forma especial de la culpabilidad.

f) La delimitación en concreto

Según los principios expuestos hay que llevar a cabo la delimitación en todos los tipos con elementos personales. A estos efectos sólo pueden esbozarse aquí las líneas fundamentales; los análisis detallados de cada elemento concreto son cuestión de la parte especial. 63

aa) Elementos personales especiales fundamentadores de la punición según el § 28 I

Se incluyen aquí junto a los ya mencionados escasos elementos de la culpabilidad (nm. 53) en primer lugar los delitos propios de funcionarios como los §§ 331, 332, 339, 344, 345 y 348. Esencialmente son además indiscutidos elementos personales especiales la cualidad de soldado en los delitos propios de soldados (p. ej. deserción según el § 16 en relación con el § 1 WStG o amotinamiento según el § 27 en relación con el § 1 WStG)[74], el deber especial del personal médico según el § 278[75] así como de los abogados y asesores jurídicos según el § 356, el deber de custodia patrimonial según el § 266[76], el deber de prestar alimentos según el § 170[77] y el deber de asistencia y educación según el § 171 [78]. 64

Otros preceptos son vivamente discutidos. Así defiende *Lenckner*[79] la concepción de que las profesiones mencionadas en el § 203 [vulneración de secreto profesional sobre asuntos privados] no serían elementos personales especiales (sobre el argumento derivado del § 203 III cfr. ya nm. 58). La cualidad de autor caracteriza según él "no una infracción de deber personal especial, sino solamente la relación en la que el bien jurídico primariamente protegido –confianza en la discreción de determinadas profesiones– precisamente puede en su caso ser lesionado". Pero esto no convence. Con igual razón se podrían reorientar todas las posiciones de deberes cualificadas a relaciones en las que, y únicamente en ellas, puede menoscabarse el bien jurídico protegido. En realidad con ello sólo se caracteriza la referencia al bien jurídico de los correspondientes elementos, que sin embargo no excluye en absoluto su sometimiento al § 28 (cfr. nm. 34 ss.). 65

En contra de la opinión de *Lenckner*[80] también la cualidad de testigo o perito según los §§ 153 ss. es un elemento personal especial, pues el deber de veracidad de la correspondiente persona que declara está ligado a su 66

---

[74] Sobre la opinión ampliamente discr. de *Grünwald* cfr. nm. 36.

[75] Discutido; cfr. *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 278, nm. 1; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 278, nm. 6; de otra opinión *Heidland*, 1970, 64.

[76] BGH wistra 1994, 139; 1997, 100; BGH StV 1995, 73; BGH NStZ 1997, 281.

[77] De otra opinión *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 170, nm. 35.

[78] De otra opinión *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 170 d, nm. 11.

[79] *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 203, nm. 73; de otra opinión *Köhler*, AT, 549.

[80] *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, antes de los §§ 153 ss., nm. 42; igualmente también *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 28, nm. 6; como aquí *Köhler*, AT, 550; SK-*Rudolphi*, 6.ª, antes del § 153, nm. 9; *Vormbaum*, 1987, 282 ss.

papel en el proceso y por ello es de naturaleza altamente personal, como asimismo lo muestra la exclusión de la autoría mediata. Si ya en el supuesto del § 160 [inducción engañosa a un falso testimonio] (según los principios del dominio del hecho, un caso de autoría mediata) se impone una pena considerablemente reducida, no se puede negar al partícipe la reducción de la cuantía de la pena según el § 28 I.

67 En contraposición a una extendida opinión[81] hay que reconocer también como elementos personales especiales los deberes de cuidado del autor según los §§ 174, 174 a y 174 c[82] [abusos sexuales sobre personas sometidas a diversas formas de custodia], pues se basan precisamente en aquellas relaciones de confianza que son características de los deberes especiales cualificados. La tesis contraria de que en los §§ 174, 174 a y 174 c sólo se estarían caracterizando determinadas relaciones de dependencia especialmente peligrosas para menores de dieciséis años no es convincente, pues las relaciones dependencia se protegen, precisamente debido a a la exposición al peligro de los sujetos a ellas, mediante el establecimiento de deberes especiales en una medida superior. También es un resultado extraño y sorprendente que la cualificación del autor según el § 174 b sea un elemento personal especial porque "el hecho es un delito de funcionario en el ejercicio del cargo"[83], mientras que no lo sean las posiciones de autoría estructuralmente idénticas de los §§ 174, 174 a y 174 c.

68 Un caso especialmente discutido es también el deber de garante en los delitos impropios de omisión. Debería incluirse entre los elementos personales especiales[84], pues al garante se le confían especialmente la protección de determinados bienes jurídicos y el control de fuentes de peligro. En la lesión de la obligación especial que de ello se deriva radica un injusto especial que posibilita una equiparación entre omisión y comisión activa y que no tiene paralelo en el caso de extraños. Ciertamente sólo surge una lesión del bien jurídico (p. ej. un homicidio por omisión) como consecuencia de la posición

---

[81] SK-*Horn/Wolters*, 7.ª, § 174, nm. 10; LK-*Laufhütte*, 10.ª, § 174, nm. 20; *Maurach/Schroeder*, BT/1, 7.ª, 18/45; *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 174, nm. 20; *Schwerdtfeger*, 1992, 232; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 174, nm. 1 b.

[82] Como aquí: *Gössel*, BT 1, 25/30; *Jakobs*, AT, 2.ª, 23/25; *Köhler*, AT, 549; Otto, BT, 5.ª, § 66 V 4 b.

[83] *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 174 b, nm. 10.

[84] Así ya *Roxin*, Täterschaft, 7.ª, 2000, 515. Detallada fundamentación sobre todo en *Vogler*, Lange-FS, 1976, 265 ss. Como aquí, además *Arzt*, JA 1980, 553; *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, 32 I 2 b; *Eser*, StrafR II, 3.ª, caso 42, nm. 12; SK-*Hoyer*, 7.ª, § 28, nm. 35; *Köhler*, AT, 550; *Langer*, Lange-FS, 1976, 262; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 12, nm. 191; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 28, nm. 6. La opinión contraria ha encontrado su exposición más exhaustiva en *Geppert*, ZStW 82 (1970), 40 ss. Es defendida además por *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 61 VII 4 a; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 28, nm. 6 (para la mayoría de los casos); *Preisendanz*, 30.ª, § 28, nota 3; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 28, nm. 19; *Stein*, 1988, 337. BGHSt 41, 4 ha dejado abierta la decisión de "si y en qué medida los deberes derivados de posiciones de garante de los delitos impropios de omisión son elementos personales especiales en el sentido del § 28 ap. 1 StGB". Sin embargo las siguientes frases, que se remiten a mi comentario del § 28 en LK, 11.ª, nm. 64, 67, parecen ser más bien proclives a afirmar esta cuestión.

de garante, pero esto no es distinto en los deberes de funcionarios –también aquí sólo surge el delito de funcionario a través de la posición de ejercicio del cargo de funcionario en el autor– y prueba sólo la referencia al bien jurídico de este elemento, que aquí, como en cualquier otro caso, no se opone a la aplicación del § 28 (cfr. nm. 34 ss.). Por lo demás también los funcionarios, los obligados a la custodia de patrimonio, soldados, etc., son garantes cuya omisión en su caso realiza el tipo en cuestión. Si aquí la omisión del garante es un elemento personal especial, ello debe regir igualmente con carácter general.

Herzberg defiende una solución diferenciadora[85]. Él considera como un elemento personal especial el "deber de garante de protección", pero no el deber del "garante de control o supervisión". Sin embargo, tanto si alguien debe proteger a personas u objetos frente a peligros como si debe supervisar y controlar determinadas fuentes de peligro que están bajo su control: en ambos casos se trata de deberes especiales con responsabilidad intensificada, y de la imposición de una función especial de protección. Además, a menudo tampoco se pueden separar ambos deberes; el socorrista de una piscina es garante de protección frente a los bañistas y desempeña esa función supervisando y controlando las fuentes de peligro existentes en relación con el baño. Que la posición de garante se formule de uno u otro modo no puede ser decisivo para la aplicación del § 28. 69

Por el contrario las cualidades de autoría no son elementos personales especiales cuando no caracterizan una posición de garante especial o una posición especial de confianza, sino que únicamente sirven para describir gráficamente la escena del acontecer abarcada por el tipo. Esto ya se ha expuesto ejemplificativamente para los §§ 288 y 142 (nm. 59, 60), y rige igualmente para elementos como "hombre" (§ 183), "preso" (§ 121)[86], para el embriagarse en el § 323 a y el "conducir" un vehículo en los §§ 315 c y 316 [87]. 70

También es un elemento únicamente descriptivo del supuesto de hecho la cualidad de pariente en el § 173 [88]. Ese elemento describe las formas de yacimiento que el legislador quiere prohibir en interés del matrimonio y la familia. Con razón manifiesta la BGHSt 39, 326[89] que en el delito no se 71

---

[85] *Herzberg*, GA 1991, 161 ss.; similar *Jakobs*, AT, 2.ª, 23/24 s., 29/112.

[86] De otra opinión *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 28, nm. 5. Como aquí sin embargo *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 121, nm. 2.

[87] Sobre los §§ 323 a, 315 c, 316 con más detalles *Herzberg*, GA 1991, 182 s.; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 158.

[88] A favor de admitir un elemento personal especial *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 32 I 2 b; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 28, nm. 7; también *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 105, n. 89; en contra *Blei*, JA 1969, 610; *Herzberg*, GA 1991, 184; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 173, nm. 6; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 14/82; *el mismo*, StuB BT, 2.ª, 13/11; *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 173, nm. 8 con ulteriores referencias.

[89] En el mismo sentido *Dippel*, NStZ 1994, 182, y en el resultado también *Stein*, StV 1995, 251, 253. *Stein* señala (loc. cit., 254), que tiene lugar una vinculación intensificada al deber sobre todo en dos casos que aquí no son relevantes: en la fundamentación de la posición de garante mediante "actos

trata de "la vulneración de un especial deber que incumba al autor de salvaguardar un bien jurídico que se le confía", sino de la intervención en un ámbito que ha de estar libre de relaciones sexuales. Ello se corresponde absolutamente con la delimitación aquí defendida. Si el BGH habla en este contexto de referencia al hecho ("ello caracteriza no al autor, sino al hecho"), ciertamente hay que hacer la salvedad de que los "deberes especiales de salvaguarda de un bien jurídico encomendado", que el BGH con razón somete al § 28, caracterizan, junto al autor, también al hecho (p. ej. en la administración desleal, la prevaricación o los delitos de omisión impropia). Sin embargo, al atender al "deber especial" como presupuesto de los elementos personales especiales del injusto, esta sentencia, como también posteriormente la BGHSt 41, 1 (cfr. nm. 62, 74), se corresponde absolutamente con la interpretación aquí defendida.

72 Como elemento únicamente referido al hecho y por tanto que no debe ser tratado según el § 28 I ha tratado también la BGHSt 42, 1[90] el deber existente conforme al 370 I núm. 2 AO. Según este precepto es penalmente responsable quien infringiendo el deber no pone en conocimiento de las autoridades financieras hechos fiscalmente relevantes y con ello reduce impuestos u obtiene para sí o para otro beneficios fiscales no justificados. El BGH destaca que el deber de denuncia "no es comparable ni con el deber especial del funcionario o del autor de la administración desleal, ni con el del garante de uno de los demás delitos de omisión impropia" (loc. cit., 4/5). "El garante de los demás delitos de omisión impropia asume a menudo la responsabilidad de un determinado ámbito de la vida (*Roxin*, loc. cit., § 28, nm. 64)[91]. Su responsabilidad descansa frecuentemente en un deber especial previo al Derecho penal con un acentuado matiz personal. Precisamente este matiz personal falta en los deberes de declaración frente al fisco mencionados en el § 370 I n.º 2 AO. Éstos describen un mandato penal 'para cualquiera' para un círculo de personas no caracterizado por elementos individuales, aunque el mismo pueda estar restringido fácticamente (cfr. *Roxin*, loc. cit., § 28, nm. 67)." Ésta es una aplicación acertada de la interpretación defendida en este libro.

73 Tampoco son un elemento personal especial los elementos de intención, en la medida en que pertenecen al injusto (y por tanto al tipo subjetivo) y no a la culpabilidad[92]. Hay que mencionar p. ej. las intenciones en los §§

---

de confianza" (delitos de funcionario, § 203) y en deberes de custodia de los padres frente a sus hijos (§§ 174 I núm. 3, 180 III, 221 II). Sobre la sentencia cfr. también *Jung*, JuS 1994, 440.

[90] En el mismo sentido *Ranft*, JZ 1995, 1186; *Hake*, JR 1996, 162, quien – con razón – considera el § 370 I n.º 2 AO como delito de omisión propia y consecuentemente lo deja fuera de la discusión sobre la aplicabilidad del § 28 I a delitos de omisión impropia. En contra, con apreciables razones *Grunst*, NStZ 1998, 548, sobre la base de efectuar una ubicación sistemática como delito de omisión impropia.

[91] Esta cita y la siguiente se refieren a la 11.ª ed. del LK.

[92] Sobre la delimitación *Roxin*, AT I, 3.ª [= PG I], § 10, nm. 70 ss.

164, 242, 253, 257, 259, 263 y 267. Ciertamente las intenciones referidas al bien jurídico (p. ej. en los §§ 164, 242, 257 y 267) no han de tratarse con una accesoriedad completa en la medida en que también un extraño debe querer que se realicen (para más detalles § 26, nm. 161 ss.). Pero ello deriva del fundamento del castigo de la participación y no del § 28 I, que también podría conducir únicamente a una atenuación de la pena, y no a la impunidad, que debe producirse si le falta al extraño la voluntad de realización de la intención por parte del autor.

bb) Elementos agravantes, atenuantes y excluyentes de la punición según el § 28 II

74 Elementos agravantes del injusto que encajan en el § 28 II son la posición de deber como funcionario en los delitos impropios de funcionario en el ejercicio del cargo[93], la encomienda por confiarse la cosa en la apropiación indebida según el § 246 [94] y las relaciones especiales de cuidado o tutela según el § 221 II n.º 1. **Elementos de la culpabilidad o de la responsabilidad que agravan la pena** son, junto a la mayoría de los criterios del asesinato (al respecto nm. 75), sobre todo las circunstancias de cualificación orientadas a la prevención especial de la profesionalidad[95] y habitualidad[96] (al respecto ya nm. 54) y el afán de lucro[97]. Los elementos personales agravantes de la punición se basan siempre en una posición de deber especial o en una culpabilidad y responsabilidad intensificadas; por tanto siempre deben tratarse conforme al § 28 II y no presentan las dificultades de delimitación que en el § 28 I se derivan de que algunos elementos personales sólo sirven a la tipificación del delito.

75 Como elementos personales especiales de la culpabilidad hay que clasificar también con la jurispr. los criterios del asesinato del primer y tercer grupo de elementos del § 211[98]. La jurispr. al respecto ha sido referida en nm. 28 ss. Los elementos del asesinato citados pertenecen a los elementos de la culpabilidad que agravan la pena si se considera al asesinato con la op. absolutamente dom. y también defendida aquí como un supuesto cualificado del homicidio. Por tanto deben tratarse conforme al § 28 II. Si por el contrario se considera con la jurispr. el asesinato como un tipo autónomo, se presentan como elementos de la culpabilidad fundamentadores de la pu-

---

[93] **BGHSt 5, 71, 81; 6, 308, 309; BGH LM núm. 12 al § 50 v. a.= NJW 1955, 720 (en la introducción);** *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41; *Kindhäuser*, StGB, § 28, nm. 3.

[94] BGH StV 1995, 84; *Köhler*, AT, 549.

[95] § 260: BGHSt 3, 191, 192; 4, 41, 43; §§ 292 III, 293 III; en el contrabando (ahora: § 373 I AO): BGHSt 6, 260, 261; y en §§ 29 III núm. 1, 30 I núm. 2 BtMG; además en la usura, § 291 II núm. 2.

[96] §§ 292 III, 293 III.

[97] §§ 283 a núm. 1, 283 d III núm. 1. La jurispr. no ha reconocido el afán de lucro como encuadrable en el § 50 v. a.: RGSt 53, 31, 35; 62, 203, 206; BGHSt 17, 215, 217. Sin embargo esta posición jurisprudencial podría ser superada después de haber sido incluidas también con las "circunstancias personales" en el § 28 posiciones internas sin "duración".

[98] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 10, nm. 70 ss.

nición, a los que hay que aplicar el § 28 I; las consecuencias prácticas de esta interpretación ya se han descrito (nm. 52).

76 Algunos problemas adicionales arroja el grupo de elementos intermedio del asesinato (alevosamente, cruelmente o con ensañamiento, con medios que impliquen peligro colectivo). Los medios que implican peligro colectivo son indiscutiblemente un elemento material; no encajan por tanto en el § 28. Pero más allá de ello también los elementos de la "alevosía" y de la "crueldad o ensañamiento" son tratados por la jurispr. como elementos materiales, de modo que el § 28 no encuentra aplicación a los mismos (cfr. las referencias en nm. 28 ss.). Ello es aceptable en la medida en que se trate de los componentes materiales de ambos elementos (es decir, el aprovechamiento de la falta de sospecha y la indefensión en la alevosía, o en la crueldad o ensañamiento el infligir especiales dolores o padecimientos). Pero según la jurisprudencia ambos criterios contienen también componentes personales de los elementos. Así se exigiría en el autor para la alevosía una "dirección de voluntad hostil" (BGHSt 9, 385) y para el ensañamiento o crueldad una "actitud inmisericorde y sin sentimientos" (BGHSt 3, 180). Estos componentes personales son elementos de la culpabilidad[99], y por tanto conforme a la opinión aquí defendida deberían ser tratados según el § 28 II. Por tanto si un inductor al homicidio (en sentido amplio) no presenta la "dirección de voluntad hostil" o "la actitud sin sentimientos" del autor, sólo debería ser castigado según los §§ 26 y 212.

77 Elementos personales especiales atenuantes son infrecuentes, pues las causas de atenuación de la culpabilidad que pertenecen a la parte general, como la capacidad de culpabilidad o imputabilidad disminuida (§ 21) o el error de prohibición vencible (§ 17 S. 2), han de tratarse según el § 29 (nm. 5). Así queda como ejemplo principal de un elemento de la culpabilidad atenuante de la punición la cualidad de embarazada según el § 218 III; ya se ha expuesto cómo repercute la aplicación del § 28 II al § 218 III (nm. 1). Es controvertido si la motivación por la petición de la propia víctima en el § 216 [homicidio a petición de la víctima] es una circunstancia atenuante de la pena que deba tratarse según el § 28 II. Se podrá afirmar esto apreciando en ella una circunstancia de atenuación de la culpabilidad; entonces disfrutará del privilegio únicamente aquél que también por su parte ha sido determinado a su actuación a través del deseo de la víctima. La op. dom. sin embargo ve en el § 216 un caso de injusto disminuido. En ese caso la determinación o motivación por parte de la víctima debe tratarse conforme a la accesoriedad plena, porque la atenuación de la pena no se basa en un deber disminuido sino en una lesión menos grave del bien jurídico, para la que rigen las reglas generales de la accesoriedad[100].

---

[99] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 10, nm. 78 ss.

[100] Así todavía SK-*Horn*, 5.ª, § 216, nm. 13 (en otro sentido sin embargo ahora SK-*Horn*, 6.ª, § 216, nm. 13); *Otto*, BT, 5.ª, § 6 IV 1, en donde se defiende la tesis de la disminución del injusto y consecuentemente del tratamiento accesorio; de otra opinión *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 61 VII 4 a bb, quien precisamente por la disminución del injusto quiere aplicar el § 28 II en lugar del § 29; así también LK-*Jähnke*, 10.ª, § 216, nm. 10; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 216, nm. 2; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª,

78 Elementos personales especiales excluyentes de la punición son las causas de exclusión de la responsabilidad que están contenidas en la parte especial (las de la parte general encajan en el § 29; cfr. nm. 5) y además las causas de exclusión de la punibilidad y las causas de supresión de la punibilidad. Constituyen ejemplos de estas causas entre otros los §§ 173 III, 257 III y 258 VI. La ubicación sistemática de estos elementos es una cuestión discutida en particular[101], aunque irrelevante en este contexto porque con independencia de ello están sujetos igualmente a las reglas del § 28. El desistimiento voluntario de la tentativa se incardinará en el § 28 II si es concebido como causa de supresión de la punibilidad (para más detalles, nm. 54). Si se interpreta, como aquí sucede, como causa general de exclusión de la culpabilidad[102], se llegará al mismo resultado con la ayuda del § 29.

V. La aplicación del § 28 en casos especiales

1. El § 28 en la inducción intentada

79 El § 28 rige también para casos de participación intentada según el § 30 (BGHSt 6, 308, 311). Ciertamente el precepto no es directamente aplicable porque en la inducción intentada falta un autor y consecuentemente también un partícipe. Sin embargo existe al fin y al cabo una planeada relación autor-partícipe, y a ella se le debe aplicar la "idea jurídica" (BGHSt 6, 311) del § 28, pues sería absurdo tratar los elementos personales especiales en una intervención delictiva plural intentada de manera diferente que en una consumada. Sobre las particularidades de la aplicación del § 30 en el marco del § 28 StGB cfr. § 28, nm. 22 ss., 56 ss.

2. ¿Aplicabilidad de los §§ 28 y 29 a la participación en el delito cualificado por el resultado?

80 Como ya se expuso (§ 26, nm. 167), es posible una participación en un delito cualificado por el resultado como participación en el delito base doloso en unión con la autoría yuxtapuesta (accesoria) imprudente en relación con el resultado más grave. La jurispr. (BGHSt 2, 223; 19, 339) en principio también lo admite. De este enfoque resulta que p. ej. también es entonces posible una inducción al § 226 o al § 251 [lesiones con resultado de muerte o robo con resultado de muerte] si el autor actuase él mismo con dolo en relación con el resultado más grave, pues la autoría yuxtapuesta imprudente es independiente de la relación en que se encuentre el autor respecto del

---

53/174; *Maurach/Schroeder*, BT/1, 7.ª, 2/61; *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 216, nm. 18; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 216, nm. 5; *Wessels/Hettinger*, BT/1, 24.ª, nm. 158.

[101] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 23, nm. 1 ss.

[102] *Roxin*, Heinitz-FS, 1972, 273 ss.; SK-*Rudolphi*, 6.ª, § 24, nm. 6.

resultado más grave. Sin embargo no es correcto que el BGH haya querido fundamentar (BGHSt 2, 226; 19, 341 s.) este resultado con el § 50 (los actuales §§ 28 II y 29). Porque en primer lugar el dolo no es un elemento de la culpabilidad agravante de la punición en comparación con la imprudencia, sino que ambos pertenecen al tipo. Y en segundo lugar, en lo que afecta a la relación respecto del resultado más grave, entre la autoría yuxtapuesta imprudente del partícipe en el delito base y un posible dolo del autor, tampoco existe una relación autor-partícipe a la que se pudieran aplicar los §§ 28 y 29.

VI. La pena según el § 28

81 El § 28 contiene una regulación de la medida de la pena, pero en los elementos personales especiales que fundamentan la punición según el § 28 I dicha regulación se configura de manera distinta que en los demás elementos personales según el § 28 II. En el caso del ap. 1 el partícipe es condenado por inducción o complicidad respecto del tipo realizado por el autor, pero se atenúa la pena conforme a lo dispuesto en el § 49 I. En cambio, en el ámbito de aplicación del § 28 II todavía hay que volver a diferenciar: en el caso de elementos del injusto el partícipe es condenado por el mismo tipo que el autor, mientras que en los restantes elementos mencionados en dicho apartado el tipo que ha de servir de base a la condena es el que exista en función de la concurrencia o ausencia del elemento en cuestión en la persona del respectivo interviniente. Pero con independencia de ello en ambos casos el marco penal hay que tomarlo del tipo que resulte en atención a la imputación o no imputación del elemento personal especial. Por tanto el que induce a un funcionario a unas lesiones en el ejercicio del cargo será condenado según los §§ 26 y 340, pero se le castigará partiendo del marco penal del § 223 [lesiones comunes], mientras que el que induce a un delito del § 218 III [autoaborto] será condenado y castigado según los §§ 26 y 218 I [aborto causado a la mujer]. Las razones y particularidades de esta discutida concepción han sido expuestas con más detalle en nm. 16 ss.

82 Un problema especial existe en la complicidad o cooperación a los delitos cualificados de infracción de deber. Sirva como ejemplo el caso de alguien que, no teniendo ningún deber de custodia patrimonial, participa en un hecho típico conforme al § 266 [administración desleal]. Sólo puede entonces ser cooperador o cómplice y obtiene por ello una atenuación de la pena conforme al § 27 II 2 [pena menor para la cooperación o complicidad]. Pero al mismo tiempo, debido a la ausencia de un elemento personal especial, su pena debe atenuarse según el § 28 I. Ello conduce al resultado de que una y la misma circunstancia (la ausencia del deber de custodia patrimonial) es considerada dos veces en sentido atenuante. La cuestión de si esto es correcto es polémica. Es cierto que el BGH (BGHSt 26, 53; BGH wistra 1988, 303) no sigue la interpretación de que en tales casos se considere en principio sólo una atenuación, pues entonces "se frustraría la relación gradual en re-

lación con la inducción" (BGHSt 26, 55), porque inducción y cooperación o complicidad recibirían el mismo marco penal. Sin embargo quiere aplicar sólo una atenuación cuando sea únicamente la falta de un elemento personal especial lo que da lugar a la condena por complicidad o cooperación[103].

Según esto, por tanto, en el caso del ejemplo dependería de si el que colabora en la administración desleal sin la posición de deber del § 266 tiene o no el dominio del hecho o –para otros– la voluntad de autor. En el primer caso [en caso afirmativo] habría que aplicar una única atenuación y en el segundo una doble atenuación. Pero también de esta manera se frustra la relación gradual en relación con la inducción, porque quien –p. ej. coaccionando (§ 35) a la administración desleal o valiéndose de un autor enfermo mental– sólo debido a su ausente posición de deber no puede ser autor (mediato), recibe aun así la atenuación según el § 28 I, y por tanto está sujeto al mismo marco penal que, *ceteris paribus*, el cómplice o cooperador. Esto contradice la disposición legal según la cual el cómplice o cooperador ha de ser castigado atenuadamente en comparación con el inductor. La doble atenuación para cualquier forma de complicidad o cooperación también puede admitirse atendiendo a la particularmente importante diferencia de desvalor entre autoría y participación en los delitos cualificados de infracción de deber. 83

B. La responsabilidad del órgano y del representante del § 14*

I. Finalidad y trasfondo del precepto

La disposición fue incorporada al Código Penal por la Ley introductoria a la Ley sobre Contravenciones de 24-5-1968 (entonces, como § 50 a), y 84

[103] Coincidente *Bruns*, JR 1975, 510; SK-*Hoyer*, 7.ª, § 28, nm. 45, así como § 27, nm. 39; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 49, nm. 6; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 28, nm. 12; *Willms*, LM, núm. 1 al § 49. Vacilante BGH wistra 1994, 139; *Blei*, JA 1975, 447; *Vogler*, Lange-FS, 1976, 272.

* El § 14 StGB dispone: "**Actuar por otro**

(1) Si alguien actúa/ 1. como órgano representante legitimado de una persona jurídica o como miembro de tal órgano, / 2. como socio representante legitimado de una sociedad mercantil personalista o/ 3. como representante legal de otro,/ aquella ley, según la cual cualidades, relaciones o circunstancias personales (elementos personales especiales) fundamentan la punibilidad, se deberá aplicar al representante aun cuando dichos elementos ciertamente no concurran en él, pero sí en el representado.

(2) Si por parte del titular de un establecimiento o por otro legitimado para ello alguien es / 1. mandatado o encargado para dirigir la empresa total o parcialmente, o / 2. expresamente mandatado o encargado para cumplir bajo su propia responsabilidad cometidos que incumben al titular de la industria, / y actúa en virtud de ese mandato o encargo, aquella ley. según la cual cualidades, relaciones o circunstancias personales (elementos personales especiales) fundamentan la punibilidad, se deberá aplicar al mandatario o encargado aun cuando dichos elementos ciertamente no concurran en él, pero sí en el titular de la industria. Al establecimiento en el sentido del párrafo 1 se equipara la empresa. Si alguien, en virtud del correspondiente mandato o encargo, actúa por una entidad que desempeña cometidos de la Administración pública, se aplicará conforme a su sentido el párrafo 1.

(3) Los apartados 1 y 2 se aplicarán también aunque sea ineficaz el acto jurídico que debería fundamentar el poder de representación o la relación de mandato o apoderamiento". [N. del T.].

desde entonces ha experimentado tan sólo modificaciones insignificantes. Su finalidad es poder hacer jurídico-penalmente responsable a quien actúa por otro sin poseer la cualificación que la ley exige al autor. Si, por ejemplo, los miembros del consejo de administración de una sociedad por acciones, al cernirse sobre la sociedad la amenaza de una ejecución forzosa, hacen desaparecer elementos del patrimonio, con el fin de frustrar la satisfacción de los acreedores, la sociedad no puede ser penada, en tanto el Derecho alemán no conoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas; pues le falta la capacidad de acción[104]. Pero, hasta la introducción del nuevo precepto, tampoco era posible hacer responder a los miembros del consejo, pues la ejecución forzosa no les amenazaba a ellos personalmente, sino a la sociedad, y lo que hacían desaparecer no era una parte de **su** patrimonio, sino del patrimonio de la sociedad. Por lo que debían quedar impunes (RGSt 16, 121), mientras que en la actualidad, de acuerdo con el § 14 I núm. 1, pueden ser castigados como unos deudores auténticos. Supuestos similares surgen también en algunos otros preceptos del Código Penal (§§ 170, 266 a, 283 ss.), pero sobre todo en numerosas disposiciones de las leyes penales especiales, cuando, por ejemplo, alguien actúa en el lugar del "industrial", del "empleador" o del "empresario" descrito como autor. También son frecuentes tales casos en el Derecho de las contravenciones, cuyo § 9 contiene una regulación literalmente idéntica.

85 El § 14 no se refiere a una auténtica participación, sino a una traslación de la responsabilidad por autoría a personas que no reúnen los elementos de autoría del correspondiente tipo penal. Se trata de una **causa de extensión de la punibilidad**, en la forma de una **extensión de la autoría**. Por ello, consecuentemente, el precepto es examinado conforme a su fin en una sección sobre "autoría y participación", a pesar de que el legislador no lo haya ubicado ahí. La vinculación que en la ley se establece con el § 28 (que se remite, en relación con los elementos específicamente personales, al § 14) propicia un tratamiento en conexión con el § 28, incluso aunque ya se mostrará que el criterio común a ambas disposiciones exige una interpretación diferente en uno y otro caso (nm. 97 ss., 100 ss.).

86 La necesidad de un precepto de la índole del § 14 surge cuando el legislador vincula la autoría no a una determinada acción, susceptible de ser cometida por cualquiera (por ejemplo: el ocultamiento de elementos del patrimonio con la intención de impedir la satisfacción del acreedor), sino a una cualidad de estatus (en el § 288, la de deudor)[105]. Así, todavía el legislador de la 2.ª Ley para la Lucha contra la Criminalidad Económica, en el nuevo § 266a, no pena la retención o malversación de salarios producida de determinadas maneras, sino que exige expresamente que el autor actúe "como empleador". Al describir al autor mediante tales descripciones de es-

---

[104] *Roxin*, AT I, 2.ª, [= PG I], § 8, nm. 52 ss.

[105] Sobre esto y lo que sigue, LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 1.

tatus surgen inevitables, pero insoportables, lagunas de punibilidad en dos aspectos, que sólo pueden ser colmadas mediante un precepto específico, como el que contiene el § 14.

La primera laguna surge allí donde el autor descrito por la ley como tal es incapaz de actuar de un modo que resulte jurídico-penalmente relevante. Éste es el caso de las personas jurídicas y de las sociedades personalistas, pero también de los jóvenes menores de edad penal (§ 19)[106]. En estos casos, el § 14 posibilita la punición de quien actúa en lugar de y por el descrito como autor. 87

La segunda laguna se deriva de la evolución de la vida económica moderna; surgen modelos de negocio y de empresa de tal tamaño que el descrito mediante un determinado estatus (empleador, empresario, etc.) no está ya en situación de atender a los deberes que le surgen en virtud de su posición. Ha de delegarlos en otros (sustitutos). De ello se sigue, entonces, con una cierta inevitabilidad, que el sustituto deba hacerse también penalmente responsable de la lesión de los deberes que obligan al autor. Esto es lo que dispone el § 14 II. El precepto no aparecía aún en el Proyecto de 1962. Sin embargo, el legislador tomó cuenta luego de la evolución económica y extendió la responsabilidad penal a determinados representantes designados voluntariamente (o representantes voluntarios)*. Si, en vez de esto, hubiese sido mejor extender la responsabilidad a **todos** los representantes designados voluntariamente (o voluntarios)** es, hasta hoy mismo, objeto de viva polémica (cfr. nm. 110). 88

Antes de la introducción del § 14, la jurispr. y la legislación habían abordado de muy diversas formas el problema que hoy regula dicho precepto. En parte (como ocurría en el caso del § 288), se admitía la existencia de lagunas de punición (RGSt 16, 121). En parte también, el legislador había extendido 89

---

[106] De acuerdo con las categorías de la dogmática penal, en su caso lo que se excluye no es la capacidad de acción, sino la responsabilidad (*Roxin*, AT 1, 3.ª [= PG I], § 20, nm. 49 ss.). No obstante, en este contexto, ello carece de relevancia.

* La expresión original alemana es *gewillkürter Vertreter*. Es decir, literalmente, *"representante designado a voluntad"*: esto es, designado por la libre decisión (el libre arbitrio) del representado. En España se suele hablar en estos casos de *"representación voluntaria"*, por contraposición a la "representación legal" (esto es, a aquella posición de representante impuesta por alguna disposición normativa). No obstante, como la expresión *"representación voluntaria"* podría dar lugar a equívocos, puesto que podría entenderse en el sentido de una representación asumida voluntaria y espontáneamente por alguien (y, consiguientemente, sin necesidad de que hubiese existido una designación expresa por parte del representado), hemos preferido traducir la expresión por *"representante designado voluntariamente"*, que deja más claro su sentido original. [N. del T.

** Esta última, la de que respondan todos los representantes designados voluntariamente, y no sólo algunos, es la decisión adoptada por el art. 31.1 CP españ. 1995: "El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.". [N. del T.]

la responsabilidad penal a representantes, en numerosas disposiciones específicas (la primera fue el antiguo § 244 de la KO: Ordenanza Concursal de 1877), que, sin embargo, presentaban diferencias radicales entre sí[107].

90 En otros casos, la jurisprudencia había extendido la responsabilidad penal a la actuación del representante por la vía de la interpretación, con ayuda de una **"perspectiva fáctica"**[108]. Así, RGSt 8, 269 castigó como "titular de una casa de empeños", conforme al § 290, al marido de una titular de una casa de empeños que era propietaria única del negocio, debido a que él había ejercido "fácticamente" dicha actividad (aunque sin tener una concesión). La RGSt 24, 353 consideró al tutor de un cervecero como "cervecero", en el sentido de la Ley de la Cerveza, debido a que él era el verdadero director del negocio. Todavía la BGHSt 11, 102, en un caso en el que una persona jurídica era comisionista, en el sentido de la Ley de la Bolsa, consideró penalmente como comisionista al que de hecho ejecutaba por sí mismo el negocio de las comisiones.

91 En algunas sentencias, el RG siguió todavía otro camino, desarrollando un "principio de la traslación de la responsabilidad penal o de la suplementación del tipo"[109], a tenor del cual "el representante de una persona jurídica" se obliga al cumplimiento de sus obligaciones "en lugar de ésta", por lo que, "de acuerdo con los principios generales del Derecho", también responde penalmente en su lugar[110]. Sobre la base de esta evolución histórica como trasfondo, el § 14 persigue, pues, no sólo colmar lagunas de punición, sino también la unificación de una situación jurídica previa dispersa y contradictoria.

II. Sobre la valoración político-jurídica del § 14

92 Subsiste, no obstante, la polémica sobre si el legislador ha alcanzado su objetivo. La disposición del § 14, en su concreta configuración, está sujeta a acerbas críticas y no es infrecuente que sea juzgada globalmente como "equivocada"[111] o "literal y materialmente desafortunada"[112]. Lo cierto es que, en su intento de eliminar los defectos de la situación anterior, el legislador ha carecido de una concepción global jurídicamente fundamentada. Esto se manifiesta especialmente en cuatro aspectos problemáticos.

---

[107] La fundamentación del Proyecto de 1962 (BT-Drucks. IV/650) proporciona una visión general; más ampliamente, *Blauth*, 1968, 41-46.

[108] Una visión sintética sobre ello en *Dierlamm*, NStZ 1996, 153; ampliamente: *Gübel*, 1994, 47 ss.

[109] La expresión procede de *Bruns*, 1931, 15.

[110] Una crítica de fondo de este procedimiento en *Bruns*, 1931, 86-92, quien ve en ello una infracción de la prohibición de analogía; cfr., ulteriormente, *Blauth*, 1968, 35-37; *Wiesener*, 1971, 108 s.

[111] *Wiesener*, 1971, 190.

[112] *Tiedemann*, 1976, t. 1, 302.

1. § 14 y "perspectiva fáctica"

En contra de su intención, el § 14 no ha sido capaz de proporcionar ninguna claridad en cuanto al siempre discutido ámbito de aplicación de la perspectiva "fáctica" (nm. 90). En la fundamentación del Proyecto de 1962[113] se decía, para justificar el actual § 14 I, que era "dudoso, conforme al Derecho vigente, si el presidente de una sociedad dotada de capacidad jurídica puede ser castigado por juego no autorizado, del § 284 del Código Penal, cuando haya actuado en nombre de la sociedad, pero no sea él, sino la sociedad, la organizadora del juego". Si, no obstante, y tal y como indican los análisis a fondo[114], se ve al presidente como "organizador", el § 284 le es directamente aplicable, por lo que el § 14 no puede ser traído a colación, con lo que no se aporta ninguna claridad. Aún hasta hoy se discute acaloradamente acerca de si el § 14 cumple alguna función en relación con el § 284[115]. A ello se añade el absurdo de que, en una interpretación orientada a la actividad real de "organizar", si la misma se aplica de forma consecuente, todo representante designado voluntariamente (o voluntario) puede ser considerado autor, mientras que el § 14 I prevé responsabilidad penal únicamente para los órganos y para los socios. Problemas similares se producen en todos los casos en los que se podría aplicar una perspectiva fáctica. El § 14 no puede aportar nada para aclarar las cuestiones discutidas relacionadas con dicha perspectiva. 93

2. El § 14 y la responsabilidad del representante conforme al ap. 2

Constituye un ulterior objeto de especial crítica la restricción en el § 14 II de la responsabilidad del representante a representantes específicamente seleccionados (director del negocio, el expresamente comisionado para actuar bajo su propia responsabilidad). Desde el punto de vista de la perspectiva fáctica, que mediante una interpretación directa extiende el tipo a todo representante designado voluntariamente (o voluntario), hay que ver en ello una restricción inadecuada de la responsabilidad del representante[116]. Pero, incluso dejando esto aparte, se critica que la restricción a algunas clases de representantes designados voluntariamente (o voluntarios) crea lagunas de punición y problemas de delimitación, y provoca a que "sean ejecutadas acciones antijurídicas por aquellos representantes que no se incluyen en la responsabilidad penal del representante"[117]. Por otra parte, se advierte en contra de la extensión de la responsabilidad del representante, con el argumento de que "conllevaría una disminución adicional de la responsabilidad de los niveles superiores de la jerarquía de la empresa". "Es cierto que, jurídicamente hablando, la responsabilidad del representante no excluye el acceso a su representado. Pero hay que ser realistas: la mayoría de las veces, hacer 94

[113] BT-Drucks. IV/650, 127.
[114] *Bruns*, 1931, 61 s.; *Blauth*, 1968, 130 s.; *Wiesener*, 1971, 49-53.
[115] Sobre el estado de la polémica, cfr. *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 284, nm. 13.
[116] *Wiesener*, 1971, 14 ss., 185 ss.; cfr. también *Rimmelspacher*, JZ 1967, 479.
[117] *R. Schmitt*, JZ 1968, 124.

responsable al sujeto que actúa de forma directa opera, de hecho, como una barrera para la persecución del instigador de la acción"[118].

95 La evolución legislativa muestra también un cuadro contradictorio. Todavía durante los debates de la Comisión Especial para la Reforma Penal (años 1954 y ss.)[119], la extensión de la responsabilidad penal incluso sólo a una parte de los representantes designados voluntariamente (o voluntarios) fue considerada como excesiva, ya que se temía ampliar demasiado la responsabilidad cargando sobre el representante deberes de confianza altamente personales[120]. Esto constituye un desconocimiento de la naturaleza de los deberes mencionados en el § 14 (cfr. nm. 98 ss.); y condujo a que el Proyecto de 1962 no quisiera dar entrada de ningún modo en el precepto previsto a los representantes designados voluntariamente (voluntarios). Pero también la ampliación del círculo de los representantes designados voluntariamente (voluntarios) incluidos en el § 14 II, prevista originariamente en el Proyecto del Gobierno para la 2.ª WiKG: Ley de Lucha contra la Criminalidad Económica, se desvaneció durante el proceso legislativo[121].

3. El § 14 y el fundamento jurídico de su extensión de la punibilidad

96 Por lo demás, el legislador no ha llegado a tener suficientemente claro dónde estriba (más allá de las necesidades prácticas) la legitimación jurídica para la extensión de la punición a órganos, representantes y comisionados. La ley habla de que los elementos personales que fundamentan la punición concurren en el representado o en el titular del negocio, pero no en el representante o en el comisionado. ¿Cómo se explica, entonces, la imposición de la pena íntegra del autor a estas personas, si, de acuerdo con el § 28 I, la ausencia de elementos fundamentadores de la pena específicamente personales conlleva una atenuación obligatoria de la pena? Sólo resulta entendible la carga de una responsabilidad penal no atenuada sobre el extraño sobre la base de que los deberes de la persona física o jurídica descrita como autor se le trasladan a él (cfr. nm. 98 ss.). Pero, en tal caso, los elementos decisivos para fundamentar la punición sí que concurren precisamente en el representante o comisionado. Incurre, así, el legislador en una contradicción, que dificulta la interpretación.

4. El § 14 y el concepto de elementos personales especiales

97 Ya a partir de lo expuesto en los nm. 95 y 96 se infiere que la falta de claridad sobre el fundamento jurídico del § 14 ha de tener consecuen-

---

[118] *Maxen*, JZ 1988, 290; también *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 23 VIII 3, se pronuncia en contra de la extensión del § 14 a todos los supuestos de actuar en lugar de otro.

[119] Cfr. *Roxin*, AT 1, 3.ª [= PG I], § 4, nm. 16.

[120] Cfr. las tomas de posición de *Koffka*, *Gallas* y *Baldus* en las discusiones de la Gran Comisión de Derecho Penal, NiedStrKomm 4, 1958, 313, 315, 316.

[121] Con más detalle, LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, Historia legislativa.

cias sobre la comprensión del concepto de elementos específicamente personales. Aparentemente, el legislador ha partido, sin mayor reflexión, de que el concepto debe determinarse en el § 14 exactamente igual que en el § 28. A favor de ello hablan el idéntico tenor literal y la remisión expresa del § 28 al § 14. Sin embargo, mientras que el § 28 I versa sobre una posición de deber cualificada, sobre un injusto especial, que no es trasladado al *extraneus*, el § 14 exige que los deberes que corresponden al descrito como autor sean asumidos por el representante o comisionado. Esta discrepancia obliga a sacar la conclusión de que los elementos específicamente personales mencionados en el § 14 y en el § 28 no son en absoluto los mismos, sino que han de ser determinados desde perspectivas diferentes. Esto coincide con la constatación de que, por ejemplo, la posición de "deudor" en el § 288, que, de acuerdo con el § 14, en su caso puede ser aplicada al representante que en él se menciona, no constituye un elemento específicamente personal en el sentido del § 28 (nm. 59). Sin embargo, esta necesidad de hallar, en comparación con el § 28, criterios autónomos para determinar los "elementos" del § 14, ha quedado confusamente velada por el idéntico tenor legal[122].

III. El § 14 como expresión de la asunción de deberes

98 De lo expuesto resulta que: la extensión de una disposición a alguien para quien no vale la descripción de autor sólo puede ser justificada desde el punto de vista teleológico a partir de la idea de que los deberes vinculados al estatus de autor son trasladados o traspasados al extraño (el representante). Así pues, el § 14 extrae las consecuencias jurídico-penales de la "posibilidad de salvaguarda sustitutoria de un círculo de deberes"[123]. Por ello, anteriormente yo había hablado de la "representación sustitutoria"[124] como principio básico del § 14. *Marxen*[125] se ha adherido a ello en lo sustancial, pero ha propuesto, en vez de éste, el término de "participación en el deber", ya que el concepto de "representación sustitutoria" podría producir la errónea impresión de que el representante expulsa al originariamente descrito como autor fuera del ámbito de la responsabilidad penal. Por supuesto, no es esto lo que ocurre, tal y como ya el propio tenor legal en los §§ 14 I y II deja claro (aplicar "también" al representante o al mandatario o comisionado). Lo mejor es hablar de asunción de deberes. Pues la asunción de un deber conforme al § 14 es

---

[122] Esto fue expuesto por primera vez con claridad en la monografía de *Blauth* (1968) y, adhiriéndose a él, ya antes de la publicación de su libro, había sido sintetizado con precisión por su maestro *Gallas* en las Jornadas de Profesores de Derecho Penal, ZStW 80 (1968), 21 s.

[123] *Wiesener*, 1971, 71.

[124] Cfr. LK-*Roxin*, 10.ª, § 14, nm. 9.

[125] NK-*Marxen*, § 14, nm. 15 ss.; en sentido similar, también *Jakobs*, AT, 2.ª, 21/11.

más que una "participación" en el mismo, pero no afecta a la posición de deber del descrito como autor por la ley[126].

99 *Schünemann* ha elaborado la idea, que va más allá[127], de que, en los casos de responsabilidad del representante, se trata de una forma de asunción de la posición de garante que ostenta el respectivo titular del estatus. Según él, el representante realiza el injusto material del delito especial del garante, pero, por faltar en él la descripción de estatus del autor típico, sólo puede ser calificado como autor en el ámbito de aplicación del § 14. En esencia, esto se corresponde con la concepción propuesta en el nm. 98, sobre la que ha influido. Existen, no obstante, argumentos en contra de una completa equiparación con la teoría de la posición de garante de los delitos impropios de omisión, ya que, desde el punto de vista sostenido aquí, no todas las descripciones de estatus típicas del autor fundamentan una posición de garante. Así, es indudable que los deberes del deudor derivados del § 288 pueden, en virtud del § 14, ser asumidos también por el representante. Pero en este caso no se trata de una posición de garante, por lo que el § 28 no es aplicable a este elemento (cfr. nm. 59, 68). Para *Schünemann* no existe este problema, pues él, partiendo de su solución unitaria (nm. 41 ss.), incluye todos los delitos de infracción de deber en el § 28, deduciendo de ellos posiciones de garante.

100 A partir de lo expuesto se puede concluir que los elementos personales del § 14 no son idénticos a los del § 28. Aparentemente, el legislador pretendía lograr tal identidad (nm. 97); hoy, la interpretación está poco menos que abandonada[128]. Pues la "tesis de la identidad" desconoce el hecho de que la atenuación de la pena, de acuerdo con el § 28, "no es necesario que dependa" de si el elemento que no concurre en el extraño "resulta o no en sí mismo sustituible, mientras que la norma del § 14 que extiende la calificación de autor presupone la sustituibilidad de los elementos de autoría"[129]. Por otra parte, tampoco es que exista un relación de exclusión, de manera que sólo puedan ser consideradas circunstancias especificamente personales en el sentido del § 14 aquellas que no den lugar a la atenuación de la pena del § 28 I[130]. Esto ocurre, sin embargo, ciertamente con la condición de deudor del § 288, que es un elemento específicamente personal en el sentido del §

---

[126] Esto se corresponde con la propuesta legislativa de *Bottke* (wistra 1991, 85): "Si la producción de un resultado mediante un actuar resulta punible únicamente con la condición adicional de que se produzca la infracción de un deber especial, entonces debe ser considerado también responsable a título de autor el que ha asumido, en lugar del especialmente obligado, el deber que le corresponde a éste, si comete el hecho".

[127] Últimamente, en LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 12 ss. Antes el *mismo*, en ZSchwR 1978, 131, 152 ss.; 1979, 92 ss., 131 ss., 137 ss.; el mismo, Jura 1980, 568 ss.; el *mismo*, wistra 1982, 41, 46 ss.; el *mismo*, GA 1986, 293, 331-336.

[128] Tan sólo *Langer*, Lange-FS, 1976, 255 habla de una "identidad conceptual" de los elementos del § 14 con los del § 28.

[129] LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 32.

[130] Así, sin embargo, *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 110 ss. (114).

14 (nm. 84, 99), pero no en el sentido del § 28 I (nm. 59, 97). Pero el elemento "interviniente en un accidente" (§ 142 IV) no resulta subsumible en el § 28 I (nm. 60) y, no obstante, tampoco es un elemento en el sentido del § 14. Pues los deberes del § 142 están vinculados a la persona del interviniente en el accidente, cuyo conocimiento, conducta y situación resultan decisivos para el esclarecimiento del accidente; por lo que no pueden ser trasladados al representante.

Tampoco es aceptable la idea de que las posiciones de deber altamente personales en el sentido del § 28 no pueden por principio ser incluidas en el § 14, tal y como sostiene una extendida opinión, siguiendo a *Blauth*[131] y a *Gallas*[132]. Pues es cierto que el "cualquiera" extraño no disfruta de la confianza especial que se otorga al titular de una posición de deber altamente personal; pero esto no excluye la posibilidad de trasladar la posición de deber a determinados sustitutos colocados en la posición de autor. Así, por ejemplo, la extensión de los deberes de los funcionarios a otros que ejercen funciones públicas, a tenor del § 11 I núm. 2, así como la extensión del deber de secreto a los ayudantes y a los que tengan conocimiento del secreto después del fallecimiento del titular, de acuerdo con el § 203 III, demuestran que el legislador no tiene reparo en trasladar también deberes altamente personales a otros grupos de personas, con tal de que sea posible atendida la naturaleza de las cosas, y resulte necesario para la protección del bien jurídico afectado. Cierto que en última instancia los elementos específicamente personales de los §§ 203 y 331 ss. [delitos de funcionarios en el ejercicio del cargo] no son abarcados por el § 14. Pero ello obedece únicamente a que la traslación de deberes ha encontrado una regulación específica en los §§ 11 I núm. 2 y 203 III; no en que estuviesen excluidos por principio[133]. Por consiguiente, el hecho de que el deber de alimentos del § 170 deba ser considerado como elemento personal especial, en el sentido del § 28 I (cfr. nm. 64), no es motivo para no aplicar también al § 170 el § 14. Pues, dado que en el caso de los deberes de alimentos es legítima una asunción cumulativa de la obligación[134], debe resultar posible también una asunción de deberes. Por lo que no existe inconveniente alguno en sancionar conforme al § 170 (aplicando, llegado el caso, el § 14 I núm. 3) al tutor de un obligado por un deber de alimentos que administra el patrimonio de su pupilo[135]. 101

Así pues, la cuestión de si un elemento de autoría puede ser considerado como "elemento específicamente personal" en el sentido del § 14 no 102

---

[131] *Blauth*, 1968, 52 ss., 92 ss., 109 ss. (114).

[132] *Gallas*, ZStW 80 (1968), 22.

[133] Al respecto, con más detalle, LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 33 s.

[134] *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 10/11.

[135] Ampliamente, *Blauth*, 1968, 125 ss.; *Bruns*, GA 1982, 17 s.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 21/11; *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 10/11; *Wiesener*, 1971, 176 s.; de otra opinión, debido a la naturaleza "altamente personal" del deber de alimentos, NK-*Manzen*, § 14, nm. 27; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 14, nm. 2.

debe ser respondida sobre la base de consideraciones acerca de la relación recíproca entre los §§ 14 y 28, sino exclusivamente dependiendo de si un deber descrito en un tipo puede ser asumido también por alguien distinto del descrito en el mismo; si en principio resulta posible dicha asunción, y la misma ha tenido lugar en el caso concreto, entonces el § 14 transfiere la responsabilidad penal al representante o al comisionado o mandatario. Si se quiere clarificar la relación en la que se encuentran los grupos de elementos del delito mediante un diagrama de círculos, existirán dos círculos en intersección: algunos elementos habrán de ser ubicados al mismo tiempo en los de los §§14 y 28, y otros deberán ser subsumidos sólo en el del § 14 o en el del § 28.

103 Sobre la base de la solución desarrollada aquí se infiere también que la distinción del § 14 entre "cualidades", "relaciones" y "circunstancias" no posee ninguna relevancia práctica. Pues si "cualidades" son aquellos elementos que están adheridos de manera inseparable al autor (cfr. nm. 23), entonces queda excluida *ab initio* la posibilidad de trasladarlas a otras personas, por lo que no podría tomarse en consideración la aplicación del § 14. Igualmente, las "circunstancias" personales apenas poseen relevancia para el § 14, ya que con este concepto se pretenden describir principalmente "actitudes anímicas pasajeras" (cfr. nm. 23), que no tienen ningún papel en el § 14. No obstante, BayObLG NJW 1969, 1495 describió la suspensión de pagos y la apertura del concurso de acreedores como "circunstancias" específicamente personales, aunque en este caso podía apreciarse igualmente la existencia de una "relación" personal. En aquellos delitos de infracción de deber cuyo ámbito de tareas o cometidos admite representación, que son los únicos que caen en la esfera del § 14, se trata, pues, generalmente de "relaciones" personales[136], único término que el legislador podría haberse limitado a mencionar[137].

104 Resumiendo y anticipando, se puede decir: de antemano, la disposición del § 14 se refiere tan sólo a delitos de infracción de deber (§ 25, nm. 267 ss.). Pero, incluso en relación con ellos, la invocación del § 14 sólo puede ser tomada en consideración con dos condiciones: primero, que no sea posible extender el precepto penal, de acuerdo con su tenor literal e independientemente del § 14, al caso del actuar por otro (cfr., con más detalle, IV); y, segundo, el § 14 únicamente puede entrar en juego allí donde una esfera de deberes puede ser, a tenor de su naturaleza, asumida por alguien diferente del originalmente obligado (cfr., con más detalle, V).

---

[136] *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 9-12 (10/11).

[137] *Blauth*, 1968, 162, ha hecho la propuesta de hablar únicamente de "relaciones específicamente personales".

IV. La punibilidad del actuar por otro como consecuencia de una interpretación de los tipos independiente del § 14

Allí donde un tipo se refiera ya de antemano a representantes, no intervendrá el § 14; pues en estos casos el tipo no precisa de ninguna extensión. Se trata, en este caso, del ámbito de aplicación de la antiguamente denominada perspectiva fáctica (cfr. nm. 90, 93). Dicha perspectiva es hoy mayoritariamente rechazada, por razones metodológicas[138]. Sin embargo, en esencia las objeciones afectan únicamente a la terminología, que puede producir la falsa impresión de que se estuvieran extrayendo, de un modo puramente naturalístico, consecuencias jurídicas a partir de un puro factum. En realidad, se trata de una interpretación teleológica[139], que ha de ser llevada a cabo de manera específica para cada tipo en particular y que aquí sólo puede ser explicada ilustrativamente al hilo de algunos ejemplos[140]. 105

Así, el BGH ha considerado con razón al "director de hecho de un negocio" como destinatario de la norma de los §§ 84 I núm. 2 y 64 I de la GmbHG: Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BGHSt 31, 118, 122). No depende, pues, del nombramiento e inscripción formales como director del negocio: "Una interpretación distinta (...) dejaría abandonada la protección de la colectividad frente a la maniobra no honrada (...) El § 14 no es aplicable en este caso". Un argumento importante a favor de esta interpretación estriba en que las personas jurídicas y los titulares de establecimientos o negocios, a los que se limita principalmente el § 14, pueden no ser directores de negocio. 106

Por lo demás, en esencia se trata de si el legislador emplea conceptos de estatus jurídico-civil o determinadas formas de acción para describir al autor. El primer caso tiene lugar, por ejemplo, en conceptos como "deudor" o "empleador". Estos se vinculan a determinadas posiciones jurídicas, que no concurren en el representante, por lo que en este caso una calificación jurídico-penal sólo es posible mediante el § 14. Por el contrario, la organización de un juego de azar o de una lotería (§§ 284, 287) no está unida a determinadas relaciones jurídicas, por lo que también los representantes y los mandatarios o comisionados pueden ser tomados en consideración, y el § 14 no es, pues, susceptible de ser invocado[141]. Esto, sin embargo, lleva a la 107

---

[138] Cfr. *Tiedemann*, 1969, 66 ss.; *el mismo*, NJW 1977, 777, 779; *el mismo*, NJW 1979, 1849, 1850; *Cadus*, 1984, 146 s. y passim; NK-*Marxen*, § 14, nm. 22; de otra opinión, *Dierlamm*, NStZ 1997, 153.

[139] *Cadus*, 1984, 146; NK-*Marxen*, § 14, nm. 22; *K. Schmidt*, Rebmann-FS, 1989, 433 ss.; *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 4.

[140] LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 19 ss. ofrece una exposición elaborada sistemáticamente.

[141] Cfr. ya nm. 93, con las referencias doctrinales de la n. 114. No obstante, en la interpretación de los §§ 284 y 286, la doc. y la jurispr. proceden de forma vacilante y contradictoria. En el mismo sentido que aquí, además de los citados en la n. 114, también *Cadus*, 1984, 65 s., 138-140; NK-*Marxen*, § 14, nm. 20; *Meurer/Bergmann*, JuS 1983, 668, 673, así como ya (en relación con el § 286) RGSt 34, 447; 36, 124. De otra opinión, *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 23 VI 2; *Maurach/Schroeder*, BT/1, 7.ª, 44/9, 16; LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 2, al igual que (en relación con el § 284) también RGSt 3, 278; 57,

consecuencia de que también el "administrador del patrimonio de un pensionista acomodado"[142] puede, en su caso, ser sancionado penalmente sobre la base de los §§ 284 y 287, a pesar de que el § 14 no abarcaría en tal caso a la representación designada voluntariamente (representación voluntaria) (cfr., sobre la problemática político-jurídica, nm. 110). También el concepto de "director de obra" (§ 323) es aplicable a cualquiera que de hecho ejerce tal actividad, tal y como se deduce ya de la referencia de la ley a la "planificación, dirección o ejecución de una obra". Sobre los casos del "titular de una casa de empeños" y del "cervecero", cfr. ya nm. 90.

108 Con más razón aún, resulta extensible el tipo de forma inmediata al representante allí donde el autor no es seleccionado mediante descripciones específicas, sino descrito mediante ciertas acciones. Un caso de esta clase lo constituye el tipo de la administración desleal (§ 266): en este supuesto, el representante o el comisionado o mandatario del obligado a la custodia del patrimonio, cuando tienen suficiente autonomía, han de ser considerados también como obligados a custodiarlos, por lo que no hay que acudir al § 14 para establecer su responsabilidad penal. Esto es así incluso si el administrado no sabe absolutamente nada de que el encargado de la custodia de su patrimonio que ha nombrado ha seleccionado a otras personas para el cumplimiento de dicha tarea[143]. Lo mismo vale para "traficar" (§ 29 I núm. 1 de la BtMG: Ley de Narcóticos)[144], "adquirir" (§ 259, y § 53 I núm. 1 letra b) de la WaffG: Ley de Armas) y "vender" (§26 núm. 3 de la FleischbeschauG: Ley de Inspección Cárnica). En todos estos supuestos, no se trata de la posición jurídico-civil del comprador o vendedor, sino de la ejecución de la actividad que da lugar a la transacción. De manera que el que como representante, o bien como mandatario o comisionado, promueve la realización de transacciones ajenas, es culpable él mismo de tráfico, en el sentido de la BtMG: Ley de Narcóticos; el que adquiere para la empresa mercancías de origen ilícito, debe responder él mismo por "adquisición", en el sentido del § 259; etc.[145] Igualmente, concurre el "regentar" una instalación, en el sentido de los §§ 325 y 327, no sólo en el destinatario de la autorización administrativa, sino también en quien de hecho mantiene la instalación en funcionamiento[146].

---

190. Diferenciando, o contradiciéndose, BayObLG NJW 1979, 2258 s.; LK-*v. Bubnoff*, 10.ª, § 284, nm. 12 y § 286, nm. 14, 19; *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 284, nm. 13 y § 287, nm. 21; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 284, nm. 12 y § 287, nm. 11. Indeciso, *Bruns*, GA 1982, 1, 23 s., así como *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 5.

[142] *Wiesener*, 1971, 53.

[143] Cfr. BGHSt 2, 324 s.; 13, 330 ss.; sobre toda la cuestión, *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 5; 266, nm. 33, 34; NK-*Manxen*, § 14, nm. 20; LK-*Roxin*, 10.ª, § 14, nm. 11; LK-*Schünemann*, 14, nm. 22, con n. 97 y 98.

[144] BGHSt 29, 239; BGH NJW 1979, 1259.

[145] Más ejemplos en NK-*Manxen*, 14, nm. 19 s.

[146] En la doctrina, la cuestión es abordada tan sólo rara vez y de modo poco claro; con más detalle, LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 20, en torno a y en la n. 87. En todo caso, la contaminación de aguas

También es posible una combinación, de manera que el tipo sea aplicable 109
a ciertos representantes de modo directo, pero a otros únicamente con ayuda del § 14. Así, "tenedor o poseedor" de un vehículo de motor (§ 21 StVG) es el que lo tiene en uso por propia cuenta y ostenta el poder de disposición sobre él; en este aspecto, pues, no está vinculado a un determinado estatus, sino a realidades económicas. No obstante, el que actúa por encargo o mandato de un tenedor así definido, responde penalmente por ello únicamente en virtud del § 14 (o bien, en el Derecho de contravenciones, en virtud del § 9 OWiG)[147].

Ciertamente, esta concurrencia de interpretación típica y de extensión 110
de la punibilidad da lugar, sin embargo, a un alcance muy diferente de la responsabilidad penal según que un precepto sea aplicable al representante de forma inmediata o sólo mediante el § 14. En el primer caso, todos los representantes designados voluntariamente (o voluntarios) son responsables; en el segundo, solamente los mencionados en la ley (cfr. ya nm. 93, 94, y el ejemplo en nm. 107). Ya este hecho hace aparecer como necesaria, *de lege ferenda*, en atención al art. 3 de la GG (Ley Fundamental), la extensión del § 14 a todos los representantes designados voluntariamente (o voluntarios); a favor de ello habla también el hecho de que sólo con dificultad es posible distinguir claramente los casos del § 14 de los de responsabilidad del representante en virtud de una interpretación del tipo. El temor de que una extensión del § 14 a todos los representantes designados voluntariamente (o voluntarios) pudiera dar lugar a una exención de responsabilidad penal de las direcciones de los negocios respectivos (nm. 94) no parece justificado; pues, dado que el titular del estatus responde junto con el representante (nm. 98), no se comprende por qué debería dejar de ser perseguido, si, a la vista de las circunstancias, su responsabilidad puede ser tomada en consideración. La analogía con el § 14 en favor del reo, con cuyo auxilio *Marxen*[148] pretende evitar la desigualdad en los supuestos de interpretación del tipo "materialmente próximos a la regulación de la representación", resulta difícilmente viable. Pues, en tales casos, el § 14 sería empleado para realizar una corrección de unos tipos a los que precisamente no resulta aplicable.

Los principios expuestos rigen también para los delitos de omisión. 111
El § 14 les es aplicable tan sólo en la medida en que el tipo emplea una descripción de estatus que el representante no cumpla. Esto ocurre especialmente en los delitos de omisión propia. Así, por ejemplo, de acuerdo con el § 266a, es penado "el que, en su condición de empleador, (...) retenga frente a la entidad recaudadora (...) las cuotas del

---

(§ 324) no es un supuesto del § 14; también al respecto, con ulteriores referencias, LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 42, en torno a y en la n. 170.

[147] Cfr., por ejemplo, BayObLG VRS 51 (1976), 234; OLG Düsseldorf VRS 72 (1987), 118; OLG Koblenz VRS 50 (1976), 53. Ulteriores referencias en *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 10/11.

[148] NK-*Marxen*, § 14, nm. 21.

empleado a la Seguridad Social". Si un apoderado comisionado para la entrega de las cuotas las retiene[149], sólo podrá ser penado bajo las condiciones del § 14, pues el apoderado no es el "empleador", es decir, el § 266a no le es directamente aplicable. En los delitos impropios de omisión, el § 14 sólo es aplicable en la medida en que el tipo exija una cualificación en el autor que vaya más allá de las posiciones genéricas de garante, que no concurra en un representante[150]. Un ejemplo lo ofrece el § 64 de la BSeuchG (Ley Federal de Epidemias): "El que, en su condición de empresario (...) ponga a disposición (...) como potable agua que no satisfaga (...) las exigencias de un (...) reglamento". Cuando el agua potable sea contaminada a causa de la omisión de las medidas necesarias, el representante del empresario sólo podrá ser penado mediante el § 14, ya que él mismo no es empresario.

112 Por el contrario, el § 14 no es aplicable en los delitos impropios de omisión que mediante una conducta activa pueden ser cometidos por cualquiera. Pues en ellos es posible adjudicar, en su caso, una posición de garante al representante, lo que fundamenta directamente su responsabilidad penal[151]. Si, por ejemplo, el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada que regenta un negocio de transportes omite preservar contra daños el valioso material que le fue confiado[152], responderá directamente en virtud del § 303. Por lo demás, por ejemplo, el director técnico del ferrocarril de montaña explotado por una sociedad por acciones es garante, en el sentido del § 13, de la seguridad de su funcionamiento (BGH GA 1971, 334); el presidente de la sociedad lo es de la seguridad para el tráfico de un edificio que pertenece a la sociedad; o el empleado responsable en un establecimiento de la seguridad de la instalación ya es, en virtud del deber general de aseguramiento del tráfico, garante en el sentido del § 13, por lo que el § 14 no es necesario para fundamentar la responsabilidad penal por sus omisiones que infringen un deber. Por lo demás, ciertamente también aquí esto da lugar a una responsabilidad del representante que va mucho más allá de los límites del § 14 (cfr., sobre la problemática político-jurídica, nm. 110): así, por ejemplo, existe un "deber de garante del encargado del garaje responsable de un aparcamiento privado", o una "posición de garante del tercero que, habiendo sucedido un accidente, asume en nombre de otro el deber de auxilio"[153].

---

[149] Ejemplo de LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 24; BGH NStZ 1997, 125, en el supuesto del directivo de una sociedad de responsabilidad limitada.

[150] Igualmente, *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 6; *Kindhäuser*, StGB, § 14, nm. 15 ss.; 17 (sin una toma de posición que resulte perfectamente clara).

[151] Detalladamente *Blauth*, 1968, 114 s.

[152] Simplificación de los ejemplos de *Blauth*, 1968, 115 s.

[153] *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 6.

V. Sobre la posibilidad de recurrir al § 14 en detalle

Después de todo lo anterior, como casos de aplicación del § 14 sub- 113
sisten tan sólo los tipos que contienen deberes del autor susceptibles de ser trasladados, en los que la asunción de dichos deberes por parte del representante no puede ser subsumida ya en el correspondiente precepto por la vía de la interpretación. Se explica por ello que, a pesar de los numerosos preceptos a los que es de aplicación el § 28, resulte costoso encontrar en el Código Penal tipos para los que pueda resultar útil el § 14. En esencia, los supuestos claros de aplicación son únicamente las descripciones del autor como "deudor" en la quiebra (§§ 283 ss.), en la ejecución forzosa (§ 288), así como en el cumplimiento del deber de alimentos (§ 170; al respecto, nm. 101). Por la 1.ª y la 2.ª Ley para la Lucha contra la Criminalidad Económica (WiKG) fueron introducidas las cualidades de autoría de "receptor de subvenciones" (§ 264 I núm. 2)[154] y de empleador (§ 266a). En la legislación penal especial son más numerosos los tipos con tales elementos de autoría. Pueden mencionarse, sin pretensión de exhaustividad: también el elemento de ser "empleador" (§§ 58 V y VI, en conexión con la 1.ª JugendarbeitsschutzG: Ley de Protección del Trabajo Juvenil[155], 21 III y IV, en conexión con la la 1.ª MutterschutzG: Ley de Protección de la Maternidad), además del de "empresario" (§ 64 de la BSeuchenG: Ley Federal de Epidemias; cfr. ya nm. 111), el de "titular de un punto de venta o de un negocio de peluquería" (§ 25 de la LadenschlußG: Ley de Horarios Comerciales). Pero también en este ámbito la esfera de aplicación del § 14 se ve reducida por el hecho de que en la legislación especial muchas infracciones son sancionadas como meras contravenciones, para las que rige el § 9 de la OWiG: Ordenanza de Contravenciones (que se corresponde punto por punto con el § 14). Un ejemplo jurisprudencial es el del "titular de un establecimiento de venta de bebidas" (§ 28 I núm. 6 de la GaststG: Ley de Establecimientos de Restauración)[156].

Los criterios subjetivos, psíquicos relativos a la autoría no pueden 114
ser tratados nunca en virtud del § 14, aun si los mismos son elementos específicamente personales en el sentido del § 28 I (como "mala intención" o "falta de consideración"; cfr. nm. 7, 11 ss.); pues no resultan nunca susceptibles de ser trasladados. Y además, elementos como "mala intención" o "falta de consideración" no pueden concurrir tampoco en un representado que es que ni siquiera puede actuar, o bien que, en su caso, no ha actuado[157].

---

[154] BGH JR 1981, 468 s., con comentario de *Tiedemann*; BayObLG NJW 1982, 2202.

[155] OLG Karlsruhe JR 1985, 479 deja abierta la cuestión de la posibilidad de aplicar el § 14.

[156] BayObLGSt 1991, 43.

[157] *Blauth*, 1968, 57 s.; en cuanto a la solución, igualmente, *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 8.

VI. El representante según el § 14 I

1. Órganos y miembros de los órganos, conforme al § 14 I n.º 1

115 El precepto exige que alguien actúe como órgano competente o legitimado para representar a una persona jurídica o como miembro de dicho órgano. La persona jurídica puede ser de Derecho privado (asociación, sociedad por acciones, sociedad comanditaria, sociedad de responsabilidad limitada, cooperativa, fundación dotada de capacidad jurídica) o de Derecho público (entidad o corporación con capacidad jurídica). La persona jurídica debe estar constituida válidamente (aunque sea tan sólo de acuerdo con los principios del Derecho privado sobre la sociedad de hecho)[158].

116 El autor debe actuar como órgano competente o legitimado para representar o como miembro de dicho órgano. Los **órganos** son las personas y entidades a través de los que la persona jurídica adopta decisiones y actúa; así, por ejemplo, la junta directiva, la junta de socios y, en su caso, el consejo de supervisión. Es **competente o legitimado para representar** el órgano que dirige los negocios en nombre de la persona jurídica, tanto hacia el interior de la misma como hacia el exterior; esto se refiere también a la junta directiva, pero no a la junta de socios o al consejo de supervisión. La exigencia de legitimación o competencia para representar no implica que la acción llevada a cabo por el órgano haya de ser jurídicamente válida (lo que, en el caso de acciones punibles, no suele ocurrir). Tampoco necesita consistir en un negocio jurídico. Tal y como se desprende del § 14 III, tampoco es preciso que el acto de delegación de la competencia sea jurídicamente válido[159]. De la mención de los **miembros de órganos** se puede deducir que ya la acción de un único miembro de la junta directiva también puede dar lugar a responsabilidad del representante; resulta irrelevante el hecho de que, de acuerdo con la organización interna de la sociedad, el miembro sea o no competente dentro de la junta para llevar a cabo la acción ejecutada[160].

2. Socios con derecho a representación conforme al § 14 I n.º 2

117 Por sociedades personalistas hay que entender las sociedades mercantiles abiertas y las sociedades comanditarias. El legislador (a diferencia de lo que ocurría en el § 14 del Proyecto de 1962) las ha incluido en el precepto, porque estas sociedades, aunque no son personas jurídicas, sí que pueden adquirir derechos, entrar en relaciones, así como demandar y ser demandadas ante los tribunales (§§ 124, 161 II del Código de Comercio). Ha pretendido, pues, hacer posible también en estas sociedades las descripciones civiles de estatus que hacen necesaria la responsabilidad del representante en virtud del § 14.

---

[158] Al respecto, con ulteriores referencias, LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 43.

[159] Sobre la problemática de los órganos de hecho, con más detalle, NK-*Marxen*, § 14, nm. 42 ss.

[160] OLG Koblenz VRS 39 (1970), 118; *Kindhäuser*, StGB, § 14, nm. 22 s.; *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 18.

No obstante, la justificación de este proceder legislativo sigue siendo 118
polémica. Frecuentemente se piensa que el § 14 I núm. 2 resulta vacío de contenido, ya que, por ejemplo, el socio es deudor en el sentido del § 288, por lo que resulta responsable directamente en virtud de dicho precepto cuando hace desaparecer patrimonio social en perjuicio del acreedor[161]. Esto ocurre en este caso y en muchos otros. Con todo, es posible pensar en grupos de casos en los que el § 14 I núm. 2 tenga un ámbito de aplicación propio. Si, por ejemplo, se exige, para la condición de tenedor o poseedor de un vehículo de motor, un poder propio de disposición sobre el vehículo (nm. 109), el socio sólo es "tenedor" cuando cumpla tal condición. En otro caso, el "tenedor" es la sociedad y sólo es posible abarcar como responsable al socio en virtud del § 14 I núm. 2[162]. No obstante, el § 14 I núm. 2 resulta relevante sobre todo para el caso del § 283 (quiebra), pues, de acuerdo con el § 209 de la KO: Ordenanza Concursal, es posible abrir un concurso separado en relación con el patrimonio de la sociedad mercantil personalista. Por lo que las condiciones del § 283 VI sólo concurren en la sociedad, y el socio sólo puede ser abarcado con ayuda del § 14 I núm. 2[163].

El § 14 I núm. 2 se refiere exclusivamente a los socios legitimados 119
o con derecho para representar; estos, en las sociedades mercantiles abiertas, son todos los socios no excluidos de la dirección de la sociedad (§ 125 del HGB: Código de Comercio), en las sociedades comanditarias, los socios personalmente responsables (§ 161, 170 del Código de Comercio). En las sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias, el socio legitimado o competente para representar es en sí misma la sociedad de responsabilidad limitada[164]. El § 14 I núm. 1 es aplicable en parte también a las sociedades de responsabilidad limitada, y el núm. 2 a la sociedad comanditaria[165]. Por lo demás, por lo que se refiere a la legitimación para representar, rige lo expuesto en nm. 116.

A las sociedades personalistas sin capacidad jurídica de otra clase (asocia- 120
ciones sin capacidad jurídica, sociedades civiles) no les es aplicable el § 14 I núm. 2. Por tanto, de acuerdo con la opinión del legislador, en estos casos le es exigida la responsabilidad a los socios directamente (como deudor, empleador, etc.)[166].

---

[161] *Herzberg*, 1984, 80 ss.; *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 20/21.

[162] LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 46.

[163] Sumariamente al respecto, NK-*Marxen*, § 14, nm. 48; LK-*Tiedemann*, 10.ª, antes del § 283, nm. 62.

[164] BGHSt 19, 174, 176; 28, 371, 372; KG JR 1972, 121, con comentario de *Göhler*; OLG Hamm NJW 1973, 1851; OLG Köln JMBl. NW 1973, 39; OLG Stuttgart MDR 1976, 690; a favor, *Bruns*, GA 1982, 11 s.; *Demuth/Schneider*, BB 1970, 643; *Kindhäuser*, StGB, § 14, nm. 26; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 14, nm. 2; *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 23; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 14, nm. 3.

[165] BGH NStZ 1984, 119; *Schünemann*, 1979, 144; *el mismo*, LK, 11.ª, § 14, nm. 47.

[166] En relación con la problemática de la sociedad de responsabilidad limitada en formación: *Bittmann/Pikarski*, wistra 1995, 91; *Deutscher/Körner*, wistra 1996, 8, 13.

3. Representantes legales, según el § 14 I n.º. 3

121 Por representante legal, en el sentido de este precepto, no hay que entender únicamente los representantes legales de personas físicas (padres, la madre de un hijo no matrimonial, tutor, curador), sino también las denominadas partes en virtud de un deber o cargo (administrador concursal, administrador del convenio de acreedores, administrador de legados, liquidador, albacea).

4. El actuar "como" órgano, socio, representante

a) El actuar por el representado

122 "Actuar", en el sentido del § 14 I, incluye también la omisión infringiendo un deber. Exige que el sujeto que actúa lo haga **por** el representado o, a su servicio, omita, infringiendo su deber, lo exigido. Así, el que, utilizando su posición, actúa exclusivamente en su propio interés, no lleva a cabo el hecho "como órgano", etc., por lo que no le puede ser aplicado el § 14[167]. Por ejemplo, "en el caso de acciones en la dirección de un negocio realizadas en interés propio y en perjuicio de la sociedad, en concreto, del ocultamiento de elementos del patrimonio mediante una conducta de administración desleal" (BGH NJW 1969, 1494), el representante tampoco responde en virtud de los §§ 14 y 288 si, con esta conducta, ha frustrado un proceso de ejecución forzosa sobre el patrimonio de la sociedad. El director de un negocio que se lleva consigo valores patrimoniales de la sociedad de responsabilidad limitada "tan sólo para no quedarse con las manos vacías a consecuencia de la ruina que teme que sobrevenga" no ha de ser penado conforme a los §§ 283 y 14 I núm. 1, sino de acuerdo con el § 266 (BGHSt 30, 127, 129). Aunque, si el directivo de una sociedad comanditaria actúa de acuerdo con el socio colectivo, también puede responder según el § 283 I núm. 1, cuando esté guiado por su propio beneficio; pues el acuerdo convierte su actuación "en todo caso en un actuar en interés del deudor". (BGSt 34, 221, 223 s.). También las conductas neutras, como las que concurren en delitos omisivos y en delitos imprudentes, pueden ser tratadas conforme al § 14; pues, en tales supuestos, el representante no se vuelve conscientemente en contra del representado, por lo que sigue actuando en su lugar y, en esa medida, por él[168].

123 Yendo más lejos, *Lenckner*[169] pretende que baste con que la acción "se encuentre con la esfera de tareas y de deberes" del representado "en una conexión funcional". Así, por ejemplo, el representante legal del deudor respondería también en virtud del § 283 I núm. 5 si ha cometido el hecho –por

---

[167] BGH NJW 1969, 1494 s.; BGHSt 30, 127; 34, 221 (con comentario de *U. Weber*, StV 1988, 16; *Winkelbauer*, JR 1988, 33); *Biletzki*, NStZ 1999, 537 (539); de otra opinión, *Deutscher/Körner*, wistra, 1996, 8; *Kindhäuser*, StGB, § 14, nm. 29; *Köhler*, AT, 557.

[168] Con más detalle, LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 51.

[169] *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 26, con ulteriores referencias.

ejemplo, la falsificación de los libros de contabilidad– exclusivamente en su propio interés, por ejemplo, para encubrir una irregularidad cometida". Pero esto no es compatible con el tenor literal de la ley (art. 103 II GG: Ley Fundamental). En un caso como éste, el autor no actúa como representante, sino como un falsificador en interés propio, por lo que debe ser penado por falsificación de documentos (§ 267), y no en virtud de la norma aplicable al deudor[170].

b) El actuar "como" órgano, etc. en la omisión de varios

Plantea dificultades la cuestión de quién actúa "como" órgano, socio o representante, en el caso de omisión por parte de varios miembros de la junta o varios socios. En principio, el deber de intervenir o de realizar cualquier otra acción debida les afecta, en su caso, **a todos**. Pero, dado que, por la multiplicidad de los deberes que hay que cumplir, la división interna de funciones resulta imprescindible, generalmente faltará la infracción de deber propia de la omisión cuando alguien no ejecuta la acción exigida que cae en la esfera de las tareas de otro, o no actúa en contra de la infracción de su deber por parte de un tercero[171]. Se debe aplicar un criterio distinto únicamente cuando el sujeto haya permanecido inactivo en un caso concreto a pesar de conocer la infracción del deber por parte del tercero, o cuando, dado el carácter manifiesto de dicha infracción, hubiera debido conocerla (BGH wistra 1990, 97)[172]. 124

Schünemann[173], por el contrario, pretende limitar la eventual responsabilidad del miembro de un órgano colegiado a la propia esfera de negocio, admitiendo tan sólo tres excepciones: la extensión del ámbito propio de competencia mediante una actuación activa, la contribución, mediante el voto positivo, a una decisión colegiada (BGHSt 37, 129 s.: spray para el cuero), y supuestos en los que la empresa en su conjunto se ve afectada (BGHSt 37, 124). Esta solución tiene la ventaja de ofrecer mayor seguridad jurídica y de evitar una extensión excesiva de la responsabilidad penal. 125

VII. Los encargados o mandatarios según el § 14 II

El legislador, en el § 14 II, ha extendido la responsabilidad del representante a una parte de los representantes designados voluntariamente (o 126

---

[170] Coinciden también LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 51; NK-*Marxen*, § 14, nm. 33.

[171] BayObLG NJW 1974, 1341; OLG Koblenz VRS 39 (1970), 118; OLG Hamm DAR 1975, 51; con más detalle, *Rebmann/Roth/Herrmann*, OWiG, 3.ª, § 9, nm. 29-32.

[172] BayObLG NJW 1974, 1341; OLG Düsseldorf NStZ 1981, 265, con comentario de *Göhler*, NStZ 1982, 11; OLG Hamm NJW 1971, 817 s.; OLG Hamm DAR 75, 51, 52 s.; OLG Koblenz VRS 39 (1970), 118; OLG Schleswig SchlHA 1975, 194; *Bruns*, GA 1982, 46; *el mismo*, Heinitz-FS, 1972, 330; *Demuth/Schneider*, BB 1970, 644 s.; *Kindhäuser*, StGB, § 14, nm. 23; *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 19.

[173] LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 52.

voluntarios) (sobre la historia legislativa y sobre la problemática político-jurídica, nm. 94 s., 110). Esta "solución intermedia", que no incluye por completo a los representantes designados voluntariamente (voluntarios) en la responsabilidad del representante, pero que tampoco los excluye totalmente de la misma, da lugar a grandes dificultades de delimitación y, algunas veces, a distinciones poco convincentes. No obstante, no es posible ver en ello una infracción del principio constitucional de determinación (art. 103 II GG)[174].

1. El encargo de dirigir o dirigir parcialmente un establecimiento o empresa

127 Un **establecimiento** es una unidad de personas y medios materiales (la mayor parte de las veces, también espacialmente agrupados) de acuerdo con un plan, bajo una dirección unitaria, para alcanzar, con una cierta permanencia, la finalidad de producir o poner a disposición bienes o servicios de naturaleza material o inmaterial. La finalidad no tiene por qué ser de carácter económico. Dentro del concepto no caben tan sólo los establecimientos industriales, comerciales o de artesanía, sino también los despachos de abogados, las consultas médicas, farmacias, hospitales, instituciones caritativas, teatros, etc. El domicilio privado no es un establecimiento, ya que su finalidad no consiste en la producción de bienes o servicios para terceros.

128 El concepto de "empresa" (§ 14 II, núm. 2, segundo párrafo) no posee ningún significado específico, en comparación con el de establecimiento, pues la delimitación del concepto expuesta en nm. 127 incluye también a las empresas. La razón por la que el legislador ha mencionado también en el § 14 a las empresas estribaba en que este concepto figura en la legislación penal especial y debía quedar claro que, en todo caso, las empresas también están sujetas a la regulación del § 14[175].

129 Un **director de establecimiento** es aquél a quien le es atribuida la dirección del negocio del establecimiento y que actúa de forma autónoma en lugar del titular. En este caso no es preciso (como en el núm. 2) un encargo **explícito**, pues la atribución de la dirección del establecimiento conlleva por sí misma también la traslación del deber del titular. Pero sí existe la condición de que no sólo se haya encargado al representante la dirección del establecimiento, sino que éste la haya asumido efectivamente. En relación con la cuestión de si alguien es o no el director del establecimiento, no hay que basarse en la denominación (director o similar), sino en la función. Es imaginable también la existencia de varios directores del establecimiento, cuando ellos hayan de dirigir todo el establecimiento de forma conjunta. Por el contrario, aquél al que se ha confiado tan sólo la supervisión del establecimiento no

---

[174] *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 3; objeciones de índole constitucional se encuentran en *Demuth/Schneider*, BB 1970, 645; *Jakobs*, AT, 2.ª, 21/12; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 23 VIII 2. Las numerosas lagunas de punición originadas por la redacción legal son descritas en *Schünemann*, 1979, 144 ss.

[175] Cfr. *Göhler*, Protokolle des Sonderausschusses, 1104.

es por ello aún director del mismo, y puede llegar a entrar en el ámbito de aplicación del § 14 tan sólo si se cumplen las condiciones del núm. 2[176].

Al director de establecimiento se equipara el **director parcial** de un establecimiento o empresa. Por tal puede entenderse la dirección de un sector o rama del establecimiento espacialmente delimitados en relación con el resto del mismo ("sucursal", "filial", "sección", "taller", entendido como una instalación específica de fabricación), pero también la dirección de un departamento del establecimiento ("compras", "ventas", "fabricación", "dirección técnica", "dirección comercial"). En este segundo caso, no obstante, el director del departamento ha de poseer una cierta importancia y autonomía dentro del conjunto del establecimiento. Por ello, aquél a quien, dentro de unos grandes almacenes, se le ha encargado la venta de unos artículos concretos, no es todavía un director parcial. La denominación como "director de departamento", al igual que la posición de apoderado (OLG Hamm MDR 1974, 425) o la de mandatario con poderes no fundamentan por sí mismas todavía ninguna dirección parcial; hay que estar siempre más bien a las circunstancias del caso concreto, es decir, a la concreta función dentro del establecimiento[177]. 130

El encargo debe ser realizado por el titular del establecimiento o por otros comisionados o mandatarios; esto (y a diferencia de lo que ocurre en el núm. 2) puede producirse mediante actos concluyentes (BGH MDR 1990, 41). Si el titular es una persona jurídica, sus órganos directivos están autorizados para realizar el encargo; en el caso de órganos formados por varios miembros, hay que atender a la división de funciones. Por "otros legitimados" para comisionar hay que entender aquellas personas que, en virtud de plenos poderes concedidos por el titular o (en el caso de las personas jurídicas) de su órgano directivo, o bien en virtud de ley (por ejemplo, en los casos de nombramiento judicial de un liquidador, § 265 de la AktG: Ley de Sociedades por Acciones, o de nombramiento de un representante especial por la asamblea de socios de una asociación inscrita, § 30 BGB: Código Civil), pueden asignar poderes o facultades de dirección. 131

2. La encomienda expresa de asumir bajo responsabilidad propia tareas de la empresa

En el caso de que alguien no dirija un establecimiento ni total ni parcialmente (núm. 1), sino que tan sólo deba asumir algunas de las tareas 132

---

[176] Con más detalle, EEGOWiG, 64.

[177] NK-*Marxen*, § 14, nm. 56 (con ulteriores referencias) critica una excesiva extensión del concepto de "dirección parcial de un establecimiento" en la jurisprudencia y en la doctrina. ¡Así, de acuerdo con OLG Stuttgart Justiz 1980, 419 s., incluso un "controlador de pesas y medidas" sería un director parcial de un establecimiento! De este modo, se intenta (acertadamente desde el punto de vista político-criminal, pero en contra de la intención del legislador) extender la responsabilidad a tantos de aquellos representantes designados voluntariamente (o voluntarios) como sea posible.

que corresponden al titular del establecimiento, el legislador ha vinculado la aparición de responsabilidad del representante a una encomienda o encargo **expreso**[178]: "Esta restricción parece necesaria, ya que de la mera asunción de tareas en nombre de otro no se deduce necesariamente que con ello se hayan asumido también sus deberes. El director del establecimiento u otro autorizado o legitimado debe, por ello, dejar esto claro de forma explícita" (EEGOWiG, 65). La asignación por escrito de la encomienda o comisión es lo más conveniente, pero no es necesario, según la ley. Basta con un encargo meramente oral, no comunicado a terceros (KG VRS 36 (1969), 269). Por el contrario, por falta de explicitud, el encargo tácito o implícito no es suficiente[179]. También en este caso es preciso que la esfera de tareas haya sido asumida efectivamente (cfr. nm. 127).

133 El mandatario o comisionado debe asumir las tareas relativas al establecimiento, que le han sido transferidas, **bajo su propia responsabilidad**, es decir, debe poder decidir autónomamente sin necesidad de instrucciones. Pero ciertamente, la posibilidad de un control *a posteriori* no excluye la asunción de funciones bajo su propia responsabilidad[180]. De acuerdo con la doctrina dominante, un encargado del proceso material puede asumir también funciones relativas al negocio bajo su propia responsabilidad[181]; en el caso de un apoderado, hay que estar al caso concreto (OLG Hamm MDR 1974, 425)[182]. El mandatario o comisionado no tiene por qué ser necesariamente un miembro permanente del establecimiento. Puede tratarse también de un auditor, de un asesor tributario, de un abogado, etc., en la medida en que estas personas ajenas al establecimiento no ejerzan tan sólo funciones asesoras, sino que puedan tomar autónomamente decisiones, dentro de su esfera de funciones, en interés del empresario[183].

134 La transferencia de un grupo de funciones para su asunción bajo propia responsabilidad no sería legítima, de acuerdo con la exposición de motivos de la ley, "si queda fuera de lo socialmente adecuado; así, por ejemplo, si el titular de un comercio encarga a una aprendiz que se ocupe, 'bajo su propia responsabilidad', de la observancia del horario comercial, incluso aunque se le reconozca

---

[178] Dura crítica a esta regulación en *Schünemann*, 1979, 148 ss., quien hace referencia a evidencias o comprobaciones empíricas, a tenor de las cuales la necesidad de comprobar la existencia de una comisión o encomienda explícita dificulta extraordinariamente la persecución de los delitos correspondientes.

[179] OLG Stuttgart Justiz 1969, 126; OLG Düsseldorf VRS 63 (1982), 135, con comentario de *Göhler*, NStZ 1983, 64.

[180] *Demuth/Schneider*, BB 1970, 645; *Göhler*, OWiG, 5.ª, § 9, 6 B b; SK-*Samson*, 5.ª, § 14, nm. 5; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 14, nm. 13.

[181] Dubitativo, NK-*Marxen*, § 14, nm. 62.

[182] Acerca de la polémica sobre si existe actuación bajo propia responsabilidad del comisionado o encargado del establecimiento para prevención de emisiones, protección de las aguas y residuos, cfr., con ulteriores referencias, LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 61.

[183] *Demuth/Schneider*, BB 1970, 646; *Göhler*, OWiG, 5.ª, § 9, 6 B; *Rebmann/Roth/Herrmann*, OWiG, 3.ª, § 9, nm. 50.

capacidad de decisión para abrir o cerrar la tienda de acuerdo con su propio juicio" (EEGOWiG, 65). En la doctrina, esto ha sido apoyado en parte[184], pero también rechazado por otra parte[185]. Realmente no es posible deducir una restricción así del tenor legal. Y tampoco debe ser adoptada, pues, debido a la vaguedad del concepto de adecuación social, da lugar a dificultades de delimitación irresolubles. El que confiere el encargo, cuando traslada sus deberes a una persona –"bajo su propia responsabilidad"– que es completamente incompetente, no se descarga sin más de su responsabilidad (nm. 137 s.), mientras que en favor del encargado o comisionado inexperto podrá hacerse valer, en su caso, un error de prohibición o su incapacidad de responder a causa de su joven edad; sin embargo, si no concurren circunstancias excluyentes de la culpabilidad, tampoco hay por qué eximirle de pena.

3. La actuación conforme a encargo o comisión por cuenta de una entidad que asume misiones de la Administración pública

De acuerdo con el § 14 II 3, el párrafo primero del § 14 II "ha de ser aplicado 135
de acuerdo con su sentido" a la actuación por las entidades mencionadas. Estas "están sujetas en numerosos ámbitos a deberes, cuya infracción por parte de personas físicas resultaría punible. Las personas que actúan por las entidades resultarían privilegiadas frente a las que actúan en establecimientos y empresas, si no pudiesen ser hechas penalmente responsables en virtud de idénticas infracciones de deberes" (EEGOWiG, 65). El precepto no se refiere únicamente a auténticas entidades administrativas, sino a todas las entidades que "asumen cometidos o funciones de la Administración pública"; también, por ejemplo, a instituciones y corporaciones de Derecho público. Aunque de la equiparación con los establecimientos y empresas se deduce que las "entidades" deben ser, o bien fiscalmente activas o, cuando menos, tener obligaciones que se correspondan con las del titular de un establecimiento (por ejemplo, como tenedor de vehículo de motor o propietario de cosas)[186]. El legislador ha dispuesto la aplicación del párrafo primero tan sólo "de acuerdo con su sentido" porque, en el caso de las entidades públicas, falta un "titular", cuyos deberes pudieran ser asumidos; en lugar del titular del establecimiento nos encontramos con el director de la entidad, o con cualquier otro que esté autorizado a transferir funciones o cometidos. Sin embargo, la aplicación conforme a su sentido del párrafo primero no puede dar lugar nunca a que quien no ostenta un cargo público sea penado en virtud de un delito especial propio de funcionarios; pues la cualidad de ostentar un cargo público no está incluida en el § 14 (nm. 101).

---

[184] *Demuth/Schneider*, BB 1970, 645; *Rebmann/Roth/Herrmann*, OWiG, 3.ª, § 9, nm. 48; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 14, nm. 13; igualmente también, StA Mannheim, NJW 1976, 585; NK-*Marxen*, § 14, nm. 67-69.

[185] KK-OWiG-*Cramer*, 2.ª, § 9, nm. 48; *Kindhäuser*, StGB, § 14, nm. 45 (sin una toma de posición completamente clara); *Rotberg*, OWiG, 4.ª, § 9, nm. 27; *Sch/Sch/Lenckner/Perron*, 26.ª, § 14, nm. 36; *Schünemann*, 1979, 146-148; *el mismo*, LK, 11.ª, § 14, nm. 62.

[186] *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 14, nm. 15.

4. La actuación "en virtud del mandato o encargo"

136 Al igual que, de acuerdo con el § 14 I, los representantes deben actuar "como" destinatarios de la norma, esto es, en nombre del representado (nm. 122), el sustituto del § 14 II ha de actuar "en virtud del mandato o encargo", es decir, en el ámbito del grupo de funciones que le han sido transferidas para que las desempeñe bajo su propia responsabilidad; en estos supuestos de actuación hay que incluir también las omisiones. Por supuesto, con una actuación "en virtud del mandato o encargo" no se quiere hacer referencia al cumplimiento, sino a la infracción del deber relativo al establecimiento.

VIII. La responsabilidad subsistente del representado, del titular del establecimiento o del director de la entidad administrativa

137 Junto con el representante o el encargado, mandatario o comisionado de cualquier otra forma, responden también en principio el representado, el que otorga la comisión o mandante o el director de la entidad administrativa, tal y como la palabra "también" del § 14 I pone de manifiesto. Por tanto, éste será castigado (junto con el responsable según el § 14) cuando él mismo infrinja, mediante su actuación activa, la norma correspondiente[187]. Ciertamente, el caso más frecuente será aquél en el que el representado, etc. reconoce la infracción del deber por parte del representante y, pese a ello, no interviene. Dado que ostenta una posición de garante, responderá en estos casos en virtud de una comisión por omisión dolosa.

138 Sin embargo, en el caso de la responsabilidad por imprudencia se produce un debilitamiento decisivo de la responsabilidad penal del representado. Pues el sentido de la delegación de funciones en las personas descritas por el § 14 consiste precisamente en descargar de su responsabilidad al originalmente obligado, que no puede asumir por sí mismo todas las funciones. De lo que se deduce que sólo se podrá tomar en consideración una responsabilidad por imprudencia del "dueño del negocio" o bien cuando unos indicios concretos le deberían haber hecho evidente la infracción del deber por parte del representante o del mandatario o comisionado, o bien cuando una culpa en la elección o en la vigilancia y supervisión del representante constituyan una creación de riesgo no permitido subsumible dentro del marco de un tipo imprudente[188].

---

[187] RGSt 58, 130; BGHSt 8, 139; 9, 67, 319; 25, 158; BayObLG VRS 51 (1976), 234; BayObLG DAR 1988, 370; KG VRS 36 (1969), 269; KG JR 1972, 121, con comentario de *Göhler*; OLG Celle NJW 1969, 759; 1974, 72; OLG Düsseldorf VRS 39 (1970), 446; VRS 74 (1988), 302; 78 (1990), 126; OLG Hamm NJW 1971, 817; OLG Karlsruhe Justiz 1981, 21; OLG Koblenz MDR 1973, 606; OLG Köln VRS 66 (1984), 157.

[188] En particular: KG VRS 36 (1969), 269; BayObLGSt 1976, 47; BayObLG VRS 51 (1976), 234; BayObLG DAR 1988, 370; OLG Celle NJW 1969, 759; OLG Hamm NJW 1974, 72; OLG Köln VRS 66 (1984), 157; con mayor alcance, OLG Karlsruhe Justiz 1981, 21; *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, § 14, nm. 7; *Göhler*, OWiG, 5.ª, § 9, nm. 37; *Rebmann/Roth/Herrmann*, OWiG, 3.ª, § 9, nm. 57-60. LK-*Schünemann*,

IX. Relaciones fácticas de representación

De acuerdo con el § 14 III, las reglas de la responsabilidad del representante han de ser aplicadas también cuando el acto jurídico que habría de fundamentar la facultad de representación, o la relación de comisión o mandato, sea inválido (por ejemplo, por defecto de forma)[189]. Con ello ha de quedar claro que lo único importante es si "el representante o el encargado o comisionado en el ámbito de eficacia del auténtico destinatario de la norma, con su asentimiento o con el asentimiento del autorizado o legitimado, ha asumido efectivamente la posición de éste" (EEGOWiG, 65). Se discute si, cuando menos, la autorización o legitimación para asignar una función o cometido conforme al apartado segundo debe haber sido jurídicamente válida. Lo más correcto es no exigirlo[190], pues ello nada cambia en la facticidad de las posiciones del representante o del mandatario o comisionado, que es lo único decisivo, y porque no se comprende por qué un director fáctico de un negocio no debería poder delegar funciones asumidas por él a su vez en un sustituto[191]. En todo caso, allí donde tal facticidad tampoco exista, y en realidad el utilizado como testaferro realmente no tenga absolutamente ninguna actividad, tampoco podrá fundamentarse una responsabilidad penal con ayuda del § 14 III[192]. 139

11.ª, § 14, nm. 66, elabora cinco formas distintas de infracción del deber de cuidado por parte del dueño del negocio.

[189] Ampliamente y desarrollando este particular, LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 67 ss.

[190] En el mismo sentido, *Köhler*, AT, 556.

[191] *Sch/Sch/Lenckner/Perron*, 26.ª, § 14, nm. 44, 38; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 14, nm. 18; de otra opinión, LK-*Busch*, 9.ª, § 50 a, nm. 27; *Gübel*, 1994, 107 s.; a favor, LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 71; discrepando, NK-*Marxen*, § 14, nm. 66, 64.

[192] *Sch/Sch/Lenckner/Perron*, 26.ª, § 14, nm. 42/43; LK-*Schünemann*, 11.ª, § 14, nm. 71.

§ 28. Fases previas de la intervención delictiva pluripersonal

Bibliografía: *Dreher,* Die Grundsätze und Probleme des § 49 a StGB, GA 1954, 11; *Heinitz,* Gedanken über Täter- und Teilnehmerschuld im Deutschen und Italienischen Recht, Berlin-FS, 1955, 93; *Niese,* Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, JZ 1955, 320; *Börker,* Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, JR 1956, 286; *Meister,* Zweifelsfragen zur versuchten Anstiftung, MDR 1956, 16; *Busch,* Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung, NJW 1959, 1119; *Greissinger,* Der Einfluß der besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 50 Abs. 2 auf die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen gem. § 49 a StGB, tes. doct. Frankfurt a. M., 1960; *Maurach,* Die Problematik der Verbrechensverabredung (§ 49 a StGB), JZ 1961, 137; *Busch,* die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49 a StGB, 1964; *Schröder,* Grundprobleme des § 49 a StGB, JuS 1967, 289; *Gallas,* Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), 1; *Schwind,* Grundfälle der "Kettenteilnahme", MDR 1969, 15; *Brose,* Die versuchte Verbrechensbeteiligung (§ 49 a StGB), 1970; *Busch,* Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49 a StGB, Maurach-FS, 1972, 245; *Dreher,* Bemühungen um das Recht, gesammelte Aufsätze, 1972; *Letzgus,* Vorstufen der Beteiligung, 1972; *Otto,* Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), 540; *Langer,* Zum Begriff der "besonderen persönlichen Merkmale", Lange-FS, 1976, 241; *Vogler/Kadel,* Eine verhängnisvolle Bitte, JuS 1976, 249; *Roxin,* Über den Tatentschluß, Schröder-FS, 1978, 145; *Vogler,* Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit, Bockelmann-FS, 1979, 751; *Bottke,* Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979; *Kühl,* Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JuS 1979, 874; *Bottke,* Rücktritt vom Versuch der Beteiligung, 1980; *Küper,* Zur Problematik des Rücktritts von der Verbrechensverabredung, JR 1984, 265; *Jakobs,* Kriminalisierung im Vorfeld der Verbrechensverabredung, ZStW 97 (1985), 751; *Herzberg,* Rücktritt vom Versuch trotz bleibender Vollendungsgefahr, JZ 1989, 114; *Lohberger,* Höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 4a, 16 I Nr. 7 des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen (KWKG), NStZ 1990, 61; *Oswald,* Versuchte Vermittlung von Kriegswaffengeschäften, BayOblG Urt. v. 31. 3. 1989, NStZ 1991, 46; *Herzberg,* Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch und Überlegungen de lege ferenda, NJW 1991, 1633; *Bloy,* Grund und Grenzen der Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung, JR 1992, 493; *Geppert,* Die versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB), Jura 1997, 546; *Kretschmer,* Anforderungen an die versuchte Anstiftung, NStZ 1998, 401; *Lagodny,* Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996; *Fieber,* Die Verbrechensverabredung, § 30 Abs. 2, 3. Alt. StGB, 2001.

I. La ubicación sistemática del § 30

Hoy en día se reconoce que el § 30 no es un tipo autónomo del estilo de las disposiciones de la Parte Especial[1], sino una causa de extensión de la punibilidad limitada a los delitos graves [*Verbrechen*] que pertenece a la PG del StGB, no sólo conforme a la adscripción legal, sino también desde puntos de vista sistemáticos[2]. Ya la participación y la tentativa son causas de extensión de la punibilidad, puesto que extienden la punibilidad más allá de la verdadera realización del tipo. Los casos de participación intentada y de conspi- 1

[1] BGHR StGB, § 30 I 1, concurso n.º 2.

[2] Por todos: *Jescheck/Weigend,* AT, 5ª, § 65 I 2, 3; *Sch/Sch/Cramer/Heine,* 26ª, § 30, nm. 2.

ración regulados en el § 30 contienen en cambio una extensión potenciada de la punibilidad, puesto que se amplía la punibilidad en los delitos graves a conductas que preceden en el tiempo a la participación, a la coautoría o a la tentativa de realización del tipo.

2 **La cuestión de la ubicación sistemática del § 30 dentro de la PG ha de contestarse en el sentido de que no se trata de una regulación especial de la tentativa ni de la participación, sino de una punición autónoma de distintas formas de preparación del delito con intervención (al menos pretendida) de varias personas**[3]. El § 30 no contiene de principio forma especial alguna de punición de la tentativa, pese a que la ley hable de una "tentativa de participación"; pues la tentativa requiere una disposición inmediata a la realización del tipo (§ 22) que aquí falta. La inducción intentada no es, en relación con la realización típica, tentativa, sino una preparación; tampoco algunas variantes del § 30 (el declararse dispuesto, la conspiración) constituyen en absoluto casos de participación intentada. Del mismo modo, el § 30 tampoco es una regulación especial de la participación[4]. Pues la participación presupone, conforme a las reglas de la accesoriedad, una autoría, que falta aquí; tampoco el declararse dispuesto y la conspiración son siquiera formas de participación anticipada. Más bien merece aplauso la "**teoría de la preparación**", según la cual el § 30 conmina con pena formas de preparación del delito especialmente peligrosas; esta teoría es defendida también por la jurispr.[5].

3 Si bien, conforme a lo dicho, el § 30 no es una manifestación de la tentativa o de la participación, sin embargo pueden aplicarse al § 30 importantes consideraciones jurídicas de ambas materias, al menos conforme a su sentido. Ello se expondrá en detalle en el texto que sigue. Al respecto se pueden trasladar en gran medida a la inducción intentada, que ocupa un lugar preponderante en el § 30, los principios elaborados para la inducción (*supra* § 26, nm. 57 ss.) y a la conspiración muchos principios de la coautoría (*supra* § 25, nm. 188 ss.), mientras que las reglas de la tentativa desempeñan un papel menor en el § 30 y sólo adquieren mayor relevancia en la regulación del desistimiento del § 31. Ello justifica, en conexión con la ubicación en la ley, el tratamiento de los §§ 30 y 31 en la sección sobre "autoría y participación".

4 En las primeras décadas de su vigencia (desde 1876) se entendió mayoritariamente el precepto (entonces § 49 a, en una versión reiteradamente modificada) como una disposición penal independiente, perteneciente por su contenido a la PE. Se veía en él un delito dirigido contra el "orden público", la "paz pública", la "autoridad del poder estatal" o la "actitud interna fiel al Derecho del ciudadano"[6]. Ello ya no se puede sostener hoy, porque el § 30 –al contrario que antes el § 49 a– no posee un marco de pena autónomo, sino que su conminación penal toma como referencia el tipo que se pretendía realizar. Además, resulta difícil fundamentar por qué van a ser lesionados los mencionados bienes jurídicos vagos y concernientes

---

[3] *Bloy*, JR 1992, 494 habla de "criminalidad en la antesala".

[4] Así, sin embargo *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 32 II 1; *Blei*, AT, 18ª, § 81 II, antes del 1 (con restricciones); *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 65 I 3 (quien sin embargo admite también la vigencia de la "teoría de la preparación"); *Maurach*, JZ 1961, 138; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª 53/3 ss.; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2ª, 11/108.

[5] BGHSt 9, 131, 134; 14, 378, 379; similar BGHSt 10, 388, 389.

[6] En detalle *Letzgus*, 1972, 212 ss.

a su efecto en el ámbito público precisamente en los supuestos de preparación de que aquí se trata, que suceden en la clandestinidad.

II. Sobre la finalidad legislativa y la justificación político-jurídica del precepto

El precepto del § 30 contiene una excepción a un principio básico de nuestro Derecho penal, según el cual sólo pueden castigarse realizaciones típicas y a lo sumo además acciones de tentativa y participación. Esta excepción se limita a las infracciones penales de mayor gravedad, es decir, los delitos graves [*Verbrechen*], y rige incluso dentro de ellos sólo para aquellos actos preparatorios a los que el legislador atribuye una peligrosidad muy especial, superior a la que se da en los casos normales. Esta peligrosidad puede deberse a dos consideraciones diferentes, cada una de las cuales vale para dos de las cuatro variantes del § 30[7]. El primer momento de peligrosidad que se pone de relieve radica en la **puesta en marcha de un curso causal ya no dominable**, como encontramos en la inducción intentada o en la aceptación de un ofrecimiento. Quien anima a otro a la comisión de un delito o acepta su ofrecimiento para ella ha hecho por su parte lo que cualquiera que pone en marcha un acontecer delictivo que sólo puede detener ya con efecto eximente de pena con los requisitos del desistimiento voluntario (aquí § 31)[8]. El segundo factor de especial peligrosidad radica en el hecho de que quien planea un delito contrae **"un vículo de voluntades"** cuando conspira o se concierta con otro o se declara dispuesto frente a él a la comisión de un delito[9]. Quien de este modo "da su palabra" y se ha comprometido puede desvincularse mucho más difícilmente que quien actúa solo, que puede renunciar a voluntad a sus planes en cualquier momento. 5

No obstante, el precepto es **objeto de crítica político-jurídica** que, en parte, discute incluso la legitimidad de su existencia (nm. 6) o, en parte, propone ulteriores restricciones de la punibilidad (nm. 7). *Lange*[10] critica que 6

---

[7] De acuerdo s. t. *Kühl*, AT, 3ª, § 30, nm. 244, 245. Ya anteriormente *Roxin*, JA 1979, 170 s.; *Kühl*, JuS 1979, 875.

[8] También en este sentido BGHSt 1, 309; BGH NStZ 1998, 347, con Com. de *Kretschmer*, NStZ 1998, 401; BGHSt 44, 103, con Com. de *Roxin*, NStZ 1998, 616; *Geppert*, Jura 1997, 547; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 244.

[9] Igualmente BT-Drucks. V/4095, 12; similar ya la fundamentación del P 1962: E 1962, BT-Drucks. IV/650, y *Geppert*, Jura 1997, 547; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 245; *Schäfer*, NiedStrKomm 2, 1958, 207. También BGHSt 44, 95, con ulteriores referencias, emplea esta consideración, pero curiosamente para un caso de inducción intentada: "El fundamento del castigo de la tentativa de intervención consiste en el vínculo conspirativo de varios intervinientes, de modo que la acción presenta mayor peligrosidad en comparación con otros actos preparatorios".

[10] *Kohlrausch/Lange*, StGB, 43ª, § 49 a, comentario II, III; atenuadamente *el mismo*, NiedStrKomm 2, 1958, 212 s.; similar también en relación con la penalización de la actitud interna *Köhler*, AT, nm. 545. *Fieber*, 2001, ha extendido esta crítica en relación con el caso de la conspiración, cuya punición considera inconstitucional. Cfr. al respecto nm. 44.

el precepto trate igual lo desigual (art. 3 GG) e infrinja el principio o mandato de determinación (art. 103 II GG) mediante "la preponderancia del momento de actitud interna". Sin embargo, los casos del § 30 no se castigan igual que la consumación y la tentativa, sino más benignamente; y, en comparación con la preparación impune del autor individual, concurren al fin y al cabo los criterios de mayor peligrosidad descritos en el nm. 5. Además, no se castigan vagas actitudes internas, sino preparaciones de delitos graves claramente descritas. Ello no resulta aproblemático desde el punto de vista del Estado de Derecho, debido al adelanto de la punición; pero no infringe el principio o mandato de determinación. *Jakobs*[11] quiere asegurarse de que se suprima el § 30 en su totalidad, porque en un "Derecho penal del ciudadano" como aquel en el que se basa el StGB el Estado no estaría autorizado a intervenir en el ámbito privado; y, sin embargo, no se saldría aún de este con meras invitaciones, conspiraciones, etc.: "Sin conducta externa perturbadora, no se puede comprometer a un sujeto por sus asuntos internos, abarcando los asuntos internos la totalidad del ámbito privado, no sólo los pensamientos"[12]. Sin embargo el reclutamiento por negocio de un bandido o un complot para el asesinato se podrán adscribir al ámbito privado tan poco como, por ejemplo, una falsificación documental o de moneda llevada a cabo dentro de las cuatro paredes de la casa propia. Tampoco se comprende bien por qué el Estado no habría de estar autorizado a penalizar una conducta especialmente peligrosa en el ámbito privado, cuando pueden tener lugar para el esclarecimiento de delitos intervenciones corporales, registros domiciliarios, controles de correspondencia y telefónicos, etc. sin reparo.

7 *Busch*[13] considera la aplicación indiscriminada de todas las variantes del § 30 a todos los delitos graves* una cuestionable ampliación de la punibilidad y aboga por que sólo cuando exista una auténtica necesidad político-criminal caso por caso se conmine con pena esta o aquella alternativa del § 20. A ello debe oponerse que los conocimientos empíricos que permitirían diferenciaciones de tal sutileza no existen hasta ahora; a falta de ellas, distinciones complicadas operarían sin embargo como trato desigual injusto. *Letzgus*[14], por su parte, ha desarrollado, sobre la base de investigaciones de Psicología de la sugestión, una concepción según la cual el efecto sugestivo unilateral procedente del inductor y el recíproco existente en la conspiración harían especialmente difícil para el autor el desvincularse de una decisión una vez tomada. Ve en este efecto de sugestión el verdadero fundamento del castigo

[11] *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 ss.; con mayores reservas y más como aquí sin embargo *el mismo*, AT, 2ª, 27/2; críticamente al respecto *Lagodny*, 1996, 226 ss.

[12] *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 773.

[13] *Busch*, Maurach-FS, 1972, 245, 256.

* Sobre otros sistemas existentes en Derecho comparado, en el actual CP español y en otros, de castigo de la conspiración y en su caso otros actos preparatorios o fases previas de intervención pluripersonal sólo para un ámbito más restringido de delitos cfr. *infra* nota * al ap. IV, antes del nm. 43 [N. del T.].

[14] *Letzgus*, 1972, 127, 128, 143, 145, 176, 225 y passim.

del § 30, con la consecuencia de que no considera merecedores de pena el ofrecerse sin éxito y las invitaciones que no conducen a una decisión o resolución de cometer el hecho. Es correcto en ello que el vínculo de voluntades, como el que puede existir en las conspiraciones, es un factor al que puede recurrirse para la legitimación del § 30 (cfr. nm. 5). Pero esta circunstancia no agota el ámbito de conductas necesitadas de pena. Así p. ej. un delincuente profesional a sueldo difícilmente caerá en una dependencia psicológico-sugestiva de su mandante, sino que ponderará fríamente los pros y contras. Pese a todo, el inductor de un delito así pone en marcha un curso causal sumamente peligroso y merece pena.

8 Por todo ello, el doble fundamento del § 30 explicado *supra* (nm. 5) (puesta en marcha de un curso causal ya no dominable y vínculo de voluntades) tiene a su favor la máxima plausibilidad. Pero **tampoco** desde este punto de vista **se puede fundamentar el merecimiento de pena del "declararse dispuesto" (§ 30, 1ª variante)**, en tanto en cuanto alguien sólo se ofrezca sin éxito para la comisión de un delito. Pues, en primer lugar, aquí no se pone en marcha un curso causal indominable, pues incluso en los casos de aceptación del ofrecimiento la ejecución depende sólo del que se ha ofrecido; y, en segundo lugar, tampoco tiene lugar vínculo de voluntad alguno, porque no está implicada en absoluto una segunda persona. En el declararse dispuesto sólo puede empezarse a hablar de un vínculo de voluntades (si bien debilitado en comparación con la conspiración) cuando alguien acepta de modo vinculante el ofrecimiento de otro o se compromete de otro modo a la comisión del hecho tras la aceptación del ofrecimiento. *De lege ferenda* es por tanto recomendable sustituir el elemento del declararse dispuesto por el criterio de la asunción de un compromiso de comisión del delito.

III. La inducción intentada (§ 30 I)

1. Formas de aparición o manifestaciones de la inducción intentada

9 Una inducción intentada presupone una conducta de inducción que no ha conducido a un hecho consumado o al menos intentado del autor. Ante esta estructura unitaria es de menor importancia la distinción entre diferentes formas de inducción intentada. Las constelaciones de casos más conocidas enumeradas a continuación, que se corresponden con una distinción tradicional[15], no son completas (cfr. además nm. 20) y no se excluyen en-

[15] En exposición detallada, pero con otra agrupación *Letzgus*, 1972, 24 ss. Las denominaciones de a)-d) proceden de *Dreher*, 1972, 95; la constelación e) recibió el nombre de *J.-D. Busch*, 1964, 143; el supuesto f) debe su nombre a *Maurach*, AT, 4ª, § 51 III B 2; la caracterización de los grupos de casos de la g) se encuentra en *Letzgus*, 1972, 60. Los términos a)–c) se asumen por *Geppert*, Jura 1997, 547; *Gropp*, AT, 2ª, § 9, nm. 101 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 65 II 1 y *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 30, nm. 21.

tre sí conceptualmente de modo necesario, pero hacen posible una buena orientación.

a) La inducción fallida

Aquí ni siquiera se produce la decisión de cometer el hecho, porque, p. ej., el incitado rechaza la pretensión.

b) La inducción sin éxito

En ella el "autor" toma una decisión de cometer el hecho, pero no llega a la tentativa porque fracasa ya previamente o renuncia de nuevo al plan.

c) La inducción inidónea

Este caso se da cuando el incitado ya está decidido a cometer el hecho (*omnimodo facturus*) o el hecho es impracticable de antemano.

d) La inducción ineficaz

En esta constelación el incitado toma al principio una decisión de cometer el hecho, pero renuncia de nuevo a ella y toma más tarde una nueva decisión, que es independiente de la anterior inducción.

e) La inducción incompleta o imperfecta

Se da cuando el receptor de la declaración malinterpreta la incitación y a consecuencia de ello comete el hecho de manera no dolosa. En cuanto al hecho doloso planeado por la persona ajena (la otra persona) existe entonces una inducción intentada.

f) El exceso cualitativo del autor

Si bien el incitado se deja determinar a la comisión de un delito, se decide a la ejecución de otro delito cualitativamente divergente de la incitación. Dado que este no puede ser imputado al sujeto de atrás, este sólo es responsable de la inducción intentada al delito que había planeado.

g) La inducción parcialmente consumada

Se da cuando el incitado se deja determinar sólo a la ejecución del tipo básico y realiza este, mientras que la inducción hacía referencia al tipo cualificado. P. ej., el sujeto de atrás incita a cometer falso testimonio con perjurio (§ 154), mientras que el receptor de la declaración sólo se deja motivar a la comisión de un delito de falso testimonio o falsa declaración pericial sin juramento (§ 153). Respecto de este existe entonces una inducción consumada, respecto del falso testimonio con perjurio intentada.

2. Los presupuestos objetivos de la inducción intentada

La inducción intentada no se diferencia en su forma externa de la in- 10
ducción al hecho consumado o intentado. Debe existir por tanto –según la opinión aquí defendida, pero discutida (cfr. § 26, nm. 74 ss.)– una incitación; las meras consideraciones y estímulos son igual de insuficientes que la creación de una situación que invita a la comisión del delito. Quien, por tanto, con el dolo eventual de animar a la comisión de un delito habla de las posibilidades de conseguir ingresos por medio de la comisión de delitos o pone a una mujer en una situación que provoca el peligro de una violación no resulta en su caso punible según el § 30, si nadie se deja motivar a la comisión de un delito. La opinión contraria, que admite una inducción en caso de ejecución del delito de que se trate (cfr. § 26, nm. 75), debe afirmar la punición por el § 30 cuando falte la comisión de un hecho. Esto extiende en exceso con mucho la punibilidad, que incluso en caso de incitación ya se sitúa en el límite de lo defendible desde los postulados del Estado de Derecho.

La delimitación de la inducción intentada de la sólo preparada y por ello 11
en todo caso impune es discutida. El anterior § 29 a, precursor del actual § 30, exigía expresamente una "incitación" a la comisión de un delito grave, como ha de requerirse sobre la base de la opinión aquí defendida y también conforme al Derecho vigente (cfr. § 26, nm. 74 ss.). De ahí se deducía con carácter general –también en la jurispr.– bajo la vigencia del § 49 a que la punibilidad sólo comenzaba en el momento en que el destinatario tomara conocimiento de la incitación o, si no, esta se le dirigiera al menos con la posibilidad de tener conocimiento en cualquier momento[16]. BGHSt 8, 261, 262 se apartó de esta jurisprudencia y admitió una inducción intentada a falso testimonio con perjurio (§ 154) en un caso en que la carta que incitaba a la comisión del delito, que un recluso quería lanzar por encima del muro del centro penitenciario al destinatario que esperaba en la calle, cayó al patio de la prisión y fue requisada allí[17]. El BGH apeló al tenor literal de la ley, según el cual existiría ya una tentativa de determinación con el envío (o sea, en este caso, el lanzamiento). Mientras que una parte de la doctrina lo sigue[18], la opinión ampliamente preponderante se mantiene en la interpretación anterior de que la declaración del inductor ha de haber llegado al destinatario o de que este ha de haber tenido incluso conocimiento de ella[19]. Ello se

---

[16] En concreto se exigía en parte una posibilidad de reconocimiento y percepción (RGSt 30, 142; 36, 229), en parte una percepción sensorial real (RGSt 47, 230), en parte incluso una comprensión espiritual por parte del destinatario (así, en efecto, RGSt 26, 81, 82). Acerca de la literatura científica de la época cfr. *Letzgus*, 1972, 42, n. 90.

[17] *Roxin*, HRR, Fall [caso] 72, 106 s. y 201 (= BGHSt 8, 261).

[18] *Blei*, AT, 18ª, § 81 II 1; *Bockelmann/Volk*, AT, 4ª, § 27 VI 1a aa; *Dreher*, 1972, 196; *Joecks*, 3ª, § 30, nm. 9; *Kühl*, JuS 1979, 877; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 53/15 s.; *Preisendanz*, 30ª, § 30, Comentario 3 d; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 30, nm. 19; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 30, nm. 9.

[19] *Brose*, 1970, 115 ss.; *J.-D. Busch*, 1964, 172 ss.; *Eser*, StrafR II, 3ª, Fall (caso) 47, nm. 19; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 65 II 1; *Letzgus*, 1972, 41, n. 89; así, en su día, SK-*Samson*, 5ª, § 30, nm. 14; *Schröder*,

fundamenta en que antes de ese momento no se habría alcanzado el grado de peligrosidad requerido para la punibilidad.

12 Sin embargo, ha de seguirse al BGH. A favor de su parecer pueden hacerse valer tres razones. De la interpretación gramatical resulta, en primer lugar, que el legislador se centra o se fija en la tentiva o intento de determinación, esto es, en la disposición inmediata a la inducción (§ 22). Pero tal disposición se da en todo caso cuando el potencial inductor envía y pone en camino la carta que contiene la incitación al delito. Existe ahí ya incluso una tentativa acabada de inducción, porque el sujeto de atrás, con la salida o puesta de la carta fuera de su ámbito de dominio ha hecho, según su representación, todo lo que se requiere para la producción del resultado. Esta conclusión viene apoyada por una interpretación teleológica. Pues, si el fundamento del castigo de la inducción intentada estriba en que el sujeto de atrás pone en marcha un curso causal ya no dominable para él (nm. 5, 8), este presupuesto se cumple sin más con el envío de la carta (o también con el lanzamiento del mensaje). Y en tercer lugar, finalmente, conduciría a resultados muy absurdos el hacer depender la punibilidad de que el destinatario haya tenido conocimiento de la incitación o hubiera podido tener conocimiento en cualquier momento. La requisa o retención de incitaciones postales al delito por el servicio de correos debería entonces tener como consecuencia la impunidad del remitente. Las instancias encargadas de la persecución penal deberían por tanto dejar siempre primero que el correo llegara al destinatario, si quieren conseguir el castigo del remitente. Eso crearía un riesgo injustificable de comisión de un delito. Igualmente es irrelevante para la punibilidad de la conducta del remitente el que las instancias encargadas de la persecución penal pongan el correo peligroso bajo su custodia antes o después.

13 Ello no significa que toda actividad que tenga por objeto la inducción a un delito sea ya punible conforme al § 30 I. Cuando una incitación no se transmite por contacto oral de persona a persona, sino por carta, fax, telegrama, mensajero, etc., sólo existe una inducción intentada desde el momento en que el incitador se desprende de su comunicación (o sea, echa la carta al buzón, envía al mensajero, etc.)[20]. Pues entonces toma el acontecer su curso que ya no se podrá dominar. Quien, por el contrario, pone por escrito una incitación al delito o se halla camino del buzón con ella sólo prepara una inducción y resulta aún impune[21]. En tales "incitaciones a distancia", por

---

JuS 1967, 290; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 175; así anteriormente también LK-*Mezger*, 8ª, § 49 a, comentario 4 a, b y *Jakobs*, AT, 2ª, 27/4, quienes exigen incluso un conocimiento de la comunicación por el destinatario.

[20] Como aquí *Bloy*, JR 1992, 496; *Geppert*, Jura 1997, 551; *Kühl*, AT, 3ª § 20, nm. 249.

[21] Por contra *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 53/16 quieren apreciar ya una tentativa de inducción cuando el inductor no deja que "la carta que contiene la inducción salga para el destinatario" o renuncia en el último minuto a la tentativa de influenciar. Se trata aquí, sin embargo, claramente de actos preparatorios. Además, yendo demasiado lejos, LK *Busch*, 9ª, § 49 a, nm. 16, quien sólo

lo tanto, la tentativa es siempre una tentativa acabada. No es correcta, sin embargo, la tesis de que acciones inacabadas de inducción hayan de "ser valoradas como una acción preparatoria del inductor" y sean por ello impunes[22]. Pues en el caso de inducción verbal (aunque sea telefónica) la tentativa comienza ya con la incitación, aun cuando sea inacabada porque el sujeto de atrás debe seguir persuadiendo al potencial autor para determinarlo a decidirse a cometer el delito. Se conculcarían reglas básicas de la teoría de la tentativa si se negara en un caso así que se ha comenzado con la inducción; también el § 31 I nº 1 parte de esa idea. La frontera entre preparación y tentativa, en los casos de incitaciones verbales, ha de ponerse en el momento en que el inductor ha diseñado el hecho de tal modo que el autor podría cometerlo si quisiera[23], pues entonces el ulterior acontecer depende del incitado. Por el contrario, mientras el inductor se mueva en introducciones o prolegómenos o charlas previas generales con los que el autor aún no puede empezar nada, se habrá de apreciar un acto preparatorio. Pues en este estadio sólo el sujeto de atrás tiene en sus manos el acontecer, de modo que no puede considerarse existente el fundamento del castigo del § 30 I (nm. 5).

3. Los presupuestos subjetivos de la inducción intentada

El dolo del incitador en la inducción intentada no se diferencia en principio del dolo en la inducción consumada o en la inducción a la tentativa (cfr. § 26, nm. 130 ss.). Sin embargo, en el marco del § 30 I se hacen necesarias algunas explicaciones aclaratorias. 14

a) La "seriedad" de la tentativa de inducción

Una jurispr. constante anterior, que también se defendió mucho en la doctrina, exigía que la tentativa de inducción debiera ser "seria"[24]. Esa es una forma de hablar muy imprecisa, porque en realidad se trata de un puro problema de dolo[25]. Quien induce a alguien a que asesine a su suegra es con 15

---

contempla como preparación la redacción de la carta inductora, pero pretende castigar toda acción que "haya de llevar" la carta "del ámbito del inductor al ámbito del destinatario" (por lo tanto, ¿también el paseo hasta el buzón? Sobre la base de la doc. dom., con dudas en este último caso también *Schröder*, JuS 1967, 290. Correctamente *Schäfer*, NiedStrKomm 2, 1958, Anhang [anexo], 114. Si la carta, por el contrario, se pierde en correos, existe ya una tentativa de inducción. En *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 53/16 no se distingue, incorrectamente, entre si el remitente pierde la carta (impune) o la pierde correos (punible).

[22] *Letzgus*, 1972, 40.

[23] Igualmente BGH NStZ 1998, 347 (348); *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 249.

[24] RGSt 15, 359, 360; 57, 171, 172; RG GA 1942, 122; BGHSt 7, 234, 238; deja abierta la cuestión BGHSt 18, 160 s.; BayObLG NJW 1970, 769 s.; *Blei*, AT, 18ª, § 81 II 1; LK-*Busch*, 9ª, § 49 a, nm. 7; *Kohlrausch/Lange*, StGB, 43ª, § 49 a, comentario IV 6; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 53/12; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2ª, 11/108; todavía *Tröndle*, 48ª, § 30, nm. 9 (diferente *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 30, nm. 9).

[25] Así primero *Schröder*, JuS 1967, 294. Del mismo modo después *J.-D. Busch*, 1964, 163 s.; *Eser*, StrafR II, 3ª, Fall [caso] 47, nm. 20; *Jakobs*, AT, 2ª, 27/3; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 65 II 2; *Letzgus*,

seguridad impune si no dice sus palabras en serio y parte de la idea de que el destinatario no las tomará en serio. Pero es que entonces le falta el dolo dirigido a la muerte de una persona que es necesario para cualquier forma de inducción a matar (también para la sólo intentada). Cuando, por otra parte, el incitador cuenta con que su incitación a matar podría ser tomada en serio y ejecutada, existe una inducción intentada con *dolus eventualis*; cómo de "serias" se pretendieron las palabras desde la perspectiva del sujeto de atrás es entonces indiferente. Un ejemplo ilustrativo lo proporciona BGHSt 18, 160 s.: en este caso el acusado había "inducido" a otro a un robo, pero no había descrito detalladamente a la víctima, de modo que el inducido sólo habría podido cometer el hecho con el acusado. Dado que el incitador nunca había proyectado o pretendido seriamente el hecho, este no tuvo lugar. Tampoco aquí procede la punibilidad conforme al § 30 I. Pero ello se basa de nuevo en la falta de dolo de robar en el incitador; el que el incitador no hubiera querido el hecho seriamente sólo es relevante como fundamentación de la falta de dolo.

16 Naturalmente, mucho menos resulta punible en el marco del § 30 la conducta del *agent provocateur* (cfr. § 26, nm. 151 ss.). El agente provocador que inicita a otro a la comisión de un delito grave, pero que no quiere que se llegue a la lesión del bien jurídico y que hace que se detenga previamente al delincuente no es por tanto responsable conforme al § 30 I si este le descubre y rechaza su pretensión. Pero también aquí ha de fundamentarse la impunidad exclusivamente en la falta de dolo del inductor y no en que el incitador no haya querido seriamente la comisión del hecho.

17 A esta "novedosa posición en la doctrina" se ha adherido ahora expresamente también BGHSt 44, 99 (102)[26]. Subraya que se trataría de un "puro problema de dolo ..., lo cual más bien se oscurece que se clarifica mediante el concepto de la 'seriedad' ". "Si para la inducción consumada basta el *dolus eventualis* y no se exige adicionalmente que el inductor deba haber formulado en serio la inducción, esto mismo debe valer también para la inducción intentada. No es preciso que además el sujeto deba haber formulado en serio la incitación o debido querer seriamente el hecho principal. De lo contrario se establecerían requisitos más estrictos para la punibilidad de la tentativa que para la punibilidad del delito consumado".

18 Ello es *in abstracto* toalmente correcto. Lo que ya no es tan seguro es si se decidió acertadamente sobre el caso concreto. Según el supuesto de hecho un "*hooligan*" había propuesto a dos amigos que prendieran fuego a una residencia de extranjeros. Como estos se negaron tajantemente, el hecho no tuvo lugar. El BGH ve correctamente que no depende de si el acusado "formulara en serio su perorata", sino que lo decisivo es si contó con que los dos amigos tomarían en serio la incitación y cometerían el hecho (*loc. cit.*,

---

1972, 182 s.; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 30, nm. 28; *Geppert*, Jura 1997, 550.

[26] Con Com. de *Roxin*, NStZ 1998, 616; con Com. de *Bloy*, JZ 1999, 157.

100/101). Sin embargo, si el acusado hubiera creído –lo que habría de haber sido comprobado– que los incitados no cometerían el hecho sin él, una incitación no formulada en serio conduciría a la impunidad. Pero entonces faltaría de nuevo el dolo.

b) La delimitación de inducción intentada y autoría mediata intentada (o preparada)

19 Esta cuestión depende exclusivamente de si la conducta del sujeto de atrás habría habido de enjuiciarse, en caso de ejecución, como inducción o autoría mediata. Si alguien incita a un enfermo mental a que realice un delito grave que no llega a producirse, no estamos ante un caso del § 30 I; más bien hay que examinar si existe una tentativa en autoría mediata (al respecto § 29, nm. 226 ss.). Si sin embargo el incitador no sabía nada de la enfermedad mental del incitado en vano, se da el § 30 I, del mismo modo que, en caso de ejecución del hecho, existiría una inducción (cfr. § 25, nm. 158). Lo mismo vale para la falta de dolo del incitado. Si el incitador está informado de ella, entra en consideración una tentativa en autoría mediata; si cree erróneamente en la existencia de dolo del receptor de la declaración, ha de afirmarse una inducción intentada ("inducción incompleta", nm. 9). Para detalles hemos de remitirnos a la exposición de la autoría mediata (§ 25, nm. 45 ss.), donde se explica de manera más completa su delimitación de la inducción.

c) Concreción del dolo del inductor, inducción a un cambio de planes o incrementada, inducción a algo más grave y exceso del autor

20 Todos estos temas pueden cobrar especial relevancia precisamente en el caso de la inducción intentada, pero han de tratarse asimismo conforme a las reglas válidas para la inducción, que aquí sólo precisamos evocar como recordatorio. La incitación sin resonancia a cometer un robo es, por lo tanto, aún impune por falta de **precisión o concreción del dolo del inductor**, mientras que la incitación sin éxito a la comisión del robo o atraco de un banco o de una violación ya es punible conforme al § 30 I (muy discutido; cfr. con más detalle *supra* § 26, nm. 133 ss.). El BGH[27] se ha pronunciado acerca de la precisión o concreción de una incitación conforme al § 30 I con más cautela que en el caso de la inducción. La incitación debería referirse a un "hecho suficientemente concretado". "Baremo para enjuiciar la precisión o concreción es el de si con la implicación del otro ya puede producirse una puesta en peligro más elevada del bien jurídico protegido. El hecho debe quedar tan precisado por el inductor que el otro pudiera cometerlo si quisiera". En el caso concreto, el acusado, que estaba encarcelado, había intentado convencer a un compañero de prisión para que asesinara a la fiscal que se

[27] BGH NStZ 1998, 347 invocando BGHSt 10, 389; 18, 161. Análisis exhaustivo en *Graul*, JR 1999, 249.

ocupaba de su proceso. Está claro que con ello, según la opinión aquí defendida, la dimensión del injusto estaba suficientemente delimitada[28].

21 Una **inducción a un cambio de planes** intentada (A incita en vano a B a cometer un robo en vez de la violación planeada) sigue siendo en todo caso una inducción intentada, de modo que en el caso del ejemplo se da la punibilidad conforme a los §§ 30 I y 249 (en detalle *supra* § 26, nm. 91 ss.). Lo mismo vale para la **inducción** intentada **a algo más grave** o **incrementada** (en detalle § 26, nm. 102 ss.): si A atosiga a B para que lleve un arma de fuego en el robo planeado por este, si B se niega a ello, A es no obstante punible conforme a los §§ 30 I y 250 I nº 1 a. En caso de **exceso doloso del autor** (en detalle § 26, nm. 109 ss.) falta una inducción al hecho realizado, pero se mantiene una inducción intentada al delito planeado originalmente (cfr. ya nm. 9): si A incita a B a robar a X y B primero se declara dispuesto a ello, pero después renuncia al robo y mata a X, se ha de castigar a A conforme a los §§ 30 I y 249 [robo], pero a B por el § 212 [homicidio]. Incluso en el caso de **exceso imprudente** en forma de *error in persona* sufrido por el autor el sujeto de atrás es punible por inducción intentada (en detalle § 26, nm. 116 ss.; muy discutido).

d) La tentativa inidónea de inducción

22 También es punible la tentativa inidónea de inducción. No se da sólo en caso de inducción intentada a alguien que ya está resuelto a cometer el hecho[29], sino también cuando el hecho es irrealizable desde el principio: La víctima a cuyo asesinato se incita ha sido ya víctima mortal de un atentado; la incitación a perseguir a un no culpable (§ 344) se refiere en realidad a un culpable; la invitación a prestar testimonio o juramento con una declaración que erróneamente se toma por falsa (§ 154), etc.

23 Una parte de la doctrina pone en duda[30] y discute[31] la punibilidad de la tentativa inidónea de inducción. Efectivamente tiene poco sentido desde puntos de vista político-jurídicos, porque no se pone en marcha curso causal peligroso indominable alguno y, en todo caso, no se observa en actos preparatorios tan alejados del resultado una necesidad de castigo de la tentativa inidónea. Sin embargo, conforme al Derecho vigente, su punibilidad es indiscutible, pues el § 30 I 3 prescribe expresamente la correspondiente aplicación del § 23 III, que parte de la punibilidad de la tentativa inidónea y que sólo permite una atenuación o exención de la pena para el caso de tosca (completa) falta de comprensión[32].

---

[28] El Com. de *Kretschmer*, NStZ 1998, 401, aboga con énfasis por el baremo de la concreción o determinación preferido por mí.

[29] RGSt 37, 171, 172; 72, 373, 375.

[30] *J.-D. Busch*, 1964, 163 ss.

[31] *Letzgus*, 1972, 185 ss.

[32] De acuerdo *Geppert*, Jura 1997, 551.

e) El error en la tentativa de inducción

El tratamiento del error sigue las reglas generales. De modo que, cuando el incitador desconoce circunstancias que convierten en delito grave el hecho pretendido, le falta el dolo. Quien incita al autor a una declaración falsa (§ 153) sin que se le pase por la cabeza la posibilidad de que sea bajo juramento (¡§ 154!) resulta impune, porque sólo quería incitar a un delito menos grave [*Vergehen*] (BayObLG NJW 1955, 1120). Cuando A determina a B a disparar mortalmente a C y supone erróneamente que B se encuentra en una situación justificante de legítima defensa, su dolo no se dirige en absoluto a la comisión de una acción punible, de modo que queda excluida la aplicación del § 30 I; en todo caso, podría entrar en consideración un homicidio imprudente. La falsa calificación de un delito grave [*Verbrechen*] como menos grave [*Vergehen*] constituye sin embargo un error de subsunción irrelevante: la incitación al robo en la errónea suposición de que este es un delito menos grave es por lo tanto punible conforme al § 30 I. A la inversa, existe un delito putativo impune cuando alguien incita en vano a un hurto con fractura (§ 243 I nº 1)* y cree que se trata de una inducción intentada punible a un delito grave. 24

4. Cualidad del delito y elementos personales especiales

Existe unanimidad en que el § 28 no se puede aplicar directamente al § 30 I porque el autor y el partícipe presupuestos en el § 28 en realidad no existen en los casos del § 30 I, pero que sin embargo "el pensamiento jurídico" del § 28 también ha de valer para la inducción intentada[33]. Por lo tanto, a quien intenta sin éxito inducir a un juez a prevaricar (§ 339), se le rebajará la pena no sólo conforme al § 30 I 2, sino además también conforme al § 28 I. 25

Sumamente discutida desde antiguo es sin embargo la cuestión de si el § 30 I presupone que el delito al que se refiere la tentativa de inducción ha de ser punible como delito grave [*Verbrechen*] en la persona del incitador o del incitado. Esta cuestión sólo puede plantearse cuando los diferentes marcos penales a los que conduce el recurso al § 28 se encuentran en parte en el ámbito del delito grave [*Verbrechen*] y en parte en el del delito menos grave [*Vergehen*]. Un ejemplo lo ofrece el ejercicio de presión por parte de una autoridad o funcionario público para que otro preste o deje de prestar declaración en determinado sentido en ciertos procesos o procedimientos (§ 343), que es un delito grave como caso cualificado de coacciones, mientras que el § 240 [coacciones] sólo constituye un delito menos grave. ¿Se ha de penar conforme al § 30 I el que un *extraneus* incite en vano a una autoridad o 26

---

* En el StGB, al contrario que en el CP español (arts. 237 y ss.), esta y otras modalidades de acceso a la propiedad ajena se califican como hurto agravado y no como robo con fuerza [N. del T.].

[33] BGHSt 6, 308, 311; cfr. ya § 27, nm. 79.

funcionario público para que ejerza presión sobre otro al efecto de que este declare o deje de declarar en determinado sentido?

Otro ejemplo lo brindaba el § 313 en su versión anterior a la entrada en vigor de la 6ª StrRG. Esta rezaba:

§ 313 Provocación de una inundación peligrosa para los bienes

(1) Quien provoque una inundación con riesgo común para la propiedad será castigado con pena privativa de libertad no inferior a un año.

(2) Si por el contrario la intención del sujeto se ha dirigido sólo a la protección de su propiedad habrá de imponerse pena privativa de libertad de seis meses a cinco años.

Mientras que en esta antigua versión el hecho constituía, conforme al ap. 1, un delito grave, en el ap. 2 existía únicamente un delito menos grave cuando "la intención del sujeto se hubiera dirigido sólo a la protección de su propiedad".

La cuestión que se planteaba en este contexto era la de si debería castigarse conforme al § 30 I, considerando el § 28 I, el que alguien intentara determinar, sólo para la protección de su propiedad, a un hecho del § 313 a otro en el que no concurría dicha motivación.

27 Si se sigue la opinión que aquí se ha defendido en relación con el 28 y con el fundamento del castigo de la participación (*supra* § 27, nm. 16 ss.), queda ya apuntada la solución. Dado que en el caso de los **elementos del injusto modificativos de la pena** el partícipe no cualificado es condenado sin embargo conforme al tipo cualificado y sólo la pena se extrae del marco penal del tipo básico (*supra* § 27, nm. 19 ss.), en el supuesto de la incitación en vano por un no cualificado a una autoridad o funcionario para que acceda a cometer el delito de presionar para que otro declare o deje de declarar, existe una inducción intentada a un delito grave que resulta punible conforme al § 30 I. Pues también en caso de ejecución del hecho el extraño habría sido condenado por inducción al delito del § 343; únicamente el marco penal tendría que haber sido deducido del § 240. Del mismo modo, en la inducción intentada, el cuánto de pena debe tomar por base el marco penal del § 240 que habrá que rebajar conforme al § 30 I 2.

28 Distinta habrá de ser la solución en el caso de los **elementos de la culpabilidad modificativos de la pena**. De uno de tales elementos se trataba en el supuesto de la llamada en el § 313 II v. a. "intención ... dirigida a la protección de su propiedad", pues aquí habría de privilegiarse una situación análoga al estado de necesidad que había de clasificarse sistemáticamente como responsabilidad disminuida. Dado que los elementos de la culpabilidad sólo se han de imputar, conforme al principio de accesoriedad limitada, a aquel en quien concurran, sólo podría en consecuencia enjuiciarse como inducción intentada impune al § 313 II v. a. [a un mero delito menos grave]

el que alguien, para proteger su propiedad, incitara al hecho del § 313 I v. a. [a un delito grave]. A la inversa, habría que castigar por inducción intentada al § 313 I v. a. a quien, sin intención de proteger su propiedad, incitara a una inundación con peligro para los bienes a alguien, al que en caso de comisión del hecho le beneficiaría la calificación sólo por el § 313 II v. a. En efecto, ya que de haberse consumado el hecho el extraño habría de ser condenado conforme a los §§ 26, 28 II y 313 I v. a., consecuentemente debería considerarse inducción intentada la tentativa de determinación.

Frente a ello, según la jurispr., la aplicabilidad del § 30 I depende básica- 29
mente sólo de "si, según la representación de quien induce sin éxito, aquel a quien intenta inducir cometería un delito grave si ejecutara el hecho que se le pide" (BGHSt 6, 308, pero también ya RGSt 32, 267)[34]. Esta solución, que coincide con la aquí defendida para los elementos del injusto, había pretendido adoptarla también el legislador (§ 35 III P 1962). Sin embargo, la Comisión Especial para la Reforma del Derecho penal suprimió de nuevo el precepto por lo controvertido de la problemática y "dejó la decisión ... como hasta ahora en manos de la jurispr."[35]. La op. dom. defiende la solución justamente inversa, según la cual el § 30 I sólo debe aplicarse cuando los elementos personales especiales que convierten el hecho en delito grave concurren en la persona del inductor[36]. Ello se corresponde con el parecer aquí defendido para los elementos personales especiales de la culpabilidad. Una tercera opinión doctrinal[37] distingue, como la posición aquí defendida, según que el elemento personal especial fundamentador del delito grave haya de adscribirse sistemáticamente al injusto o a la culpabilidad. En el primer caso dependería, como se admite también aquí, del carácter delictivo del hecho en la persona del ejecutor. Por el contrario, los elementos de la culpabilidad fundamentadores del delito grave según esta opinión no deben, al contrario que lo aquí (nm. 28) defendido, ser tenidos en cuenta en absoluto para la punibilidad conforme al § 30 I, de modo que, según ello, por lo tanto, también la incitación a un sujeto privilegiado por el § 313 II v. a. habría quedado impune (cfr. nm. 28).

---

[34] En la literatura científica siguen a la jurispr. *Bockelmann/Volk*, AT, 4ª § 27 VI 1 a bb; *Börker*, JR 1956, 286; LK-*Busch*, 9ª, § 49 a, nm. 21 ss.; *J.-D. Busch*, 1964, 149 s.; *Eser*, StrafR II, 3ª, Fall [caso] 47, nm. 12; *Meister*, MDR 1956, 16; *Niese*, JZ 1955, 324; *Welzel*, StrafR, 11ª, 118.

[35] BT-Drucks. V/4 095, 13.

[36] *Brose*, 1970, 142 ss.; *Geppert*, Jura 1997, 549; *Greissinger*, 1960, 110 ss.; *Heinitz*, Berlin-FS, 1955, 117; *Jakobs*, AT, 2ª, 27/6; *Joecks*, 3ª, § 30, nm. 8; *Kohlrausch/Lange*, StGB, 43ª, § 49 a, comentario IV 3; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 247; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 30, nm. 2; *Langer*, Lange-FS, 1976, 249; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 53/29; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2ª, 11/111; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 30, nm. 14 s.; *Schröder*, JuS 1967, 292 s.; *Vogler/Kadel*, JuS 1976, 249. En el caso del § 218, según cuya anterior versión el aborto sobre tercera persona era un delito grave y el autoaborto un delito menos grave, se sostuvo esta posición también por la jurispr. (BGHSt 3, 228; 14, 353).

[37] *Dreher*, 1972, 198 s. = GA 1954, 16; *el mismo*, MDR 1955, 119; *Gallas*, ZStW 80 (1968), 33; SK-*Hoyer*, 7ª, § 30, nm. 19 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 65 I 4; *Letzgus*, 1972, 205; *Preisendanz*, 30ª, §30, comentario 3 a; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 173 s.; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 30, nm. 6; en este sentido argumentaba también la Comisión especial, BT-Drucks. V/4095, 13.

30 La importancia práctica de la controversia es hoy escasa, porque, al contrario que anteriormente, los elementos personales especiales sólo son ya decisivos para la clasificación de una infracción penal como delito grave [*Verbrechen*] o menos grave [*Vergehen*] en raros casos. Junto a los ejemplos mencionados se contempla como caso de elemento del injusto que incrementa la pena además la cualidad de autoridad o funcionario público del § 345, si se considera la ejecución que priva de libertad a un no culpable caso cualificado de detención ilegal (§ 239). Como elemento de la culpabilidad atenuante de la pena puede contemplarse que el sujeto haya sido determinado al hecho por la petición de la persona a que se mata en el § 216 [homicidio a petición de la víctima], que degrada el hecho a delito menos grave [*Vergehen*] en comparación con el § 212 [homicidio][38]. Pero al fin y al cabo, igual que antes, la controversia posee una "actualidad latente", porque el legislador puede cambiar en cualquier momento los marcos penales y volver a hacer depender en mayor medida el carácter de delito grave de la concurrencia o ausencia de elementos personales especiales.

5. Cuestiones de participación en el § 30

a) La inducción en cadena intentada

31 El § 30 I 1 pena también expresamente –con las palabras "o inducir a él"– la inducción en cadena intentada, es decir, la inducción intentada a la inducción a un delito grave. Por lo tanto, quien intenta en vano determinar a otro "a que invite a un tercero a matar a una persona"[39], resulta igual de punible que el que incita él mismo a un potencial autor al delito grave. Ello ya se reconocía en la jurispr. bajo la vigencia de la anterior PG (BGHSt 7, 234, 236 s.), pero se aclaró expresamente por el legislador, porque era discutido en la doctrina. Por lo demás, rigen también para la inducción en cadena intentada las reglas que son de aplicación a la inducción en cadena en caso de delito consumado o intentado (§ 26, nm. 176 s.). Es punible también como inducción en cadena intentada el caso en que el inducido a la inducción sea convencido para el proyecto, pero después este fracasa en la tentativa de encontrar un autor (inducción a la inducción intentada)[40].

b) La inducción a la inducción intentada

32 Esta constelación designa el caso en que el inductor en cadena determina con éxito al sujeto intermedio a que incite a la comisión de un delito al autor previsto, pero resultando que este se niega o por cualquier otra razón no avanza hasta la tentativa. El caso resulta merecedor de pena en mayor medida que el tratado en el nm. 31; pues el incitador se ha acercado más a la realización del delito grave, porque no ha fracasado ya en la primera incitación. Lo correcto no será castigar en este caso por inducción a la inducción intentada (§§ 26 y 30 I), sino directamente por inducción intentada al tipo de delito grave correspon-

---

[38] Con frecuencia se entiende, sin embargo, el § 216 también como disminución del injusto; con más detalle al respecto § 27, nm. 77 con ulteriores referencias en n. 100.

[39] Fundamentación del P 1962, BT-Drucks. IV/650, 153 s.

[40] *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 30, nm. 35; *Kühl*, AT, 3ª § 20, nm. 250; *Geppert*, Jura 1997, 552.

diente[41]. Pues, del mismo modo que la inducción a la inducción se castiga como inducción al hecho principal (*supra* § 26, nm. 176), la inducción a la inducción intentada es en su resultado una inducción intentada.

c) La cooperación o complicidad en una inducción intentada punible conforme al § 30 I

33 Tal caso existe p. ej. cuando alguien da consejos al inductor del delito grave sobre cómo podría persuadir mejor al posible autor, quien sin embargo no se implica posteriormente en el asunto. Aunque el propio incitador es punible conforme al § 30 I, BGHSt 14, 156 s. y la op. dom.[42] consideran impune la complicidad en ello. El BGH se ampara en dos argumentos. En primer lugar, el § 30 I (en aquel tiempo § 49 a) no sería un tipo autónomo, de modo que la participación en tal preparación sólo podría ser punible por prescripción legal expresa; y, en segundo lugar, la cooperación o complicidad en la inducción intentada no sería más merecedora de pena que la complicidad o cooperación intentada que el legislador habría dejado expresamente impune.

34 Por la punibilidad de tal complicidad aboga una opinión minoritaria que ha sido fundamentada del modo más eficaz por *Dreher*[43]. Expone que también en la PE se habrían penado muchos actos preparatorios como delitos independientes en los que mayoritariamente la cooperación o complicidad se considera punible. Tampoco la impunidad de la complicidad intentada constituiría argumento alguno contra la punibilidad de la cooperación o complicidad en la inducción intentada. Pues en el primer caso se apoya o favorece una acción jurídico-penalmente irrelevante, mientras que en el segundo se apoya o favorece una conducta punible[44].

35 Las mejores razones hablan sin embargo a favor de la impunidad de la complicidad o cooperación en la inducción intentada. Al respecto puede quedar por ver hasta qué punto resulta correcto castigar la cooperación o complicidad en actos preparatorios elevados a delitos independientes en la PE. Pues si el legislador ha prescrito la punibilidad de la inducción en cadena intentada y con ello también de la inducción a la inducción intentada en el § 30 I (nm. 31, 32), ello sólo puede entenderse en el sentido de que la cooperación o complicidad a la inducción intentada debe ser impune. Además, también se ha de hacer valer en contra de *Dreher* el argumento teleológico deducido de la impunidad de la cooperación o

---

[41] *J.-D. Busch*, NJW 1959, 1119; *el mismo*, 1964, 147, 170; *Preisendanz*, 30ª, § 30, comentario 3; a favor del castigo conforme a los §§ 26 y 30 I *Schröder*, JuS 1967, 293.

[42] *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 32 II 2 a; *Bockelmann/Volk*, AT, 4ª, § 27 VI 1 a ee; *Brose*, 1970, 127 s.; *J.-D. Busch*, NJW 1959, 1119, 1120; *el mismo*, 1964, 171 s.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 65 II, antes del 1; *Joecks*, 3ª, § 30, nm. 14; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 53/11; *Maurach*, JZ 1961, 143; *Preisendanz*, 30ª, § 30, comentario 3 g; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2ª, 11/113; SK-*Hoyer*, 7ª § 30, nm. 57; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 30, nm. 34; *Schröder*, JuS 1967, 293; *Schwind*, MDR 1969, 15; *Welzel*, StrafR, 11ª, 118.

[43] *Dreher*, NJW 1960, 1163; *el mismo*, 1972, 200; siguiéndole *R. Busch*, LK, 9ª, § 49 a, nm. 37; *el mismo*, Maurach-FS, 1972, 252 ss.; en este sentido anteriormente también LK-*Mezger*, 8ª, § 49 a, comentarios 4 s.

[44] *Dreher*, NJW 1960, 1163 s.

complicidad intentada. Pues quien da al autor un revólver que este no usa –un caso de complicidad intentada– es impune y, sin embargo, está más cercano al hecho que quien da a un inductor un revólver para que se lo pase al autor al que se pretende convencer, quien sin embargo rechaza realizar el hecho. Si el primer caso es impune, el segundo –una complicidad o cooperación en la inducción intentada– sensatamente no puede ser punible. El que aquel a quien se apoya o favorece sea impune en el primer caso y, sin embargo, punible en el segundo no modifica para nada esta conclusión. Pues ello se debe exclusivamente a la decisión del legislador de declarar impune la autoría unipersonal en fase de preparación y, sin embargo, punible la inducción intentada. Las razones de ello (nm. 5) no permiten sacar conclusiones sobre la punibilidad de la cooperación o complicidad prestada en el estadio preparatorio.

d) Inducción y complicidad en la cooperación o complicidad intentada

36 Estos casos son indiscutidos y, conforme a los principios generales de la accesoriedad, impunes; pues no se pena la cooperación o complicidad intentada. La dificultad radica sólo en delimitar claramente la complicidad intentada impune y la complicidad punible (al respecto § 26, nm. 183 ss.).

6. Concursos

37 Conforme a los principios concursales generales, la inducción intentada cede, como subsidiaria, ante la inducción al hecho intentado o consumado[45]. De modo que, tan pronto como el incitado entra en el estadio de tentativa, decae el § 30 I en favor de una inducción a la tentativa, que a su vez cede, en caso de que se ejecute el delito, ante la punibilidad por inducción al hecho consumado[46].

38 Cuando, por el contrario, el autor ejecuta el hecho que de él se pretende de una forma menos grave, existe concurso ideal entre el § 30 I y la inducción a la forma de comisión consumada más leve. Quien incita a falso testimonio con perjurio es por lo tanto punible conforme a los §§ 30 I, 154, 26 y 153, si el autor no jura en falso y comete sólo una declaración falsa del § 153 (BGHSt 9, 131). Esto no es, desde luego, totalmente indiscutido[47]. Ocasionalmente se admite también que el § 30 I ceda ante la inducción al delito consumado menor o que, a la inversa, únicamente haya que castigar sólo por el § 30 I. Pero ninguna de las dos posiciones es correcta. El parecer mencionado en primer lugar falla en que una inducción absolutamente sin éxito no puede ser castigada conforme a un marco penal más estricto o severo que una parcialmente exitosa que al fin y al cabo ha conducido a la comisión de un delito de menor gravedad. El contraargumento de que una mera cualificación no podría ser objeto de una inducción y por ello tampoco de

---

[45] BGHSt 1, 131, 135; 241, 242; 305, 306 s.; 6, 308, 311; BGH NStZ 2000, 197 (199).

[46] Otra cosa vale sin embargo cuando la tentativa de inducción fracasa y después otro autor es inducido a matar a la misma víctima, pues entonces le corresponde al fracaso de la tentativa un efecto de corte o cesura cfr. BGH NJW 1998, 2684 y al respecto la resolución (el auto) en NStZ 1998, 189 con com. favorable de *Geppert*, NStZ 1998, 190.

[47] Referencias más detalladas en LK-*Roxin*, 11ª, § 30, nm. 53.

una inducción intentada no es acertado; pues una inducción a algo más grave en forma de inducción a un tipo cualificado es perfectamente posible (cfr. § 26, nm. 102 ss.)[48]. Pero el castigo sólo por inducción intentada es también inadecuado. Pues produciría la impresión de que no se ha llegado a resultado alguno, mientras que al fin y al cabo el inductor ha alcanzado en gran parte su objetivo.

Es subsidiaria sin embargo la inducción intentada cuando el incitador, tras el fracaso de sus esfuerzos, comete él mismo el hecho como autor o coautor (BGHSt 8, 38). Pues, dado que incluso el reclutamiento exitoso de coautores cede ante la propia autoría, ello ha de valer con más razón para la inducción intentada. También es subsidiaria la inducción intentada cuando alguien, tras incitar en vano a un delito grave, encuentra a otro que ejecuta el delito[49] o incluso sólo lo intenta. Pues todas las actividades delictivas del incitador pusieron en peligro el mismo bien jurídico; y el § 30 I cede ante cualquier lesión o puesta en peligro más intensa. Otra cosa sucede –en correspondencia con lo expuesto en el nm. 38– sólo cuando el hecho cometido se queda por detrás del preparado sin éxito: si alguien intenta inducir al hecho del § 250 [robo agravado] y comete él mismo, tras la falta de éxito de estos esfuerzos, el delito en forma de un robo simple (§ 249), entonces la punibilidad por el § 249 entra en concurso ideal con los §§ 250 y 30 I. 39

Es discutida la cuestión de cómo se comportan entre sí la inducción intentada y una cooperación o complicidad al hecho intentado o consumado. Lo correcto, con la op. dom.[50], será hacer que ceda también aquí el § 30 I como subsidiario. Pues en la complicidad efectiva existe una afectación del bien jurídico más intensa que en la intervención sólo intentada[51]. Al contundente argumento del marco penal en el caso de la ejecución de un delito de menor gravedad (nm. 38), no puede dársele relevancia aquí, pues tanto el § 27 II como el § 30 I remiten al mismo marco penal. Se ha de rechazar también la tesis de que existiría concurso real entre el § 30 I y participación en el delito consumado cuando la participación se base en una "nueva resolución"[52] tras la falta de éxito de los esfuerzos por inducir. Pues también en este caso resulta afectado de un modo más intenso el mismo bien jurídico por la participación efectiva. 40

Por el contrario, existe evidentemente concurso ideal cuando la inducción intentada coincide con otro delito distinto. Quien intenta coaccionar 41

---

[48] Con ello se despacha también la posición diferenciadora de *J.-D. Busch*, 1964, 136, según la cual sólo habría concurso ideal cuando la infracción penal de mayor gravedad es un delito grave [*Verbrechen*] y la más leve un delito menos grave [*Vergehen*]; en casos de igual cualidad de la infracción penal la inducción intentada debe ser subsidiaria.

[49] BGHR StGB, § 30 ap. 1, p. 1, concursos, nºs. 1, 2.

[50] LK-*Busch*, 9ª, § 49 a, nm. 11 (como ahora también LK-*Roxin*, 11ª, § 30, nm. 56); *J.-D. Busch*, 1964, 140; *Maurach*, JZ 1961, 144; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 30, nm. 38 (algo impreciso en el caso de una "nueva resolución"); *Schröder*, JuS 1967, 295. Numerosos autores dejan sin discutir la cuestión.

[51] Por el contrario *Dreher* 1972, 204 (igualmente además *Tröndle*, 49ª, § 30, nm. 16; distinto sin embargo ahora *Tröndle/Fischer*, 50ª § 30, nm. 16) considera la inducción intentada la forma "más fuerte de intervención".

[52] Así anteriormente SK-*Samson*, 5ª, § 30, nm. 4; SK-*Hoyer*, 7ª, § 30, nm. 59, sigue la op. dom.

a una madre para que mate a su hijo es por lo tanto punible por los §§ 22, 240 [coacciones], 30 I, 211 [asesinato] y 52 [concurso ideal] (BGHSt 1, 305, 306 s.). Igualmente existe concurso ideal entre el cohecho activo (§ 334) y la inducción intentada a un delito de autoridad o funcionario público[53].

42 En caso de coincidencia del § 30 I con actos preparatorios penados por separado en la PE, cuál desplace al otro depende de la formulación particular de los preceptos. Así, la inducción intentada a una deportación ha de castigarse conforme a los §§ 30 I y 234 a I [tipo básico de la deportación] y no conforme al § 234 a III [preparación de la deportación], porque el § 30 conmina con la pena más severa (BGHSt 6, 85, 86). El § 234 a III vale, según esto, sólo para el autor individual de la preparación. De modo semejante la preparación de una empresa (común) para cometer alta traición (§ 83) debe ceder ante la inducción intentada a la alta traición[54]. Por otro lado, el § 357 (instigación a un subordinado a la comisión de un delito) desplaza la inducción intentada a ese hecho (RGSt 68, 90, 92). Pues el § 357 es, como precepto relativo a la instigación, el delito especial y además conmina con la pena completa del autor, al contrario que el § 30 I.

IV. La conspiración (§ 30 II)*

1. El acuerdo de voluntades de los intervinientes

43 La conspiración castigada en el § 30 II es el acuerdo o unión de voluntades de al menos dos personas (RGSt 55, 87) para la comisión conjunta (en coautoría)

---

[53] BGHSt 6, 308, 311 s. para el caso del anterior § 347; igualmente ya RGSt 3, 390; 12, 55; 61, 269; discrepando *Dreher*, 1972, 203.

[54] Muy discutido; como aquí p. ej. *Joecks*, 3ª, § 30, nm. 10; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 83, nm. 7; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 83, nm. 11; *Sch/Sch/Stree/Sternberg-Lieben*, 26ª, § 83, nm. 13; de otra opinión OLG Köln NJW 1954, 1259; LK-*Busch*, 9ª § 49 a, nm. 13 (como ahora LK-*Roxin*, 11ª, § 30, nm. 59); *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 30, nm. 17.

* El § 30 ap. 2 StGB dispone:"Del mismo modo será castigado ... quien conspire o se concierte con otro, para cometer un delito grave o para inducir a hacerlo". El inciso inicial "del mismo modo" remite a la pena del ap. 1, es decir, para la inducción intentada, que se castiga con la pena de la tentativa del delito pero atenuada conforme al § 49 I, que prescribe una especial atenuación. Como en todos los actos preparatorios de la intervención pluripersonal (autoría y participación) tipificados en el § 30, el ap. II requiere que la conspiración sea para cometer un "delito grave" (*Verbrechen*), no bastando por tanto la conspiración para un "delito menos grave" (*Vergehen*), que no es punible. Existen otros modelos legislativos de castigo amplio o restringido de la conspiración y otros actos preparatorios de la intervención pluripersonal: así en el *common law* se ha castigado en general la conspiración al delito (cfr. *Rodríguez Devesa/Serrano*, DP español, PG, 18.ª, 1995, 780), o p. ej. algunos CP históricos españoles, en general más autoritarios, como los de 1850, 1928 y 1944/1973 (siempre en el art. 4) castigaban la conspiración, proposición y alguno también la provocación en todos los delitos (no en las faltas). En cambio, el actual CP español de 1995 en sus arts. 17 y 18 (seguido p. ej. por el CP nicaragüense de 2008, arts. 31 s.), siguiendo el modelo del art. 4 de los CP de 1848, 1870 y 1932, establece, en un sistema de *numerus clausus*, que tales actos preparatorios sólo se castigan en los delitos en que lo disponga expresamente la ley, que son sólo una parte de los delitos graves. Más restrictivo aún es el sistema de otros Códigos Penales, que no los regulan en la Parte general, sino que sólo tipifican la conspiración en muy contados delitos muy graves, normalmente contra la seguridad del Estado: así p.ej. los CP italiano (arts. 304 s.), argentino (arts. 216 s., 233) o el CP colombiano de 2000 (art. 471). [N. del T.]

de un delito grave determinado en lo sustancial en sus rasgos básicos[55]. El que sea merecedora de punición se explica por la vinculación de las voluntades de los intervinientes en el delito, que hace mucho más difícil romper el acuerdo que el distanciarse de una resolución individual (nm. 5, 8). La forma del acuerdo de las voluntades (oral, escrito, mediante personas intermedias) es indiferente; la conspiración puede producirse también mediante actos concluyentes (p. ej. sumándose a los ladrones que salen en busca del botín). También es irrelevante de quién haya partido la iniciativa para la conspiración (RGSt 59, 214, 215 s.).

Fieber[56] considera inconstitucional la punibilidad de la conspiración por ser Derecho penal de la actitud interna (cfr. ya nm. 6). En su opinión, o bien la vinculación recíproca es tan estrecha que el individuo tiene la posibilidad "de impedir toda la comisión del hecho mediante la ruptura del complot"; y entonces se ve disminuido el riesgo de una evolución de los acontecimientos incontrolada para el sujeto. O bien el individuo puede cometer el hecho incluso independientemente del otro; y entonces no se habrá creado un peligro para el bien jurídico aumentado respecto del de la resolución individual. 44

Pero esa argumentación pasa por alto que la peligrosidad, aumentada frente a la resolución individual, de ambos supuestos de conspiración consiste en que resulta mucho más difícil desligarse de un pacto (de una "obligación" recíproca) que de una resolución interna no vinculante, que uno puede volver a dejar caer a su libre arbitrio con tanta rapidez como aquella con la que la adoptó. Cada uno puede comprobar en sí mismo que frecuentemente uno se sigue manteniendo vinculado a un acuerdo incluso aunque ya no se tenga la menor gana y aunque habría abandonado hace mucho tiempo en caso de haber tomado una resolución individual: uno ha dado su palabra y no quiere parecer veleidoso y no fiable. En caso de un acuerdo o conspiración para el delito a ello se añade además que el conspirador que se aparta del complot se convierte en un peligro para el otro o los otros y por eso tendrá que contar con poder sufrir represalias considerables. Es verdad que sigue siendo planteable y discutible la cuestión de si todo ello es suficiente para justificar políticocriminalmente la punibilidad de cualquier conspiración para un delito grave. Pero ello aún no significa que se pueda denominar inconstitucional la decisión legislativa a favor de la punibilidad, ya que la resolución o decisión del individuo no se ha quedado en el ámbito interno, como es lo característico de un Derecho penal de la actitud interna, sino que se ha plasmado en un proyecto vinculante, que produce una peligrosa presión para realizar la ejecución. 45

En su contenido la conspiración se corresponde con una común decisión de realizar el hecho en el sentido de la teoría de la tentativa (*infra* § 29, nm. 46

---

[55] Definiciones similares y parcialmente del mismo tenor p. ej. en *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 65 III 1; *Letzgus*, 1972, 105; *Maurach*, JZ 1961, 139; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 53/39; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 30, nm. 25.

[56] *Fieber*, 2001, 187; este autor ofrece también en el primer capítulo de su trabajo (17-53) un instructivo esbozo de la evolución histórica de la punibilidad del complot.

59 ss.)[57]. Ahora bien, la misma es mucho más fácil de constatar que la decisión de un solo individuo de realizar el hecho y que permanece en su fuero interno, porque aquélla otra se manifiesta al exterior como una especie de conclusión de un contrato[58]. Sin embargo hay que evitar aplicar a ese respecto criterios propios del Derecho civil: pues naturalmente el "contrato" es nulo, y si hay vicios de la voluntad en un sujeto cuya intervención se ha logrado v.gr. mediante amanazas o error, los mismos deben juzgarse conforme a las reglas del Derecho penal. De todos modos sí que se corresponde con el modelo del contrato el hecho de que unas conversaciones previas o unos proyectos aún no suscritos de un acuerdo "contractual" para cometer un delito grave son aún impunes desde el punto de vista del § 30 II (aunque ciertamente en esa fase puede haber ya tentativas de inducción, cfr. nm. 71). La mera inclinación o predisposición a cometer el hecho todavía no fundamenta aquí, al igual que ocurría en la teoría de la tentativa, una resolución o decisión de realizar el hecho (KG GA 1971, 55). En cambio, al igual que en la decisión de actuar del autor de una tentativa, también es posible una conspiración basada en hechos inseguros: así, si dos presos acuerdan cometer conjuntamente un robo violento en el caso de que consigan escapar de la prisión, existe ya una conspiración punible conforme a los §§ 30 II y 249 [59].

2. La intervención pluripersonal aparente

47 Al igual que en la inducción intentada (nm. 15 ss.) también respecto de la conspiración está bastante extendida la opinión de que la misma presupone la voluntad "seria" en todos los intervinientes de cometer el delito grave[60]. Sin embargo, tanto aquí como allí ello es muy inexacto. Hay que distinguir tres constelaciones de supuestos.

48 a) Si de más de dos intervinientes uno de ellos coactúa sólo en apariencia, los otros siguen siendo penalmente responsables conforme al § 30 II. Incluso el participante aparente incurrirá en responsabilidad en virtud del § 30 I (por induccción intentada) si él ha (co)provocado la decisión de realizar el hecho de los demás intervinientes (o incluso de uno de ellos).

49 b) Si de dos sujetos que se conciertan o conspiran uno solamente coactúa en apariencia, la conducta del otro sigue siendo punible; sin embargo, la ca-

---

[57] BGHSt 12, 306, 309. Cfr. para más detalles LK-*Vogler*, 10.ª, § 22, nm. 2 ss., así como *Roxin*, Schröder-GS, 1978, 145.

[58] Cfr. *Maurach*, JZ 1961, 138, que habla precisamente de un "contrato de sociedad".

[59] BGHSt 12, 306, 309 s.; cfr. al respecto tb. *Roxin*, HRR, caso 45, 67 s. y 183 s.; BGHSt KG GA 1971, 55; igual sobre el supuesto del declararse dispuesto OLG Hamm NStZ-RR 1997, 133. Una conspiración para un delito grave del § 16 I n.º 7 KWKG v. a. (hoy § 22 a I n.º 7 KWGK) también podría haber existido en los hechos que la sent. BayObLG NStZ 1990, 85, examinó sólo desde la perspectiva de la tentativa; al respecto *Lohberger*, NStZ 1990, 61; *Oswald*, NStZ 1991, 46.

[60] RGSt 58, 392, 393; BGH NStZ 1998, 403, 404; *Maurach*, JZ 1961, 139, según cuya opinión la reserva mental puede "ser perfectamente oportuna y venir al caso" en el marco del § 30 II.

lificación correcta es, no por conspiración, que requiere como mínimo dos potenciales coautores[61], sino por un declararse dispuesto al delito grave[62]. Al respecto, el participante aparente puede en su caso haber motivado al otro de un modo punible conforme al § 30 I.

c) Será impune en cualquier circunstancia el interviniente aparente cuando no quiera dejar que el hecho llegue a la consumación; ya sea porque como agente provocador (§ 26, nm. 151 ss.) quiere hacer caer en una trampa a los restantes conspiradores implicados en el complot; bien sea porque parte de la base de la no consumabilidad del hecho (sabe p. ej. que la máquina infernal no va a explotar o que la persona cuyo asesinato se ha concertado está ya muerta); o ya sea por fin porque el hecho no se podrá consumar sin la colaboración del interviniente aparente, que p. ej. es el único que conoce la persona o el lugar de residencia de la potencial víctima[63]. Todos estos supuestos son iguales en que al interviniente aparente le falta el dolo dirigido a la consumación del hecho; en esa medida el requisito de la seriedad es también un problema de dolo (cfr. nm. 15 ss.). Los conjurados, que no saben nada de la inejecutabilidad, siguen siendo por supuesto penalmente responsables; si son varios, por "conspiración"; si es uno solo, por "declararse dispuesto" (cfr. nm. 49). En cambio, ciertamente no es un supuesto de intervención aparente impune el hecho de que un interviniente en la conspiración quiera darle a la policía, pero sólo después de la consumación del robo planeado, indicaciones para el esclarecimiento del hecho[64]. En este caso sí habrá dolo de consumación y con ello una conspiración punible por el § 30 II. Teóricamente es concebible una posible justificación por estado de necesidad del § 34, pero apenas se va a plantear en la práctica (cfr. § 26, nm. 153 s.). 50

d) Naturalmente, con mayor motivo aún no hay conspiración punible si ninguno de los dos intervinientes se toma en serio el acuerdo. En un caso objeto de una sentencia del BGH[65], que también suscitó un gran escándalo en la opinión pública, los dos imputados habían hecho en internet la oferta de una niña "para prácticas sádicas extremas" por el precio de 7.000-10.000 DM [equivalentes actualmente a 3.500-5.000 €]. Pero como ni tenían en su poder ni disponían de ninguna niña, ni había signos reconocibles de que 51

---

[61] Así tb. *Maurach*, JZ 1961, 139; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 53/40; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 15/110; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 30, nm. 12; SK-*Hoyer*, 7.ª, § 30, nm. 48. Por el contrario, *Eser*, StrafR II, 3.ª, caso 48, nm. 14; *Letzgus*, 1972, 183; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 30, nm. 29, quieren negarle a la declaración aparente toda influencia sobre la concurrencia de una conspiración. Pero en la práctica apenas se producen diferencias frente a la concepción aquí mantenida.

[62] Cfr. BGH de 13.6.1961, 1 StR 201/61, cit. en *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 30, nm. 12. A ese respecto se debe presuponer que el sujeto no era de antemano un *omnimodo facturus*, en cuyo caso se produciría la impunidad (cfr. LK-*Roxin*, 11.ª, § 30, nm. 89).

[63] BGHSt 18, 160, en la cual sólo se discute el supuesto de hecho desde el punto de vista de la inducción intentada.

[64] BGHR StGB, § 30 II, Conspiración, n.º 1.

[65] BGH NStZ 1998, 403, con Com. de *Geerds*, JR 1999, 426.

pudieran "procurarse" una, el BGH y el tribunal de instancia consideraron no refutable la manifestación que aquéllos hicieron en el sentido de que la conspiración y otras diversas variantes planteables del § 30 I no habían sido efectuadas en serio. Ello es correcto, pero en este caso se trata de un puro problema de dolo: había que partir de la base de que los imputados de antemano no tenían el dolo de realizar su oferta.

3. Vicios o defectos de voluntad en la conspiración

52 Si uno de los que conspiran y se conciertan actúa bajo la influencia de una **amenaza**, quedará impune si la amenaza se produce bajo las condiciones del § 35 [estado de necesidad disculpante]. Pero no cambia nada en la existencia de conspiración[66]: pues el § 29 [punibilidad independiente de los intervinientes según la culpabilidad o no de cada uno] rige para los coautores (cfr. § 27, nm. 5); y la peligrosidad de la vinculación de las voluntades, que fundamenta el merecimiento de pena de la conspiración (nm. 5, 8), se da también aun cuando uno de los intervinientes colabore sólo bajo presión. La concurrencia de conspiración tampoco desaparece por el hecho de que en caso de ejecución del hecho el sujeto amenazante sería además autor mediato; pues autoría mediata y coautoría pueden perfectamente coexistir (§ 25, nm. 237).

53 Si una de las partes de la conspiración participa en el complot sólo bajo la presión de una **coacción no excluyente de la culpabilidad** (v.gr. debido a que se le amenaza con perjuicios económicos), su conducta sigue siendo punible en virtud del § 30 II[67]; la presión a la que estuvo sometido debe considerarse sólo en sentido atenuante en la medición de la pena. Sin embargo es cierto que si el sujeto amenazado de esa manera quiere impedir el hecho o sustraerse a tener que colaborar, quedará impune por falta de dolo de consumación. Si el amenazado no sabe si va a lograr impedir el hecho o al menos sustraerse a tener que colaborar, su conducta seguirá siendo punible en tanto que él no confíe en el éxito de sus esfuerzos: ya que, con respecto a una consumación del hecho que se produzca con su colaboración, él actúa de todos modos con dolo eventual; sólo si se cumplen los requisitos del [desistimiento del] § 31 II podrá en su caso obtener la impunidad. De un modo jurídicamente falto de claridad pretende aparentemente el BGH admitir la impunidad yendo más allá cuando dice (BGH NJW 1956, 30): "Quien bajo la influencia de amenazas y claramente a regañadientes se muestra dispuesto a ... colaborar en un delito grave, pero sin embargo quiere, en caso de tener la posibilidad, impedir o sustraerse a tener que colaborar, no conspira".

54 Un **error de tipo** de uno de dos participantes impide que haya conspiración, porque falta una coautoría preparada. Por consiguiente, si A y B se conciertan

---

[66] De otra opinión BGH NJW 1956, 30.

[67] Así tb. *Maurach*, JZ 1961, 139.

para disparar a una figura, que A se da cuenta de que es un hombre, pero que B toma erróneamente por un espantapájaros, la conducta de ambos es impune; y también hay que negar que A incurra en un declararse dispuesto, porque esa variante típica se refiere a la aceptación o admisión de una inducción.

La **inimputabilidad** de una de las partes no excluye la conspiración, como tampoco la excluye la coacción excluyente de responsabilidad (nm. 52). En caso de ejecución del hecho ciertamente concurriría junto a la coautoría una autoría mediata (a través de un instrumento inimputable) (§ 25, nm. 237); pero en el estadio de la preparación sólo es aplicable la coautoría preparada como conspiración con arreglo al § 30 II. Frente a esto una opinión bastante extendida en la doctrina[68] sostiene que sólo habrá conspiración si el sujeto que es una de las partes no sabe nada de la incapacidad de culpabilidad del otro, pues de lo contrario sólo cabe aplicar las reglas de la autoría mediata. Esta posición no se puede aceptar, porque autoría mediata y coautoría pueden perfectamente coexistir si el autor mediato además toma parte por sí mismo en la ejecución. 55

4. Los requisitos de concreción en la conspiración

La conspiración ha de estar concretada en la misma medida en que ha de estarlo el plan común para el hecho, que es la base de la coautoría (§ 25, nm. 190). Aquí también se pueden aplicar correlativamente los principios elaborados para la precisión y determinabilidad del dolo del inductor (§ 26, nm. 133 ss.). En la práctica ello significa que en la conspiración, junto al tipo que ha de realizarse, han de fijarse las dimensiones esenciales del ilícito o injusto (es decir la dimensión aproximada del daño y el modo y manera del ataque), mientras que aún pueden quedar abiertos los detalles de tiempo, lugar y modalidades de la ejecución planeada[69]. En la jurisp. es frecuente expresarlo diciendo que tiene que estar fijada la "clase de delito concertado"[70]. De todos modos la BGH StV 1994, 528, exige que las aportaciones al hecho de cada uno de los coautores individuales han de estar concretadas en alguna medida, y si cuatro sujetos se ponen de acuerdo en matar a tiros a una determinada persona en la próxima oportunidad, sin que se hayan concretado "las previstas aportaciones al hecho de cada uno de los imputados", ello aún no es suficiente para que haya una conspiración punible. 56

---

[68] *Maurach*, JZ 1961, 141; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 30, nm. 31; en lo sustancial tb. antes LK-*Busch*, 9.ª, § 49 a, nm. 31.

[69] RGSt 69, 164, 165; BGH MDR 1960, 595; OLG Köln NJW 1951, 612 s.; demasiado restrictiva la posición de OLG Hamburg MDR 1948, 368.

[70] BGH NJW 1951, 666 s.; 1973, 156, 157; BayObLG NJW 1954, 1257. Más restrictivo *Jakobs*, AT, 2.ª, 27/11: "La conspiración para ... procurarse dinero mediante robo en un banco no está correlativamente concretada incluso aunque haya determinabilidad del medio, pero sí lo está la conspiración para atracar aquél de los bancos de un distrito cuyas instalaciones y dispositivos de seguridad resulten ser los más deficientes en un control de los mismos".

57 Es polémica la cuestión de en qué medida ha de estar concretada la persona de la víctima para que haya una conspiración eficaz. La interpretación de que la persona de la víctima ha de estar fijada en todos los casos y circunstancias (así OLG Hamburg MDR 1948, 368), hoy ya casi no se defiende. La que está extendida es la opinión de que en los delitos contra las personas ha de estar fijada la víctima, mientras que en los delitos contra el patrimonio (v.gr. el del § 244 a [robo en banda grave]) no es preciso aún que esté prevista una determinada víctima[71]. Sin embargo parece mejor criterio atender a si según el plan del hecho éste depende o no de la individualidad de la víctima[72], lo que efectivamente sólo rara vez sucederá en delitos contra la propiedad y el patrimonio. Pero también en caso de ataques a bienes jurídicos personalísimos, que son sin más los que están en primer plano en el § 30 II debido a la exigencia de que la conspiración se refiera a un delito grave, a veces no es importante la persona de la víctima para el plan del hecho. Si dos hombres acuerdan esconderse en el bosque para violar juntos a una mujer joven que pueda venir por el camino, no tiene sentido que la punibilidad de la conducta con arreglo al § 30 II dependa de la individualidad de la víctima, que no conocen los agresores y que además les es indiferente[73]. Incluso en un plan de asesinato (p. ej. conspirar y concertar cometer un robo con el asesinato de un cajero o un empleado de ventanilla) puede no ser importante la persona de la víctima para el plan del hecho, de tal modo que la punibilidad de la conspiración tampoco debería depender de su determinación. Por eso hay que darle la razón en el resultado al BGH cuando para la punibilidad con arreglo al § 30 II considera suficiente[74] "que los autores planeen colocarse en una calle al acecho, para en un momento dado atracar y robar a un transeúnte o automovilista que pase y les parezca adecuado".

5. La conspiración inidónea

58 Al igual que la inducción inidónea (nm. 22 s.), también es punible la conspiración inidónea, dado que el § 30 II ("Del mismo modo será castigado") remite a los presupuestos de punibilidad del § 30 I. Por tanto, la punibilidad de una conspiración para un delito grave que por lo demás esté suficientemente concretada no queda excluida por el hecho de que p.ej. la víctima nunca haya existido, ya haya muerto o esté ausente[75]. Sin embargo,

---

[71] Así con especial claridad *Maurach*, JZ 1961, 140; pero tb. LK-*Busch*, 9.ª, § 49 a, nm. 29; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 30, nm. 6; BayObLG NJW 1954, 1257.

[72] Similar *Jakobs*, AT, 2.ª, 27/11. Como aquí *Fieber*, 2001, 71.

[73] Como aquí *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 253; de otra opinión LK-*Busch*, 9.ª, § 49 a, nm. 29; *Maurach*, JZ 1961, 140; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 53/40. Dubitativo con razón SK-*Samson*, 5.ª, § 30, nm. 19: "Es dudoso si tiene razón... la posición predominante que requiere que en los ataques a bienes jurídicos personalísimos esté determinada la víctima".

[74] BGH MDR 1960, 595, con remisión a OLG Köln NJW 1951, 612.

[75] BGHSt 4, 254; BGH MDR 1960, 595; BGH GA 1963, 127.

ciertamente que en caso de una conspiración debida a una tosca falta de comprensión hay que proceder conforme al § 23 III [del StGB: tentativa inidónea por tosca falta de comprensión; v. *infra* § 29, nm. 363 ss.], mientras que una conspiración supersticiosa (como puede ser para rezar en común para que muera una persona) es impune.

6. La conspiración alternativa

59 En no pocas ocasiones se conspira para cometer alternativamente o en su caso también cumulativamente varios delitos graves. P. ej. varios hombres se ponen de acuerdo para asaltar a una mujer y dejan sin concretar o dejan que dependa de las circunstancias si van a querer robar a la víctima, violarla o hacer ambas cosas. En un caso así no estamos ante un preacuerdo indeterminado y por tanto impune, sino que se ha "concertado cada uno de los hechos acogidos en la voluntad seria del autor"[76]. Por tanto, hay una conspiración para ambos delitos graves. Si sólo uno de los delitos acordados es un delito grave (así, si los conspiradores quieren sustraer sus objetos a la víctima, según como se presente la situación, con o sin violencia), se habrá conspirado para el delito grave (o sea, en este caso, para el robo violento) de modo punible (BGHSt 12, 308)[77]. Solamente no habrá conspiración para un robo si los potenciales autores todavía no tienen claro si quieren emplear violencia o apartarse del hecho en caso de que no se pueda conseguir sin violencia las cosas cuya sustracción se está planeando; pues entonces faltará aún una decisión o resolución de cometer el robo.

7. La conspiración como fase previa de la coautoría

60 La conspiración es una fase previa de la coautoría[78], y por tanto presupone que los participantes se prometan recíprocamente aportaciones de coautoría[79]. La concertación de una cooperación o complicidad, o sea p. ej. prometer prestarle un revólver al sujeto decidido a cometer un robo o un asesinato, no es una conspiración en el sentido del § 30 II, sino que ambos sujetos quedarán impunes. Respecto del que promete prestar el revólver ello se deriva obligadamente de la impunidad de la cooperación intentada: si es impune incluso la entrega de un revólver que posteriormente no es utilizado, con más motivo aún ha de ser impune prometer prestar el revólver. Pero también queda impune el potencial autor, que se ha dejado prometer

---

[76] BGH NJW 1973, 157; asimismo BGHSt 12, 306; KG GA 1971, 55; BayObLG NJW 1954, 1257, 1258; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 252.

[77] BGH NStZ 1998, 510; cfr. tb. OLG Hamm NStZ-RR 1997, 133, para el supuesto del declararse dispuesto.

[78] OLG Hamm NJW 1959, 1237.

[79] Opinión actualmente unánime; cfr. por todos *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 65 III 1; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 53/42; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 30, nm. 25; discr. respecto del anterior § 49 b RGSt 58, 392, 393; 59, 376, 379.

la cooperación o complicidad; ello no constituye un declararse dispuesto en el sentido del § 30 II (cfr. nm. 76 s.), porque frente a un mero cooperador (a diferencia de frente al inductor) no surge una vinculación de voluntades que pueda fundamentar la necesidad de pena (cfr. nm. 5). También para la jurispr. es impune la prometida cooperación o complicidad para un delito grave[80].

61 Por las mismas razones que en el supuesto de la cooperación, la promesa de un favorecimiento o encubrimiento (§257) o de una receptación (§ 259) a continuación de un delito grave tampoco es un supuesto del § 30 II. Igualmente, la concertación de un delito grave entre inductor y autor, si falta un acuerdo de coautoría, tampoco es un supuesto del § 30 II; pero la conducta del inductor resulta punible por el § 30 I y la del presunto autor lo es como declararse dispuesto en virtud del § 30 II. En cambio, la concertación de varios para llevar a cabo conjuntamente una inducción a un delito grave, debido al tenor legal debe castigarse en virtud del § 30 II ("el que conspire o se concierte... para cometer un delito grave o para inducir a hacerlo"). Por otra parte, la concertación de varios para prestar una cooperación conjunta a un delito grave es impune. Ello se deriva de la impunidad de la cooperación o complicidad intentada –la conspiración o concertación para una cooperación incluso es solamente una cooperación preparada– y de la no mención de ese supuesto en el § 30 II.

8. Conspiración y elementos personales especiales

62 Aquí se trata de la cuestión de si concurre un supuesto del § 30 II cuando, de dos sujetos que se conciertan, debido a elementos personales especiales el hecho sólo es un delito grave para uno de los participantes, pero para el otro es un delito menos grave. La solución elaborada para el correlativo supuesto de la inducción intentada (nm. 25 ss.) no es trasladable sin más a este caso, porque la idea jurídica del § 28, a la que se podía recurrir en aquél, sólo afecta a autor y partícipe, pero no a la relación de dos coautores entre sí. Sin embargo, el § 29, conforme al cual cada interviniente será castigado según su propia culpabilidad sin tener en consideración la culpabilidad del otro, también rige ciertamente para los coautores (§ 27, nm. 5).

63 Sobre esta base, en la conspiración también hay que distinguir según que el distinto carácter del delito que tiene el hecho en la persona de cada interviniente se base en una diferencia de culpabilidad o en una de injusto o ilícito. Si el criterio decisivo para la cualificación del delito es un elemento o característica de la culpabilidad, entonces un sujeto habrá concertado un delito grave y el otro un delito menos grave. Por consiguiente, si cuando aún

[80] BGH NStZ 1982, 244, en el caso de respuesta afirmativa para la cooperación o complicidad en una toma de rehenes planeada (§ 239 b I); además BGH NStE, n.º 1 sobre el § 30; BGH NStZ 1988, 406.

estaba vigente el anterior § 313 [provocación de una inundación peligrosa para las cosas] (cfr. al respecto *supra* nm. 26) A y B se hubieran concertado para provocar una inundación peligrosa para las cosas, actuando A para proteger su propiedad (§ 313 II v. a. [supuesto penado como delito menos grave]), pero B sin esa motivación (§ 313 I v. a. [supuesto penado como delito grave]), habría que haber castigado a B por el § 30 II, pero A habría quedado impune. Pues la coautoría que estaban preparando, según la antigua versión legal en la persona de B era un delito grave, pero en la persona de A solamente un delito menos grave, y de ello ha de depender la solución según el § 29.

Si la diferente graduación del delito se basa en elementos personales especiales del ilícito o injusto, no estaremos ante un supuesto de conspiración del § 30 II, porque entonces se trata de posiciones de deber que excluyen la coautoría de quien no las posee. Así p. ej. si un funcionario público y un particular se conciertan para cometer conjuntamente una extorsión para forzar una declaración [§ 343 StGB, que sólo castiga por tal delito al funcionario que comete tal coacción abusando de su cargo en el proceso o procedimiento disciplinario], el *extraneus* en cualquier caso sólo puede ser cooperador o cómplice; pero una complicidad concertada no puede fundamentar punibilidad alguna con arreglo al § 30 II (nm. 60). Sin embargo, si la concertación encierra una inducción por parte del *extraneus*, la conducta de éste será punible en virtud del § 30 I (nm. 27), mientras que el funcionario titular del cargo que accede a la inducción para la comisión conjunta incurrirá en responsabilidad por declararse dispuesto en virtud de los §§ 30 II y 343. 64

En la literatura científica, que hasta ahora sólo ha tratado escasamente el problema, se mantienen tres posiciones distintas, pero sin que, conforme a lo expuesto, ninguna de ellas merezca ser compartida. Según la primera de esas concepciones la punibilidad con arreglo al § 30 II requiere que el hecho planeado constituya un delito grave en la persona de ambos intervinientes[81]; según la segunda, para la punibilidad de las conductas de ambos basta con que el hecho suponga un delito grave sólo en la persona de uno de los conspiradores (y en tal caso el otro puede ser castigado por el marco penal del delito menos grave)[82]; y según la tercera sólo se debe castigar por conspiración a aquel en cuya persona el hecho ejecutado sería un delito grave[83]. 65

9. Participación en la conspiración para el delito

La inducción a la conspiración para un delito grave ha de ser considerada punible. Por regla general la misma ha de ser castigada al menos como inducción en cadena intentada (nm. 31) en virtud del § 30 I; ya que, si p.ej. 66

[81] *Welzel*, StrafR, 11.ª, 125.
[82] LK-*Busch*, 9.ª, § 49 a, nm. 32.
[83] *Maurach*, JZ 1961, 1141; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 30, nm. 14; insegura la BGHSt 12, 307.

A provoca o incita a B a conspirar con C, éste [B] tendrá que inducir a C, de tal modo que estamos ante una inducción intentada a la inducción. Si alguien incita a otro a concertarse con un *omnimodo facturus*, de todos modos respecto del provocado concurre un supuesto del § 30 I. Solamente en el raro supuesto de que alguien ponga de acuerdo para una conspiración a dos *omnimodo facturi*, se planteará únicamente una inducción al § 30 II. Y habrá que considerarla punible[84], ya que, si conforme al tenor literal del § 30 II es punible una conspiración para la inducción, no tiene ningún sentido dejar impune la inducción a la conspiración.

67 En cambio, es impune la cooperación a la conspiración[85]. Un supuesto así se dará p.ej. si alguien pone una habitación trasera oculta a disposición de otros para la conspiración. En efecto, con respecto a la realización del tipo se trata sólo de una cooperación o complicidad intentada (en este caso mediante apoyo en la fase de planeamiento)[86]. Por tanto, el preso que promete una cooperación a otros compañeros de prisión que se han concertado para una toma de rehenes, no incurre en responsabilidad penal ni por conspiración a un delito grave (cfr. al respecto nm. 60) ni por cooperación al § 30 II. Y en un caso así tampoco se ha realizado el § 138 I n.º 7 [omisión de denunciar determinados delitos de privación de libertad][87].

10. La conspiración intentada

68 Con frecuencia habrá conspiraciones intentadas cuando, aunque dos potenciales coautores se esfuerzan por llegar a un acuerdo para un delito grave, tal acuerdo no se produce. La conspiración intentada como tal es impune. Ello se desprende del hecho de que ha sido derogada la punibilidad del "entrar en serias negociaciones", figura vigente de 1943 a 1953 y que prácticamente significaba la punibilidad de la tentativa. Sin embargo, los intentos fracasados de acuerdo para un delito grave frecuentemente encierran inducciones intentadas o declaraciones de estar dispuestos a cometer un delito grave, que entonces serán punibles conforme a las reglas que rigen al respecto.

11. Problemas concursales en la conspiración

a) La subsidiariedad respecto del hecho intentado y consumado

69 Al igual que la inducción intentada (nm. 37), también la conspiración queda desplazada como subsidiaria si los conspiradores entran en la fase de tentativa

---

[84] Discr. *Fieber*, 2001, 178.

[85] *Maurach*, JZ 1961, 143; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 30, nm. 34.

[86] A favor de la punibilidad *Dreher*, 1972, 201; LK-*Busch*, 9.ª, § 49 a, nm. 37.

[87] Sobre ese caso cfr. *Roxin*, HRR, caso 74, 108 ss. y 201 s. (= BGH NStZ 1982, 244).

o consuman el hecho (BGHSt 14, 378)[88]. Sólo no será así si el hecho ejecutado queda por detrás del concertado, o sea si p. ej se comete, en vez del acordado robo grave (§ 250), sólo un robo simple (§ 249)[89]. Si no se produce un desistimiento voluntario de la tentativa del robo grave o del plan de cometerla, en tal caso el § 30 II y el § 249 estarán en concurso real; ello concuerda con el supuesto comparable en caso de inducción intentada (nm. 38), con la diferencia de que allí hay concurso ideal. Si sucede a la inversa y se comete un delito más grave que el concertado (se acuerda un robo simple, pero luego se perpetra uno más grave), vuelve a ser subsidiaria la conspiración.

En relación con la tentativa la conspiración es subsidiaria incluso cuando los coautores desisten voluntariamente de la tentativa (BGHSt 14, 378, 380); de modo que no sucede que con la supresión de la punibilidad de la tentativa reviva de nuevo la punibilidad por conspiración[90]. Pues la supresión de la punibilidad desencadenada por el desistimiento voluntario abarca todos los estadios del hecho incluyendo el de su preparación; aparte de que el desistimiento carecería bastante de sentido para los autores si a pesar del mismo siguieran teniendo responsabilidad penal por conspiración*. Más difícil de enjuiciar es la cuestión de si el desistimiento abarca también a la conspiración cuando se haya intentado cometer un delito menos grave que el acordado: Así p.ej. si los coautores han concertado cometer un robo grave (§ 250 I n.º 1), pero luego por faltarles un arma han realizado sólo una tentativa de robo simple, de la que desisten voluntariamente. La sent. BGHSt 14, 380 deja abierta la cuestión de cómo hay que resolver en tal caso. Puede parecer lógico pensar en dejar subsistente en un caso así la punibilidad por el § 30 II, como también sigue subsistiendo si se comete el delito más leve (nm. 69)[91]. No obstante, las mejores razones abogan más bien por considerar que el desistimiento también elimina la punibilidad de la conspiración más grave[92]. Pues si 70

---

[88] Sobre este caso cfr. *Roxin*, HRR, caso 73, 107 s. y 201 (= BGHSt 14, 378).

[89] BGHSt 14, 379 s.; *Maurach*, JZ 1961, 144.

[90] BGH NStZ 1999, 449, 451.

* Aunque según el § 30 II StGB la pena de la conspiración, como la de los restantes actos preparatorios de la intervención pluripersonal, es algo inferior a la de la tentativa. Por eso *Roxin* dice que para los coautores carecería "bastante", no completamente, de sentido desistir de la tentativa. En cambio, en un sistema como el del CP español, tanto el actual como los anteriores, que –extrañamente– castiga con la misma pena de la tentativa los anteriores actos preparatorios punibles, o sea la conspiración, proposición y provocación de ciertos delitos, sí se puede argumentar que, una vez en la fase de tentativa, el desistimiento voluntario de la misma carecería totalmente de sentido para los autores si la eficacia eximente del desistimiento no abarcara también a la fase previa de conspiración, proposición o provocación, que entonces revivirían como preceptos subsidiarios, y si por tanto los sujetos quedaran exentos de pena por tentativa pero tuvieran la misma responsabilidad penal por la anterior conspiración etc. [N. del T.]

[91] Así efectivamente LK-*Busch*, 9.ª, § 49 a, nm. 11; *Maurach*, JZ 1961, 146; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 30, nm. 16; *Vogler*, Bockelmann-FS, 1979, 728 s.

[92] Así *Bottke*, 1979, 560 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 65 IV 1; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2.ª, 11/113; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 30, nm. 40.

los autores pueden alcanzar su objetivo (conseguir el botín) sin restricción alguna y renuncian voluntariamente a ello, ello ha de contemplarse como un apartarse de todo el plan delictivo (incluyendo la utilización de armas). Además se les quitaría a los coautores todo estímulo para el desistimiento si quedara subsistente la responsabilidad penal por el § 30 II.

b) La relación del § 30 II con otras fases previas de la intervención delictiva pluripersonal

71 La conspiración conforme al § 30 II coincide por regla general con que se cumple en los intervinientes los requisitos de otras variantes del § 30. Quien gana al otro para su plan delictivo y la ejecución conjunta, será siempre también culpable [de inducción intentada] del § 30 I, mientras que en el otro concurre una declaración de estar dispuesto conforme al § 30 II. Una conspiración puede incluso producirse por la vía de recíprocas inducciones intentadas y declaraciones de estar dispuestos. La concurrencia de diversas formas comisivas del § 30 debe solucionarse en principio considerando que los actos preparatorios más lejanos al tipo retroceden y son desplazados por los más cercanos al tipo[93]. En el caso del ejemplo ello significa que sólo debe castigarse por conspiración del § 30 II, porque las anteriores declaraciones de los intervinientes desembocan en el acuerdo que se ha concluido. Sin embargo, ciertamente que si fracasa la conspiración, sigue habiendo inducciones intentadas punibles por el § 30 I. Pero la conspiración también puede ser subsidiaria: si p.ej. dos sujetos debido a una conspiración intentan inducir conjuntamente a otro a un delito grave (BayObLG NJW 1956, 100 s.), esa provocación se basa en una conspiración que ya ha quedado atrás, de tal modo que el § 30 II retrocede tras el § 30 I, que desplaza a aquél. Finalmente, existirá concurso real entre diversas variantes del § 30 si las mismas se refieren a tipos distintos: así v.gr. si A se declara frente a B dispuesto a cometer un asesinato, pero a continuación ambos acuerdan realizar "sólo" un robo (§ 249) [94].

12. La elección del marco de pena en el § 30 II

72 Muchos delitos graves tienen marcos penales considerablemente atenuados para supuestos menos graves (cfr. sólo p. ej. los §§ 154, 177, 249 o 250). Entonces es muy importante para la determinación de la pena precisar si se ha conspirado y acordado un supuesto normal o un supuesto menos grave del correspondiente delito. Según la jurispr. ello depende por una parte de cómo habría que haber graduado el delito en caso de ejecución del mismo, pero por otra parte también de con cuánto cuidado se había realizado la

---

[93] BGH de 13-6-1961, 1 StR 201/61, cit. en *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 30, nm. 15.

[94] *Schröder*, JuS 1967, 295; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 30, nm. 15, donde sin embargo se califica como "unidad de hecho".

preparación y hasta qué punto había avanzado ya. Por tanto se debe aplicar una contemplación global[95].

Por lo demás, en la conspiración para un supuesto menos grave el marco penal puede atenuarse de modo doble o simple[96]. Si ya concurre un supuesto menos grave, con independencia de que el hecho se haya quedado en una conspiración sin consecuencias, el marco penal previsto para aquél hay que volverlo a atenuar o rebajar conforme al § 30 II y I 2. Si por el contrario la calificación como supuesto menos grave se debe exclusivamente o también a la presencia de una mera conspiración, la calificación debe quedarse conforme al § 50 en admitir un supuesto menos grave, sin que hubiera que realizar otra atenuación de la pena en virtud del § 30. 73

V. El declararse dispuesto*

1. Las dos manifestaciones o formas de aparición del declararse dispuesto

En el declararse dispuesto están contenidas dos diversas formas de preparación del delito grave, cuyo rasgo común consiste en que, a diferencia de la inducción intentada y de la admisión de un ofrecimiento, el presunto autor manifiesta o expresa su voluntad de cometer el delito grave[97]. La primera forma de aparición es la **aceptación de una provocación** (también denominada aceptación de una inducción o incitación), o sea el supuesto de que alguien se deje ganar por un inductor para la comisión de un delito grave y prometa efectuarla. La segunda forma de manifestación es **el ofrecerse**, en el que el autor potencial por iniciativa propia se acerca a otros y patentiza su voluntad de dejarse determinar en ciertas circunstancias a cometer un delito grave. 74

Un supuesto de la segunda clase fue el que en el año 1876 motivó la introducción del que entonces fue § 49 a, el antecedente del actual § 30[98]: un calderero belga llamado Duschesne se ofreció por carta al arzobispo de París a asesinar a Bismark a cambio de que se le pagaran 60.000 francos. El Gobierno imperial (del Reich) exigió a Bélgica que en el futuro penalizara semejantes ofertas y se obligó a sí mismo a complementar del modo pertinente el StGB alemán. Ello se llevó a cabo por ley de 26-2-1876. El llamado "parágrafo Duchesne" castigaba la mayoría de las conductas contenidas también en el 75

---

[95] BGHSt 32, 136; BGH GA 1986, 559.

[96] BGHR StGB, § 30 ap. 1 inciso 2, elección de marco penal, n.º 1; BGH NStE n.º 3 sobre el § 30; BGH NStZ 1990, 96; BGH MDR (H) 1990, 486.

* La figura del declararse dispuesto es la primera modalidad de acto preparatorio de la intervención pluripersonal mencionada en el § 30 ap. 2 StGB cuando dispone: "Del mismo modo será castigado quien se declare dispuesto, quien acepte el ofrecimiento de otro, o quien conspire o se concierte con otro, para cometer un delito grave o para inducir a hacerlo". [N. del T.]

[97] *Letzgus*, 1972, 87.

[98] Sobre la historia de su génesis LK-*Roxin*, 11.ª, antes del § 30; además detalladamente *J.-D. Busch*, 1964, 47 ss., y sintetizando *Letzgus*, 1972, 87 s., en n. 7 y su texto.

actual § 30 aunque con requisitos algo distintos a los actuales. A este respecto es digno de resaltarse que precisamente el hecho de ofrecerse, que fue el que dio el motivo para introducir el precepto, es el que está expuesto a la mayoría de las dudas en cuanto a su necesidad de pena (cfr. nm. 8).

2. La aceptación o admisión de una incitación o provocación

76 En este caso es indiscutido que el declararse dispuesto ha de ser en serio, y que incluso una eventual reserva secreta de no querer cometer el delito excluye la punibilidad a pesar de que se haya producido una declaración en sentido contrario[99]. Pues si el autor tomado como posible (por el incitador) no quiere cometer el hecho, no existe motivo alguno para la punición (del que acepta). Materialmente se trata también en este caso de falta de dolo del sujeto incitado a ejecutar el hecho (cfr. nm. 15 s., 47 ss.). En cambio, para el inductor la cuestión no depende de la seriedad con la que haya provocado, con tal de que él cuente con que el autor presuntivo va a tomar en serio la provocación o incitación y va a cometer el hecho (nm. 15)[100]. Si el autor la toma en serio y la acepta, su conducta es punible con arreglo al § 30 II. Y la cuestión de si el hecho es ejecutable o no, es indiferente aquí como en los demás supuestos (nm. 22 s., 56). Por tanto, aunque la persona a quien se va a asesinar esté ya muerta en el momento en que el sujeto se declara dispuesto, habrá conducta punible con arreglo al § 30 II[101].

77 La aceptación de una inducción ya es punible incluso cuando la misma aún no le haya llegado al inductor[102]; pues la peligrosidad de la desolución de cometer el delito grave es independiente de la llegada o recepción de la declaración de estar dispuesto. Se puede plantear la cuestión incluso de si es que acaso la aceptación o admisión ha de ser declarada frente al inductor. Es cierto que una resolución que permanezca en el fuero interno no puede ser suficiente, pues está sustraída a la comprobabilidad y además no se ajusta al tenor literal de la ley, que requiere una **declaración** de estar dispuesto. Pero sí se podría considerar suficiente una declaración frente a otras personas (cooperadores o conocidos). No obstante, hay que mantener la posición de que la declaración ha de producirse frente al inductor, ya que sólo frente a él surge la vinculación de voluntades que fundamenta la necesidad de pena de la resolución manifestada de realizar el hecho.

---

[99] RGSt 57, 243, 245; 60, 23, 25; 63, 197, 199; BGHSt 6, 346, 347; BGH NStZ 1998, 403, 404.

[100] RGSt 57, 243, 245 ss., contra RG GA 1942, 122; BGHSt 18, 388.

[101] BGH GA 1963, 126, 127, para el caso del § 218 [aborto] v. a.

[102] Op. dom. absolutamente; de otra opinión sólo *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 30, nm. 10. Como aquí p.ej. *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 65 III 3 i. f.; *Letzgus*, 1972, 94, n. 27; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 53/47; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 30, nm. 23 (en *Jescheck* citado erróneamente a favor de la opinión contraria); *Schröder*, JuS 1967, 291.

3. El ofrecerse

a) El ofrecerse propio como inducción en cadena intentada

El ofrecerse propio[103] (en sentido propio) presupone que quien se ofrece 78
hace depender la ejecución del hecho de una aceptación del ofrecimiento. Por tanto, la resolución de cometer el hecho debe ser primero provocada por el destinatario de la declaración. En tanto en cuanto, el ofrecerse propio es una inducción intentada a la inducción y con ello una inducción en cadena intentada, que incluso con independencia del § 30 II sería subsumible, al menos según el tenor literal de la ley, en el § 30 I (nm. 31). La peculiaridad consiste sólo en que en el caso normal de la inducción en cadena intentada están en juego como mínimo tres personas (el primer inductor, el presunto segundo inductor, y aquel en el que se ha pensado como autor), mientras que en el ofrecerse propio el primer inductor y el sujeto planteado como autor son idénticos[104]. Pero la enumeración separada de este supuesto a pesar de ser abarcable como inducción intentada en cadena no es superflua[105], sino una clarificación necesaria, también con independencia del trasfondo histórico de su mención separada (nm. 75); pues sin la declaración expresa de punibilidad en el § 30 II habría que considerar impune ese supuesto, porque quien se ofrece, a diferencia de lo que sucede en la inducción en cadena normal, como futuro autor conserva en sus manos el curso causal (nm. 8). Ciertamente, al igual que en la aceptación de una provocación y por las mismas razones que en ésta (nm. 76), el ofrecerse ha de ser efectuado en serio (RGSt 63, 197, 199). Y en todo caso el ofrecerse, después de haber encontrado una regulación especial en el § 30 II, se debe castigar sólo en virtud del ap. 2 y no puede castigarse además por el ap. 1.

b) El ofrecerse impropio

Existe un ofrecerse impropio[106] si alguien se ofrece (ya sea ante el público, 79
ya sea ante individuos concretos) para cometer un delito grave y, al hacerlo, o bien ya está firmemente decidido a cometer el hecho (*omnimodo facturus*) o bien no quiere hacer depender su resolución de realizar el hecho de la aceptación del ofrecimiento. Este supuesto es impune[107], porque aquí falta incluso el intento de una vinculación de voluntades frente a un inductor que aún habría que conseguir. Sólo estamos en presencia de una resolución delictiva impune o de la propensión al delito de un autor individual, cuya impunidad tampoco puede cambiar en nada por el hecho de darla a conocer. Antes bien, la punibilidad

---

[103] Expresión de *Letzgus*, 1972, 98 ss.

[104] Para más detalles *Letzgus*, 1972, 98 ss.

[105] Así sin embargo *H. Mayer*, LB AT, 342.

[106] La expresión "ofrecerse impropio" procede de *Letzgus*, 1972, 89, quien sin embargo ciertamente sólo menciona el supuesto del *omnimodo facturus*.

[107] Cfr. para más detalles *J.-D. Busch*, 1964, 187 s.; *Letzgus*, 1972, 89 s. De la doctrina restante: *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 65 III 3; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 53/47; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 30, nm. 23; *Schröder*, JuS 1967, 291.

sólo comienza con la transformación de la resolución de cometer el hecho en una acción de tentativa. Sin embargo, a favor de la punibilidad del ofrecerse impropio se pronuncia ciertamente *Jakobs*[108] con el argumento de que tal declaración puede "vincular fácticamente" y que delata la misma "desautorización de la norma" que una disponibilidad dependiente de la aceptación del ofrecimiento. Pero ello no convence: pues un sujeto puede cambiar en todo momento su voluntad si no sucede que se ha obligado (o al menos se quiere obligar) frente a otros; y lo que se castiga en el § 30 II no es la desautorización de la norma, sino una forma especialmente peligrosa de preparación.

c) ¿Debe el declararse dispuesto dirigirse al destinatario en forma de ofrecerse propio?

80 Para el ofrecerse propio rige básicamente lo mismo que rige para la inducción intentada, dado que la inducción en cadena intentada, que es de lo que materialmente se trata, está sujeta a las reglas de la inducción intentada. Sólo hay que hacer una excepción en la medida en que para la punibilidad del ofrecerse ha de exigirse que la declaración de estar dispuesto haya llegado o accedido al destinatario. En efecto, mientras que en el caso de inducción intentada, según opinión ciertamente polémica pero correcta, no es necesaria tal recepción o llegada (nm. 10 ss.), la situación es aquí distinta, porque quien se ofrece no ha soltado de su mano el curso causal. Esto significa que para las dos formas del declararse dispuesto también tiene un significado distinto la llegada o recepción: En el caso de aceptación de una inducción la punibilidad no depende de esa recepción (nm. 77), pero sí para el caso del ofrecerse propio[109]. Por eso el OLG Celle (MDR 1991, 174) ha rechazado acertadamente la existencia de un declararse dispuesto a una actividad ilegal de agente de servicio secreto (§ 99 I n.º 2) en el supuesto de que la declaración de la oferta no le llegue al destinatario.

d) Problemas concursales en el ofrecerse

81 También la declaración de estar dispuesto es subsidiaria frente al hecho intentado y al consumado. Por lo demás, para las relaciones concursales en el ofrecerse propio rigen las reglas que deciden para la inducción intentada (nm. 37 ss.), puesto que el declararse dispuesto es un caso especial de la inducción intentada (nm. 78). Por ello sólo son necesarias unas pocas observaciones complementadoras. Si el ofrecerse es aceptado y da lugar a una resolución de cometer el hecho de quien se ofrece, existen dos declaraciones de estar dispuesto punibles: en primer lugar el ofrecerse y a continuación

---

[108] *Jakobs*, AT, 2.ª, 27/10.

[109] El primero a favor de esa diferenciación fue *Schröder*, JuS 1967, 291; siguiéndole *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 65 III 3; *Letzgus*, 1972, 94, n. 27. La recepción o llegada de la declaración en ambos casos del declararse dispuesto la exigían todavía *Tröndle/Fischer*, 49.ª, § 30, nm. 10 (pero ahora distinto en *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 30, nm. 10), mientras que la op. dom. en ambos casos considera innecesaria la recepción de la declaración: *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 53/47; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 30, nm. 23.

la aceptación de la inducción provocada por el ofrecimiento. En ese caso el ofrecerse retrocede y es desplazado por la figura más próxima al hecho: la aceptación de la inducción, de tal manera que sólo se castiga una declaración de estar dispuesto. Si no se llega a producir la conspiración, el ofrecimiento sigue siendo punible conforme al § 30 II (pero no además por el § 30 I: cfr. nm. 78). Sólo la tentativa de conspiración sin éxito de un *omnimodo facturus* debe castigarse en virtud del § 30 I, dado que el ofrecerse impropio no encaja en el § 30 II (nm. 79).

VI. La aceptación de un ofrecimiento (§ 30 II)*

1. La aceptación del ofrecimiento como inducción intentada

La aceptación de un ofrecimiento es una inducción intentada (cfr. ya nm. 78)[110]. Pues quien acepta la oferta de otro de perpetrar un delito grave, induce con ello al que se ofrece, al transformar su inclinación o propensión al hecho en una resolución firme. En consecuencia, todas las reglas de la inducción intentada (nm. 9 ss.) rigen también aquí. Y quien acepta el ofrecimiento de otro para inducir a un delito grave, según el tenor literal del § 30 II debe ser castigado asimismo por aceptación de un ofrecimiento; estructuralmente se trata en ese caso de una inducción en cadena intentada (así era el supuesto de hecho en BGHSt 10, 388). Sin embargo, la aceptación de un ofrecimiento se castiga en todo caso en virtud de la regulación especial del § 30 II y no además con arreglo al § 30 I. 82

2. ¿La aceptación de un ofrecimiento como complicidad psíquica intentada?

Frente a esto otra opinión parte de la base de que con la figura de la aceptación de un ofrecimiento se declara punible exclusivamente[111] o al menos también[112] una cooperación o complicidad psíquica intentada. Tal caso exis- 83

---

* La aceptación de un ofrecimiento es la segunda modalidad de acto preparatorio de la intervención pluripersonal mencionada en el § 30 ap. 2 StGB cuando dispone: "Del mismo modo será castigado quien se declare dispuesto, quien acepte el ofrecimiento de otro, o quien conspire o se concierte con otro, para cometer un delito grave o para inducir a hacerlo". [N. del T.]

[110] *J.-D. Busch*, 1964, 188 s.; *Dreher*, NiedStrKomm 2, 1958, 211 (abandonando su anterior opinión de 1972, 201); *Letzgus*, 1972, 96 ss.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 53/48; *Schröder*, JuS 1967, 290 s.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 27/9. También los redactores materiales del Ministerio Federal de Justicia (BMJ) durante las deliberaciones de la Gran Comisión de Derecho Penal vieron en la "aceptación de un ofrecerse ... una forma especial de la inducción ..., que sin embargo debería ser nombrada expresamente en pro de la claridad", NiedStrKomm 2, 1958, apéndice n.º 42, 121. Igualmente la sentencia BGHSt 10, 388, se basa en la premisa de que la aceptación de un ofrecimiento es una inducción intentada.

[111] *Blei*, NJW 1958, 30; *el mismo*, AT, 18.ª, § 81 II 3; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 65 III 2.

[112] LK-*Busch*, 9.ª, § 49 a, nm. 35 s.; *Dreher*, 1972, 201; *Fränkel*, NiedStrKomm 2, 1958, 118; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 30, nm. 11.

tirá si quien se ofrece es un *omnimodo facturus*, y por tanto el receptor de la declaración, que desconoce la resolución ya existente de cometer el hecho en quien se ofrece, mediante la aceptación sólo puede reforzar aún más en su resolución a aquél y con ello prestarle ayuda o complicidad psíquica.

84 Sin embargo, debe rechazarse esta concepción. Su incorrección se deriva ya del hecho de que el ofrecerse de un *omnimodo facturus*, como ofrecerse impropio que es, es impune (nm. 79) y consiguientemente tampoco puede ser punible su aceptación. Además sería una burda contradicción con la decisión valorativa del legislador de dejar exenta de pena la complicidad o cooperación intentada, si aquí se considerara punible precisamente un caso especial de complicidad psíquica intentada, cuyo merecimiento de pena por un mero reforzamiento de la decisión de realizar el hecho es dudoso y en todo caso pequeño (cfr. § 26, nm. 197 ss.). Ciertamente es correcto entender que la variante de la aceptación de un ofrecimiento no tiene significado autónomo alguno si se la concibe sólo como supuesto especial de la inducción intentada. Pero de los propios materiales legislativos se desprende que esa variante se concebía como inducción intentada y sólo se la acogió expresamente en el texto legal "en pro de la claridad" (cfr. n. 110). La historia legislativa no proporciona el menor punto de apoyo para admitir que también (o solamente) se habría debido abarcar la complicidad psíquica intentada con la figura de la aceptación de un ofrecimiento.

3. ¿Es también punible la aceptación de un ofrecimiento que no iba en serio?

85 Un punto polémico central en esta variante del § 30 consiste en la cuestión de si también es punible la aceptación en serio de un ofrecimiento que no iba en serio. La sent. BGHSt 10, 388, en contra de la anterior jurispr. del RG[113], la ha respondido afirmativamente, encontrando la aprobación de una parte de la doctrina[114] y el rechazo de otra parte[115]. Las voces de rechazo hacen valer el argumento de que la aceptación de un ofrecimiento será totalmente no peligrosa y por ello no merecedora de pena si el presunto autor, o sea el mismo que se ofrece, no quiere en absoluto cometer el hecho. Frente a esto, el BGH invoca los principios de la tentativa inidónea y el hecho de que quien aún no se ha tomado en serio su ofrecimiento "posiblemente sea motivado a una resolución en serio precisamente por la aceptación de su ofrecimiento" (BGHSt 10, 389).

86 En el resultado hay que dar la razón al BGH: Dado que la punibilidad de una inducción fracasada (nm. 9), es decir de una provocación que nadie acepta, está totalmente fuera de discusión, y que la de una tentativa inidó-

---

[113] RGSt 1, 338; 57, 243.

[114] *Jakobs*, AT, 2.ª, 27/9; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 30, nm. 6; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 53/48; *Otto*, ZStW 87 (1975), 569, n. 105; *Preisendanz*, 30.ª, § 30, anotac. 4 b; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 30, nm. 24; *Schröder*, JuS 1967, 294, n. 36; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 30, nm. 11.

[115] *Blei*, NJW 1958, 30; LK-*Busch*, 9.ª, § 49 a, nm. 35; *J.-D. Busch*, 1964, 190; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 65 III 2; *Kohlrausch/Lange*, StGB, 43.ª, § 49 a, anotac. V 3; *Lelzgus*, 1972, 184 s.

nea de inducción de todos modos está reconocida de modo totalmente dominante (nm. 22 s.), carecería de sentido dejar impune precisamente este supuesto de tentativa de inducción sin éxito. Sólo es cuestionable si es o no correcto castigar la aceptación de un ofrecerse no formulado en serio por el § 30 II, como quiere el BGH; pues un ofrecimiento aparente realmente no es en absoluto un ofrecerse en el sentido del § 30 II (cfr. nm. 78, 76), de tal modo que la aceptación de un ofrecimiento regulada en el § 30 II difícilmente se puede referir a ese supuesto. Sin embargo, nos queda la punibilidad de la conducta del aceptante por el § 30 I: pues él ha intentado en todo caso determinar al receptor de su declaración a cometer un delito grave[116].

4. Problemas concursales y de error en la aceptación de un ofrecimiento

Si la aceptación de un ofrecimiento sirve para preparar una conspiración a un delito grave, retrocede tras ésta y queda desplazada por ella en caso de que la conspiración tenga lugar, y con mayor motivo retrocederá tras la tentativa y la consumación del delito quedando desplazada por las mismas. Si quien se ofrece es un *omnimodo facturus* (nm. 79), el aceptante que no lo sabe incurre en responsabilidad penal por tentativa inidónea de inducción con arreglo al § 30 I (cfr. el supuesto paralelo del ofrecerse no formulado en serio en nm. 86). En caso de que quien se ofrece sea inimputable, pese a ello es posible una aceptación punible del ofrecimiento con arreglo al § 30 II si el aceptante no conoce la inimputabilidad de quien se ofrece; pues según el principio de accesoriedad limitada también puede ser inducido un inimputable. Por el contrario, si el aceptante percibe la inimputabilidad del que se ofrece, sólo cabe plantear una tentativa en autoría mediata. 87

VII. El desistimiento de la intervención pluripersonal intentada (§ 31)*

1. Adscripción sistemática y ámbito de aplicación del precepto

El § 31 como precepto sobre desistimiento está sometido en lo esencial a las reglas de la teoría de la tentativa (§ 24 StGB), a las que hay que re- 88

---

[116] A favor de apreciar punibilidad conforme al § 30 I tb. *Blei*, NJW 1958, 30; LK-*Busch*, 9.ª, § 49 a, nm. 35, los cuales por tanto, cosa que desconoce la mayoría de los restantes defensores de la opinión mencionada en n. 104, como conclusión acaban llegando a la punición.

* El § 31 StGB dispone:

"Desistimiento de la tentativa de intervención pluripersonal

1. No será castigado por el § 30 quien voluntariamente// 1. abandone la tentativa de inducir a otro a un delito grave, y aparte el peligro que pueda existir de que el otro cometa el hecho, //2., después de haberse declarado dispuesto a cometer un delito grave, abandone su plan, o// 3., después de haber conspirado para un delito grave o de haber aceptado el ofrecimiento de otro para un delito grave, impida el hecho. // (2) Si el hecho deja de producirse sin la actuación de quien desiste o es cometido independientemente de su anterior conducta, es suficiente para su impunidad su esfuerzo voluntario y serio por impedir el hecho". [N. del T.]

mitir aquí. Por tanto, lo que significa el "abandono" de un dolo y cuándo es "voluntario" ha de ser interpretado en conexión con el § 24 (*infra* § 30, nm. 354 ss.), de tal modo que aquí en lo sustancial sólo hay que tratar las cuestiones que se plantean de modo especial en el desistimiento de la intervención pluripersonal intentada. Sin embargo, respecto de la aplicación del criterio de la voluntariedad al § 31 vamos al menos a mencionar dos ejemplos tomados de la jurispr. Según BGHSt 12, 306, 311, el desistimiento de una conspiración delictiva es voluntario si los conspiradores se han planteado dos posibles modos de comisión y desisten de uno de ellos sin motivo externo después de que el otro ha resultado ser impracticable. En cambio, se considera involuntario un desistimiento de una tentativa de inducción, si la única razón por la que el inductor se ha esforzado por impedir el falso testimonio con perjurio al que él había incitado es porque su carta con la inducción había llegado a manos de la parte contraria en el proceso (OLG Tübingen DRZ 1949, 43 s.).

89 El ámbito de aplicación del § 31 va más allá del § 30, ya que el § 159 [tentativa de inducción a falso testimonio] extiende los §§ 30 I y 31 I n.º 1, y II a los tipos de los delitos menos graves de los §§ 153 y 156 [falso testimonio sin juramento y con aseguramiento en lugar de juramento]. Además concuerda con el sentido de la regulación del desistimiento aplicarla correlativamente a aquellos actos preparatorios que están regulados en la PE como tipos autónomos, pero no contienen ningún precepto sobre el desistimiento[117].

2. El desistimiento de la inducción intentada (§ 31 I nº. 1)

a) Los tres casos de "cesar o dejarlo" en la tentativa de inducción

90 aa) El primer caso es aquel en que alguien rechaza definitivamente una conspiración, de tal manera que el inductor necesaria y obligadamente deja de hacer ulteriores esfuerzos. Aquí no es aplicable el § 31 I n.º 1. Estamos ante una tentativa fracasada de inducción, de la que no es posible desistir (sobre la tentativa fracasada cfr. *infra* § 30, nm. 77 ss.)[118], pues una tentativa fracasada no se puede"abandonar", como requiere el § 31 I n.º 1. Ni siquiera es aplicable una exención de pena en virtud del § 31 II, porque no es posible realizar esfuerzos para impedir un hecho allí donde no amenaza producirse ninguna comisión del hecho.

91 bb) El segundo caso concurrirá si los esfuerzos del inductor para determinar al presunto autor a realizar el hecho aún no han tenido éxito, pero con

---

[117] Así tb. BGHSt 6, 85, 87, para el supuesto del § 234; de otra opinión BGHSt 15, 198, 199, para el § 122 II v. a. (hoy § 121 I n.º 2), aunque con una fundamentación ciertamente ceñida sólo a ese tipo. Como aquí *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 31, nm. 12; de otra opinión LK-*Busch*, 9.ª, § 49 a, nm. 49.

[118] Cfr. la exposición de motivos o fundamentación del P 1962: E 1962, BT-Drucks. IV/650, 155. Sobre la delimitación entre tentativa fracasada e inacabada de inducción BGHR § 31 I, voluntariedad, n.º 3; cfr. tb. BGH NStZ-RR 1997, 260.

una ulterior intensificación (p.ej. con un incremento de la recompensa prometida) quizás puedan provocar aún una resolución de cometer el hecho. En este caso según el § 31 I n.º 1 es suficiente para un desistimiento eximente con que el inductor voluntariamente "abandone la tentativa", es decir no emprenda nada más para ganar al "autor" para su plan. En cambio, un mero aplazamiento de la ejecución hasta una oportunidad más favorable, según la jurispr. no es un desistimiento, igual que no lo es el cambio de un medio previsto para emplear violencia ("una pistola de asustar con cartuchos de fogueo en lugar de cloroformo")[119].

cc) Finalmente la tercera constelación presupone que los anteriores es- 92
fuerzos de inducción hayan creado un"peligro de que el otro cometa el hecho", como principalmente sucederá si el provocado se declara dispuesto a cometer el hecho. Entonces el inductor sólo podrá lograr aún la impunidad si "aparta" ese "peligro". Ello puede producirse de diversas maneras: determinando el inductor al presunto autor a que pese a todo no cometa el hecho (RGSt 56, 210; 70, 295), avisando él a tiempo a la víctima (RGSt 38, 225) o haciendo intervenir a la policía con éxito. Si el autor para cometer el hecho depende aún de ulteriores acciones del inductor, también basta con la omisión de éstas: p. ej. el inductor sin embargo al final no designa al testigo que tenía destinado para un falso testimonio, de tal modo que no se puede llegar a realizar el hecho[120]. En los detalles concretos el deber de apartar el peligro plantea problemas considerables, que a continuación (b, c y d) se van a tratar más detenidamente.

b) ¿El "peligro de que el otro cometa el hecho" presupone la resolución de éste a cometer el hecho?

La resolución de cometer el hecho tomada por el provocado es el típico 93
caso en el que hay que ligar el desistimiento eximente a la acción de apartar el peligro y con ello a que se impida el hecho. ¿Pero es éste el único supuesto? La fundamentación del P 1962[121] podría hacernos pensar que es así cuando dice "que en el fondo una acción sólo puede ser impedida cuando el inducido ha tomado una decisión y por tanto en esa medida la inducción ha tenido éxito". Pero esto no es cierto; pues aunque el provocado dude aún o aunque un intento de inducción por carta ni siquiera le haya llegado aún, hay que contar con la posibilidad de que cometa el hecho. Político-criminalmente carece de sentido concederle ya la impunidad al inductor cuando ahora se queda cruzado de brazos. Por el contrario, hay que esperar de él que haga desaparecer el riesgo creado mediante una intervención que lo impida activamente[122]. Ello es requerido por el deber de protección de

---

[119] Sobre ambas formas de casos BGH NStZ-RR 1997, 134.
[120] BGHSt 4, 200 s.; BGH NStZ-RR 1997, 289.
[121] BT-Drucks. IV/650, 155.
[122] Cfr. *Herzberg*, NJW 1991, 1637.

bienes jurídicos que obliga al legislador y también por el tenor literal de la ley: ésta no habla de que deba evitarse la realización de una resolución de cometer el hecho, sino de que se debe apartar un "peligro". En la práctica esto tiene la consecuencia de que un inductor que se queda sin tener claro el éxito de sus esfuerzos y no emprende nada más, incurrirá en conducta punible conforme al § 30 I incluso aunque el sujeto que se ha planteado como autor finalmente rechace cometer el hecho. Pues antes del rechazo falta un esfuerzo por impedir; y después ya no es posible (nm. 90).

c) ¿El "peligro de que el otro cometa el hecho" ha de determinarse objetiva o subjetivamente?

94 La cuestión de si la existencia de un "peligro" en el sentido del § 31 I n.º 1 depende de la situación real de las cosas o de la representación del inductor es muy discutida. La fundamentación del P 1962 se manifestaba en el sentido[123] de que depende "únicamente de si tal peligro existe en realidad. Si el inductor desconoce, aunque sea de modo disculpable, su presencia y por esa razón permanece inactivo, no se produce la exención de pena". Esta posición produce la aprobación de una parte de la doctrina[124], mientras que en otra encuentra el rechazo por atender a la representación del inductor[125]. Un caso práctico puede ilustrar esta diferencia de opiniones: A provoca a B a que cometa un delito grave, pero sin poder obtener de éste una declaración de estar dispuesto. Entonces omite realizar más esfuerzos, a pesar de opinar que éstos tendrían perspectivas de éxito; y no considera que haya peligro de comisión del hecho por B dada la actual situación de las circunstancias. Pero, en contra de lo que espera A, B adopta una resolución de cometer el hecho, que posteriormente vuelve a abandonar, de tal modo que como conclusión no pasa nada. Según la concepción objetiva aquí había un peligro de comisión del hecho, de modo que la conducta de A sigue siendo punible por el § 30 I porque no ha apartado ese peligro y tampoco se ha esforzado por apartarlo. En cambio, según la concepción subjetiva ha desistido de la tentativa de inducción con eficacia eximente; pues desde su punto de vista no existía ningún peligro de comisión del hecho, de tal modo que su "abandono" voluntario le proporciona la impunidad.

95 La teoría subjetiva es preferible por tres razones. En primer lugar, si el legislador coloca al inductor ante una alternativa de comportamiento vinculada a diversos presupuestos, razonablemente sólo puede tomar como base

---

[123] BT-Drucks. IV/650, 155.

[124] LK-*Busch*, 9.ª, § 49 a, nm. 45; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 53/62; además *Tröndle*, 49.ª, § 31, nm. 4 (distinto ahora *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 31, nm. 3).

[125] *Herzberg*, JZ 1989, 114; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 65 IV 2; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 258; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 31, nm. 3; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 31, nm. 3; SK-*Hoyer*, 7.ª, § 31, nm. 9. *Bottke*, 1980, 54 ss., ciertamente exige en principio una interpretación objetiva del tenor literal de la ley, pero llega al mismo resultado que la interpretación subjetiva al juzgar como un "serio esfuerzo" en el sentido del § 31 II el cese de su actividad por parte del inductor que considera conjurado el peligro.

el juicio de éste sobre la existencia de un peligro. Pues si el inductor que deja de hacer más esfuerzos tuviera que contar con ser castigado incluso cuando él no vea peligro alguno de comisión del hecho, entonces por precaución tendría que hacer esfuerzos para impedirlo, con lo cual la variante del desistimiento consistente en el mero "abandonar" prácticamente quedaría anulada[126]. En segundo lugar, sólo la concepción subjetiva se ajusta a las reglas que también rigen para la tentativa conforme al § 22. Pues la tentativa inacabada, en la que un mero abandono voluntario da lugar a la impunidad con arreglo al § 24 I 1 [desistimiento de la tentativa individual], concurre si el sujeto **según la medida de su representación** aún no ha hecho todo lo que es necesario para la ejecución del delito[127]. Ahora bien, lo que rige para el desistimiento de la tentativa ha de ser igualmente decisivo para el desistimiento de la intervención pluripersonal intentada, ya que de lo contrario en una situación comparable el inductor sería peor tratado que el autor[128]. Y en tercer lugar, del § 31 II se puede deducir que el legislador delimita subjetivamente en el caso de tentativa acabada de inducción: quien erróneamente cree que hay un peligro y realiza esfuerzos superfluos para apartarlo, queda impune conforme al § 31 II; pero entonces en la tentativa inacabada debería delimitarse también subjetivamente, con la consecuencia de que, si no se produce una acción punible, ya el abandono voluntario por parte del inductor conducirá a la impunidad.

d) ¿El peligro que ha de evitarse debe haber sido causado por el propio inductor?

El problema adquiere importancia práctica en la tentativa intentada de 96
un *omnimodo facturus*. Si el provocador no se da cuenta de que el provocado ya antes de la acción de incitación estaba decidido a cometer el hecho e interpreta el que no haya respuesta a su carta de inducción en el sentido de que son necesarios y con perspectivas de éxito ulteriores esfuerzos para determinarle, la omisión de los mismos le proporcionará la impunidad si se entiende que el § 31 I n.º 1 sólo requiere impedir peligros causados por uno mismo; pues el peligro con el que amenaza el provocado no ha sido causado por la provocación, de tal modo que para la impunidad basta con un abandono voluntario de ulteriores esfuerzos. La solución será distinta si se considera suficiente el peligro de comisión del hecho independiente de la provocación. En ese caso sólo darían lugar a la impunidad los esfuerzos por impedir; y ello presuponiendo que además se atienda a la perspectiva (que debe rechazarse) de que la existencia de un peligro debe enjuiciarse

---

[126] Cfr. tb. *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 31, nm. 5.

[127] También el BGH atiende en JZ 1984, 290, 291, a ese criterio subjetivo; ciertamente que ese caso se refería al desistimiento de la conspiración, § 31 I n.º 3.

[128] Cfr. como aquí antes SK-*Samson*, 5.ª, § 31, nm. 11. En cambio, SK-*Hoyer*, 7.ª, § 31, nm. 2, constata (con ulteriores citas) únicamente que la razón del legislador para conceder la impunidad es idéntica en el § 31 y el § 24.

según un criterio objetivo y no subjetivo (cfr. nm. 94 y 95). Sin embargo, correctamente sólo se le pueden exigir al inductor esfuerzos de evitación en caso de peligros causados por él mismo[129]. En efecto, lo que concuerda con los principios generales de imputación es que sólo se puede hacer responsable a alguien de los peligros en cuyo origen él haya tenido parte. Además la exposición de motivos de la ley[130] habla sólo del supuesto de que "la tentativa de inducción haya provocado ya el peligro de comisión del hecho" y de esa manera apoya la limitación de la exigencia de apartarlos a los peligros causados por uno mismo.

e) La restricción del § 31 I a actos preparatorios

97 El § 31 I n.º 1 regula sólo el desistimiento de la inducción intentada y no tiene influencia alguna en una eventual inducción a un hecho intentado o consumado[131]. Esto se desprende ya del tenor literal del § 31 I, que, cuando concurren los presupuestos del desistimiento voluntario en él mencionados, no establece la impunidad, sino que se limita a decir: "No será castigado por el § 30 quien ...". Por tanto, si un inductor interrumpe los esfuerzos para influir que considera necesarios en un momento en que el autor ya ha cometido el hecho debido a las anteriores provocaciones, existirá una inducción a un hecho consumado y no cabe plantear un desistimiento. Esto es válido incluso aunque el sujeto abandone voluntariamente ulteriores esfuerzos de inducción que considera necesarios y sea sólo después cuando el autor consuma el hecho debido a la provocación inicial[132]. Ciertamente hay algún autor como *Eser*[133] que en ese caso pretende admitir un desistimiento eximente. Pero en contra de esta solución habla el hecho de que según los §§ 24 I 2 y 31 II los esfuerzos por desistir en la tentativa acabada no dan lugar a la impunidad si a pesar de todo se produce el resultado debido a la inicial acción del autor o del inductor. Entonces no puede ser de otro modo si es ya una tentativa inacabada de inducción la que da lugar al resultado. Si el autor debido a la inducción entra en la fase de tentativa, igualmente el desistimiento no se rige por el § 31 I n.º 1, sino por el § 24 II (cfr. sobre ello *infra* § 30, nm. 301 ss., 307 ss.).

---

[129] *Bottke*, 1980, 54; SK-*Hoyer*, 7.ª, § 31, nm. 11; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 31, nm. 4; distinto *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 32 II 3 (poco claro).

[130] E 1962, BT-Drucks. IV/650, 155.

[131] Como aquí SK-*Hoyer*, 7.ª, § 31, nm. 5; *Herzberg*, JZ 1989, 119, con reflexiones que aún avanzan más.

[132] Cfr. sólo *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 51 III 3; SK-*Rudolphi*, 6.ª, § 24, nm. 16; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2.ª, 11/73; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 11, nm. 81. Detalladamente *Bottke*, 1980, 64 ss., que concibe el desistimiento fracasado como problema de imputación y llega de ese modo a determinadas distinciones. Cfr. además *el mismo*, 1979, 538 ss., en donde en un caso de desistimiento fracasado de la tentativa (de un autor o de un inductor) considera interrumpido el nexo de imputación subjetiva y pretende que se castigue solamente por tentativa (inducción intentada), en su caso en concurso con un delito imprudente.

[133] *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 24, nm. 24, 82; *Eser*, StrafR II, 3.ª, caso 33, nm. 47 ss.

3. El desistimiento del declararse dispuesto (§ 31 I nº. 2)

El desistimiento del declararse dispuesto según el § 31 I nº. 2 no presupone nada más que una cosa: que el potencial autor "abandone su plan". Realmente esto es algo obvio y apenas necesita explicación; pues, dado que quien se ofrece, exactamente igual que quien acepta una provocación (cfr. sobre estas variantes nm. 74), quiere ejecutar el hecho por sí mismo, eliminará todo peligro sólo con apartarse voluntariamente de su resolución[134]. 98

El único problema de esta variante de desistimiento consiste en cómo se debe constatar judicialmente el "abandono". Dado que en el mismo se trata de un proceso interno difícilmente verificable, puede parecer próximo el peligro de que haya delincuentes que tras ser descubiertos se puedan sustraer a la pena afirmando de un modo irrefutable que habían abandonado su decisión de cometer el hecho. Para evitarlo, el Ministerio Federal de Justicia originariamente había propuesto una redacción legal, según la cual quien se declara dispuesto tiene que haber abandonado "reconociblemente" su plan. Esta propuesta no encontró ningún apoyo en la Gran Comisión de Derecho penal, porque predominó la opinión de que la misma se podía considerar como una regla sobre la carga de la prueba que infringiría el principio *in dubio pro reo*[135]. Y sin embargo, se entendía que ya del término "abandonar" se desprende que el "abandono" ha de haber aparecido hacia fuera; y que esto debía ser aclarado expresamente en la exposición de motivos de la ley. Y efectivamente en la misma[136] se afirma que basta con "que quien desiste... abandone su plan de un modo reconocible hacia el exterior". 99

No obstante, la necesidad de tal "reconocibilidad" no se puede introducir por vía de interpretación en el texto legal. Pues el abandono de una resolución y su reconocibilidad externa son dos cosas tan perfectamente distintas como el adoptar una resolución de cometer el hecho y su aparición al exterior. Por tanto, la cuestión de si quien se declara dispuesto ha abandonado su plan, está sujeta a la libre valoración judicial de la prueba. Bien se puede decir que es exagerado el temor a que con ello la practicabilidad de esta alternativa del desistimiento sea puesta "seriamente en cuestión"[137]; pues los indicios que permiten una conclusión sobre el "abandono" o la "subsistencia" de un plan, no son aquí más inseguros de lo que en general lo son en la comprobación de hechos internos. Así habla en contra de apreciar un abandono voluntario del plan que el inculpado sea descubierto o fracase en mitad de los preparativos del hecho, mientras que la interrupción de preparativos que prometían tener éxito, o quedarse inactivo allí donde tras la 100

---

[134] Cfr. sobre un caso de este tipo BGHR StGB, § 31 I, abandono, n.º 1; OLG Hamm NStZ-RR 1997, 133.

[135] NiedStrKomm 2, 154.

[136] E 1962, BT-Drucks. IV/650, 155.

[137] *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 31, nm. 8. *Cramer/Heine* coinciden por lo demás con la posición aquí defendida.

declaración de estar dispuesto al menos habrían sido esperables actividades preparatorias, son datos que apuntan a un desistimiento voluntario.

4. El desistimiento de la conspiración (§ 31 I nº. 3)

a) La necesidad de impedir el hecho

101 De una conspiración no es posible desligarse impunemente sólo con retirarse de ella, sino que el legislador requiere –igual que en la tentativa de varios con arreglo al § 24 II 1– que quien desiste impida el hecho. Ello se basa en la idea de que en en este caso sigue subsistente el "peligro de que el otro cometa el hecho" (§ 31 I n.º 1) y del mismo modo que en la inducción intentada tiene que ser eliminado por el sujeto que desiste si quiere conseguir la impunidad. Si no logra impedir el hecho, es cierto que debido a su separación anticipada no va a responder penalmente como coautor, pero sí por conspiración con arreglo al § 30 II. No obstante, ciertamente según el § 31 II su esfuerzo serio por impedir el hecho le puede procurar la impunidad si el hecho "es cometido independientemente de su anterior conducta". Tal posibilidad se excluye si el sujeto que posteriormente se descuelga había inicialmente inducido y ganado como coautor al otro que acaba llevando a término el hecho; pues entonces su aportación ha seguido desplegando su eficacia. Por el contario, si quien se retira ha sido captado a su vez por un *omnimodo facturus*, pero poco después se vuelve a separar voluntariamente, puede conseguir la impunidad en virtud del § 31 II si se ha esforzado en vano por impedir el hecho. Pues en tal caso el otro comete el hecho independientemente de la conducta de su anterior compinche.

b) Formas de impedir el hecho

102 En el supuesto normal quien desiste obra de modo activo[138] (sobre las distintas posibilidades de impedir activamente el hecho cfr. nm. 92). Pero también será suficiente un permanecer pasivo de quien se retira si éste sabe que sin él no se puede ejecutar el hecho[139], p. ej. porque sólo él está en condiciones de abrir la caja fuerte o porque él es el único que conoce a la persona que han elegido como víctima. Incluso existe ya una conducta de impedir si alguien se desvincula de sus co-conjurados en la acertada creencia de que ellos no se atreverían a ejecutar el hecho sin él[140]. Según el BGH (JZ

---

[138] BGHSt 32, 133, 134; BGHR StGB, § 31 I, permanecer inactivo, n.º 1.

[139] Cfr. BGH GA 1974, 243, sobre el § 49 a IV v. a., con Com. de *Blei*, JA 1974, 675 s., donde afirmar que se hubiera impedido era rechazable sólo por el hecho de que la víctima había sido advertida de todos modos por otro de los participantes en el complot; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 260.

[140] Así tb. BGHSt 32, 133; BGH JZ 1984, 290, con Com. de *Kühl*, loc. cit., 292, sobre ambas sentencias; sobre la última sent cit. (en lo esencial aprob.) *Küper*, JR 1984, 265. En el mismo sentido BGH NStZ-RR 1997, 289.

1984, 290, 291), al no realizar su aportación al delito, él ha hecho lo necesario desde su punto de vista para impedir los delitos.

c) Ejecución del hecho a pesar de la suposición (del que se retira) de que impide el hecho

Si aquel que se retira de una conspiración sin embargo supone incorrectamente que los demás no podrían o querrían ejecutar el hecho sin él, por regla general su conducta sigue siendo punible. En efecto, si él inicialmente había ganado para el delito grave a uno (o varios) de los que ahora ejecutan el hecho sin él, existe incluso una inducción al delito consumado (cfr. nm. 97). Y si el que ejecuta el hecho era un *omnimodo facturus*, en el que se separa, pero no ha logrado impedir el hecho, sigue habiendo responsabilidad penal por conspiración (§ 30 II); ya que no concurren los presupuestos del § 31 I n.º 3 y también parece difícil poder hablar de un "esfuerzo serio" en el sentido del 31 II si el sujeto se retira de coactuar con un *omnimodo facturus* solamente creyendo que éste no ejecutará el hecho. Impunidad conforme al § 31 II se podrá plantear a lo sumo cuando quien se aparta no sabe que el otro era un *omnimodo facturus* y cree haber impedido el hecho con su retirada[141]. En tal caso la concesión del privilegio del desistimiento depende de si se considera la propia retirada bajo el indicado presupuesto como un "esfuerzo serio" o no. 103

d) La ejecución del hecho de otra forma o con otros compañeros

Grandes dificultades crea el supuesto de que quien se retira, mediante su apartamiento o también mediante adicionales actividades de impedimento, hace imposible la ejecución del hecho en la forma inicialmente planeada, pero no puede evitar que el hecho sea cometido de otra manera. Con razón estima el BGH que la cuestión de si en tales supuestos se ha "impedido el hecho" depende de si el hecho ejecutado puede seguir considerándose como idéntico al originalmente planeado. "Por eso uno de los intervinientes en el hecho puede lograr la impunidad sin ulteriores esfuerzos para impedirlo incluso aunque tras neutralizar su aportación al hecho se continúe de forma modificada el plan originario, pero el posterior acontecer del hecho, en relación con el objeto, los medios u otras modalidades espacio-temporales, diverge tanto del plan acordado en principio que se presenta... como un exceso del ejecutor del hecho"[142]. Por tanto, los principios desarrollados en la inducción respecto del exceso del autor (*supra* § 26, nm. 109 ss.) pueden aplicarse correlativamente aquí. Sin embargo, la jurispr. no siempre entra expresamente en esta cuestión. La BGH NStZ 1987, 118 trataba de un caso en el que el imputado, uno de los tres conspiradores, se había retirado del compromiso, y el segundo a continuación en vista de eso se había apartado 104

[141] Así tb. BGH NStZ 1987, 118.

[142] BGH NStZ 1992, 537 s.

igualmente y sólo posteriormente pudo el tercero volver a ganarlo para el plan mediante un regalo de dinero y el reclutamiento de otro sujeto como sustituto del primero. Aquí el Tribunal examinó sólo el § 31 II ("independientemente de su anterior conducta"), sin investigar siquiera si el hecho ejecutado seguía siendo el inicialmente planeado; pues sólo la suposición de la identidad del hecho deja libre el camino hacia esta variante del § 31 II. De todos modos se reconoce que la identidad del hecho está excluida siempre "que debido a la retirada de un coautor el plan del hecho primero es abandonado por el otro coautor, pero éste lo ejecuta después debido a una nueva resolución de cometer el hecho" [143].

105 Pero la cuestión vuelve a ser diferente si tras el apartarse de uno de dos coautores el otro persiste en el plan y ejecuta él solo el hecho. En un caso sentenciado por el BGH[144] un hermano y una hermana habían estado buscando al padre para matarlo. Sin embargo el hermano, que debía haber acuchillado al padre, se separó del plan, ante lo cual la hermana apuñaló al padre con intención de matarlo pero sólo le causó lesiones. En este caso el BGH admitió que se seguía tratando aún del mismo hecho (porque conforme al plan del hecho no se había excluido que se llevaran a cabo acciones homicidas también por la hermana). Dado que la aportación del hermano al hecho (desarrollo del plan del hecho, vigilar y encontrar al padre) había seguido teniendo influencia, el BGH afirmó incluso que había coautoría del hermano (más correcto habría sido castigar por cooperación, cfr. § 30, nm. 318). Por tanto, en este caso el hermano, para lograr la impunidad, habría tenido que impedir el hecho. Por otra parte, si según el plan del hecho hubiera quedado excluido que la hermana llevara a cabo acciones homicidas directas, habría habido otro hecho distinto. Y en ese caso el hermano habría quedado impune, porque mediante su "alejamiento" habría impedido el hecho inicial.

5. El desistimiento de la aceptación de un ofrecimiento (§ 31 nº. 3)

106 Aunque la aceptación de un ofrecimiento es un caso especial de la inducción intentada (nm. 82), el legislador también hace depender la impunidad en este caso de que se impida el hecho; por tanto un mero "abandono" como en el § 31 I n.º 1 no puede producir la impunidad. La diferencia se explica porque desde la perspectiva del aceptante siempre existe el peligro "de que el otro cometa el hecho"; pues lo cierto es que éste mediante su ofrecimiento se ha declarado dispuesto a ello. Incluso en la (punible) aceptación de un ofrecimiento aparente (nm. 85/86) aquel que después de la aceptación quiera desistir con efecto eximente, tiene que emprender esfuerzos activos de impedir el hecho. Ciertamente que éstos no pueden producir la impunidad conforme al § 31 I n.º 3, porque no hay nada que impedir, pero sí en

[143] BGH NStZ 1999, 450; igualmente ya BGH NStZ 1992, 527.
[144] BGH NStZ 1999, 449.

virtud del § 31 II ("si el hecho deja de producirse sin la actuación de quien desiste"). Por lo demás, todo lo que se ha dicho sobre el desistimiento de la inducción intentada rige también aquí (cfr. nm. 90 ss.).

6. El esfuerzo voluntario y serio (§ 31 II)

a) Las dos variantes del § 31 II

Ya el comentario explicativo del § 31 I ha incluido en la exposición las dos variantes de desistimiento aplicables sustitutivamente del § 31 II (nm. 101, 103, 104, 105). Aquí vamos a volver a caracterizar sintéticamente el típico ámbito de aplicación de ambas constelaciones. 107

Respecto de la primera alternativa ("si el hecho deja de producirse sin la actuación de quien desiste") cabe tomar en consideración dos grupos de casos. El primero es el de que A incita primero a B a realizar el hecho, pero luego éste, sin estar influido por los posteriores esfuerzos del inductor por impedirlo, pensándolo de nuevo abandona el plan por otras razones. Y la segunda constelación se dará si alguien cree erróneamente haber inducido a otro, que realmente no ha tomado ninguna resolución de cometer el hecho, y a continuación emprende serios esfuerzos por impedirlo; a este grupo pertenece también el supuesto de aceptación de un ofrecimiento aparente (nm. 106). 108

La segunda alternativa ("o es cometido independientemente de su inicial* conducta") se refiere al supuesto de que el ejecutor fuera un *omnimodo facturus*[145], que no se deja apartar de la comisión del hecho tampoco por los posteriores esfuerzos por impedirlo del presunto inductor o del otro conspirador (nm. 103). En la aplicación del § 31 II, aquí se plantea la difícil cuestión adicional de qué importancia se le debe asignar a una complicidad psíquica que puede haber estado unida a la inicial conspiración o inducción intentada. Habrá que decir que, aunque concurra dicha cooperación psíquica, la ejecución del hecho por el *omnimodo facturus* es independiente de tal influencia, de tal modo que según el § 30 los esfuerzos serios por impedirlo excluyen la punibilidad. Pero en caso de ejecución del delito por el *omnimodo facturus* siempre cabe seguir pensando si realmente no se ha dado una cooperación psíquica al hecho consumado. Lo correcto será responder negativamente, porque una conducta de "fortalecer la resolución de cometer el hecho" queda anulada si el interviniente inicial vuelve a actuar e intenta apartar al autor de su plan[146]. 109

---

* *Roxin* escribe aquí "de su *inicial* (*ursprünglichen*) conducta", aunque el texto del § 31 II realmente dice "de su *anterior* (*früheren*) conducta": v. el texto del § 31 StGB en nota * al ap. VII antes del nm. 88. [N. del T.]

[145] En este sentido tb. BGH NStZ 1987, 118.

[146] Discr. en parte de esto antes SK-*Samson*, 5.ª, § 31, nm. 16.

b) El esfuerzo voluntario y serio

110 La cuestión de cuándo es "serio" un esfuerzo por impedir el hecho es muy discutida en sus detalles. Si en embargo, el concepto ha de interpretarse no de otro modo distinto a como se hace en el desistimiento de la tentativa de varios conforme al § 24 II 2[147]; por eso, para todas las cuestiones fundamentales hay que remitir a ese precepto sobre el desistimiento, que es el que está situado en primer plano (cfr. § 30, nm. 301 ss., 265 ss.). Aquí basta con añadir algunas sentencias concretas, en las que la jurispr. ha tratado la "seriedad" de modo especial en el marco del § 31 II (o en su caso del anterior § 49 a IV).

111 Según la BGH GA 1965, 283, el "no cumplimiento de lo concertado en una conspiración", o sea permanecer inactivo, por regla general aún no se puede considerar como esfuerzo serio, sino que tiene que añadirse una conducta activa de impedir el hecho. La solución sólo será distinta si quien permanece inactivo sabe que sin él el hecho no se puede ejecutar (cfr. ya nm. 102). Así ocurría en el supuesto de la BGH GA 1974, 243 s.: la esposa omitió llevar en automóvil a su marido al lugar donde, conforme a lo pactado en la conspiración, debía ser asesinado; pero de todos modos el marido ya había sido puesto al tanto del complot por la otra parte.

112 Muy difícil de contestar es también la cuestión de cuán lejos han de ir los esfuerzos por impedirlo para que sean suficientemente "serios". Según la BayObLG JR 1961, 269, 270, "el arrepentido" ha de haber "hecho completamente todo lo que le es posible para impedir el delito grave". En ese caso el inculpado había inducido a un testigo a prestar falso testimonio con perjurio, pero después había intentado impedir el hecho renunciando al testigo propuesto por él. No obstante, el juez interrogó bajo juramento al testigo, sin que el inculpado hubiera llevado a cabo aún nada para impedir el perjurio; sin embargo, el testigo, debido a las admoniciones del juez, dijo la verdad. Aquí era aplicable la alternativa del § 31 I; pero la sentencia se la denegó argumentando que no basta que uno de los intervinientes "quiera inocuizar su influencia sólo temporalmente –como ocurrió aquí–, si luego sin embargo permanece inactivo a pesar de darse cuenta de que la preparación del delito grave realizada por él sigue surtiendo efecto y va a conducir a la comisión del hecho". Hay que dar la razón a la sent. en esta argumentación.

[147] Igualmente sobre el concepto de voluntariedad BGH NStZ 1998, 510.

SECCIÓN 9.ª
LA TEORÍA DE LA TENTATIVA

§ 29. La tentativa

Bibliografía: *Bünger*, Über Vorstellung und Wille als Elemente der subjektiven Verschuldung, ZStW 6 (1886), 291; *Thomsen*, Über den Versuch der durch eine Folge qualifizierter Delikte, 1895; *Horn*, Der Versuch. Begründung einer objektiven Versuchstheorie im Hinblick auf empirische Psychologie und Physopsychologie, ZStW 20 (1900), 309; *Kriegsmann*, Wahnverbrechen und untauglicher Versuch, 1904; *v. Liszt*, E., Zur Lehre vom Versuch. Eine Besprechung der in dem Werke Ernst Delaquis': "Der untaugliche Versuch. Ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung" (Berlin, 1904) dargelegten Theorie, ZStW 25 (1905), 24; *v. Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht. t. 2: Die Schuld nach dem Strafgesetz, 1907; *Beling*, Grundzüge des Strafrechts, 11.ª, 1930; *Henckel* (Hans), Der Gefahrbegriff im Strafrecht, 1930, Neudruck 1977; *Robert v. Hippel*, Deutsches Strafrecht, t. II: Das Verbrechen, 1930, Neudruck 1971; *v. Gemmingen*, Die Rechtswidrigkeit des Versuchs, 1932; *zu Dohna*, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3.ª, 1947; *Bockelmann*, Zur Reform des Versuchsstrafrechts, en: *el mismo*, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, 150; *Niese*, Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen (Rechtsprechungsbericht) zu: Bd 6-9 der Amtlichen Sammlung – Entscheidungen zum materiellen Strafrecht, JZ 1957, 658; *Maihofer*, Der Versuch der Unterlassung, GA 1958, 289; *Grünwald*, Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, JZ 1959, 46; *Stree*, Zur Auslegung der §§ 224, 226 StGB (Zugleich ein Beitrag zum Versuch erfolgsqualifizierter Delikte), GA 1960, 287; *Schröder*, Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, JuS 1962, 81 *Lönnies*, Rücktritt und tätige Reue beim unechten Unterlassungsdelikt, NJW 1962, 1950; *Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; *Baumann*, Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963, 85; *Reinhard v. Hippel*, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966; *Ulsenheimer*, Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1966, 257; *Rudolphi*, Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdeliktes, MDR 1967, 1; *Dicke*, Zur Problematik des untauglichen Versuchs, JuS 1968, 157; *Ulsenheimer*, Das Personensorgerecht der Eltern im Widerstreit mit dem Gewissen und dem Strafgesetzbuch. Eine Stellungnahme zum Urteil des OLG Hamm, FamRZ 1968, 221 (parte 1); 568 (parte 2); *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2.ª, 1970 [Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, (trad. Bacigalupo), 1979]; *Arzt*, Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen, JuS 1972, 576; *Rudolphi*, Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts im Rahmen der persönlichen Unrechtslehre, Maurach-FS, 1972, 51; *Wessels*, Zur Problematik der Regelbeispiele für "schwere" und "besonders schwere Fälle", Maurach-FS, 1972, 295; *Blei*, Das Wahnverbrechen, JA 1973, 237, 321, 389, 459, 529, 601; *Herzberg*, Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973, 89; *el mismo*, Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 85 (1973), 867; *Tiedemann*, Der Versuch der Zweckentfremdung im Steuerstrafrecht, JR 1973, 412; *Grünwald*, Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht, Welzel-FS, 1974, 701; *Kölz-Ott*, Eventualvorsatz und Versuch, 1974; *Herdegen*, Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, BGH-FS, 1975, 206; *Roxin/Stree/Zipf/Jung*, Einführung in das neue Strafrecht, 2.ª, 1975; *Schilling*, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975; *Gössel*, Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach §18 StGB, Lange-FS, 1976, 219; *Maiwald*, Literaturbericht Strafrecht – Allgemeiner Teil (Teilnahmelehre), über: Schilling, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975, ZStW 88 (1976), 712; *Womelsdorf*, Zur Problematik des Versuchs beim unechten Unterlassungsdelikt, 1976; *D. Meyer*, Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch einer Straftat, BGHSt 26, 201, JuS 1977, 19; *Wolter*, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung – zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässig-

keitsdelikt, ZStW 89 (1977), 649; *Küper*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978; *Meine*, Die Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und Versuchsbeginn bei der Hinterziehung von Veranlagungssteuern unter Zuhilfenahme einer falschen Buchführung, GA 1978, 321; *Tiedemann*, Die Überschuldung als Tatbestandsmerkmal des Bankrotts, Schröder-FS, 1978, 289; *Geilen*, Raub und Erpressung (§§ 249-256 StGB), Jura 1979, 613 s.; *Küper*, Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979, 775; *Roxin*, Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS 1979, 1; *Rudolphi*, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, Bockelmann-FS, 1979, 383; *Sonnen*, Abgrenzung zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch beim Diebstahl, JA 1979, 334; *Tiedemann*, Der BGH zum neuen Konkursstrafrecht, NJW 1979, 254; *Ulsenheimer*, Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte, Bockelmann-FS, 1979, 405; *Borchert*, Unmittelbares Ansetzen durch Aufsuchen des Tatortes, fehlgeschlagener Versuch oder unfreiwilliger Rücktritt, Mittäterschaft des im Fluchtauto wartenden Komplizen, JA 1980, 254; *Otto*, Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, JA 1980, 641; *Puppe*, Grundzüge der actio libera in causa, JuS 1980, 346; *Backmann*, Strafbarkeit des vor Tatbeginn zurückgetretenen Tatbeteiligten wegen vollendeter Tat? – BGHSt 28, 346, JuS 1981, 336; *Kühl*, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JuS 1981, 193; *Küper*, Versbeginn und Mittäterschaft, ZStW 93 (1981), 879; *el mismo*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *Stree*, Zur Frage, bei welcher Sachlage das Delikt der Strafvereitelung als Wahnvergehen begangen wird, JR 1981, 297; *Wolter*, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, 168; *Borchert/Hellmann*, Die Abgrenzung der Versuchsstadien des § 24 I 1 StGB anhand der objektiven Erfolgstauglichkeit, GA 1982, 429; *Burkhardt*, Zur Abgrenzung von Versuch und Wahndelikt im Steuerstrafrecht, wistra 1982, 180; *Hruschka*, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS 1982, 317; *Günther*, Besprechung von Küper, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, GA 1983, 330; *Kadel*, Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft – versuchte mittelbare Täterschaft, GA 1983, 299; *Kühl*, Versuch in mittelbarer Täterschaft – BGHSt, 30, 363, JuS 1983, 180; *Küper*, Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, JZ 1983, 361; *Lenckner*, Betrug gegenüber einem Makler, NStZ 1983, 409; *Samson*, Irrtumsprobleme im Steuerstrafrecht, en: Kohlmann (ed.), Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht, 1983, 99; *Wolter*, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum "Strafgrund der Vollendung", Leferenz-FS, 1983, 545; *Bloy*, Betrug zum Nachteil eines Maklers, JR 1984, 123; *Maaß*, Betrug gegenüber einem Makler – BGHSt 31, 178, JuS 1984, 25; *Puppe*, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, 101; *Wolter*, Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1984, 443; *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *Herzberg*, Die lebensgefährliche Verwechslung oder der wütende Dackel – Ein Bericht über eine strafrechtliche Examensklausur, JuS 1985, 708; *Armin Kaufmann*, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, Jescheck-FS, t. 1, 1985, 251; *Kratzsch*, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; *Nierwetberg*, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum – Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, Jura 1985, 238; *Otto*, Der Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts, Jura 1985, 671; *Fabry*, Der besonders schwere Fall der versuchten Tat, NJW 1986, 15; *Jakobs*, Zu den Voraussetzungen einer Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge, JR 1986, 380; *Küpper*, Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, GA 1986, 437; *Maier*, Die mittelbare Täterschaft bei Steuerdelikten, MDR 1986, 358; *Reiß*, Zur Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt am Beispiel der Steuerhinterziehung, wistra 1986, 193; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; *Sternberg-Lieben*, Versuch und § 243 StGB, Jura 1986, 183; *Valdágua*, Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten, ZStW 98 (1986), 839; *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum, 1987; *Laubenthal*, Der Versuch des qualifizierten Delikts einschließlich des Versuchs im besonders schweren Fall bei Regelbeispielen, JZ 1987, 1065; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *Papageorgiou-Gonatas*, Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch?, 1988; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *Naka*, Der Strafgrund des Versuchs, en:

Hirsch/Weigend (ed.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 93; *Puppe*, Urkundenechtheit bei Handeln unter fremdem Namen und Betrug in mittelbarer Täterschaft – BayObLG, NJW 1988, 1401, JuS 1989, 361; *Stoffers*, Mittäterschaft und Versuchsbeginn, MDR 1989, 208; *Struensee*, Versuch und Vorsatz, Armin Kaufmann-FS, 1989, 523; *Weigend*, Deliktsopfer und Strafverfahren, 1989, 117; *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, 311; *Küpper*, Fahrlässige Brandstiftung mit tödlichem Ausgang, JuS 1990, 184; *Heidingsfelder*, Der umgekehrte Subsumtionsirrtum, 1991; *Vehling*, Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, 1991; *Eschenbach*, Zurechnungsnormen im Strafrecht: BGH v. 11. 7. 1991 – 1 StR 357/91 –, Jura 1992, 637; *Küper*, "Teilverwirklichung" des Tatbestandes – ein Kriterium des Versuchs? – Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 16. 1. 1991 –, JZ 1992, 338; *Mitsch*, Sturz aus dem Fenster: BGH, Urt v. 17. 3. 1992 – 5 StR 34/92 = NJW 1992, 1708, Jura 1993, 18; *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, 1992; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993; *Vogler*, Der Beginn des Versuchs, Stree/Wessels-FS, 1993, 285; *Hauf*, Neuere Entscheidungen zur Mittäterschaft unter besonderer Berücksichtigung der Problematik der Aufgabe der Mitwirkung eines Beteiligten während der Tatausführung bzw. vor Eintritt in das Versuchsstadium: Zugleich eine Besprechung der Urteile des BGH, NStZ 1991, 280 und NStZ 1993, 489; NStZ 1994, 263; *Krüger*, Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1994; *Niepoth*, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, 1994; *el mismo*, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1994, 337; *Erb*, Zur Konstruktion eines untauglichen Versuchs der Mittäterschaft bei scheinbarem unmittelbarem Ansetzen eines vermeintlichen Mittäters zur Verwirklichung des Straftatbestandes: Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 25. 10. 1994, NStZ 1995, 424; *Ingelfinger*, "Schein" – Mittäter und Versuchsbeginn, JZ 1995, 704; *Joerden*, Scheinmittäter und Versuchsbeginn, JZ 1995, 735 s.; *Jung*, Strafbarkeit des untauglichen Versuchs bei vermeintlicher Mittäterschaft, JuS 1995, 380; *Kühne*, Strafbarkeit der versuchten Mittäterschaft?, NJW 1995, 934; *Küpper/Mosbacher*, Untauglicher Versuch bei nur vermeintlicher Mittäterschaft – BGH, NJW 1995, 142, JuS 1995, 488; *Zieschang*, Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium, ZStW 107 (1995), 361; *Sancinetti*, Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch, 1995; *Ahrens*, Vermeintliche Mittäterschaft und Versuchsstrafbarkeit, JA 1996, 664; *Behm*, Nichtzahlung des Lohns für "Telefonsex": Betrug, versuchter Betrug oder Wahndelikt? – Zugleich Besprechnung von LG Mannheim, NJW 1995, 3398 –, NStZ 1996, 317; *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996; *Radtke*, An der Grenze des strafbaren untauglichen Versuchs, JuS 1996, 878; *Roxin*, Zur Mittäterschaft beim Versuch, Odersky-FS, 1996, 489; *Scheffler*, Von Telefonsex, Sittenwidrigkeit und Betrug, JuS 1996, 1070; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 1996, 20; *Zopfs*, Vermeintliche Mittäterschaft und Versuchsbeginn, Jura 1996, 19; *Abrahams/Schwarz*, Nichtzahlung des Entgelts für "Telefon-Sex" – Vollendeter Betrug, untauglicher Versuch oder Wahndelikt?, Jura 1997, 355; *Fahl*, Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, JA 1997, 635; *Küper*, Der Rücktritt vom "erfolgsqualifizierten Versuch", JZ 1977, 229; *Streng*, Der Irrtum beim Versuch – ein Irrtum? Ein Beitrag zur Struktur des Versuchstatbestands, ZStW 109 (1997), 862; *Buser*, Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch, 1998; *B. Heinrich*, Die Abgrenzung von untauglichem, unverständigem und abergläubischem Versuch, Jura 1998, 393; *Krack*, Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft, ZStW 110 (1998), 611; *Malitz*, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, 1998; *Rath*, Grundfälle zum Unrecht des Versuchs, JuS 1998, 1006, 1106; *Schliebitz*, Error in persona, JA 1998, 833; *Weber*, Probleme der Versuchsstrafbarkeit bei mehreren Tatbeteiligten, Lenckner-FS, 1998, 435; *Wolters*, Versuchsbeginn bei Einsatz eines sich selbst schädigenden Tatmittlers, NJW 1998, 578; *Beier*, Die versuchte Tötung durch Einsatz einer Giftfalle – BGHSt 43, 177, JA 1999, 771; *Böse*, Der Beginn des beendeten Versuchs: Die Entscheidung des BGH zur "Giftfalle", JA 1999, 342; *Herzberg*, Mordauftrag und Mordversuch durch Schaffung einer Sprengfalle am falschen Auto, JuS 1999, 224; *el mismo*, Vollendeter Mord bei Tötung des falschen Opfers?, NStZ 1999, 217; *Krack*, Mordauftrag und Mordversuch durch Schaffung einer Sprengfalle am falschen Auto, JuS 1999, 832; *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999; *Rath*, Grundfälle zum Unrecht des Versuchs, JuS 1999, 32; 140; *Streng*, Wie "objektiv" ist der objektive Versuchstatbestand?, Zipf-FS, 1999, 325; *Botthe*, Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt, BGH-FG, Band 4, 2000, 135; *Gorka*, Der Versuchsbeginn des Mittäters, 2000; *Jäger*,

Freiwilligkeit des Rücktritts: Beginn des Versuchs, Anmerkung zum BGH-Urteil v. 22. 4. 1999 – 4 StR 76/99, NStZ 2000, 415; *Küper*, Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, ZStW 112 (2000), 1; *Herzberg*, Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, GA 2001, 257; *el mismo*, Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen, Roxin-FS, 2001, 749; *Hillenkamp*, Zur "Vorstellung von der Tat" im Tatbestand des Versuchs, Roxin-FS, 2001, 689; *el mismo*, 32 Probleme aus dem Strafrecht. Allgemeiner Teil, 10.ª, 2001; *Hirsch*, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, Roxin-FS, 2001, 711; *Lüderssen*, Irrtum und Prävention, Roxin-FS, 2001, 456; *Mir Puig*, Untauglicher Versuch und statistische Gefährlichkeit im neuen spanischen StGB, Roxin-FS, 2001, 729; *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, 725; *Guhra*, Das vorsätzlich-tatbestandsmäßige Verhalten beim beendeten Versuch, 2002; *Hardtung*, Versuch und Rücktritt bei den Teilvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB, 2002; *Heckler*, Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsgefahr, 2002; *M.-K. Meyer*, Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs, GA 2002, 367; *Schliebitz*, Die Erfolgszurechnung beim "mißlungenen" Rücktritt, 2002.

A. Definición y fundamento de la punición de la tentativa

I. El concepto de tentativa

1 La tentativa es la creación, a través de medios materiales, de un peligro que, enjuiciado sobre la base de la representación del autor, resulta próximo a la realización típica; o bien, cuando ya *ex ante* es previsible la carencia de peligrosidad de dicha acción, una infracción típica de la norma que, a juicio del legislador, constituya una perturbación del Derecho de cierta entidad. Esta descripción no caracteriza ninguna "esencia" de la tentativa que sea independiente de la ley, sino que se corresponde con su regulación en el Derecho vigente (§§ 22, 23) y con el fundamento para su punición que puede ser deducido de la misma.

2 Una tentativa es, en definitiva, una **actuación próxima al tipo con dolo de realización típica**. Esto se infiere del § 22, que exige para la tentativa un inicio inmediato, un disponerse inmediatamente a la realización de la conducta típica. Por lo tanto, lo que tiene lugar antes de ese "inicio inmediato o disposición inmediata" –la preparación del hecho típico– no es tentativa. Es esta delimitación entre preparación y tentativa el núcleo del contenido del § 22 (que, en contra de lo que reza su rúbrica, no contiene una verdadera delimitación conceptual). No obstante, es posible deducir de la "fórmula del inicio o disponerse" los elementos esenciales de una definición de tentativa.

3 Tal y como se deduce del §22, la actuación próxima al tipo debe ser determinada **sobre la base de la representación del autor** (*"según su representación del hecho"*[1]). De este elemento del concepto de tentativa es posible extraer tres tesis esenciales acerca de la tentativa:

4 a) Toda tentativa exige una **decisión (o resolución) de actuar** dirigida a la consumación del delito. Esta decisión de actuar (= dolo) no es, sin

[1] *Hillenkamp*, Roxin-FS, 2001, 689 proporciona un análisis de fondo de la "representación del hecho", a partir de la legislación y de la jurisprudencia.

embargo, idéntica a la "representación del hecho" requerida por el § 22[2]. El elemento intelectual del dolo sí que se corresponde con la representación del autor acerca del hecho. Quien crea un peligro próximo a la realización típica sólo de un modo imprudente, según su representación, no está iniciando la realización de la conducta típica, porque o bien no ve el peligro (imprudencia inconsciente), o bien confía en que el mismo no llegará a realizarse (imprudencia consciente). Así pues, una tentativa imprudente no puede existir, según el Derecho alemán. La misma puede ser, a lo sumo, tratada como un delito de peligro (por ejemplo: puesta en peligro imprudente de la seguridad vial, §315 c).

b) Con "representación del hecho" no se quiere hacer referencia únicamente a un elemento del dolo, sino también a la clase y características de la realización del hecho. Cuando alguien dirige su fusil contra una persona, la existencia de una tentativa de homicidio no depende tan sólo de si se ha actuado con dolo de matar o únicamente con el fin de amenazar. Depende también de si el autor –existiendo dolo- quiere disparar inmediatamente, o más bien pretende hacerlo después de largo tiempo (por ejemplo, al final de una larga discusión). En el primer caso, existe ya tentativa al apuntar con el fusil. En el segundo, todavía no, debido a la falta de inmediatez de la realización típica. Así pues, la existencia de una tentativa debe determinarse **conforme a un criterio objetivo, aunque la perspectiva de enjuiciamiento sea subjetiva**. La "representación del hecho" abarca, según esto, también la "representación del curso de los hechos" del autor, su plan de actuación[3]. 5

c) Por fin, de la adecuación a la representación del autor se deriva también la **punibilidad de todas las formas de tentativa inidónea**[4]. Pues cuando alguien con intención de matar echa en el café de un tercero una sustancia conocidamente inocua, pero tenida por mortal por el autor, no ha iniciado de forma inmediata la realización efectiva de la conducta típica realmente, aunque sí según su propia representación. Que esto es, de acuerdo con el Derecho vigente, una tentativa punible se deriva no sólo del § 22, sino también del § 23 III. Pues si en dicho precepto se otorga al juez un ámbito mayor de discrecionalidad en la determinación de la pena en relación con la punición de las tentativas particularmente insensatas, ello presupone que hay que admitir que existe en principio una tentativa punible. De la fundamentación de la ley, se puede inferir, pues, que ello debería tener también expresión en el § 22[5]. 6

---

[2] Con más detalle, *Hillenkamp*, Roxin-FS, 2001, 700 ss.

[3] Con más detalle, *Hillenkamp*, Roxin-FS, 2001, 703 s.

[4] Con más detalle, *Hillenkamp*, Roxin-FS, 2001, 690 ss., 699.

[5] Proyecto de 1962, 143: "Que la tentativa inidónea resulta punible en el proyecto (...) puede deducirse de la redacción del § 26, apartado 1 (actualmente, con distinto tenor literal, § 22): También las acciones que constituyen un inicio de ejecución únicamente en las representaciones del autor dan lugar a responsabilidad por tentativa (...)".

7 La puesta en peligro así descrita debe estar **próxima al tipo, pero no necesariamente al bien jurídico**; pues debe existir el inicio inmediato de la "realización de la conducta típica" (§ 22). El punto de referencia para la punición de la tentativa no es, por lo tanto, el bien jurídico protegido, sino el tipo penal. Esto es importante, porque, según ello, las acciones pueden ser consideradas como tentativas incluso si, en relación con el bien jurídico protegido, se hallan todavía alejadas del mismo, en el ámbito de la mera preparación. Así, existe una tentativa punible de falsificación de moneda (§ 146) cuando el autor inicia el acto de falsificación; el bien jurídico protegido (el sistema monetario), sin embargo, se vería afectado tan sólo cuando se produjese la introducción de la moneda falsa en el tráfico.

8 Finalmente, solamente existe tentativa cuando el autor, para la consecución de sus fines, emplea medios materiales. **La tentativa supersticiosa realizada con medios irreales** (por ejemplo, el esfuerzo para dañar a otro mediante brujería) resulta por principio **impune**. Esto no resulta directamente del tenor literal de la ley, cuyo § 23 III permitiría en principio subsumir la tentativa supersticiosa. Pero sí ha de deducirse del fundamento de la punición de la tentativa, a tenor del cual en las acciones de esta clase no existe nunca necesidad de pena: el Derecho Penal moderno considera merecedora de represión la actividad dirigida a la realización de la conducta típica solamente cuando se apoya en bases reales. En la tentativa supersticiosa faltan tanto la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, que caracteriza a la tentativa peligrosa, como también el quebrantamiento de la paz jurídica (la "infracción de la norma que perturba el Derecho") en el que se fundamenta la punibilidad de la tentativa no peligrosa.

II. El fundamento de la punición de la tentativa

9 El fundamento de la punición de la tentativa plantea la cuestión de por qué el legislador conmina a la tentativa con una pena, en la proporción prevista. La respuesta a dicha pregunta resulta trascendente, ya que ofrece ayuda para la interpretación de varios problemas de la teoría de la tentativa y porque, además, proporciona la base para cualquier enjuiciamiento político-jurídico acerca de la punibilidad de la tentativa. En lo que sigue se esboza mi propia concepción y a continuación se profundiza mediante la discusión con las más importantes concepciones alternativas.

1. La tentativa como puesta en peligro próxima al tipo o infracción de la norma próxima a la realización típica y que perturba el Derecho (teoría de la unión)

10 La formulación condensada de la rúbrica anterior puede ser expresada en una frase del siguiente modo: el fundamento de la punición de la tentativa estriba en la necesidad de pena por razones preventivo-generales o preventivo-especiales. Necesidad de pena que por regla general se deduce de la puesta en

peligro dolosa próxima a la realización típica; pero que también, de forma excepcional, se puede inferir de una infracción de la norma que provoque una perturbación del Derecho que se manifieste en una acción próxima al tipo.

La peculiaridad de esta concepción consiste en que reconduce el **fundamento de la punición de la tentativa a dos bases diferentes.** Se apoya primariamente en la puesta en peligro próxima al tipo, que caracteriza la tentativa idónea, pero también la tentativa inidónea peligrosa. Y, con ello, a la abrumadora mayoría de todas las tentativas. Ya que, puesto que la peligrosidad de una tentativa sólo puede ser juzgada *ex ante* (*ex post*, toda tentativa fracasada aparece como no peligrosa), también es peligrosa una tentativa inidónea, en la medida en que un observador ajeno y atento, que conociese los objetivos del autor y dispusiera de sus eventuales conocimientos especiales, debiera contar con la producción del resultado. Así, cuando alguien dispara un revólver con intención de matar, sin que le sea posible conocer que un tercero subrepticiamente lo había descargado, estamos ante una tentativa peligrosa, aunque también ante una realizada mediante un instrumento inidóneo. Así es como fue considerado en la moderna teoría de la peligrosidad, dominante en 1930 y defendida por *von Liszt* y por *von Hippel* (con más detalle, nm. 27 s.) y así lo sostienen también en la discusión moderna (dejando a un lado sus diferencias sobre otros aspectos) *Hirsch*[6], *Mir Puig*[7] y *Herzberg*[8]. 11

Una tentativa inidónea no es peligrosa cuando el mencionado observador ajeno y atento ya *ex ante* sabría que la misma no puede conducir al resultado. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de un intento de envenenamiento mediante un medio que resulta, según el conocimiento general, inocuo; o en el caso de una tentativa de homicidio que un autor muy corto de vista comete contra quien para cualquier persona de vista normal resultaría evidente que se trata de una figura de cartón. De acuerdo con el Derecho vigente, también es punible la tentativa inidónea no peligrosa, como se deduce del hecho de que el § 22 se remita solamente a la representación del autor y de que el § 23 III declare en principio punible incluso la tentativa burdamente irracional. Dicha punibilidad no puede ser ya explicada sobre la base del pensamiento de la puesta en peligro, sino tan sólo partiendo de que el legislador considera merecedor de (mayor o menor) pena el hecho de que alguien lleva a la práctica una decisión de actuar, aun cuando la misma no sea peligrosa. Ve en ello una infracción de la norma que ocasiona una perturbación del Derecho y que valora igualmente como una tentativa punible en su caso. 12

Nos hallamos, pues, ante una **concepción dualista**[9]. Aunque el principio de la puesta en peligro ocupa una posición privilegiada en la misma, como 13

---

[6] *Hirsch*, Roxin-FS, 2001, 711.

[7] *Mir Puig*, Roxin-FS, 2001, 729.

[8] *Herzberg*, GA 2001, 257.

[9] La "teoría de la unificación" que aquí se mantiene ha sido expuesta y elaborada por *Heckler*, 2002, 65 ss., adhiriéndose a una primera formulación de dicha concepción que había publicado en Nishihara-FS, 1998, 157 ss.

se puede deducir de las siguientes cuatro razones (nm. 14-17). Con ello no es preciso poner en cuestión el derecho del legislador a declarar en principio punibles las tentativas no peligrosas sobre la base de la infracción de la norma que perturba el Derecho. (nm. 18-24).

14 En primer lugar, el hecho de que la tentativa pueda ser penada más levemente que la consumación (§ 23 II) habla en favor de que la tentativa se fundamente ante todo en el pensamiento de la puesta en peligro. Pues que la idea de que la puesta en peligro es algo menos grave que la lesión es un pensamiento que atraviesa todo nuestro Derecho Penal: por ejemplo, en la punición más leve de los delitos de peligro dolosos en comparación con los correspondientes delitos de lesión; o en la generalizada impunidad de las puestas en peligro imprudentes. Si, por el contrario, el pensamiento de la "infracción de la norma" se antepusiera a la hora de determinar el interés en penar, lo consecuente sería que la tentativa y la consumación fuesen penadas por igual. Pues por lo que hace a la voluntad delictiva no existe diferencia entre consumación y tentativa.

15 En favor del significado preeminente del pensamiento de la puesta en peligro a la hora de penar la tentativa se puede hacer valer, en segundo lugar, el hecho de que las acciones dirigidas a la compleción de la tipicidad, pero que no son en absoluto peligrosas, son penadas en una medida drásticamente más limitada, o incluso no son penadas, como muestran los casos de la tentativa burdamente irracional (§ 23 III) y de la tentativa supersticiosa (nm. 8). Existen también aquí, de acuerdo con la representación del autor, acciones de ejecución delictiva. Si el fundamento esencial para la punición de la tentativa consistiese en dicho componente subjetivo (en la infracción de la norma), una tan amplia ausencia de punición resultaría absurda.

16 En tercer lugar, sólo es posible explicar la frecuente aparición en la ley de la punición de acciones preparatorias porque el legislador considera dichas acciones particularmente peligrosas, a pesar de su gran distancia respecto del resultado. Si, por ejemplo, el concierto para delinquir resulta punible (§ 30 II), al contrario de lo que ocurre con la decisión de delinquir de un autor individual manifestada en una gran cantidad de acciones de preparación por su parte, ello obedece al especial peligro que se deriva del compromiso contraído, de la formación de la voluntad (con más detalles, § 28, nm. 5, 8, 43). En lo que se refiere a la voluntad delictiva y a la proximidad al tipo, ambas formas de comportamiento no se diferencian entre sí, por lo que dichos rasgos no permitirían explicar el diferente tratamiento legal que reciben. Ahora bien, si se atiende ante todo al pensamiento de la puesta en peligro para determinar la punición de los actos preparatorios, constituiría una contradicción valorativa que rigiera otra cosa cuando se trata de fundamentar la punición de la tentativa.

17 En cuarto lugar, solamente la punición de la tentativa peligrosa resulta perfectamente compatible con los fundamentos político-jurídicos y dogmá-

ticos de nuestro Derecho Penal, mientras que la de la tentativa no peligrosa precisa de una justificación adicional, en tanto que peculiaridad dogmática (nm. 18 ss.). El Derecho Penal alemán es un Derecho Penal de la tipicidad[10]. Tanto la tentativa idónea como la tentativa inidónea peligrosa se ubican en el ámbito delimitado por la misma: la tentativa idónea es una cuasi-realización del tipo penal y un hecho típico de peligro *sui generis*, que se asemeja a un delito de peligro concreto[11] y que, por consiguiente, se suma a las formas de delito reconocidas. Ello se corresponde con el hecho de que tanto la tentativa idónea como la puesta en peligro constituyan etapas del curso hacia la consumación. La tentativa inidónea peligrosa, por su parte, se asemeja a un delito de peligro abstracto, puesto que, en una consideración *ex ante*, la realización de la conducta típica aparecerá como seriamente posible[12]. Todas estas condiciones no se dan en el caso de la tentativa no peligrosa, que resulta ser irrelevante desde el punto de vista de la tipicidad y carente de peligrosidad y que, por lo tanto, no puede conducir a ninguna consecuencia ulterior. Igualmente, en la teoría de la imputación objetiva[13] (que configura la tipicidad) sólo tiene cabida la tentativa peligrosa[14], que crea un riesgo no permitido, cosa que no sucede en el caso de la tentativa no peligrosa.

Por otra parte, la tentativa no peligrosa tiene tantas semejanzas con la peligrosa que no se puede negar al legislador la justificación para incluirla en el ámbito de lo punible, como una clase defectuosa de tentativa. La culpabilidad por la voluntad de quien, según el juicio de un tercero atento, lleva a cabo una tentativa absolutamente no peligrosa se corresponde con la del resto de los autores de tentativas, puesto que parte igualmente de la base de la viabilidad de un plan delictivo. Asimismo, desde una perspectiva preventivo-especial, su conducta no resulta menos necesitada de punición que la del autor de una tentativa peligrosa. Pues él muestra, mediante la entrada en la fase de ejecución (aun cuando dicha entrada solamente tenga lugar en su representación) que es capaz y que está dispuesto a cometer el delito que ha planeado. De este modo, no es cierto que la punición de la tentativa no peligrosa caiga en el ámbito del Derecho Penal del carácter[15]. Pues el autor no sólo ha demostrado su mala voluntad, sino la misma ha sido transformada en una acción de ejecución. 18

---

[10] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 10, nm. 2.

[11] No se trata de identidad. Pues en los delitos de peligro concreto –por mencionar tan sólo una diferencia- el resultado se evita únicamente por azar (cfr. *Roxin*, AT I, 3ª, § 11, nm. 117 [= PG I, § 11, nm. 110]), mientras que en la tentativa idónea el fracaso puede tener que ver con acciones de reacción planeadas.

[12] Tampoco en este caso existe una identidad, pues en los delitos de peligro abstracto el bien jurídico que probablemente se ponga en peligro no está contenido en el tipo penal. La comparación con los delitos de peligro concreto y abstracto se encuentra en *Mir Puig*, Roxin-FS, 2001, 744. En sentido similar, igualmente, *Kratzsch*, JA 1983, 420 ss.; 578 ss. (581); *el mismo*, 1985, 63, 430.

[13] Al respecto, *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 11.

[14] En sentido similar, *Weigend*, 1989, 127.

[15] En este sentido, *Hirsch*, Roxin-FS, 2001, 722 ss.

19 Las diferencias principales entre la tentativa peligrosa y la no peligrosa se producen únicamente desde el punto de vista de la prevención general. Pues mientras que la peligrosidad de una creación de riesgo próxima a la realización típica puede justificar su sanción ya desde el punto de vista de la protección del bien jurídico, este fundamento no concurre en el caso de la tentativa no peligrosa. La libertad de configuración del legislador permite, sin embargo, que también una acción de ejecución que está completa únicamente desde el punto de vista subjetivo pueda ser declarada punible, en tanto que quebrantamiento de la paz concretado típicamente (como "infracción de la norma que perturba el Derecho"), siempre que su carencia de peligrosidad sea tomada en consideración de forma suficiente a la hora de determinar las consecuencias jurídicas. Esto es, precisamente, lo que sucede en los §§ 46 II [criterios de medición de la pena] y 23 III.

20 No es posible considerar que toda tentativa no peligrosa resulta burdamente irracional, en el sentido del §23 III. Cuando alguien dispara con intención de matar a una figura de cartón, a causa de su corta vista, se trata de una tentativa no peligrosa, en la medida en que un observador medio habría reconocido la figura desde el primer momento como una figura de pega. Pero no es posible fundar el error del autor en una burda irracionalidad o falta de comprensión. Y lo mismo ocurre si un autor que quiere envenenar a otra persona, se equivoca, debido a su agitación, y le echa en la sopa una sustancia que cualquiera sabría que es completamente inocua. En ambos casos se puede tomar en cuenta la ausencia de peligrosidad de la tentativa en la medición de la pena (el § 46 II menciona las "consecuencias del hecho" como factor de medición de la pena).

21 Por el contrario, cuando las tentativas no peligrosas se originen en un desconocimiento de las conexiones causales indicadas por las leyes naturales (el intento de causar el aborto con manzanilla o el intento de envenenar con agua azucarada constituyen ejemplos particularmente evidentes de ello), deberá ser considerada una tentativa burdamente irracional y, de acuerdo con el § 23 III, deberá quedar exenta de pena o castigada con una pena fuertemente atenuada. Con ello se toma en cuenta de forma relevante la falta de peligrosidad de estas tentativas, de manera que el pensamiento de la puesta en peligro aparece aquí relativizado, aunque no carente de significación alguna.

22 *Herzberg*[16] pretende conformarse con una teoría monista y hallar en la puesta en peligro el fundamento de la punición de todas las tentativas inidóneas (incluyendo las que aquí he denominado "no peligrosas"), pues la representación del autor le serviría al legislador "como indicio del peligro real de una realización completa del hecho típico". Sin embargo, en las tentativas no peligrosas dicho indicio aparece contrarrestado ya en una valoración *ex ante*, con lo que ya la peligrosidad no puede servir ya como fundamento de

[16] *Herzberg*, GA 2001, 257 ss. (265 s.).

la punición. *Herzberg* se percata también de esto, pero argumenta que el § 23 III trata estos casos de falta de peligrosidad. Pero, de este modo, se deja de lado el hecho de que el § 23 III no abarca todas las formas de aparición de la tentativa no peligrosa; y que, incluso en los casos de burda irracionalidad o falta de comprensión y de una exención total de pena basada en la misma (exención que es meramente facultativa), el autor del delito intentado es declarado culpable y cargado con el pago de las costas. Parece por ello más correcto entender que la puesta en peligro constituye tan sólo el fundamento principal de la punición de la tentativa. En todo caso, la concepción aquí defendida se diferencia de la de *Herzberg* tan sólo en aspectos secundarios.

Si aquí se está basando la tentativa en un doble fundamento (primariamente, en la puesta en peligro próxima al tipo, y subsidiariamente en la infracción de la norma próxima al tipo y que constituya una perturbación del Derecho), ello debe servir para reforzar la idea de que la punición de la tentativa inidónea (o de algunas de sus formas) no resulta tan evidente, como en Alemania asume la mayoría[17]. Todavía en 1930, prácticamente toda la ciencia penal alemana veía en la puesta en peligro el único fundamento de la tentativa; y aún hoy en el Derecho extranjero (por ejemplo, en Austria, en Italia, en Holanda, en Estados Unidos, en Japón) la tentativa inidónea resulta en muchos casos no punible[18]. El hecho de que la ciencia penal alemana, desde hace ya mucho tiempo, sólo muy infrecuentemente haya puesto en cuestión el merecimiento de pena de la tentativa inidónea, o cuando menos de la tentativa no peligrosa, o de la irracional, está relacionado con la creciente tendencia, a lo largo del siglo XX, hacia una subjetivización del injusto, que de ninguna manera se limita exclusivamente a la teoría finalista de la acción[19] y que tan sólo ha experimentado una cierta corrección gracias a la teoría de la imputación objetiva. Dado que la tentativa inidónea, en todas sus formas de aparición, expresa la voluntad delictiva del autor del mismo modo que la tentativa idónea, su merecimiento de pena no fue puesto en duda. Con ello, sin embargo, se estaba olvidando el hecho de que también la tentativa conlleva su propio desvalor del resultado, que puede ser de muy diversa gravedad y que puede incidir de forma relevante sobre el merecimiento de pena. 23

Por consiguiente, existen **razones de peso en favor de la no punición de la tentativa no peligrosa; o, cuando menos, de la burdamente irracional.** Se puede cuestionar que una tentativa que resulta obviamente no peligrosa para cualquier observador precise en realidad de sanción, cuando un autor que, teniendo un proyecto delictivo idóneo y altamente peligroso, si fracasa justo antes de traspasar el límite de la tentativa, permanece, sin embargo, impune. 24

[17] En el mismo sentido, *Dicke*, JuS 1968, 157 ss.; *Hirsch*, Roxin-FS, 2001, 713; *Rudolphi*, Maurach-FS, 1972, 51 ss. (70 ss.); *Weigend*, 1989, 128. Una descripción general del estado de la cuestión en *Malitz*, 1998, 132 ss., que, en todo caso, defiende la teoría de la peligrosidad.

[18] Cfr. *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 49 IX, y, en particular, sobre el Derecho japonés, *Naka*, 1989, 93 ss.

[19] Cfr., al respecto, también *Hirsch*, Roxin-FS, 2001, 713.

Y se puede dudar también de la necesidad de punición debido al hecho de que las tentativas no peligrosas son realizadas en su mayoría en formas que no resultan prototípicamente delictivas (el decidido a envenenar echa, por equivocación, azúcar en el café), por lo que rara vez son descubiertas; y, por lo tanto, de hecho suelen permanecer impunes. Que todas las formas de tentativa inidónea resultan en principio punibles según el Derecho vigente no se sigue del fundamento principal de la punición –también en el Código Penal alemán- en la puesta en peligro próxima a la realización típica, sino que exige una decisión legislativa adicional, que es posible, pero de ningún modo obligada.

2. Las teorías objetivas de la tentativa

25 Las teorías objetivas de la tentativa eran dominantes todavía en la ciencia penal alemana durante las primeras décadas del siglo XX (cfr. nm. 23), a pesar de que el Código Penal de 1871 había dejado expresamente abierta la cuestión de la punición de la tentativa inidónea[20]. Debido a la punibilidad de todas las tentativas inidóneas, a tenor del Derecho vigente, hoy, sin embargo, no constituyen ya una explicación suficiente de la punición de la tentativa. Pese a todo, merecen ser discutidas porque, al menos en su forma de moderna teoría de la peligrosidad, todavía determinan –según aquí se defiende- de forma decisiva el fundamento de la punición de la tentativa. La presentación puede, no obstante, ser sintética, pues su contenido ha sido valorado ya al exponer mi propia posición (nm. 10-24). Y tampoco es preciso profundizar en la difícil cuestión de la delimitación entre tentativa idónea y tentativa inidónea, dado que, a causa de la punibilidad de todas las tentativas inidóneas, la misma carece de importancia.

26 La descripción de estas teorías como "objetivas" es equívoca. Pues toda teoría "objetiva" tiene que incluir elementos subjetivos: el dolo (nm. 4) y el plan delictivo (nm. 5) son importantes para la determinación de la tentativa también en una teoría objetiva. Sería preferible, pues, hablar de teorías de la puesta en peligro o, en todo caso, de teorías predominantemente objetivas. No obstante, para no dificultar la comprensión, se emplea aquí la terminología más extendida.

27 Debe entenderse que la formulación más correcta de la teoría objetiva es la (moderna) **teoría de la peligrosidad**[21], que considera como punible solamente la tentativa peligrosa y que determina la existencia de peligro del modo en que lo había hecho anteriormente la teoría de la adecuación y hoy lo hace la teoría de la imputación objetiva[22]. Según ello, una tentativa es peligrosa cuando un observador medio cuidadoso que conociera los objetivos del autor y que tuviera, eventualmente, sus conocimientos especiales debería considerar, *ex ante*, como muy posible la producción del resultado. Se puede

---

[20] Cfr., al respecto, tan sólo RGSt 1, 439 (441); *v. Hippel*, StrafR II, 1930, 418, con ulteriores referencias.

[21] La descripción procede de *v. Hippel*, StrafR II, 1930, 425.

[22] *Roxin*, AT I, 2.ª, § 11 [PG I], § 11, nm. 29, 42.

presentar esto de forma intuitiva, considerando la forma en la que el suceso sería comentado por el mencionado observador hipotético: en la tentativa peligrosa, gritaría al autor *"¡Detente!"*; en la no peligrosa, *"¡Estúpido!"*[23].

En esta formulación, la teoría de la peligrosidad fue defendida por pri- 28
mera ver por *von Liszt*[24] y posteriormente fue desarrollada por *von Hippel*[25]. Resulta preferible a otras formulaciones de la teoría objetiva por coincidir con el concepto de peligro propio de la teoría de la imputación objetiva (cfr. nm. 27) y, de este modo, encajar sin fricciones en los fundamentos dogmáticos de la teoría de la tipicidad. Una debilidad tanto de esta como de todas las teorías objetivas de la tentativa basadas exclusivamente en la idoneidad de la acción del autor es que el concepto de peligrosidad no constituye un criterio adecuado para delimitar la tentativa frente a los actos preparatorios no punibles: también la preparación produce ya un peligro, que se va elevando progresivamente hasta llegar al resultado. La referencia a un peligro concreto[26] favorece la delimitación. Pero tampoco toda tentativa idónea es un peligro concreto, en el sentido en que hoy entendemos tal concepto[27]. Es preferible, por ello, hablar de peligro próximo al tipo y, consiguientemente, de un peligro *sui generis*.

Las restantes modalidades de la teoría objetiva poseen hoy ante todo interés histórico, por 29
lo que sólo precisan ser examinadas de modo sumario. La **"teoría objetiva antigua"**[28], dominante antes de 1870 y aún hoy defendida, diferencia entre **tentativa absolutamente inidónea**, no punible, y **tentativa relativamente inidónea**, que debería ser sancionada. Según esto, absolutamente inidónea sería aquella tentativa que ya desde un inicio no puede llegar hasta la consumación; la inidoneidad relativa existiría cuando un medio en sí mismo idóneo se muestra inidóneo sólo en su empleo en el caso concreto (una dosis demasiado pequeña de veneno, un fusil con un alcance demasiado corto). Pero esta distinción no parece sostenible; o, cuando menos, no resulta convincente. ¿Debería considerarse sólo relativamente inidónea (y, por consiguiente, peligrosa) una tentativa de matar con una única píldora para dormir, tan sólo por el hecho de que 20 píldoras para dormir sí que serían mortales?

Amplio seguimiento poseía todavía en 1930 la teoría de la **"falta de tipo"**[29]. De acuerdo con 30
la misma, existe tentativa solamente cuando el resultado externo no ha sido producido: por

---

[23] *v. Hippel*, StrafR II, 1930, 428.

[24] En todas las ediciones de su tratado y, por fin, en la 21ª/ 22ª 1919, 200. La posterior, actualizada por Eb. Schmidt (25.ª, 1927, 302 ss.), se pasó a la teoría de la "falta de tipo penal" (al respecto, nm. 30). *v. Hippel* (StrafR II, 1930, Fn. 4) comenta lo siguiente: "Con ello llega a su culmen el alejamiento del tratado de von Liszt".

[25] *v. Hippel*, StrafR II, 1930; otros partidarios de esta teoría, op. cit., 427, n. 1. Cfr., al respecto, también el discípulo de Hippel, *Hans Henckel*, 1930, 37 ss.

[26] *v. Hippel*, StrafR II, 1930, 425 ss.

[27] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª, § 11 [PG I], § 11, nm. 107 ss.; para una exposición de la diferencia, cfr. ya *supra* n. 2.

[28] La denominación aparece en *v. Hippel*, StrafR II, 1930, 417; también con amplias referencias a la doctrina antigua.

[29] En primer lugar, *Binding*, Handbuch StrafR, 1885, 691 ss.; posteriormente, *Binding*, Normen III, 1918, 401 ss.; restantes partidarios destacados: *Frank*, StGB, 18ª, 1931, § 49, Anm. I; *v. Liszt/Schmidt*, StrafR, 26ª, 1932, § 46 I 2; *Mezger*, StrafR, 2ª, 1933, § 53 III 2; un trabajo importante: *zu Dohna*, Güterbock-FS, 1910, 33 ss. Ulteriores referencias en *v. Hippel*, StrafR II, 1930, 431, n. 1.

ejemplo, el disparo, con intención de matar, que ha errado su objetivo. Si no concurriesen otras circunstancias (ejemplos: la cosa tomada con intención de hurtarla resulta no ser "ajena", el medio estrictamente determinado, necesario de acuerdo con el § 224 I núm. 1 [lesiones especialmente peligrosas], resulta no ser ningún "veneno", o el objeto de un disparo realizado con intención de matar resulta no ser ningún "ser humano"), esta falta de tipicidad sería por principio no punible. No obstante, por lo que hace a su significación para la punibilidad, todos los elementos del tipo deben ser considerados de igual valor[30]. Y a menudo resulta arbitrario entender un elemento del tipo como parte del resultado o un criterio independiente de éste: así, se puede interpretar como resultado de la acción de hurto el apoderamiento de una "cosa", pero también de una "cosa ajena"[31]; y, sin embargo, ello tendría, de acuerdo con esta teoría, consecuencias distintas. Tampoco convencen sus consecuencias[32]. ¿Por qué debe el aborto sobre un objeto inidóneo (por faltar el elemento feto) quedar impune y, sin embargo, el aborto realizado con un medio inidóneo, en el que sólo falla el resultado, ser penado? ¿Y por qué la errónea asunción por parte del autor de que una sustancia inocua constituye un veneno debe excluir la pena de la tentativa en el caso del §224 I núm. 1, donde "veneno" es un elemento del tipo, pero no en el §211 [asesinato]?

31 *Spendel*[33] desarrolló todavía otra variante de la teoría objetiva. Él defiende la tesis de que la "**perspectiva** ***ex ante*** para determinar la existencia de la tentativa peligrosa... sólo puede **hacer referencia** a una **acción** que remite hacia el futuro, que muestra una determinada tendencia objetiva hacia la lesión del bien jurídico, pero no a las restantes circunstancias presentes, independientes del autor, en especial, al objeto material". Así, debería concurrir una tentativa idónea de homicidio en el caso de un autor que cree poder matar a su victima ya mediante "la producción de un corte inofensivo"[34], si *ex post* su acción se prueba peligrosa, a consecuencia de un problema sanguíneo imprevisible. Pero esto no es correcto[35]. Pues, según ello, debería estimarse que existe incluso un asesinato consumado en el caso de la tormenta (*Roxin*, AT I, § 11, nm. 36, 45 [= PG I, § 11, nm. 33, 41a]), cuando el sujeto enviado bajo la la lluvia fallece a consecuencia del rayo. En el ejemplo de *Spendel* hallamos únicamente una tentativa inidónea, en la que incluso hay que preguntarse si no cae en el ámbito del § 23 III, como burda irracionalidad o falta de comprensión. Por otra parte, *Spendel* pretende admitir la existencia de una tentativa inidónea si una mujer emplea un medio adecuado para abortar si "en contra del diagnóstico preciso de un médico experimentado, descubre que no estaba embarazada"[36]. Pero dicha acción es tan peligrosa como una tentativa fracasada por otros motivos (puede incluso que el aborto intentado por la mujer resulta no punible, según el Derecho vigente, tanto en un caso como en el otro).

3. La teoría subjetiva de la tentativa

32 De acuerdo con la teoría subjetiva, que defiende la jurisprudencia, el fundamento de la punición de la tentativa estriba en la **puesta en marcha** por parte del autor **de una voluntad enemiga del Derecho**. Esta interpretación fue defendida desde antiguo por el RG y ha sido asumida sin ningún esfuerzo propio de fundamentación por el BGH[37]. Más aún, se afirma que la misma

---

[30] *v. Hippel*, StrafR II, 1930, 432.

[31] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/16.

[32] *v. Hippel*, StrafR II, 1930, 434.

[33] *Spendel*, Stock-FS, 1966, 105.

[34] *Spendel*, Stock-FS, 1966, 104.

[35] En relación con esto y con lo que sigue, una réplica convincente en *Wolter*, 1981, 84 ss.

[36] *Spendel*, Stock-FS, 1966, 105.

[37] RGSt 1, 439; 1, 451; 8, 198; 17, 158; 24, 382; 38, 423; 42, 92; 47, 189; 49, 20; 50, 35; 58, 303; 60, 138; BGHSt 11, 324 (327).

fundamenta el Derecho vigente desde 1975. Así, la Comisión Especial para la Reforma Penal habla de la "teoría subjetiva de la tentativa, expresamente reconocida en el nuevo Código Penal"[38]. La teoría tiene también en la doctrina bastantes defensores[39].

El fundamento de la teoría subjetiva se apoya principalmente en dos argumentos, que estaban contenidos ya en una temprano sentencia de la Sala Penal del RG (RGSt 1, 439). En primer lugar, el RG opina que "no hay duda de que en la tentativa **la voluntad criminal constituye el fenómeno contra el que se dirige la ley penal**, en contraposición al del resultado antijurídico, derivado de la voluntad criminal, que se manifiesta en la consumación. Por ello, toda puesta en relación con la consumación, en tanto que justo lo contrario de la tentativa debe ser descartada, y no se debe exigir más que el hecho de que el pensamiento criminal se haya manifestado en acciones exteriores". 33

Al lado de este énfasis en la voluntad criminal, se añade, como segundo argumento principal, que no es posible distinguir entre tentativas peligrosas y no peligrosas, pues en cualquier tentativa falta la causalidad del resultado. Y, dado que no es posible diferenciar distintas formas de causalidad o de no causalidad, en realidad todas las tentativas son no peligrosas. "Puesto que la acción no ha lesionado el bien jurídico en el caso concreto, ello prueba de forma incontrovertible que, en el caso concreto,no podía llegar a lesionarlo, y no estaba en condiciones de hacerlo, por lo que el bien jurídico no fue puesto en peligro por la acción..." (loc. cit., 441). 34

Estas razones no son convincentes[40], incluso si se parte –como el Derecho vigente- de la punibilidad en principio de todas las tentativas inidóneas. Así, por lo que se refiere a la voluntad criminal manifestada, como fundamento de la punición de la tentativa, hay tres argumentos en contra. En primer lugar, este punto de partida no explica por qué la tentativa solamente es penada en una parte de los casos y además, de hecho, de forma más atenuada que la consumación; por qué en los casos de tentativa burdamente irracional, de acuerdo con el § 23 III, la pena se reduce aún más, e incluso puede llegarse a la exención total; y por qué la tentativa supersticiosa es, sin más, impune. Pues en todos estos casos existe por igual una voluntad contraria al Derecho, por lo que las diferencias en su punición sólo puede ser explicada en virtud de la graduación de la puesta en peligro (cfr. nm. 14, 15). 35

---

[38] A favor, *Baumann/Weber*, AT, 9ª, § 32 I 2 c (en *los mismos*, AT, 10ª, § 26 I 3 c, por el contrario, se defiende una interpretación intermedia con un fuerte énfasis subjetivo); en contra, con razón, *Meyer*, ZStW 87 (1975), 603.

[39] Cfr., tan sólo, en la doctrina moderna, *Baumann/Weber*, AT, 9ª, § 32 I 2 c; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 22, nm. 11; se aproxima también a la teoría subjetiva *Otto*, AT, 6ª, § 18 I 3, al intentar superar la oposición entre la teoría objetiva y la teoría subjetiva; también *Tröndle/Fischer*, 49ª, § 22, nm. 24 (*Tröndle/Fischer*, 50ª, § 22, nm. 24 defiende, ahora, una teoría intermedia).

[40] Para la crítica de la teoría subjetiva, cfr. tan sólo *v. Hippel*, StrafR II, 1930, 421 ss.; *Spendel*, NJW 1965, 1881; *Dicke*, JuS 1968, 157; *Weigend*, 1989, 123 ss.; *Jakobs*, AT, 2ª, 25/17.

36 En segundo lugar, la teoría subjetiva tampoco permite entender por qué los actos preparatorios quedan generalmente impunes, dado que también en ellos se manifiesta una voluntad contraria al Derecho. La teoría subjetiva condujo en la jurisprudencia del RG a una notable anticipación en la punición de la tentativa[41], que el legislador de la nueva Parte General, a través de la fórmula del inicio de la realización típica, ha intentado corregir. Ya esta circunstancia muestra qué insatisfactorio es que la Comisión Especial (nm. 32) hablase de un reconocimiento legal de la teoría subjetiva. En contra de tal reconocimiento habla, precisamente la impunidad generalizada de los actos preparatorios, a causa de su menor peligrosidad (cfr. ya nm. 16).

37 Por fin, tampoco resulta convincente la idea de que la tentativa deba ser considerada como la antítesis de la consumación (RGSt 1, 441, cfr. nm. 33), de manera que en aquélla el fundamento de la punición estribaría en la voluntad, mientras que en ésta se derivaría del resultado. Pues con ello se olvida que por regla general la tentativa constituye un paso y un estadio previo hacia la consumación, y que es ya un ataque material al bien jurídico, aunque sea sólo en forma de puesta en peligro. La asunción de una relación de contraposición escinde la tentativa de la tipicidad y divide el sistema del Derecho Penal en dos partes independientes. Tal solución no se corresponde con los fundamentos dogmáticos de nuestro Derecho Penal (cfr. nm. 17).

38 El segundo argumento del RG (que la evitación del resultado prueba siempre la carencia de peligrosidad de la acción del autor, de manera que, debido a ello, no es posible distinguir entre acciones peligrosas y no peligrosas: nm. 34) es hoy rechazado de forma general y apenas cuenta con defensores[42]. Se remonta a la teoría de la equivalencia de las condiciones de *von Buri*[43] y al error naturalista según el cual no habría otra cosa que conexiones causales (en ese mismo error se basa la similar y también equivocada teoría subjetiva de la participación: cfr. § 25, nm. 17 ss.). Por supuesto, *ex ante*, es posible distinguir entre acciones peligrosas y acciones no peligrosas, como vienen haciendo desde hace ya mucho tiempo la teoría de la adecuación y la teoría de la imputación objetiva (nm. 27). También el legislador emplea el concepto de peligro, si bien no siempre con el mismo contenido, en diferentes contextos (cfr. tan sólo §§ 34, 35 [estado de necesidad, justificante y exculpante], 224, 315 a, b, c) [puesta en peligro del tráfico ferroviario, marítimo, aéreo y vial], lo que no resultaría posible si no hubiese alguna base material. Ya *von Hippel*[44] señaló, de forma sarcástica, pero convincente: "Según von Buri y el Reichsgericht,

---

[41] Una impresionante presentación general de dicha jurisprudencia en *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 40/29 ss., donde se destaca "que el subjetivismo extremo fuerza la ley" (cfr. nm. 39).

[42] Una excepción es *Baumann/Weber*, AT, 9ª, § 32 I 2 c (de otra opinión, *los mismos*, AT, 10ª, § 26 I 3 c): toda tentativa revelaría "en la ausencia de consumación, que era inidónea para desarrollarse hasta el delito consumado".

[43] Al respecto, *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 11, nm. 7.

[44] *v. Hippel*, StrafR II, 1930, 422.

todos nuestros combatientes en la guerra que han regresado a la patria nunca llegaron a estar en peligro. Ellos lo creen así (...) Pero esto es un (...) error (...) ¡En peligro estuvieron tan sólo los caídos! ¡Puesto que el curso causal es objetivamente necesario, quien haya permanecido con vida, en realidad es que nunca llegó a estar en peligro!".

Así pues, la teoría subjetiva es, en la formulación que hemos visto hasta 39
ahora, insostenible y contradice el Derecho vigente. Hay dos variantes modernas de la teoría subjetiva que formulan mejor sus aspectos más correctos, pero que tampoco resultan adecuadas para servir como fundamento general de la punición de la tentativa.

Una "rama de la teoría subjetiva de la tentativa"[45], nunca desarrollada en 40
cuanto a sus fundamentos, pero que merece atención, sigue una "orientación preventivo-especial en cuanto a la peligrosidad del autor" (**teoría del autor**). Esta teoría se remonta a *E. von Liszt*[46], para quien el fundamento de la tentativa es la "mala voluntad, comprobada una vez y, con toda probabilidad, subsistente, que puede dar lugar a miles de nuevas acciones peligrosas". También *Lange*[47] entiende que existe tentativa punible cuando la acción muestra "al autor como agresor peligroso" contra el bien jurídico. La interpretación de *Bockelmann*[48], de que "puede existir tentativa allí donde el dolo delictivo ha superado la prueba de fuego de la situación crítica", puede ser puesta en relación con la teoría del autor.

Esta teoría reconoce adecuadamente el componente preventivo-especial 41
de la punición de la tentativa (cfr. nm. 18). También puede explicar mejor que la teoría puramente subjetiva, orientada exclusivamente hacia la "voluntad", la no punición de la mera preparación y la atenuación de la pena de la tentativa burdamente irracional. Pues si alguien es o no capaz de cometer un delito, si alguien es un "agresor peligroso", se demuestra cuando supera (según su representación) el umbral de la tentativa. Y también resulta convincente la menor peligrosidad del autor burdamente irracional.

Pero la teoría del autor, al pretender fundamentar la punición de la ten- 42
tativa de manera excluyente, se ve expuesta al ataque de que, en un Derecho Penal del hecho, una peligrosidad, aun si es elevada, no basta para la punición. Es sabido que incluso en los delitos consumados no siempre concurre una necesidad de pena por razones preventivo-especiales[49]; necesidad que faltará aún más frecuentemente en el caso de las tentativas inidóneas. Es preciso, por lo tanto, para legitimar la punición de la tentativa, referirse en todo

---

[45] Sobre esto y lo que sigue, *Weigend*, 1989, 118.

[46] *E. v. Liszt*, ZStW 25 (1905), 24, 27, 36.

[47] *Kohlrausch/Lange*, StGB, 43ª, antes del § 43, nota III 3. En todo caso, en dicha obra se evita basarse de manera unilateral en la teoría del autor, en favor de la teoría, aquí defendida, de la unificación (cfr. nm. 10 ss.).

[48] *Bockelmann*, JZ 1954, 473 (= Untersuchungen, 146).

[49] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 3, nm 19.

caso a la puesta en peligro objetiva o, como mínimo, al quebrantamiento de la paz jurídica provocado por el autor.

43 Puede ser vista también como una variante de la teoría subjetiva la interpretación de *Jakobs*[50], a tenor de la cual **"el fundamento de la punición de la tentativa es la expresión de un quebrantamiento de una norma"**. Tal quebrantamiento de normas estaría ausente en el caso de la tentativa supersticiosa: "una norma realmente existente no es quebrantada si el autor, al constituir su dolo, especialmente al elegir los medios, parte de una configuración del mundo comunicativamente no relevante".

44 Esta teoría explica adecuadamente la punición de la tentativa inidónea no peligrosa, en la medida en que mediante la referencia a la "expresividad" también se toma en consideración su aspecto objetivo. Evita también la separación estricta (de la que parte la teoría subjetiva sostenida por la jurisprudencia) entre una consumación orientada hacia el resultado y una tentativa portadora de voluntad, al ver tanto en la tentativa como en la consumación "una agresión perfecta a la vigencia de la norma"[51]. Pero va demasiado lejos: cuando apenas establece diferencia, por lo que hace a su injusto, entre el delito consumado y las diversas clases de tentativa, convirtiéndose estas en el prototipo del injusto. En la medida en que *Jakobs* concibe el delito "primariamente no como realización de lesiones sobre bienes", sino como "lesión de la vigencia de la norma"[52], se aleja de los fundamentos objetivos del Derecho Penal del hecho, en favor de una subjetivización, que se aproxima al Derecho Penal del carácter. Así, las diferencias en los niveles de punición entre la consumación, la tentativa y la tentativa irracional no pueden ser explicadas, si se parte de que todas estas formas de acción constituyen en sí mismas "agresiones perfectas a la vigencia de la norma".

45 También sería una consecuencia de este punto de partida la punición de los actos preparatorios, en tanto "quebrantamientos expresivos de la norma". *Jakobs* intenta evitar esto exigiendo un quebrantamiento de la norma "próximo al tipo"[53]. Pero esta restricción, en sí misma correcta, no puede ser fundamentada a partir de su concepción teórica[54]. ¿Por qué habría que exigir que el quebrantamiento de la norma fuera "próximo al tipo", si la lesión del bien jurídico protegido por los tipos penales, no es relevante para el injusto? Hay que apoyar la síntesis de *Weigend*[55]: "Si el injusto merecedor de pena se basa en la rebelión contra un valor social jurídico-penalmente protegido, entonces no sólo falla a la hora de establecer una delimitación

---

[50] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/21. En un sentido similar camina también *Guhra*, 2002, que ve el fundamento de la punición de la tentativa en la "la fundamentación del peligro de un daño a la vigencia de la norma" (15 ss.; 47).

[51] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/17.

[52] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/15.

[53] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/21.

[54] Así, también *Weigend*, 1989, 125, n. 64.

[55] *Weigend*, 1989, 125.

entre preparación y tentativa a partir de criterios teóricamente fundados, sino incluso cuando se trata de explicar el hecho de que las acciones que son 'claramente' preparatorias sean excluidas de la punición".

4. La teoría de la impresión

Una teoría prontamente definida[56] y hoy –con diversos matices- ampliamente defendida[57] fundamenta la punición de la tentativa en la **impresión perturbadora del Derecho** ocasionada por el comportamiento del autor. Aunque falte el resultado, el comportamiento del autor provocaría un quebrantamiento de la paz social que exige castigo. Esta concepción se ubica entre lo subjetivo y lo objetivo, entre el injusto de la voluntad y el injusto de la puesta en peligro, en la medida en que toma como motivo para la punición no sólo la voluntad delictiva demostrada, sino también su impresión sobre la generalidad; sin exigir, sin embargo, una puesta en peligro efectivo, que no concurre en todas las tentativas. También explica fácilmente las diferencias en la punición de la consumación, de la tentativa común, de la tentativa burdamente irracional y de la tentativa supersticiosa: la impresión perturbadora del Derecho, y con ello la necesidad de pena, disminuye progresivamente en cada una de las modalidades de la enumeración anterior. E igualmente, permite explicar que las acciones de preparación permanezcan impunes, porque las mismas todavía no dan lugar a una impresión perturbadora del Derecho, o bien la impresión es tan fugaz que no exige sanción. 46

Aunque esta teoría resulta hoy prácticamente dominante, en las publicaciones más recientes ha hallado numerosas críticas, con toda razón[58]. No es acertada, sin embargo, la crítica de que la "impresión perturbadora del Derecho" resulta en realidad demasiado cambiante e indeterminada para que sirva para explicar algo. Pues no se trata de partir de las impresiones de observadores reales, que no tienen por qué estar presentes en el momento del hecho. Lo decisivo es más bien si la acción del autor resultaría adecuada para producir una impresión perturbadora a un observador medio y sensato que conociese todos los hechos externos e internos. Se trata, pues, de un juicio de valor. Pero este juicio de valor sigue siendo vago y no es más que una descripción del juicio legal de merecimiento de pena. Sobre ello procede realizar las siguientes reflexiones. 47

---

[56] Sobre la evaluación histórica, sintéticamente, *Zaczyk*, 1989, 21 ss. Los primeros defensores de esta teoría son, entre otros: *Bünger*, ZStW 6 (1886), 291 ss., 361; *Horn*, ZStW 20 (1900), 309 ss., 357; *v. Bar*, 1907, 490 s., 527 ss.; *v. Gemmingen*, 1932.

[57] Cfr. tan sólo *Cropp*, AT, 2ª, § 9, nm. 48; *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 712; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 40/40 ss.; *J. Meyer*, ZStW 87 (1975), 604; *Papageorgiou-Gonatas*, 1988, 200 ss.; *Roxin*, JuS 1979, 1; SK-*Rudolphi*, 6ª, antes del § 22, nm. 13 ss.; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, antes del § 22, nm. 22; *Schünemann*, GA 1986, 311; *Streng*, ZStW 109 (1997), 862, 865; LK-*Vogler*, 10ª, antes del § 22, nm. 52; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 594; *Wolter*, 1981, 79 (aunque sólo para el caso excepcional de la tentativa inidónea).

[58] Por parte de *Herzberg*, GA 2001, 266 s.; *Hirsch*, Roxin-FS, 2001, 714 ss.; *Jakobs*, AT, 2ª, 25/20; *Köhler*, AT, 454; *Kühl*, JuS 1980, 507; *el mismo*, AT, 3ª, 15/40 ss.; *Weigend*, 1989, 121 ss.; *Zaczyk*, 1989, 21 ss.

48 En primer lugar, hay que criticar (al igual que en relación con la teoría del "quebrantamiento expresivo de la norma", que se asemeja a la teoría de la impresión: nm. 44) el hecho de que esta concepción sirva para todas las formas de aparición de la conducta delictiva, incluyendo la consumación, de manera que no contiene nada específico en relación con la tentativa. Y también que reconduzca todas las acciones punibles a un punto de vista que sólo resulta adecuado para determinadas formas de tentativa inidónea. Cuando se fundamentan las atenuaciones de la pena del § 23 III en la insignificancia de la impresión perturbadora del Derecho, se está pasando por alto el hecho de que esto es sólo una consecuencia de la ausencia de peligrosidad en la tentativa burdamente irracional.

49 Del mismo modo, sólo de forma muy inexacta es posible delimitar tentativa y actos preparatorios a partir de la "impresión perturbadora del Derecho". Pues también las decididas disposiciones de preparación de un delito son adecuadas para desestabilizar el sentimiento general de seguridad jurídica. Sin duda, la impresión perturbadora del Derecho se va volviendo más duradera a medida que se aproxima la consumación. Pero no es posible determinar dónde debe establecerse el límite entre la impunidad y la punición solamente con el criterio de la impresión. Sólo es posible hacerlo a partir de la perspectiva (fundada en las bases de nuestro Derecho Penal en el Estado de Derecho) de la proximidad al tipo.

50 Finalmente, el criterio –aparentemente unitario- de la impresión no cambia en nada si la impresión perturbadora del Derecho que debe fundamentar la punición de la tentativa se basa en parte en la puesta en peligro objetiva y en parte en el quebrantamiento de la paz a través de la infracción de la norma. La inevitable dualidad de la fundamentación de la tentativa no puede, pues, ser realmente superada a través de la fórmula de compromiso de la teoría de la impresión.

5. Nuevos esfuerzos para restringir la punibilidad de la tentativa

51 *Schmidhäuser*[59] y su discípulo *Alwart*[60] han desarrollado una teoría dualista de la tentativa, según la cual una tentativa punible debe basarse en la intención de realización típica, o bien debe dar lugar a una puesta en peligro objetiva. En la práctica, significa que la tentativa inidónea sólo es punible cuando exista una actuación intencionada, pero no si se actúa con dolo directo de segundo grado o con dolo eventual. Esta teoría no ha hallado seguidores[61], pues la ley no proporciona ninguna base para que la tentativa inidónea sólo sea castigada en el caso de que la actuación del autor sea intencionada.

52 *Zaczyk*[62] desarrolló, sobre la base de la filosofía idealista, una teoría según la cual "la tentativa de un hecho típico constituye el tránsito de alguno de los elementos constitutivos del bien

---

[59] Últimamente, *Schmidhäuser*, StuB AT, 2ª, 11/16 s.

[60] *Alwart*, 1982, 122 ss.

[61] Cfr., para la crítica de la misma, tan sólo SK-*Rudolphi*, 6ª, antes del § 22, nm. 14; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, antes del § 22, nm 23; *Weigend*, 1989, 121; *Zaczyk*, 1989, 27, n. 41.

[62] *Zaczyk*, 1989, 255 s., 327 s.; *Murmann*, 1999, 5, se adhiere a la fundamentación aportada por *Zaczyk* al injusto de la tentativa. Críticamente: *Herzberg*, GA 2001, 260.

jurídico concretamente afectado desde el reconocimiento hasta la lesión". De manera que se podría diferenciar el injusto de la tentativa según las distintas "clases de bienes jurídicos" (bienes jurídicos de la persona, de la sociedad, del Estado). En todo caso, la relación de reconocimiento debe "consistir en poder ser lesionado... El disparo realizado contra un muerto no es, por ello, una tentativa de homicidio (...), una lesión de la confianza no puede tener lugar y, por consiguiente, tampoco puede ser llevada a cabo (...) Tampoco el disparo contra un tronco, en la creencia de que es 'una persona', constituye tentativa". Por el contrario, "la penetración en un bolsillo vacío, el disparo a la cama recién abandonada por la víctima y el disparo a un tronco en la creencia de que se trata de X, a quien el autor acechaba" deben fundamentar todas ellas sendas tentativas punibles, al lesionarse una concreta relación de reconocimiento. Esta distinción, sin embargo, no puede compatibilizarse con la punición por principio de todas las tentativas inidóneas, establecida por el legislador, por lo que no puede explicarla, al menos en el Derecho vigente.

Köhler[63] sostiene, sobre unos fundamentos filosóficos similares (remitiéndose a Kant y a Fichte) que no existe injusto de la tentativa cuando "las condiciones objetivas de realización (...) pueden ser excluidas con certidumbre empírica o resultan totalmente improbables". "Debe, por el contrario, concurrir la posibilidad de la lesión (...) de acuerdo con un pronóstico objetivo *ex ante*". A falta de la misma, quedaría excluido el "injusto penal". Esta tesis tiene mucho a su favor, tanto en el plano filosófico como en el político-jurídico, tal y como puede deducirse de la concepción aquí sostenida acerca del fundamento de la punición de la tentativa (nm. 10-24). Pero no se corresponde con el Derecho vigente, que parte de la punición de todas las tentativas inidóneas (nm. 6). Cosa que admite *Köhler*[64], de modo que su teoría tan sólo representa la concepción que él entiende como más correcta, pero no puede ser vista como una interpretación del Derecho vigente. 53

Kratzsch[65] concibe la tentativa como un delito de peligro abstracto. "Basta con una cierta probabilidad de que el autor que realiza los elementos del § 22 esté poniendo en peligro con ello el bien jurídico afectado. No es preciso determinar si en el caso concreto se ha producido o no efectivamente dicha puesta en peligro (...) En este sentido abstracto, también en la tentativa absolutamente inidónea puede afirmarse un juicio de probabilidad estadística de que en todo caso, en tanto que acción con las características X, Y, Z, la misma puede llegar a poner en peligro el bien jurídico afectado en otro ámbito de la realidad (si bien no el objeto material individualmente protegido)". Sin embargo, cuando una tentativa inidónea es calificada como tentativa no peligrosa, no existe en ella tampoco peligrosidad abstracta. Que bajo ciertas circunstancias, que no concurren en el caso concreto, la misma pudiera llegar a ser peligrosa, no fundamenta la existencia de ningún peligro abstracto. Pues los delitos de peligro abstracto se basan en la idea de que en los mismos no es posible excluir (o casi no lo es) la posibilidad de producción del resultado[66], mientras que en las tentativas no peligrosas la posibilidad de producción del resultado puede ser excluida ya *ex ante* con seguridad. 54

Rath[67] acepta en principio la punición de la tentativa inidónea. No obstante, coincidiendo en parte con *Zaczyk* y con *Köhler*, ve el fundamento para la punición de la tentativa inidónea en el hecho de que el inicio de la realización típica saca a la víctima de su posición de igualdad con el autor; "éste se comporta con él como con un objeto". Por ello, debería hacerse una excepción a la punición de la tentativa inidónea, cuando menos, "en aquellos casos en los que la víctima conoce también la inidoneidad, o bien cuando el titular del bien jurídico no existe en realidad". Pues en tales casos faltaría la "destrucción de la relación jurídica" entre el autor y la víctima. Se trata, ciertamente, de una interesante deducción, desde el punto de vista teórico. 55

---

[63] *Köhler*, AT, 451-459 (458); críticamente al respecto, *Herzberg*, GA 2001, 258 s.

[64] *Köhler*, AT, 463.

[65] *Kratzsch*, JA 1983, 420 ss., 578 ss. (581); *el mismo*, 1985, 63, 430.

[66] Con más detalle, *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 118 ss.

[67] *Rath*, JuS 1998, 1111 s.; críticamente al respecto, *Herzberg*, GA 2001, 259 s.

Pero sucede que no posee tampoco ningún fundamento en el Derecho vigente, dado que éste se basa únicamente en la representación del autor, y no en la existencia de una víctima o en sus conocimientos.

56 *Bottke*[68] parte, con la opinión dominante, de que el Código Penal considera punible la tentativa inidónea. Pero considera que dicha punición es inconstitucional. Mientras que en la tentativa idónea –por ejemplo, de homicidio- es atacado lo que el denomina un bien constitucional y jurídico-penal, la vida humana, la tentativa inidónea amenaza únicamente la paz jurídica, que es mucho menos valiosa (y que él denomina bien jurídico-penal). En la punición por igual de ambas formas de tentativa entiende que se produce un tratamiento igual de lo desigual, que contradice los principios de proporcionalidad y de legalidad contenidos en la Ley Fudamental. Desde luego, es cierto que, como se ha destacado aquí (nm. 17), la tentativa inidónea resulta menos merecedora de pena que la idónea y que obedece en parte a un fundamento diferente (de ahí la concepción dualista que defiendo). Pero, debido a la existencia de elementos comunes, no se puede considerar su penalización como inconstitucional, en la medida en que el menor contenido de desvalor puede ser tomado en consideración en la medición de la pena o, en su caso, merced a lo dispuesto por el § 23 III.

57 *Hirsch*[69] diferencia entre tentativa inidónea peligrosa y no peligrosa y quiere castigar únicamente la peligrosa. A este respecto, siguiendo la "teoría moderna de la peligrosidad" (con más detalle, nm. 27, 28), entiende por tentativa peligrosa aquella en la que, desde el punto de vista *ex ante* de un tercero cuidadoso que conozca el plan del autor, se detecte la existencia de riesgo concreto de que tenga lugar la realización típica[70]. Hasta aquí hay que estar de acuerdo. Por el contrario, él pretende mantener impune la tentativa inidónea no peligrosa, porque, según su opinión, la misma lleva a un Derecho Penal del carácter y no es compatible con los fundamentos del vigente Derecho Penal del hecho. Con ser digna de consideración, esta concepción, sin embargo, no puede ser cohonestada con el Derecho vigente, al igual que ocurre con las del resto de autores preocupados por restringir la punición de la tentativa. Pues el § 23 III establece que las tentativas que resultan completamente carentes de peligrosidad desde la perspectiva de un observador cuidadoso *ex ante*, e incluso las tentativas burdamente irracionales, son en principio punibles. Aunque *Hirsch* vea como función de esta disposición la de evitar las "consecuencias más rechazables" de una errónea teoría subjetiva, no se puede negar, sin embargo, que el punto de partida abominado por *Hirsch* es, precisamente, el de la ley. El § 22, para fijar el inicio de la realización típica, no parte del punto de vista de un tercero cuidadoso, sino exclusivamente de la representación del autor.

58 En todo caso, los modernos esfuerzos para restringir la punición de la tentativa, increíblemente ricos y que intentan diferenciar de diversas maneras, muestran que aún no está dicha la última palabra acerca de la punición –cuando menos- de ciertas formas de tentativa inidónea.

B. La decisión de actuar (de realizar el hecho)

I. La decisión o resolución de actuar (de realizar el hecho) como elemento subjetivo del delito

59 El delito doloso completo se va desarrollando desde la decisión de actuar o de realizar el hecho, a través de la preparación y de las etapas de la fase eje-

---

[68] *Bottke*, BGH-FG, t. 4, 2000, 135; críticamente al respecto, *Herzberg*, GA 2001, 262 ss.

[69] *Hirsch*, Roxin-FS, 2001, 711; críticamente al respecto, *Herzberg*, GA 2000, 260 ss.

[70] *Hirsch*, Roxin-FS, 720 ss., 727.

cutiva, hasta la consumación. En la tentativa falta esta última etapa, mientras que las otras tres restantes se corresponden con las del delito consumado. En el comienzo, pues, está la decisión de actuar, que en sí misma (y descontando casos de penalización en alguna disposición especial) permanece impune en tanto se permanece en la fase preparatoria. Es precisa la entrada en la etapa de tentativa para que dicha decisión pueda en su caso convertirse en una tentativa punible. La decisión también subsiste con posterioridad: aunque el autor más tarde renuncie a su decisión, esto no altera la existencia de un tentativa; pero puede que dicha renuncia pueda ser valorada, dado el caso, como desistimiento excluyente de la pena (§ 24).

La necesidad de una decisión de actuar aparecía recogida ya expresamente en la versión original de la regulación de la tentativa. El § 43 I del Código Penal de 1871 rezaba: "Quien, a través de una acción que implique el inicio de la realización, ponga en práctica la decisión de cometer un delito o una contravención, (...) será castigado por tentativa". Hoy se infiere la exigencia de decisión de actuar de las palabras "de acuerdo con su representación" contenidas en el § 22, a pesar que, hablando estrictamente, aquí sólo se contiene el elemento intelectual del dolo, no su elemento volitivo[71]. De todas formas, ello no es decisivo para la positivización del elemento de la decisión de actuar. Pues su necesidad se deriva ya del hecho de que en ningún caso se castigue la tentativa imprudente y de que el delito doloso intentado no se diferencie del delito consumado más que en su grado de ejecución. 60

La decisión de actuar es equiparada frecuentemente **con el dolo**[72]. Esto es inexacto, en la medida que la decisión de actuar incorpora, además del dolo exigido en todos los casos, los restantes elementos del tipo subjetivo. La decisión de cometer un hurto exige, así, no sólo el dolo de apoderamiento, sino también la intención de apropiación; y una decisión de estafar existe sólo si incluye la intención de enriquecimiento injusto; etc.[73] 61

Por otra parte, una **opinión** moderna[74], que goza de creciente apoyo, parte de que **el dolo exige más que la decisión de actuar y que sólo concurre cuando el autor deja salir de sus manos el suceso**, es decir, cuando la tentativa ha finalizado. Mientras la tentativa no haya finalizado, por lo que el autor ha de permanecer activo, su dolo resultaría tan sólo fragmentario, un "ente subjeti- 62

---

[71] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 12, nm. 58 s.

[72] SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 1. El § 26 I del Proyecto de 1962 dice, incluso, de forma expresa: "Intenta un delito el que mediante una acción lleva a efecto el dolo de consumar el hecho (...)".

[73] En sentido similar, igualmente, *Gropp*, AT, 2ª, § 9, nm. 15 ss.

[74] *Freund*, AT, § 7, nm. 144 ss.; *Frisch*, 1988, 602 ss., 623; *Gropp*, AT, 2ª, § 9, nm. 62 ss.; *Herzberg*, ZStW 85 (1973), 882 ss.; *Hruschka*, JuS 1982, 320 s.; *Jakobs*, AT, 2ª, 8/76; 26/13 (en favor de la opinión contraria, sin embargo, *el mismo*, AT, 2ª, 25/24, cfr. n. 87); *Armin Kaufmann*, Jescheck-FS, tomo 1, 1985, 263 ss. n. 28; *Puppe*, 1992, 33 s., 56 ss.; *la misma*, NK, § 16, nm. 108 s. (diferente, sin embargo –en favor de la opinión contraria-, *la misma*, NK, § 16, nm. 164, 173; cfr. n. 87); *Sancinetti*, 1995, 65 s.; *Schliebitz*, 2000, 66 ss.; LK-*Schroeder*, 11ª, § 16, nm. 34; *Struensee*, Armin Kaufmann-GS 1989, 523 ss., 533 s., 538; *Wolter*, Leferenz-FS, 1983, 548 s., 558 ss., 565 s.

vo defectuoso"[75], debido a que todavía no existiría una situación de peligro a partir de la cual la producción del resultado pudiese desarrollarse de forma autónoma. Según esto, la decisión de actuar constituiría solamente un "dolo inicial", suficiente para el inicio de la tentativa, un "dolo de tentativa", que es preciso diferenciar del verdadero dolo, el "dolo de consumación"[76].

63 Esta teoría posee relevantes consecuencias prácticas. Pues conduce a la conclusión de que no existe delito doloso consumado si el resultado se produce ya en la etapa de tentativa inacabada de un modo objetivamente imputable. Así, si el disparo mortal se produce mientras el autor, decidido a asesinar, apunta, no existiría un asesinato consumado doloso. Pues el autor no tendría todavía dolo de consumación. De acuerdo con esta concepción, la tentativa inacabada no es suficiente como base para un delito doloso consumado[77]. Existiría tan sólo una tentativa de asesinato en concurso ideal con un homicidio imprudente.

64 La teoría que distingue entre dolo de tentativa y dolo de consumación posee también consecuencias decisivas para el desistimiento. Si el envenenador quiere matar a su víctima mediante un envenenamiento progresivo (por ejemplo, echando el veneno en el café de la mañana) y justo después del segundo acto de envenenamiento, a pesar de asumir que eran necesarios cinco actos de envenenamiento para producir la muerte de la víctima, renuncia voluntariamente a su proyecto, de acuerdo con la concepción mencionada, él no puede ser penado por un asesinato consumado. Pues le falta el dolo (de consumación). Si, por el contrario, se asume que el autor ya en el acto inicial de envenenamiento tenía dolo de matar, se debe admitir la existencia de un asesinato consumado y entender que la producción prematura de la muerte es tan sólo una desviación no esencial del curso causal en el mismo[78].

65 También en la teoría del error opera esta opinión de que el dolo en la fase de la tentativa inacabada no es aceptable como dolo de consumación. El conocimiento de las circunstancias del hecho típico, que, de acuerdo con el § 16 I, es preciso para el dolo, debe, según esta concepción, referirse a algo material, a un peligro conocido de producción del resultado, que en la decisión de actuar y en la fase de la tentativa inacabada aún no concurre[79]. Por lo que las representaciones erróneas acerca de las circunstancias del hecho en esta etapa primera no deberían ser tratadas conforme a lo dispuesto en el § 16 I, sino de acuerdo con el § 22 ("de acuerdo con su representación").

66 Con todo, debe preferirse la teoría tradicional, a tenor de la cual la decisión de actuar incluye el dolo. El dolo se refiere no sólo a algo ya dado, sino también a lo que el autor pretende lograr, a lo que él se ha "pro-puesto". La

[75] *Struensee*, Armin Kaufmann-GS, 1989, 523.
[76] Cfr. la exposición general de *Küper*, ZStW 112 (2000), 35 s.
[77] *Wolter*, ZStW 89 (1977), 700; *el mismo*, Leferenz-FS, 1983, 557 ss., 567 s.
[78] Cfr., sobre la cuestión del desistimiento, con más detalle, § 30, nm. 113 ss.
[79] *Herzberg*, JuS 1999, 224 s.; *Schlehofer*, 1996, 20; *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (866 ss.).

estructura final, analizada por *Welzel*, tiene que ver con la anticipación del curso causal mediante la voluntad dolosa de control del autor.

Tampoco convencen, además, las consecuencias prácticas en los casos de producción prematura del resultado[80], a las que la teoría que aquí se rechaza debe su resonancia. Si, por ejemplo, el autor está estrangulando a la víctima con dolo de matar y ésta fallece en un momento en el que el autor presumía que seguía siendo necesario continuar con el estrangulamiento[81], tanto político-criminal como dogmáticamente parece adecuado imputar al autor un asesinato doloso consumado. Él ha creado, mediante su acción de estrangulamiento, el riesgo no permitido de muerte, y dicho peligro se ha realizado; la muerte le es, por ello, objetivamente imputable. Pero también le es subjetivamente imputable, al menos si, según la interpretación aquí defendida[82], se concibe la "realización del plan" como el criterio principal de imputación al tipo subjetivo. Pues, en una valoración normativa de lo sucedido, el autor ha realizado su plan asesino, incluso aunque la muerte de la víctima haya tenido lugar un poco antes de lo que él esperaba. La insignificante anticipación es una desviación no esencial del curso causal (que nunca puede ser controlado en todos sus detalles). El autor ha logrado todo lo que pretendía alcanzar y se puede describir su plan como plenamente realizado. La calificación como una mera tentativa aparece, así, como una construcción ajena al sentido común. 67

Lo anterior vale también incluso cuando se hayan producido "actos netos de delimitación"[83]. Si el autor ha dejado primero inconsciente a la víctima mediante actos de estrangulamiento y luego quiere matarla ahorcándola, pero la víctima falleció ya a consecuencia de aquellos primeros actos, se tratará de un delito doloso consumado de homicidio, siempre que la muerte por estrangulamiento sea objetivamente imputable y, en una valoración objetiva, aparezca como realización del plan del autor. Tal es el caso, cuando al autor –como es habitual- le importa la muerte, no la forma en la que la misma se cause. La forma algo diferente de causación constituye, de nuevo, una desviación no esencial del curso causal[84]. 68

Sólo cabe otra solución cuando el plan de autor, de forma excepcional, está predeterminado por la realización de una determinada forma de matar. Si, por ejemplo, con el fin de evitar que el autor sea descubierto (lo que sería inevitable en otro caso), se simula una muerte accidental, el hecho de que resulte apreciable por parte de cualquier experto que la víctima ha sido estrangulada destruiría el plan del autor. En tal caso existiría tan sólo una tentativa y un homicidio imprudente. 69

---

[80] Cfr. ya *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 12 nm. 165.

[81] El ejemplo se encuentra en *Schliebitz*, 2002, quien pretende apreciar únicamente una tentativa.

[82] Cfr. tan sólo Roxin, AT I, 3.ª [PG I], § 12, nm. 6.

[83] *Schliebitz*, 2002, 72; aparece allí también el ejemplo.

[84] Cfr. también, en supuestos comparables, RG DStR 1939, 177; BGH GA 1955, 123 s.

70 No existe tampoco ningún motivo para tratar el error del autor en la fase de tentativa inacabada conforme al § 22, en vez de conforme al § 16. En tales casos un error de subsunción o un error *in persona* resultan irrelevantes, pero no porque falte la representación exigida por el § 22, sino porque el § 16 no abarca tales supuestos[85]. El legislador no ha pretendido con el § 22 "sustituir el dolo por la representación del autor (...) Más bien debe convertirse la representación del autor acerca de los hechos en el fundamento de la valoración subjetiva de la ejecución, y sólo en este respecto debe declararse, en su caso, como irrelevante un contenido erróneo"[86]. La referencia a la "representación del autor" caracteriza a la punición de la tentativa inidónea, pero no a la teoría del error correspondiente al § 16.

71 **La conclusión es, por lo tanto: el dolo en la tentativa se corresponde con el del hecho consumado**[87]. En la tentativa puede también concurrir en sus tres formas: intención, dolo directo de segundo grado y dolo eventual. Una especial atención merece el caso de la tentativa con dolo eventual, que tanto la doctrina dominante como la jurisprudencia[88] consideran punible, pero cuya no punibilidad sostiene un grupo relevante, aunque minoritario, de opiniones[89]. Los defensores de la impunidad argumentan principalmente que la tentativa con dolo eventual no posee el suficiente merecimiento de pena.

72 El merecimiento de pena faltaría especialmente en los casos de dolo alternativo[90].

Caso 1: A dispara contra B y le mata, habiendo aceptado también la posibilidad de matar a C, que se hallaba junto a B.

Caso 2: A arrebata al accidentado B una cartera y no sabe si la víctima estaba muerta (en cuyo caso sería aplicable el § 246 [apropiación indebida]) o si sólo había quedado inconsciente (en cuyo caso sería aplicable el § 242 [hurto]).

73 Se puede sostener la opinión de que en el Caso 1 basta con castigar por el homicidio dolosamente cometido, pues A sólo quería matar a un ser humano y eso ha hecho. Si la jurisprudencia aprecia además un homicidio intentado contra B, y al mismo tiempo se inclina por afirmar la existencia de un desistimiento voluntario (sobre ello, § 30, nm. 47 ss.), sería porque en esta calificación equivocada se estaría expresando la correcta intuición de que la tentativa con dolo

---

[85] Con más detalle, *Hillenkamp*, Roxin-FS, 2001, 705 ss.

[86] *Hillenkamp*, Roxin-FS, 2001, 706.

[87] Esto coincide también con la doctrina ampliamente dominante: *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 26 III; NK-*Puppe*, § 16, nm. 164, 173; en esencia, igualmente, *Blei*, AT, 18ª, § 65 I; *Ebert*, AT, 3ª, 120; *Gropp*, AT, 2ª, § 19, nm. 17; *Haft*, AT, 8.ª, 233; *Jakobs*, AT, 2ª, 25/24; *Joecks*, 3ª, § 22, nm. 3; *Kühl*, AT, 3ª, § 15, nm. 23; *Otto*, AT, 6ª, § 18 II 1 a; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 2; *Schmidhäuser*, Stub AT, 2ª, 11/61; LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 2; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 598.

[88] RGSt 68, 339 (341); 70, 201 (203); BGHSt 22, 330 (332); 31, 374 (378); BGH VRS 56 (1979), 139 ss.; OLG Karlsruhe MDR 1977, 600 (601).

[89] *Binding*, Normen II/2, 1916, 819 s.; *Lampe*, NJW 1958, 332; *Salm*, Das vollendete Verbrechen I/1, 1963, 49 s.; *Kölz-Ott*, 1974, 39 s., 98 ss.; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2ª, 11/19; *Alwart*, 1982, 219 s. (estos dos últimos únicamente consideran que no es punible la tentativa inidónea con dolo eventual: cfr. nm. 51); *Puppe*, NStZ 1984, 491. *De lege ferenda*, también *Streng*, JZ 1990, 219.

[90] Al respecto, *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 12, nm. 74 s.

eventual por sí misma no merece sanción[91]. En el Caso 2 se podría aducir en favor de castigar tan sólo el delito efectivamente realizado el hecho de que detrás de ambos dolos condicionados se escondería un único dolo directo alternativo[92].

Pero estas soluciones no pueden ser sostenidas sin objeciones[93]; y, en rea- 74
lidad, no resultan ni necesarias ni adecuadas. No son necesarias, porque, de acuerdo con el § 52 [concurso en unidad de hecho], sólo ha de aplicarse la pena de aquella norma que imponga la pena más grave. Y no son adecuadas, porque lo cierto es que, como se expresa en la formulación de los casos, el autor no sólo ha matado a B, sino que también puso en juego la vida de C; y no sólo ha cometido una apropiación indebida, sino también se ha arriesgado a cometer un hurto. Igualmente, la apreciación de un desistimiento voluntario de la tentativa de homicidio de C es, en la configuración de los hechos en el caso 1, errónea (cfr. § 30, nm. 58 ss.), por lo que no puede constituir un argumento en favor de que la tentativa permanezca en sí misma impune. Por lo demás, los casos de dolo alternativo son tan sólo una pequeña fracción de las tentativas cometidas con dolo eventual.

Puppe[94] se manifiesta en favor de la impunidad de la tentativa con dolo 75
eventual partiendo del caso –en su opinión, comparable- de la evitación del resultado que suprime la punibilidad, a tenor del § 24 I 1: "Si la ley... ha otorgado efecto excluyente de la punibilidad a la evitación del resultado por el autor, lo consecuente sería renunciar igualmente a la punición de la tentativa con dolo eventual, puesto que el autor en última instancia ha impedido o evitado el resultado". Pero este paralelismo es poco convincente. Pues quien durante una tentativa inacabada se retira voluntariamente renuncia a su dolo y merece la impunidad a causa de su esfuerzo activo de evitación. Y en la tentativa con dolo eventual faltan ambos factores, decisivos para la impunidad[95].

Finalmente, se argumenta[96] que en los delitos con tendencia interna in- 76
tensificada (por ejemplo: §§ 164 [acusación falsa], 236 [entrega indebida de menores], 259 [receptación], 267 [falsedad documental]), que de hecho implican una anticipación de la punición por delito consumado y, en esa medida, poseen una estructura similar a la de la tentativa, generalmente se exige, como elemento subjetivo sin correspondencia objetiva, la intención, no bastando con el dolo eventual. Pero la consecuencia de que también en el caso de la tentativa deba considerarse punible únicamente si concurre intención (o, en todo caso, dolo directo de segundo grado) contradice el

---

[91] *Herzberg*, NStZ 1990, 311.

[92] *Lampe*, NJW 1958, 332.

[93] *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 12, nm. 75.

[94] *Puppe*, NStZ 1984, 488 (491).

[95] Cfr. la misma *Puppe*, NStZ 1984, 491, quien finalmente admite que "la argumentación a partir del desistimiento es, por sí sola, una pobre base para fundamentar la impunidad de la tentativa con dolo eventual".

[96] *Herzberg*, NStZ 1990, 315.

hecho de que el legislador también en los delitos de intención considera suficiente para el **dolo** la existencia de dolo eventual. Así, cuando en la sustracción de una cartera (caso 2) la víctima está tan sólo inconsciente, el autor debe (con independencia de que concurran los §§ 22 y 246) ser penado por un delito de hurto, aunque él actuase únicamente con dolo eventual respecto del apoderamiento. Lo que vale para la tendencia interna reforzada puede, pues, trasladarse al dolo.

77 Los argumentos decisivos a favor de la punición de la tentativa con dolo eventual se derivan del tenor literal de la ley y del claro merecimiento de pena de dichos casos (a pesar de todas las tendencias a quitarles importancia). Si la tentativa tuviera que ser un delito de intención, el legislador podría haberlo dicho fácilmente: "quien de acuerdo con su representación del hecho, iniciase intencionadamente la realización típica". Puesto que no lo ha hecho, hay que concluir que la tentativa se diferencia de la consumación sólo en la falta (cuando menos, parcialmente) de tipicidad objetiva, pero no en el tipo subjetivo.

78 Además, la impunidad de la tentativa con dolo eventual llevaría también a resultados político-criminalmente insostenibles[97]. Pongamos el caso del autor de una violación que, para quebrantar su resistencia, le aprieta el cuello de un modo peligroso para su vida. ¡Le resulta completamente indiferente si llega a morir! No parece adecuado negar la existencia de una tentativa de asesinato sólo porque la muerte no era intencionada. Cuando alguien, durante una violación, quiere poner en juego sin ningún miramiento una vida humana, el hecho de que la **intención directa** del autor esté dirigida hacia otro delito no puede ser razón para considerar el dolo de matar que sirve a dicha actuación penalmente irrelevante. Pero también sigue siendo merecedora de pena la tentativa con dolo eventual si no concurre en él ninguna otra intención delictiva. En BGHSt 33, 295, el autor pega un balazo a su víctima mientras está durmiendo, con el fin de "castigarla", pero sin intención de matarla. El BGH, a la hora de discutir si existió desistimiento, con razón da por supuesta la existencia de una tentativa de homicidio punible.

79 Desde luego, hay también casos que deben ser examinados más cuidadosamente: aquellos en los que el dolo eventual está en el límite con la imprudencia consciente y la tentativa además es inidónea. Pero para estos supuestos existen posibilidades de atenuación, que en los casos más leves pueden llevar hasta a la supresión de la pena. Tratar de forma generalizada la tentativa con dolo eventual de acuerdo con lo dispuesto en el § 23 III, por analogía, como *Herzberg*[98] propone, no es posible. Pues los supuestos de tentativa con dolo eventual no son similares a los de "burda irracionalidad o falta de comprensión" que regula el § 23 III, por lo que la relación de analogía no puede ser aceptada.

---

[97] Esto lo reconoce *Herzberg*, NStZ 1990, 315.

[98] *Herzberg*, NStZ 1990, 317 s.

El dolo de la tentativa tampoco se diferencia en el resto de los aspectos del dolo del delito finalizado. Así, el dolo de tentativa exige también un dolo del autor dirigido a la consumación del delito; más concretamente, a la afectación del bien jurídico típicamente protegido. Si el sujeto actuante carece de dicho dolo, no será penado, quedando en el caso más común de cuasi-inducción del mero agente provocador (ampliamente § 26, nm. 150 ss.). Además, el dolo debe ir dirigido a la realización de aquellos elementos que completan el tipo legal. Quien se cree susceptible de ser penado por sus actos homosexuales no comete una tentativa, sino un delito imaginario, no punible (con más detalle nm. 381). 80

II. Decisión de actuar incondicionada y condicionada

El concepto de "decisión de actuar o realizar el hecho" implica que el autor se ha "decidido" a cometer el delito; es decir, que se debe haber determinado con suficiente decisión a la realización del hecho y que debe haber abandonado ya la etapa de reflexionar aún sin compromiso alguno. Así, la jurisprudencia viene exigiendo de forma constante una **"decisión de actuar incondicionada"**, entendiendo que una **"decisión de actuar condicionada"** no es suficiente para la punición de la tentativa. Aunque en principio ello pueda sonar obvio, en los casos concretos resulta muy difícil determinar la existencia de una decisión de actuar de tales características. Se plantea así en la tentativa un problema que generalmente[99] no concurre en el caso del delito consumado. Pues normalmente a partir de la propia consumación es posible deducir la decisión. En este supuesto, las dificultades pueden surgir en todo caso en la decisión acerca del dolo y de la imprudencia, cuestión que concurre tan sólo en un número relativamente reducido de delitos; e incluso en la mayoría de ellos se puede apreciar la decisión a partir de la forma de comisión. En la mayoría de los delitos, sin embargo (como ocurre con los delitos contra la propiedad y el patrimonio), apenas es imaginable la comisión imprudente. Si, por ejemplo, alguien sustrae objetos de una vivienda ajena, la existencia de su decisión de actuar difícilmente puede ser puesta en duda. En el caso de la tentativa, sin embargo, las cosas son muy diferentes. Pues, dado que el resultado aún no se ha producido, puede resultar difícil juzgar lo que quería el autor; es decir, si verdaderamente concurre una decisión de actuar. 81

La doctrina dominante diferencia, siguiendo a *W. Schmid*[100], entre la **propensión al hecho típico** (nm. 83), la **decisión basada en fundamentos fácticos conscientemente inseguros** (nm. 84) y la **decisión con reserva de desis-** 82

[99] Excepto en los casos de causación prematura e inadvertida del resultado o de delitos en los que se impone anticipadamente la pena correspondiente a la consumación (§ 267: el falsificador del documento no sabe aún si pretende o no emplearlo en una defraudación en el tráfico jurídico).

[100] *W. Schmid*, ZStW 74 (1962), 48; en él se realiza también un análisis global de la jurisprudencia del RG. que aquí no es posible documentar.

timiento (nm. 85). En el primer caso se niega la existencia de decisión de actuar, mientras que en los otros dos casos se afirma.

83 **Caso 3** (RGSt 68, 339): El acusado, con la pistola que porta, quiere tan sólo amenazar y atemorizar a su suegro, aunque cuenta también con la posibilidad de dispararla.

Caso 4 (similar a RG LZ 1916, 389; 1922, 594; RGSt 75, 25): El autor comienza a falsificar un documento. Con ello trata tan sólo de demostrar, por juego, su habilidad técnica. Pero acepta, en caso necesario, emplear el documento falso con fines de estafa.

En casos como estos, el autor se encuentra inclinado hacia el hecho típico, pero no sabe aún si quiere cometer el delito. Aquí no concurre todavía una decisión de actuar y, consiguientemente, tampoco resulta punible.

84 **Caso 5** (OLG Hamm MDR 1953, 568): El autor se ocupa de examinar una estatua funeraria (presumiblemente, de bronce) con la intención de robar la cabeza de la estatua inmediatamente tras la inspección, en el caso de que esté fabricada de un material valioso.

Caso 6 (BGH MDR (D) 1953, 19): El autor decidido a practicar un aborto examina a la embarazada para determinar si la intervención resulta viable aún sin riesgo. Habiendo sido positivos los resultados del examen, él quiere llevarla a cabo inmediatamente.

En los hechos de esta clase, el autor ya se ha formado una decisión de actuar (incondicionada). Lo que resulta inseguro no es la decisión, sino la posibilidad de su ejecución. Aquí hay que afirmar que existe decisión de actuar y, si se alcanza la fase de tentativa (sobre ello, nm. 160), también una tentativa[101]. Concurre una decisión sobre la base de fundamentos fácticos conscientemente inseguros.

85 **Caso 7** (según RG LZ 1928, 1552): La esposa duda acerca de si debería matar a su marido dormido. Finalmente, va hasta el dormitorio, abre la llave del gas y se marcha a la habitación de al lado, donde espera varias horas. Aunque se reserva la posibilidad de, eventualmente, salvar a su marido, volviendo a cerrar la llave del gas.

Caso 8 (Strafgericht Baselstadt de 26-4-1953, en *Schmid*, ZStW 74 (1962), 70 s.): El autor había querido cometer un delito sexual contra una menor y, para ello, la había encerrado en el sótano. Desde el principio, sin embargo, él había aceptado renunciar a su empeño y "dejar a la niña en paz en el caso de que llorase".

En estas situaciones el autor forma una decisión de actuar, aunque considere la posibilidad de desistir voluntariamente de la consumación del hecho típico. En dichas reservas de desistimiento hay que afirmar la existencia de decisión de actuar y, en su caso, de tentativa[102].

86 Esta clasificación en tres grupos de casos constituye un criterio orientativo útil, que es también aceptable en cuanto a sus resultados. Tiene, sin embargo, la debilidad de que en muchas ocasiones ubicar unos hechos en uno u otro de los tres grupos depende tan sólo de una cuestión de formulación[103]. Así, el acusado puede fácilmente hacer pasar una tentativa basada en fundamentos fácticos conscientemente inseguros (Casos 5 y 6) por un caso –no punible– de mera propensión al hecho típico, con tal de que afirme que mediante el examen de la estatua funeraria o de la mujer quería formarse

---

[101] De otra opinión, *Köhler*, AT, 459.

[102] Concurre también una reserva de desistimiento (en vez de un mero acto preparatorio, como aprecia el BGH) en el caso de BGH NStZ 1999, 395 (al respecto, nm. 154).

[103] *Arzt*, JZ 1969, 54 s.; *Roxin*, Schröder-GS, 1978, 149 s.

una decisión definitiva acerca de la comisión del hecho. Dado que presumiblemente el autor no habrá tenido ningún pensamiento específico acerca del grado de "firmeza" de su decisión de actuar (¿por qué debería tenerlo?), dicha respuesta no será, probablemente, completamente falsa, sino una interpretación posible de un hecho psíquico poco claro. Del mismo modo, se puede ver la reserva de desistimiento (Casos 7 y 8) como que todavía no se ha decidido definitivamente la consumación del hecho típico y, con ello, que se trata tan sólo de propensión al hecho típico.

De este dilema sólo se puede salir mediante una delimitación de la deci- 87
sión de actuar que le dote de un contenido libre de sentidos jurídicamente objetables o cuestionables[104]. Ocurre entonces que no es posible contraponer a la mera propensión al hecho típico (grupo 1) una decisión de actuar "inapelable", "definitiva", "inquebrantable", que debería caracterizar a los grupos restantes. Quien se reserva el desistimiento no está aún completamente seguro de la realización del hecho y, sin embargo, ha formado ya una decisión de actuar, tal y como se desprende incontrovertiblemente de la regulación legal del desistimiento (§ 24). Pues todo desistimiento presupone la existencia de una tentativa, que implica decisión de actuar. Igualmente, en el caso de la tentativa basada en fundamentos fácticos conscientemente inseguros, el autor no tiene ningún motivo para afirmarse de forma fija en la hipótesis de que las circunstancias permitan la realización del hecho típico, de manera que generalmente no habrá realizado ninguna valoración concluyente (y, sobre todo, que sea accesible a la comprobación judicial) acerca de su proceder ulterior. La "inapelabilidad" de una decisión de actuar rara vez resultará comprobable, mientras subsista la posibilidad de desistir.

Por lo tanto, se debe apreciar la existencia de una **decisión de actuar cuan-** 88
do el motivo que impulsa a la comisión del delito ha logrado un peso superior a las consideraciones en favor de detenerse, aun cuando aún puedan subsistir eventualmente algunas últimas dudas. Quien se limita a valorar la posibilidad de cometer el delito o se debate dudoso entre ambas alternativas, aún no está decidido. Pero, por el contrario, en quien entre en la fase ejecutiva con una voluntad predominantemente dirigida a la comisión del delito, la eventual subsistencia de escrúpulos no debe impedir apreciar decisión de actuar y tentativa; dichos escrúpulos deben ser valorados en todo caso como reserva de desistimiento, según lo dispuesto en el § 24.

Esto se corresponde con la experiencia psicológica: en las decisiones con- 89
flictivas la decisión suele consistir en el predominio de aquel motivo que es determinante para actuar, sin que la existencia de motivos contrarios (por ejemplo, el miedo o los escrúpulos de conciencia) la excluya. La decisión

---

[104] Con más detalle, *Roxin*, Schröder-GS, 1978, 157; *el mismo*, JuS 1979, 1 ss. En relación con los supuestos de inducción (que exige una determinación al hecho y, consiguientemente, la provocación de una "decisión de actuar"), se examina con más detalle la problemática –paralela- de la "decisión", discutiendo la doctrina pertinente al respecto, en § 26, nm. 65 ss.

"inapelable", "inquebrantable", que no deja abierta ninguna otra posibilidad, resulta poco frecuente, cuando se trata de decisiones discutibles y peligrosas. Esto se corresponde también con el fundamento del § 24, de apreciar la existencia de desistimiento (y no la falta de decisión de actuar) allí donde un movimiento interno y externo de retroceso impide la producción del resultado; donde, por lo tanto, un autor en la fase ejecutiva está renunciando a una voluntad dominante de realización típica (sea esta o no "inapelable").

90 La interpretación aquí defendida ha hallado apoyo generalizado en la doctrina y puede ser considerada hoy como opinión dominante[105]. La dificultad para determinar judicialmente el predominio de los motivos que arrastran hacia el hecho típico generalmente puede ser superada mediante una valoración adecuada del desarrollo externo de la acción. Así, habitualmente se puede partir de la existencia de predominio de la voluntad de cometer el delito allí donde alguien ejecuta una acción externa que constituye el inicio de la realización de la conducta típica. Quien con la idea de robar entra en una morada ajena no puede replicar, frente a la acusación por tentativa de hurto, que se había reservado todavía la decisión definitiva acerca de si robar o no; pues ya el hecho de entrar en la casa está manifestando el predominio de su voluntad de cometer el delito. Quien derriba violentamente a una mujer y la exhorta a mantener relaciones sexuales no puede ser interpretado como que ha esperado a una entrega voluntaria y que todavía no se había decidido definitivamente a la violación; pues en su comportamiento se expresa como mínimo una voluntad predominante de cometer el delito.

91 Ahora bien, la deducción de una voluntad predominantemente dirigida a la comisión del delito a partir de una conducta interpretable como acción de ejecución no es obligatoria si la acción resulta ambigua. Quien gesticula con una pistola delante de las narices de un tercero (caso 3), puede que haya formado su decisión de actuar y esté queriendo disparar, en cuyo caso existiría una tentativa de homicidio. Pero puede que quiera ante todo amenazar con el arma y un eventual disparo lo considere por de pronto tan sólo como una lejana posibilidad. En este caso habría que apreciar, a lo sumo, un delito de los §§ 240 [coacciones] y 241 [amenazas]. Si ha de apreciarse uno u otro caso debe deducirse del contexto de la situación. Si el autor une a su conducta largas peroratas y discusiones, habrá que deducir que aún no ha adoptado la decisión de actuar. Si, por el contrario, la pistola es alzada a la velocidad del rayo y en silencio, o sin que sea advertida por la víctima, habrá que apreciar una voluntad predominante de comisión del delito y la existencia de decisión de actuar.

92 Lo mismo vale para el caso de una actividad de falsificación que pueda ser entendida como un mero ejercicio de habilidad sin consecuencias, pero

---

[105] Explícitamente a favor: *Günther*, JZ 1987, 22; *Kühl*, JuS 1980, 275 s.; *el mismo*, AT, 3ª, § 15, nm. 36; *Rath*, JuS 1998, 1012; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 5; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 18; en sentido similar, también, LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 4 ss.; *Jakobs*, AT, 2ª, 25/29 ss. Crítica: *Puppe*, GA 1984, 116.

también como el medio dirigido a cometer en el tráfico jurídico una defraudación ya decidida (caso 4). Si no existe ningún indicio de que haya a la vista una posibilidad concreta de aplicación, se podrá hablar a lo sumo de propensión al hecho típico. Pero si existe ya un plan delictivo elaborado a realizar con el producto de la falsificación, entonces hay que apreciar que el autor se ha decidido de forma predominante en favor del "fraude en el tráfico jurídico" y, consiguientemente, de la realización de un hecho típico del § 267.

Por otra parte, ya en los actos preparatorios con objetivo claro se expresa una decisión de actuar. Quien cose dinero a una esterilla para sacarlo de contrabando mediante un negocio de exportación que no llega a tener resultado, demuestra con ello una decisión de delinquir claramente predominante (aunque basada en fundamentos fácticos conscientemente inseguros). Por ello, RGSt 71, 53 se equivoca cuando aprecia en este caso tan sólo una "decisión de actuar condicionada" y, por consiguiente, únicamente propensión a delinquir. Si bien es cierto que aún no se ha empezado a realizar el delito de contrabando, por lo que la apreciación de que debe quedar impune es correcta en cuanto a la conclusión. Debido a ello, tiene poco sentido práctico preguntarse en qué supuestos puede inferirse la existencia de una decisión de actuar en los actos preparatorios y no merece un examen más detenido. Aunque puede resultar relevante en algún caso concreto: por ejemplo, en un concierto decidido para delinquir, de los previstos en el § 30 II. 93

Por lo demás, la jurisprudencia sigue una línea similar a la aquí defendida, al menos en sus consecuencias: resuelve la cuestión de acuerdo con la clasificación en tres grupos de casos más arriba expuesta, sin cuestionarse, sin embargo, más allá el concepto de decisión de actuar. Así, por ejemplo, se entiende que hay tentativa de hurto cuando alguien penetra en una casa para llevarse todo aquello que encuentre de utilidad. (RGSt 70, 201; en el mismo sentido, OLG Hamm, MDR 1976, 155); el factor de inseguridad que existe en la decisión sobre la utilidad no impide la existencia predominante de una decisión de actuar. También los "casos de los exámenes previos" (casos 5 y 6) existiría decisión de actuar incluso si respecto de la cuestión de la realización el autor ha mantenido abierto un último y pequeño resquicio. Pues quien busca con toda minuciosidad en el objeto material del delito la posibilidad de una comisión delictiva que produzca efectos, se halla en realidad predominante decidido a delinquir, bajo la condición de que su examen previo tenga resultados favorables. Y no es preciso exigir más[106]. 94

Artz[107] ha desarrollado una solución que tiene como consecuencia que la mera propensión al hecho delictivo baste como decisión de actuar cuando el autor "se esfuerce por lograr un resultado típico y cuente con que dicho esfuerzo va a ser causal para el resultado". Con esto 95

[106] De entre la jurisprudencia, pueden mencionarse además: BGHSt 5, 149; 12, 306, 309; 21, 14, 17; 21, 319, 322; BGH GA 1963, 147; KG GA 1971, 54.

[107] *Artz*, JZ 1969, 54 (60).

existiría ya un dolo eventual, que es suficiente para la decisión de actuar. Pero este criterio no merece ser apoyado[108]. Pues una decisión que depende de que el autor posteriormente se decida todavía no es una decisión de actuar, y tampoco es dolo eventual, ya que éste exige una decisión no condicionada de realización de la acción típica, en la que lo único que ocurre es que la producción del resultado no es segura y tampoco es pretendida.

96 De cualquier modo, la conclusión obtenida por *Arzt* se diferencia escasamente de la solución aquí elaborada. Aunque él pretende apreciar una decisión de actuar en el Caso 3, cuando el autor se limita a portar la pistola y considera una ulterior decisión de matar tan sólo como posible (lo que es erróneo, porque transforma la completa indecisión en una decisión). Pero rechaza también la existencia de una tentativa punible de homicidio, sobre la base de que en un estado de conciencia así no existe todavía el inicio de la realización típica. En cambio, *Arzt* aprecia con razón decisión de actuar en un posible ladrón que da de comer carne envenenada al perro guardián "incluso si aún no se ha determinado en favor de la muerte del perro de una forma definitiva, en el sentido de estar determinado a la realización del hecho"[109]. Pero en este caso tampoco existe tan sólo una mera propensión el hecho típico, pues quien se inmiscuye de una manera tan masiva en la esfera de la víctima, cuando menos está predominantemente decidido a la comisión del hurto.

C. Preparación y tentativa

97 Junto con la decisión de actuar, el segundo elemento de la tentativa es una acción externa que supere la fase preparatoria. En la redacción antigua del § 43 era descrito como "inicio de la ejecución", y hoy como que el autor debe haber iniciado "inmediatamente la realización del tipo, de acuerdo con su representación". Se trata aquí de una concepción objetivo-individual: la tentativa ha de ser determinada sobre la base de la representación individual del autor, de acuerdo con un criterio objetivo (cfr. nm. 5).

98 Lo que hay que entender por inicio es muy distinto en las diversas formas de aparición de la autoría. La formulación legal está limitada a la tentativa no acabada del autor directo individual. Pues habla de un "alguien"que aparentemente comienza sin cómplice alguno y por sí mismo una ejecución que ha de ser continuada. Llamamos "no acabada" a una tentativa en la que el autor aún no ha hecho todo lo que, de acuerdo con su representación, era necesario para la producción del resultado típico: tiene todavía que disparar la pistola, que apoderarse de las cosas que quiere robar, etc. Es aconsejable abordar primero la delimitación sobre la base de este prototipo legal del delito intentado (I). Acto seguido se añadirá la discusión de la tentativa acabada del autor individual (II). Entendemos por tentativa "acabada" una acción de ejecución en la que el autor ha hecho todo lo que, de acuerdo con su representación, era necesario para la realización típica: ha, por ejemplo, ocultado ya en el coche la bomba que debe matar a la víctima. Luego se

---

[108] Con más detalle, *Roxin*, Schröder-GS, 1978, 151 ss., con ulteriores críticas doctrinales. Lo rechazan también LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 12; *Papageorgiou-Gonatas*, 1988, 140; *Zaczyk*, 1989, 246. Semejante a Arzt, *Walder*, SchwZStr 99 (1982), 251 s., quien afirma la existencia de una decisión de actuar en los casos en los que existe esfuerzo perseverante por producir el resultado.

[109] *Arzt*, JZ 1969, 59.

examinará la tentativa en la autoría mediata (III), en la omisión (IV) y en la actuación en coautoría (V).

I. El comienzo de la ejecución en la tentativa inacabada del autor directo individual

1. Imposibilidad de deducción a partir de las teorías sobre el fundamento de la punición de la tentativa

No es posible desarrollar ninguna solución para la delimitación entre la preparación no punible y la tentativa punible que pueda derivarse de los criterios que determinan el fundamento de la punición de la tentativa[110], sin importar si se trata del de la voluntad enemiga del Derecho (nm. 32), de la expresión del quebrantamiento de una norma (nm. 43), de la puesta en peligro típicamente adecuada (nm. 27), de la impresión perturbadora del Derecho (nm. 46) o de cualquier otro. Pues todos estos fundamentos concurren también en mayor o menor medida en los actos preparatorios. 99

Esto queda claro en el caso de la mayoría de las teorías subjetivas (dejando a un lado la "teoría del autor": nm. 40, 41), pues la voluntad de comisión del delito y el quebrantamiento expresivo de la norma se manifiestan también en los actos preparatorios. Están sujetas por ello al reproche de que favorecen la fijación de un momento de inicio de la tentativa demasiado temprano (nm. 36, 45). 100

Las teorías que se basan preferentemente en criterios objetivos dan cuenta adecuadamente del hecho de que la tentativa es más peligrosa, o de que la impresión perturbadora del Derecho procedente de aquella también es más grave, que la mera preparación. Se explica así que la peligrosidad o la fuerza de la impresión del comportamiento del autor cumplan un papel en muchos aspectos (cfr. nm. 121 ss.), cuando se intenta delimitar preparación y tentativa. Esto indica que estas teorías son más adecuadas en principio a la distinción legal entre preparación y tentativa que las llamadas concepciones subjetivas del fundamento de punición de la tentativa. Sin embargo, tampoco proporcionan una delimitación más exacta, pues la puesta en peligro procedente de la conducta del autor y su impresión perturbadora del Derecho concurre ya en la fase preparatoria y se va incrementando continuamente hasta la consumación. Si se establece una escala de 1 a 100 para dichos grados de puesta en peligro y de impresión, queda claro que a partir del pensamiento de la puesta en peligro o del de la impresión no es posible extraer ningún criterio para determinar en qué punto de la escala se supera el límite de la tentativa. 101

[110] De otra opinión, *Kühl*, AT, 3ª, § 15, nm 38: "La delimitación de la tentativa respecto de la preparación depende de manera decisiva de cómo se establezca el fundamento de la pena de la tentativa".

Se puede, a lo sumo, decir de forma general que cuanto mas pronto concurra una tentativa, más peligrosa y más perturbadora del Derecho será la conducta del autor. Pero no proporciona una delimitación más exacta.

2. La proximidad al tipo como criterio guía para determinar el comienzo de la tentativa

102 La perspectiva decisiva, que puede ser conectada desde el punto de vista teórico con todas las teorías acerca del fundamento de la punición, es la de la **proximidad al tipo**. Se deriva del fundamento de nuestro Derecho Penal en el Estado de Derecho. Pues, de acuerdo con el mismo, no basta, para la punición, con meros caracteres, planes o preparativos; es siempre necesaria una realización típica (sobre Derecho Penal del hecho y Derecho Penal de autor, cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [= PG I], § 6). La **tentativa** constituye, pues, una **causa de extensión de la punibilidad**, en la que los límites de lo punible son, en determinados delitos, llevados hacia atrás, hasta acciones próximas a la tipicidad. Esta concepción ha hallado expresión en la ley. Pues el § 22 exige que el autor "inicie inmediatamente la realización del tipo". Las referencias al tipo y al "inicio inmediato", en los bordes del tipo, muestran que el legislador "aproxima la tentativa todo lo que puede a los límites de la acción típica"[111]. La fundamentación legal indica también[112] que con la inclusión del tipo penal en el tenor literal de la ley se debe prevenir una "anticipación en el comienzo de la punición de la tentativa".

103 Por otra parte, está claro que el concepto de proximidad al tipo no es un elemento del que sea posible deducir inmediatamente conclusiones válidas para el caso concreto. Se trata más bien (de manera semejante a lo que ocurre con el concepto de "configuración central" en la teoría de la autoría: cfr. §25, nm. 12) tan sólo de un criterio supremo, de un punto de vista orientador, que ha de ser concretado en relación con la materia a regular[113].

3. ¿Determinación de la tentativa como cuestión de interpretación del tipo?

104 Una teoría que incorpora la tentativa al tipo y que, por ello, parece ser la más ajustada al ideal de un Derecho Penal de la tipicidad es la **teoría objetivo-formal**, que exige para la tentativa que exista una realización par-

---

[111] *Roxin*, en: *Roxin/Stree/Zipf/Jung*, 2ª, 1975, 15 s.

[112] BT-Drucks. V/4095, 11.

[113] De modo muy similar, *Weigend*, 1989, 117, quien pone en cuestión, con razón, la posibilidad de una "fórmula aprehensible abstractamente y convertible sin dificultad en soluciones prácticas". A la misma conclusión llega *Ambos*, 2002, 725 ss., quien, tras una exposición a fondo de los intentos de delimitación en los ámbitos jurídicos germano- y angloparlantes, intentar desarrollar una "fórmula de la proximidad para el Derecho Penal internacional" (738 ss.) que emplea también los criterios aplicados en el texto que sigue. También *M.-K. Meyer*, GA 2002, 377 llega a la "aceptación de que no es posible elaborar una fórmula precisa para la determinación de los límites de la tentativa", e intenta alcanzar resultados más precisos mediante "casos guía y comparación de tipos ideales" (367).

cial del tipo. Aún en 1930 tenía renombrados seguidores en la doctrina[114] y había encontrado reflejo en la jurisprudencia del RG, a pesar del rechazo predominante en el resto de los tribunales. Así se exponía todavía en RGSt 70, 151 (157/58): "La tentativa comienza con la acción de ejecución, esto es, con la conducta del autor que desde el punto de vista conceptual cae, en tanto que típica, dentro del tipo del delito (...) Por el contrario, hay que calificar como actos preparatorios aquellas acciones que anteceden a las acciones típicas y cuya ejecución deben posibilitar o facilitar, aunque todavía no queden dentro del tipo punible". Según esto, por ejemplo, en el caso del § 212 [homicidio], el disparo del revolver se entendería, en tanto que verdadera acción de homicidio, como tentativa, pero no preparar el arma o apuntar con ella; pues estos actos preceden a la acción típica.

Actualmente, la teoría objetivo-formal, en su forma pura, no resulta de- 105
fendible. Pues, de acuerdo con el tenor literal de la ley, no es precisa la realización parcial del tipo, sino tan sólo un inicio de realización típica. Si en la fundamentación de la Comisión Especial (que tomó esta redacción con alguna ligera modificación del § 24 del Proyecto Alternativo)[115] se dice que la tentativa, además del inicio, "abarca también el comienzo de la realización típica"[116], se deduce con toda claridad que no se debe restringir su ámbito exclusivamente a la realización parcial del tipo.

Vögler[117] sostiene en la actualidad una interpretación próxima a la teoría 106
objetivo-formal. Para él existe inicio, en el sentido del § 22, cuando el autor "realiza una acción (...) que –sin realizar ya el injusto de la acción- es específica para el injusto de la acción del concreto tipo". De este modo, el problema de la delimitación entre preparación y tentativa sería "una cuestión particular de cada tipo"[118]. Se trataría de "**un problema de interpretación típica**, que no permite una decisión genérica"[119]. La tentativa sería un comportamiento que "puede ser incluido en el concreto tipo penal a través de interpretaciones que resulten lingüística y materialmente aceptables". Para ello, en todo caso habría que relajar la vinculación al "sentido literal posible". Bastaría con que "la acción a enjuiciar quede abarcada desde el punto de vista material por el sentido de la prohibición contenida en el tipo". Se trataría de sucesos que, "según sus características, representan una parte del injusto del concreto hecho típico, aunque todavía no hayan llegado a ser una realización formal del tipo".

---

[114] *v. Beling*, 11ª, 1930, 57 s.; *v. Hippel*, StrafR II, 1930, 398 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, StrafR, 26ª, 1932, 182, 305; y aún *zu Dohna*, 3ª, 1947, 17 s.

[115] La fórmula del "inicio" procede originalmente de *Welzel*; más recientemente, en: StrafR, 11ª, 190.

[116] BT-Drucks. V/4095, 11; en este sentido, también la fundamentación del Proyecto Alternativo, 2ª, 1969, 63.

[117] LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 23 ss., 58-70; *el mismo*, Stree/Wessels-FS, 1993, 285.

[118] LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 59; en el mismo sentido, *el mismo*, Stree/Wessels-FS, 1993, 291 ss.

[119] LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 60.

107 **Una concepción de esta naturaleza convierte la delimitación entre preparación y tentativa en un problema de la Parte Especial**, al vincularla por completo a la interpretación del tipo penal en concreto. Consecuentemente, *Vögler* renuncia a todas las fórmulas abstractas de delimitación que tanto la jurisprudencia como la doctrina han desarrollado. En tanto que ayudas a la interpretación, serían "completamente superfluas, cuando no peligrosas".

108 La concepción de *Vögler* merece aprobación en la medida en que intenta hacer valer el criterio rector de la proximidad al tipo tanto como es posible. De hecho, sin examinar la estructura de los concretos tipos penales no es posible decir en qué consiste el inicio de su realización (sobre ello, véase también nm. 139 ss., 135). Pero esta perspectiva por sí sola no es suficiente, como muestra ya el tratamiento legal del tema en la Parte General. Puesto que en él la tentativa no se restringe al tipo y a su "sentido literal posible", sino que la punición se extiende más allá de los límites del tipo, la mera interpretación del tipo se queda corta. Pues dicha interpretación no puede abarcar el área próxima, que deberá ser determinada (aunque sea con la vista puesta en el tipo) sobre la base de criterios generales. El § 22 está en una relación de complementariedad con los tipos de la Parte Especial, no en una relación de implicación que se pueda establecer mediante la interpretación[120].

109 A ello se une el hecho de que la orientación al tipo sólo resulta fructífera para la delimitación de la tentativa allí donde existe una descripción concreta de la acción típica. En el hurto, por ejemplo, se entiende que no hay que exigir, para la tentativa, una acción de apoderamiento, pero sí una acción que se aproxime al apoderamiento (para lo que conceptos como los de disolución de la custodia o afectación a la custodia pueden resultar útiles). En los delitos puros de resultado (homicidio, lesiones, daños), sin embargo, el legislador no describe la acción típica. Allí donde el tipo está constituido solamente por la causación dolosa de la muerte o de un daño no es posible sacar del mismo nada en claro en lo que respecta a la delimitación entre preparación y tentativa[121].

4. ¿La realización parcial del tipo como criterio más seguro para la tentativa?

110 Si, de acuerdo con lo visto, no se exige para la existencia de tentativa la realización parcial del tipo, se puede extraer la consecuencia inversa: que independientemente de cualquier concepción acerca de la delimitación, concurre una tentativa cuando el autor ha ejecutado una acción típica o ha realizado un elemento típico. El sentido último de la ley parte de ello (cfr. nm. 105) y una parte importante de la doctrina lo sostiene. Todavía

---

[120] *Küper*, JZ 1992, 347, n. 56.

[121] Cfr., al respecto, también *Burkhardt*, JuS 1983, 427, con referencias a la doctrina más antigua.

en 1993 escribía *Vögler*[122]: "También en la doctrina se reconoce de forma generalizada que la fórmula del § 22 del Código Penal constituye una condición mínima para el disponerse a o inicio de la realización típica, de manera que de ello puede deducirse inmediatamente que existe tentativa en los casos de realización parcial del tipo objetivo". OLG Bamberg NStZ 1982 declaraba: "Si el autor ha realizado un elemento del tipo, concurre siempre un hecho típico de tentativa, sin necesidad de examinar la problemática específica del § 22".

Sin embargo, esta regla aparentemente tan clara ha ido perdiendo terre- 111
no[123]. Así, por ejemplo, la opinión unánime hoy en día es que el perjurio entra en la fase de tentativa tan sólo cuando se pronuncia el juramento, no con la declaración en falso. Puesto que el § 154 [perjurio] constituye una cualificación del § 153 [falso testimonio], el testimonio falso es en todo caso un "elemento del tipo de perjurio" (BGHSt 8, 310). Se puede intentar salvar la regla de la realización parcial en este caso argumentando que se exige una realización parcial de la "verdadera" acción de perjurio (la declaración bajo juramento), a la que no pertenece la declaración en falso[124]. Pero con ello se está renunciando ya en buena medida a la regla. Pues la misma no se referiría ya a todos los elementos del tipo, sino sólo a las acciones específicamente típicas de ejecución.

Pero, incluso con estas restricciones, la regla no es aplicable a muchos 112
tipos. Así, habría que entender que en el hurto con armas, cuando el autor está dispuesto a usarlas en caso necesario (§ 244 I núm. 1 letra a), concurre una tentativa de robo en cuanto ha comenzado el apoderamiento. Pues éste es una acción de ejecución del robo, aunque la utilización de la violencia aún sea tan sólo inminente. La apreciación de una tentativa de robo en estos casos no puede, sin embargo, ser correcta, pues ello volvería superfluo el § 244 I núm. 1 letra a. Igualmente, no puede concurrir una tentativa del § 252 [hurto equiparable al robo] por el hecho de que el autor de un hurto esté decidido a defender su botín mediante la violencia en el caso de que se viese sorprendido por nuevos acontecimientos. Y, en todo caso, la regla de la realización parcial no resulta aplicable en los delitos compuestos de varios actos.

Aún menos convincente resulta en el caso de los tipos cualificados, de 113
cuya problemática el caso del perjurio (nm. 111) es tan sólo un ejemplo (y en absoluto una excepción a la regla).

Caso 9:[125] El autor inutiliza el material de extinción de incendios, con el fin de poder incendiar un edificio con mayores probabilidades de éxito en una ocasión posterior.

---

[122] *Vogler*, Stree/Wessels-FS, 1993, 300, con ulteriores referencias; del mismo modo, también *Freund*, AT, § 8, nm. 50; *Köhler*, AT, 460; *Murmann*, 1999, 13 ss.

[123] Sobre todo, a consecuencia de los trabajos de *Stree*, Peters-FS, 1974, 179; *Burkhardt*, JuS 1983, 426; *Küper*, JZ 1992, 338.

[124] *Vogler*, Stree/Wessels-FS, 1993, 300.

[125] *Roxin*, JuS 1979, 7, adhiriéndose a *Stree*, Peters-FS, 1974, 184 s.

Aquí se ha producido, sin duda alguna, la realización del tipo cualificado del § 306 b II nº 3 [incendio peligroso para la vida o la salud]. Y, sin embargo, no es convincente apreciar que concurre un incendio muy grave en fase de tentativa (con pena de prisión no inferior a cinco años) cuando el incendio en cuestión va a tener lugar dentro de semanas o de meses. Tampoco en el caso inverso parece claro que el inicio del incendio fundamente ya una tentativa del § 306 b II núm. 3, mientras el autor no haya tomado medidas para impedir o dificultar los trabajos de extinción.

114 Algo semejante vale también para los supuestos de la realización de supuestos de hecho contenidos en la ley (ejemplos-regla, supuestos-regla) con efecto agravante sobre la pena, en los que no se trata de elementos del tipo, pero que son semejantes a estos[126].

Caso 10 (según RGSt 7, 34): El autor suelta por la fuerza dos tablas del techo de una casa. Pretende entrar la tarde siguiente en el edificio a través del agujero para robar.

Aquí, el autor ha comenzado ya con la penetración (que generalmente agrava la pena: § 243 I n.º 1 [hurto agravado]). El Proyecto de 1962 sostenía la opinión[127] de que en todo caso existe tentativa en "una acción a través de la que el autor comienza la realización de un supuesto de hecho contenido en la ley o que constituye el inicio inmediato del mismo". Hoy, en cambio, domina con razón la opinión de que la realización de elementos de agravación o de cualificación sólo basta para la fundamentación de una tentativa si con ello se puede decir que existe ya el inicio de la realización del tipo principal[128]. Pues sólo se puede hablar de una conducta típica cuando el autor como mínimo inicia la realización del tipo penal principal.

115 A partir de los ejemplos examinados hasta ahora, se puede sostener la opinión de que la regla de la realización parcial no siempre funciona en los tipos penales de varios actos y en los tipos con elementos agravantes y cualificantes; pero que se trata de casos especiales, que no afectan a la vigencia de la regla para otros tipos. Sin embargo, también esta conclusión merece ser examinada.

Caso 11 (OLG Karlsruhe NJW 1982, 59)[129]: El acusado (A) aparenta ante el transeúnte L que son parientes, con el fin de granjearse así la confianza de L. Pretende acompañar a L a su casa, con el fin de lograr la concesión de un préstamo, que no piensa devolver. Lo que no llega a ocurrir, pues A es detenido en la calle a causa de su extraño comportamiento.

116 El OLG Karlsruhe apreció aquí, correctamente, tan sólo un acto preparatorio, a pesar de que existía ya engaño. Intentó conciliar esta conclusión

---

[126] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 12, nm. 122 ss.

[127] BT-Drucks. IV/650, 144 (1674cfr. también el mismo, 403 y 409).

[128] *Arzt*, JuS 1972, 578; *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 26 IV 2 b; *Blei*, JA 1969, 613; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 49 IV 4; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 58; *Kühl*, JuS 1980, 509; *Laubenthal*, JZ 1987, 1066; *Maurach/Gössel*, AT 2, 7ª, 40/113 ss.; *Roxin*, JuS 1979, 7 s.; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 18; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 11, nm. 43; *Stree*, Peters-FS, 1974, 179 ss.; *Wessels*, Maurach-FS, 1972, 305 s.; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 605; cfr. también BGHSt 31, 182 y *Küper*, JZ 1992, 338.

[129] Al respecto, *Burkhardt*, JuS 1983, 426.

con la regla de la realización parcial, afirmando que los engaños que sólo sirven para granjearse la confianza de la víctima, no valen aún como engaño típico, en el sentido del § 263 [estafa]. Según esto, un engaño es típico cuando resulta adecuada para dar lugar al acto de disposición patrimonial lesivo por parte de la víctima[130]. Ciertamente, es posible restringir así el tipo, en vez de mediante la regla de la realización parcial. Concurría en todo caso un engaño que, aunque en unión con otros más, estaría dirigida a causar el daño patrimonial a la víctima y lo haría posible al crear una base de confianza. Si no se quiere apreciar aquí la existencia de un engaño típico, se está volviendo a relativizar la regla de la realización parcial[131]. Pues no queda otra alternativa que distinguir, sin fundamento alguno en el tenor literal de la ley, entre engaños lesivos para el patrimonio de diferente categoría. Y es tan sólo una cuestión de expresión afirmar esto o, en vez de ello, afirmar que no todo engaño típico constituye una tentativa. Así, ya en 1908 el BayObLG[132] consideró que para una tentativa de estafa no bastaba con los engaños que constituyeran tan sólo "la preparación de la acción concluyente". Esto no lo fundamentó porque no sean típicos, sino declarando que no es aplicable la regla de la realización parcial: "Según esto, para la apreciación de una tentativa punible en casos como los descritos no basta con que el autor haya realizado un único elemento del tipo, por ejemplo, el elemento de la producción del error, en el sentido del § 263".

También el BGH ha resuelto en dos ocasiones supuestos en los que, a pesar de existir un engaño dirigido al perjuicio patrimonial, ha rechazado la existencia de tentativa de estafa. En BGHSt 31, 178[133] se estableció que el encargo a un agente por parte de un cliente completamente insolvente constituye tentativa de estafa tan sólo cuando el mandante inicia la conclusión del negocio comisionado. Pues antes de la tramitación del negocio proporcionado por el agente no existe aún ninguna pretensión de pago, por lo que el encargo al agente, aunque constituya ya el engaño típico, sería todavía un mero acto preparatorio. Aquí se dice expresamente que puede haber tentativa "antes de que el autor haya realizado una acción que se corresponda con la descripción del tipo legal", pero que la misma puede, excepcionalmente, faltar "aunque esto haya sucedido, si el autor no ha iniciado aún con ello la infracción jurídica que fundamenta la punición". Con ello se renuncia expresamente a la inviolabilidad de la regla de la realización parcial. 117

En BGHSt 37, 294 alguien pretendía conseguir fraudulentamente un pago de la filial de un banco, aparentando que en breve se ingresaría la cantidad a pagar en la casa madre. El BGH no aprecia aquí una estafa intentada, pues no llegó a existir peligro de perjuicio, dado que la transferencia de dinero 118

[130] En este sentido también, entre otros, *Vogler*, Stree/Wessels-FS, 1993, 298 ss.; *Murmann*, 1999, 17.

[131] Al respecto, acertadamente, *Küper*, JZ 1992, 347.

[132] BayObLGSt 69, 65. *Burkhardt*, JuS 1983, 428, sacó a la luz esta sentencia.

[133] Al respecto, *Leuckner*, NStZ 1983, 409; *Bloy*, JR 1984, 123; *Maaß*, JuS 1984, 25.

por parte del banco no llegó a ser efectiva. En esta resolución (al igual que en la de OLG Karlsruhe: nm. 116), de nuevo, a pesar la aparente defensa de la regla de la realización parcial, se vuelve a discutir la existencia de engaño típico: "El autor engaña típicamente, en el sentido del § 263, cuando provoca aquel error que determina al engañado a la realización del acto de disposición patrimonial perjudicial" (loc. cit., 296). Ya se señaló que con esto se produce una relativización de la regla de la realización parcial.

119 Finalmente, tampoco resulta compatible con la regla de la realización parcial una opinión crecientemente extendida que aprecia tan sólo preparación en la tentativa acabada, a pesar de haberse concluido la actuación del autor, si éste mantiene el curso de los acontecimientos bajo su control y la víctima no ha entrado aún en el campo de acción del método delictivo (más ampliamente nm. 195 ss.)[134]. Así, si una esposa echa un veneno mortal en la botella de vodka de su marido, ahora de viaje, que tiene bajo su custodia, la tentativa de asesinato comienza cuando el esposo regresa y se dispone a beber de la botella. La auténtica acción típica se ha concluido, sin embargo, mucho antes: cuando se echó el veneno. Es cierto, sin embargo, que se puede discutir cuándo comienza la tentativa en casos como éste. Pero, en todo caso, quien propugne un momento anterior para el comienzo de la tentativa no podrá buscar el fundamento suficiente para ello simplemente remitiéndose a la regla de la realización parcial.

120 Por lo tanto, no se debe mantener la regla de la realización parcial en su forma estricta: esto es, en el sentido de que concurra **siempre** tentativa cuando el autor ha realizado al menos parcialmente un elemento del tipo o una acción típica. Incluso si se considera la proximidad al tipo como criterio orientador para la delimitación entre actos preparatorios y tentativa, esta regla sigue siendo defectuosa. Pues el § 22 exige "un inicio de la 'realización del **tipo**', esto es, de toda la acción típica, incluyendo el resultado, y no sólo el inicio de la realización de un único elemento"[135]. De cualquier modo, en la mayor parte de los casos se puede decir que hay que apreciar tentativa cuando tiene lugar la realización (parcial) de un elemento del tipo. Cuándo esto es cierto y cuándo no, no lo indica la regla de la realización parcial, sino que debe determinarse mediante otros criterios de delimitación.

5. Fórmulas de delimitación

121 El método con mucho más extendido para delimitar preparación y tentativa consiste en la aplicación de fórmulas que pretenden concretar el comienzo de la tentativa, o bien el concepto de inicio. La jurisprudencia aplica

---

[134] Cfr. *Burkhardt*, JuS 1983, 428.

[135] *Roxin*, JuS 1979, 7; igualmente, *Berz*, Jura 1984, 511; *Burkhardt*, JuS 1983, 426; *Jakobs*, AT, 2ª, 25/70; *Kratzsch*, JA 1983; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 40/18; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 7a; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 37.

estas fórmulas de manera cambiante, apareciendo varias distintas de forma simultánea en la misma resolución, con el fin de lograr mayor precisión.

En la jurisprudencia más antigua, sobre todo se aplicaban la constante- 122
mente repetida fórmula de Frank y la de la "inmediata puesta en peligro", que recuerda a la teoría objetiva acerca del fundamento de la punición de la tentativa. De acuerdo con la **fórmula de Frank**[136], pertenecen a la tentativa aquellas acciones que "debido a su necesaria correlación con la acción típica aparecen, en una comprensión natural, como parte de ella" (RGSt 77, 162). Con una adaptación al plan del autor, motivada por el nuevo § 22 ("de acuerdo con su representación"), todavía BGH NJW 1980, 1759 s. dice que existe un inicio inmediato en todas aquellas acciones "que, debido a su necesaria correlación con la acción típica, aparece, de acuerdo con el plan del autor, como parte de la misma, porque lindan con ella tanto espacial como temporalmente y porque, en el caso de que esta sea realizada constituirán con ella una unidad"[137].

Tanto en la jurisprudencia[138] como en la doctrina[139] se vuelve también 123
constantemente a la **perspectiva de la inmediata puesta en peligro**. Se aprecia tal puesta en peligro "cuando la voluntad delictiva se pone de manifiesto en una acción que, de acuerdo con el plan global del autor, conduce inmediatamente a la puesta en peligro del objeto de protección del tipo en cuestión"[140]. Frecuentemente ambas fórmulas aparecen unidas.

Caso 12 (BGHSt 22, 380): Los autores querían penetrar en una industria textil y forzar la 124
verja de la ventana con un gato. "Se hicieron con el gato, lo llevaron al lugar de los hechos y lo escondieron entre la casa y unas vigas que había delante de la casa. Después de tres días, volvieron otra vez al lugar de los hechos y sacaron el gato de su escondite, para lograr forzar la verja con su ayuda. Pero fueron sorprendidos por el vigilante y huyeron."

El BGH opina que es decisivo "si las diferentes acciones orientadas hacia el mismo fin constituyen, para una comprensión natural (la procedente de un tercero que estuviera observando), una parte del tipo, a causa de su necesaria correlación con la acción típica; si, por lo tanto, las acciones individuales así agrupadas conllevan, en su globalidad, un ataque inmediato al bien jurídico protegido que lo pone ya en peligro y que aproxima la inmediata producción del resultado final vinculada a dicha puesta en peligro (RGSt 51, 342; 54, 254; 69, 329). Sacar y preparar el gato, cuando se va a empezar a utilizarlo en seguida, pone en peligro de forma inmediata el bien jurídico

---

[136] *Frank*, StGB, 18ª, § 43 II b.

[137] Más ampliamente, BGHSt 2, 380 (381); 4, 273.

[138] RGSt 54, 254 s.; BGHSt 2, 380; 3, 297, 299; 4, 333, 334; 6, 98; 9, 62, 64; 20, 151 s.; 22, 80, 82; 30, 363, 365; BGH NStZ 1983, 462; 1987, 20; 1989, 473; 1993, 77; BGH StV 1994, 240.

[139] La idea de la puesta en peligro, aisladamente o en conexión con otras, es invocada por: *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 26 IV 2 a; *Blei*, JA 1976, 103; *v. Hippel*, 1966, 18 s.; *D. Meyer*, JuS 1977, 21 s.; *J. Meyer*, ZStW 87 (1975), 598, 605; *Otto*, NJW 1976, 579; *el mismo*, AT, 6.ª, § 18 II 3 b; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 42; *Sonnen*, JA 1979, 334; *Tiedemann*, JR 1973, 412; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 22, nm. 10.

[140] OLG Celle NJW 1972, 1823; OLG Hamm JMBl. NW 1967, 238 s.

protegido." Aquí se está usando, pues, el criterio de la inmediata puesta en peligro para llenar de contenido la fórmula de Frank.

125 Bajo la vigencia del Código Penal de 1975, en el que se modificó la fórmula del inicio de la realización típica, el empleo de estas antiguas formas de delimitación ha retrocedido algo. En opinión del BGH, no es posible ya referirse a la comprensión natural de un tercero que esté observando, sino tan sólo al plan del autor, puesto que el nuevo § 22 pone el énfasis en la representación del autor (BGHSt 26, 203). Como consecuencia, la fórmula de Frank, en la medida en que todavía se emplea, es reformulada (cfr. la cita en nm. 122). Pero existe aquí un malentendido, pues, tanto antes como ahora, la delimitación debe hacerse conforme a criterios objetivos, si bien el punto de partida de la valoración será subjetivo (nm. 5). Además, el BGH piensa que "la falta de mención al pensamiento de la inmediata puesta en peligro del bien jurídico protegido" en la nueva regulación debe ser tomada en consideración (BGHSt 26, 203). A pesar de que el pensamiento de la puesta en peligro no resulta muy útil para la delimitación (cfr. nm. 129), esta fundamentación de la necesidad de distanciarse del mismo no resulta convincente. Pues, si se quiere precisar el texto legal, esto sólo puede ocurrir a través de maniobras que no estén ya contenidas en su tenor literal.

126 En la jurisprudencia reciente dominan otros cinco criterios. Hay que calificar como tentativa las acciones que conducen, **a través de un curso no interrumpido, a la realización típica**[141], que **desembocan inmediatamente en la acción típica**[142], o que están **en una estrecha (o inmediata) conexión espacio-temporal** con ella[143]. En la etapa más reciente de la jurisprudencia se vienen aplicando, de manera creciente, otros dos criterios más, que pretenden describir los aspectos subjetivo y objetivo de la tentativa, por lo que casi siempre se aplican de forma complementaria. Según ello, el comienzo de la tentativa se vincula, desde el punto de vista subjetivo (apelando a *Dreher*)[144], al momento en el que el autor supera **el umbral del "vamos ya"**[145] y da el último "impulso de voluntad" (BGH StV 1987, 529). Paralelamente, en el aspecto objetivo, en la jurisprudencia[146] progresa cada vez más la **teoría** (también dominante en la doctrina)[147] **de los actos parciales o de los actos intermedios**, que vincula el comienzo de la tentativa al último acto parcial antes de la verdadera acción típica; tras la entrada en la fase de tentativa no

---

[141] BGHSt 26, 203; 31, 178; BGH NStZ 1981, 99; 1983, 364; 1987, 20; MDR (H) 1980, 272; 1989, 1050; BGH NJW 1980, 1759; 1991, 1963; 1993, 2125; 1994, 3019.

[142] Cfr. n. 138. En dichas sentencias, ambas perspectivas aparecen ligadas.

[143] BGH NStZ 1989, 473; 1993, 77; 133; BGH StV 1994, 240.

[144] Recientemente, *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 22, nm. 10.

[145] BGHSt 28, 163; BGH NStZ 1989, 473; 1993, 77; BGH StV 1994, 240.

[146] BGHSt 26, 203; 28, 163; 35, 8 s.; 36, 250; 37, 297 s.; BGH NStZ 1996, 38; 1997, 31; 1997, 83.

[147] *Benz*, Jura 1984, 514; *Kühl*, JuS 1980, 650 s.; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 22, nm. 4; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 13; *Sonnen/Hansen-Siedler*, JA 1988, 17; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 22, nm. 10; en sentido similar, también *Cropp*, AT, 2ª, § 9, nm. 36.

tiene lugar ningún "acto intermedio" más, sino que la siguiente acción es ya aquella que desencadena el resultado. Dos ejemplos permiten ver la forma en la que el BGH combina ambas fórmulas.

Caso 13 (BGHSt 26, 201): Los acusados querían robar en una gasolinera. Ante la puerta de la misma, se colocaron sendas medias en la cabeza. Luego, el acusado K tocó el timbre. Él tenía en la mano la pistola que habían llevado. Los acusados dieron por supuesto que a su llamada acudiría alguien. Y que la persona que abriera sería amenazada con la pistola, atada y forzada a posibilitar y permitir el apoderamiento. Pero nadie respondió a la llamada. 127

En este caso el BGH aprecia tentativa de robo, fundamentándolo del siguiente modo: los autores estaban "a punto, enmascarados y con el arma en la mano. Desde el punto de vista subjetivo habían superado el momento del 'Vamos ya'... y, desde el punto de vista objetivo, habían iniciado la acción lesiva típica, pues su actuar debía desembocar, sin actos intermedios, en la realización típica (de la amenaza con la pistola a quien apareciese)..." (loc. cit., 203/04).

Caso 14 (BGHSt 28, 162): El autor había preparado llaves falsas para tres automóviles, "por lo que para él existía la posibilidad constante de abrir los vehículos y de sustraerlos". 128

El tribunal de instancia y la fiscalía habían apreciado aquí un hurto intentado, que fue rechazado por el BGH. "La fase de tentativa se extiende a las acciones que han de conducir a través de un curso ininterrumpido inmediatamente al pleno cumplimiento del tipo o que se encuentran en inmediata conexión espacio-temporal con éste... Ello ocurre cuando el autor, desde el punto de vista subjetivo, ha superado el umbral del 'Vamos ya' y, desde el punto de vista objetivo, ha iniciado la acción lesiva típica, de manera que su actuar se convierte, sin actos intermedios, en el pleno cumplimiento del tipo...". Se considera, entonces, que ninguna de estas dos últimas condiciones se cumplía, pues el autor todavía no se había puesto en el camino hacia la realización del hecho típico.

6. Crítica de las fórmulas de delimitación

Todas estas fórmulas poseen un cierto valor, en tanto que aclaraciones de los términos legales. Su debilidad consiste, sin embargo, en que su contenido apenas va más allá de la referencia en el § 22 al "inicio inmediato" de la realización típica y del principio rector de la proximidad al tipo (nm. 102). Cuatro de ellos emplean el límite de la inmediatez, ya contenido en la ley (inmediata puesta en peligro, conducir inmediatamente mediante un curso ininterrumpido a la realización típica, desembocar en ella de forma inmediata, estar en conexión espacio-temporal inmediata –o, lo que es lo mismo, estrecha- con ella). Parece claro que, mientras nos limitemos a repetirlo, no estamos interpretando el término legal. Y lo que queda luego de dichas fórmulas, dejando aparte el límite legal de la inmediatez, tampoco contribuye en nada a la interpretación. Pues el criterio de la "puesta en peligro" (además de que en la tentativa inidónea sólo exista una puesta en peligro 129

imaginada) es, pese a su aproximada coincidencia con el fundamento de la punición de la tentativa idónea (nm. 10 ss.), menos apropiado que el del "inicio", pues también los actos preparatorios entrañan una puesta en peligro, aunque aún no se pueda hablar en ellos de "inicio". Tampoco es posible aplicar este elemento en los delitos de peligro abstracto o concreto, ya que determinadas formas de puesta en peligro describen en ellos más bien la consumación[148]. Que una acción conduce mediante un curso ininterrumpido a la consumación o desemboca en ella, se puede decir también de muchos actos preparatorios que (cuando, por ejemplo, el autor los realiza en el camino hacia el lugar de los hechos) transitan sin cesuras hacia la ejecución y hacia la consumación. Igualmente, también existe una conexión espacial y temporal con el pleno cumplimiento del tipo durante la preparación que se dirige hacia el resultado final. Lo que convierte un determinado acto en una tentativa es únicamente la inmediatez de su conexión con la realización típica (que la ley ya resalta).

130 De las tres fórmulas jurisprudenciales que se separan en cierta medida del tenor literal de la ley, el criterio subjetivo de la superación del umbral del "Vamos ya" resulta ser el más problemático. Pues, incluso si se deja a un lado la singular expresión lingüística empleada, resulta poco convincente que la delimitación, que debe obtenerse con criterios objetivos (si bien partiendo del plan del autor), deba depender de una reflexión del autor ("Vamos ya"). El autor debería ser mucho más sensato que la mayoría de los intérpretes de la ley, si tuviera que decir, justamente en el límite entre preparación y tentativa (límite que para él será esencialmente desconocido), "Vamos ahora".

131 Pero aunque no se exija una reflexión de esta índole (generalmente inexistente), sino un "impulso de la voluntad", en la forma de una decisión de ponerse a la ejecución, lo cierto es que estos fenómenos subjetivos permanecen frecuentemente todavía en la fase preparatoria, o bien, incluso si indican la voluntad de ejecutar las acciones de ejecución, deben plasmarse todavía en los correspondientes actos externos. Quien prepara el veneno que quiere echar en la sopa de la víctima puede decirse a sí mismo, cuando comienza con la producción de la sustancia mortal: "Vamos ya" (es decir, vamos al trabajo y convirtamos mi plan en realidad); y, sin embargo permanecer todavía en la fase preparatoria. Y quien antes de lanzar el disparo mortal se impulsa y concluye: "Ahora le mato", todavía tiene que meter la mano en el bolsillo y amartillar el revolver al sacarlo de allí, antes de que se pueda hablar de tentativa.

132 Este criterio subjetivo no posibilita, por lo tanto, en la mayoría de los casos ninguna delimitación plausible. Su popularidad en la moderna jurisprudencia se deriva de que mediante su aplicación se espera poder hacer justicia a

[148] *Herz*, Jura 1984, 513. En favor de la puesta en peligro inmediata como criterio material (junto con la teoría de los actos intermedios), se siguen manifestando hoy, principalmente, *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 42.

las palabras "de acuerdo con su representación", que desde 1975 aparecen en el tenor literal de la ley. Pero esto es sólo correcto a medias. Pues es cierto que no puede concurrir nunca una tentativa si no existe, desde el punto de vista de la representación del autor, un "ponerse en marcha". Quien porta un revólver no comete ningún delito de homicidio ni de lesiones si pretende disparar el arma dentro de dos horas (cfr. nm. 5). Pero esto, como se ha señalado, no vale a la inversa. También quien dice "Vamos ya" puede permanecer todavía en la fase preparatoria.

La praxis emplea la fórmula del umbral del "Vamos ya" generalmente 133
tan sólo en conexión con el criterio objetivo de la teoría de los actos parciales (cfr. tan sólo nm. 127 s.). No queda claro si la misma debería indicar también de forma independiente los límites de la tentativa. En todo caso, no es capaz de cumplir dicha misión. Si, por el contrario, se toma como la condición subjetiva de una delimitación que, por lo demás, es objetiva, con el recurso al umbral del "Vamos ya" no se está expresando más que lo que ya aparece en las palabras de la ley ("inicie inmediatamente, según su representación"). No posee, pues, la fórmula ninguna fuerza explicativa adicional. Pues, por supuesto, nadie puede haber iniciado, según su representación, la realización típica si es de la opinión de que todavía no debería poner en marcha la ejecución.

El recurso al umbral del "Vamos ya" se parece al criterio, desarrollado por *Bockelmann*, de 134
la **"prueba de fuego de la situación crítica"**. De acuerdo con el mismo, existe tentativa "allí donde el dolo delictivo ha superado la prueba de fuego de la situación crítica. Esta situación tiene lugar cuando el autor se halla ante la tarea de ejecutar la acción que (...) conducirá (...) a la realización del tipo. Es el momento en el que recae la última decisión decisiva sobre el sí o no del hecho. Lo que es realizado, en ese instante, para la ejecución del hecho, eso es la tentativa"[149]. Esta teoría también posee un giro objetivo, en la medida en que toma como punto de referencia una "acción conducente a la realización del tipo". Pero esto es demasiado impreciso, pues también los actos preparatorios conducen a la realización del tipo. Por supuesto, puede que se quiera referir al último acto parcial, aunque esto no está claro. Tampoco está clara la relación entre este elemento objetivo y el proceso de decisión interno del autor que se impulsa en primer término. ¡Pues la "última decisión decisiva sobre el sí o el no del hecho" existe ya con la formación de la decisión de actuar incondicionada! No queda claro qué ulterior decisión debería concurrir además.

Los intentos de delimitación relativamente más afortunados son los realiza- 135
dos a través de la fórmula de Frank (nm. 122) y de la teoría de los actos parciales (nm. 126), que no es sino una desarrollo más amplio de aquella fórmula. La fórmula de Frank, que está emparentada con la teoría objetivo-formal (nm. 104), viene a expresar de forma señalada el punto de vista rector, también aquí seguido, de la proximidad al tipo. Su debilidad consiste en que declara, en virtud de una "comprensión natural", parte del tipo a una conducta que materialmente no pertenece a la acción típica. Con ello la cuestión de qué acciones anteriores al tipo pertenecen ya a la tentativa se pone en manos de un juicio intuitivo, que no se puede resolver con la idea general de que la tentativa debe ubicarse justo

[149] *Bockelmann*, JZ 1954, 473 (= Untersuchungen, 146 s.).

en los límites del tipo. Y si, como hace la jurisprudencia reciente, se sustituye la "comprensión natural" por el "plan del autor" (nm. 122), entonces se está renunciando a una delimitación objetiva.

136 La teoría de los actos intermedios intenta superar la imprecisión inherente a la fórmula de *Frank*, al referirse al último acto intermedio antes de la verdadera acción típica. Esto permite una delimitación precisa si se considera –como originalmente se pretendía- que cada movimiento corporal es un "acto intermedio". En tal caso, sería tentativa apuntar la pistola, en tanto que último acto antes del disparo; mientras que portar la pistola constituiría todavía preparación, dado que entre este acto y el disparo existiría un acto intermedio. Existiría tentativa en extender la mano hacia el objeto que se pretende robar; la apertura del cajón en el que éste se halla sería mera preparación, pues otro acto intermedio tendrá lugar antes del apoderamiento. Se podría contemplar cada paso que el autor da en dirección al objeto material atacado como un acto parcial individualizado, de manera que habría que apreciar una tentativa en el último paso si a éste no hubiese de seguir ningún "acto intermedio" ulterior de uso de armas o instrumentos.

137 Esto es claramente demasiado estricto y haría depender la delimitación de forma poco convincente del azar de la configuración externa de la acción. Así, por ejemplo, existiría tentativa si alguien mete la mano en un automóvil a través de una ventana abierta, para coger el bolso que se halla en el asiento delantero. Pero habría tan sólo preparación si el autor recoge un bastón del suelo, para con él alcanzar el bolso que está en el asiento trasero. Pues esta acción tendría lugar antes del último acto parcial.

Debido a ello, el BGH advirtió en seguida en contra de un concepto tan formalista de acto parcial y, por ejemplo, en el Caso 13 (nm. 127, caso de la gasolinera), en el que el autor llamaba a la puerta de la víctima, vio ya en ello el último acto parcial y opinó: "Una perspectiva que estableciera la división de acuerdo con los movimientos corporales, y que viese en el hecho de alzar y de apuntar la pistola como actos intermedios, sería demasiado estricta". Coincidiendo con esta opinión, hoy los defensores de la teoría de los actos parciales generalmente exigen tan sólo que entre el comienzo de la tentativa y la verdadera acción típica "no concurra ningún acto parcial **esencial** más"[150]. *Kühl* lo explica del siguiente modo[151]: "En la aplicación de esta (...) teoría de los actos parciales, hay que cuidar de que el comportamiento global del autor no sea dividido de forma artificial. Quien avanza hacia su víctima portando una pistola con intención de matar, no se halla todavía en la fase preparatoria por el hecho de que todavía tenga que dar ciertos pasos intermedios, como alzar la pistola y apuntarla, así como mover el dedo sobre el gatillo, antes de que pueda lanzar el disparo mortal. Tal 'Derecho Penal a

[150] SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm 13; *Rudolphi*, con su artículo en JuS 1973, 20, puede ser considerado el fundador de la teoría de los actos parciales.

[151] *Kühl*, AT, 3ª, § 15, nm. 60.

cámara lenta' no es promovido por la teoría de los actos intermedios, pues dichos actos intermedios no esenciales no son, en el sentido de la teoría, actos intermedios con entidad propia".

Esto es aceptable en cuanto a sus consecuencias, pero significa renunciar 138
en buena medida al grado de precisión que la teoría de los actos parciales podría proporcionar a la fórmula de Frank[152]. Pues determinar qué actos parciales son "esenciales" es una cuestión de valoración. Y, para dicha valoración, el concepto de "esencialidad" proporciona un criterio tan poco útil como el de "comprensión natural" de la fórmula de Frank. Así pues, la teoría de los actos parciales necesita de una mayor concreción[153], que se deberá intentar a continuación. Si se logra dicha concreción, la teoría de los actos intermedios tiene la ventaja, frente a las restantes teorías, de que es la que mejor describe la "fase de conclusión" del hecho, la zona estrictamente previa a la acción típica, que es abarcada por la tentativa.

7. La teoría de los actos parciales, concretada

De acuerdo con la concepción aquí defendida, el último bloque de acto 139
parcial debe ser descrito a través de los conceptos auxiliares de **"conexión temporal estricta"** y de **"incidencia sobre la esfera de la víctima o del tipo"**[154].

Caso 14: Alguien quiere robar algo de un automóvil y, con dicho fin, palpa a través de una ventanilla abierta en el interior del vehículo.

En esta conducta concurre una tentativa de hurto. Pues existe una conexión temporal estricta (el apoderamiento se va producir ya, en el mismo sitio) y el autor se ha entrometido en la esfera de la víctima (el interior del coche, el ámbito de custodia de quien va a ser robado). Si pretende apoderarse ya del objeto que pretende robar o si, por el contrario, pretende recoger primero un bastón, con el que sacar el objeto del hurto del coche (cfr. nm. 137) carece de relevancia para la apreciación de la tentativa. Los "actos intermedios" de esta clase resultan irrelevantes, ya que se cumplen los dos criterios decisivos (conexión temporal estricta, intromisión en la esfera de la víctima).

Deben concurrir ambos criterios conjuntamente, no basta con que concu- 140
rran de uno en uno. Si el ladrón está delante del automóvil en el que quiere meter la mano, concurre ya una conexión temporal estricta, pero todavía no hay tentativa. Pues falta aún la intromisión en la esfera de la víctima, que caracteriza a la etapa final del suceso. Y, al contrario, tampoco basta la aproximación a la esfera de la víctima si falta la conexión temporal estricta:

---

[152] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/62, destaca que con ello "la solución de los actos parciales se despoja de su estricta vinculación al tipo penal". En sentido similar, *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 41: "la determinación conceptual precisa (...) apenas resulta ya posible". *Kratzsch*, JA 1983, 422: "la precisión (...) prácticamente vuelve a desaparecer".

[153] Así, también SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 13.

[154] Al respecto, *Roxin*, JuS 1979, 4 ss.

quien exhibe una pistola ante un tercero, pero no pretende por el momento disparar, no está cometiendo aún una tentativa de homicidio.

Caso 15 (KG GA 1971, 54): El autor que tienen planeado un robo llama a la puerta de la casa de la víctima. De acuerdo con su plan, él debería entrar en la casa, "irse a la cama" con la víctima (el caso tiene lugar en el ambiente homosexual) y, acto seguido, "aprovechando una oportunidad", dejar entrar a dos cómplices, con los que llevaría a cabo el robo. Sin embargo, la puerta de la casa no llegó a abrirse.

En este caso, el acto de llamar a la puerta produce la afectación a la esfera de la víctima. Pero, dado que el robo debía tener lugar "aprovechando una oportunidad posterior", falta aún la conexión temporal estricta que es necesaria para la tentativa. El KG destacó en su sentencia con razón que tampoco habría existido tentativa si el autor hubiera conseguido entrar en la casa. Tan sólo con la llegada de los cómplices habría empezado la tentativa. Los casos en los con mayor claridad se aprecia la naturaleza de actos preparatorios son aquellos en los que no es posible hallar ni la incidencia en la esfera de la víctima ni la conexión temporal estricta. Ello ocurre en BHGSt 28, 162 (Caso 14, nm. 128). Hay que sorprenderse de que hiciese falta una decisión del BGH para establecer, en contra del tribunal de instancia y de la fiscalía, que se trataba de un mero acto preparatorio.

141 **Caso 16** (BGH NStZ 2000, 418): El acusado (A) quería entrar en la villa de una mujer, con el fin de (como ya había ocurrido en el pasado) "forzarla a mantener relaciones sexuales y apoderarse de su dinero para su propio uso". Pero fracasó, debido a que la ventana del sótano, que pretendía abrir, estaba asegurada con una barra metálica.

En un caso como éste, los criterios que se han desarrollado permiten darse cuenta de que hay que apreciar el comienzo de la tentativa en los eventuales distintos delitos concurrentes de modo diferenciado. Concurre un hurto intentado (§ 243 I n.º 1), pues con el esfuerzo de abrir la ventana se produce ya la afectación a la esfera de la víctima (a su ámbito de custodia). Por el contrario, no cabe apreciar aún una tentativa de violación (§ 177 II n.º 1), ya que la esfera corporal de la mujer no ha sido tocada, debido a la presencia de los dispositivos de protección establecidos por ella. El BGH llegó al mismo resultado, renunciando, sin embargo, a una fundamentación detallada: no concurre "inicio inmediato de una conducta coactiva sexualmente orientada por parte del acusado".

142 Los dos criterios mencionados son reconocidos frecuentemente por la doctrina como útiles[155]. Por supuesto, hay que dar la razón a la críti-

---

[155] Así, *Lackner/Kühl*, 24ª, § 22, nm. 4, los califica de una "concreción satisfactoria para el caso normal", SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 9, los emplea como "indicios"; *Jakobs*, AT, 2ª, 25/66, 68, considera como directrices positivas para decidir acerca de la apreción de la tentativa la "proximidad temporal" y la "irrupción del auto ren la esfera de protección del agredido", *Berz*, Jura 1984, 517, opina que, en los tipos penales "que protegen un bien jurídico vinculados a una víctima concreta", la solución aquí defendida parece "en situación de determinar el momento del inicio mejor que la 'teoría de los actos intermedios'". *Kratzsch*, Jura 1983, 424 s., destaca que Roxin "tiene éxito en delimitar el núcleo de la distinción entre preparación y autoría de forma más precisa que como se hace en las fórmulas

ca[156] de que sólo es posible examinar la esfera de la víctima en aquellos tipos en los que existe víctima. Aunque esto no ocurre tan sólo en los bienes jurídicos individuales, sino muchas veces también en los bienes jurídicos de la colectividad: también el Estado y otras instituciones de Derecho público pueden ser víctima de agresiones delictivas. Allí donde falte una "esfera" especial en el lado del atacado, se debe tomar como punto de referencia la esfera del tipo. Así, por ejemplo, la falsificación de moneda mediante imitación (§ 146 I núm. 1) comienza al ponerse a realizar el acto de falsificación: por ejemplo, al disponer de los objetos mencionados en el § 149 [preparación de la falsificación de moneda y de sellos], con el fin de ponerse al trabajo sin demora para realizar la falsificación. La tentativa de causación de explosiones con sustancias explosivas (§ 308) comienza con la preparación de la explosión. Etc.

Por lo que hace a la conexión temporal estricta, hay que observar que 143
la misma debe concurrir en relación con la acción típica, pero no necesariamente respecto del resultado. Quien inicia la perforación de la caja de caudales que se quiere forzar está ya en la fase de tentativa, a pesar de que aún deba trabajar durante horas hasta que la caja sea "cascada"[157]. Debe concurrir, no obstante, una conexión con el resultado en aquellos casos en los que, según el plan del autor, aquél debería seguir de manera ininterrumpida. Si en tales casos falta la conexión, habrá entonces tan sólo, en su caso, un acto preparatorio, a pesar de la "realización parcial" (cfr. nm. 110 ss. y también nm. 170 ss.).

La teoría de los actos parciales, concretada tal y como se ha propues- 144
to, toma muchos elementos de otras teorías y fórmulas (que resultan insatisfactorias tan sólo por su parcialidad). Así, se vincula a la referencia a la esfera de la víctima o del tipo de la razonable exigencia que hace *Vogler* de remitirnos a la estructura e interpretación de los tipos en particular. También las fórmulas jurisprudenciales de exigir acciones que conduzcan a la realización típica "en continuidad ininterrumpida", o que estén en una conexión espacio-temporal próxima con ella, describen en esencia de modo adecuado la exigencia de conexión temporal estricta[158], aunque deben completarse mediante la incidencia en la esfera de la víctima o del tipo.

---

paralelas de la jurisprudencia". Es crítico *Vehling*, 1991, 56 ss., aunque sobre todo en relación con la deducción de mi criterio de una teoría de la impresión –malentendida de modo naturalístico-, con la que aquél no tiene por qué estar necesariamente unido. También es crítico *Rath*, JuS 1998, 1109, refiriéndose a la "parcialidad casi ilimitada del curso espacio-temporal de la acción"; pero la combinación de proximidad temporal y afectación a la esfera de la víctima restringen de modo decisivo el espacio dentro del que han de fijarse los límites.

[156] Sobre todo, de *Betz*, Jura 1984, 516.

[157] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/67.

[158] La mención a la conexión espacial puede eludirse, pues generalmente va unida a la conexión temporal. Allí conde no exista (por ejemplo, en hechos cometidos en un automóvil o en un avión), es prefereible renunciar a ella.

8. Grupos de casos problemáticos[159]

a) Los casos de aproximación

145 Las múltiples posibilidades de aproximación del autor al lugar de los hechos, o bien a la víctima, dan motivo a muchas cuestiones polémicas, que, sin embargo, es posible responder en su mayoría de modo adecuado con los criterios aquí propuestos. En el ejemplo, elaborado por *Kühl* (nm. 137), en el que el autor se aproxima "a su víctima portando una pistola con intención de matar", existirá tentativa si él además pretende disparar, aunque deba dar todavía algunos pasos más. Pues la conexión temporal estricta se cumple y la afectación a la espera de la víctima se ha producido ya con su amenaza. Por los mismos motivos, se debe apreciar una tentativa del § 243 I núm. 1 cuando el autor apoya una escalera en la casa, si pretende subir acto seguido y entrar por la ventana abierta. Todos los posibles "pasos intermedios" necesarios resultarán no esenciales. Por el contrario, existe tan sólo preparación si apoya la escalera y pretende emplearla para subir tan sólo unas horas más tarde, cuando haya completa oscuridad.

146 **Caso 17** (BGH GA 1980, 24): Los autores querían robar una oficina de correos. Mientras uno de ellos esperaba en las cercanías con el motor en marcha, con el fin de asegurar la huida, el otro se dirigió a la sala de las ventanillas, en donde se encontró con que había otros muchos clientes, decidiendo esperar hasta que se fuesen. Para pasar el tiempo, escribió en un impreso de giro postal, que pretendía entregar a la empleada, la petición de la entrega del dinero y las palabras: "Sin resistirse, porque, si no, disparo". Dado que la sala no se vaciaba, al seguir entrando más clientes, y creyendo que en su presencia no podría llevar a cabo el robo, el autor finalmente abandonó la oficina sin haber logrado su propósito.

El caso es muy discutido[160]. El BGH apreció una tentativa y lo basó en la combinación de fórmulas objetiva y subjetiva, ya conocida por BGH 26, 201; 28, 163 (nm. 127/128): el acusado, desde el punto de vista subjetivo, habría superado el umbral del 'Vamos ya' y, desde el punto de vista objetivo, habría iniciado la acción lesiva típica, ya que su actuar debía desembocar sin actos intermedios en la realización típica". Esto no puede convencer, ya por la forma en que se razona la aplicación de los criterios teóricamente empleados. Pues el autor se dijo: "Por desgracia, no se puede seguir adelante, puesto que hay clientes en la sala". Y, además, antes de la realización típica faltaba todavía como mínimo, como "acto intermedio", aproximarse a la ventanilla sin ser observado por los clientes. No se puede considerar este paso como "no esencial", pues de que fuese posible dependía la ejecución de todo el plan.

147 Con mayor razón aún, de acuerdo con los criterios aquí defendidos, no existe tentativa. Falta la conexión temporal estricta con la realización típica,

---

[159] En esencia, la siguiente clasificación en grupos de casos aparece ya en *Roxin*, JuS 1979, 5 ss. Le sigue *Walder*, SchwZStr 99 (1982), 225 (260 ss.), con abundancia de casos procedentes de la praxis del Derecho suizo.

[160] A favor de la tentativa, *Borchert*, JA 1980, 254; *Kühl*, AT, 3ª, § 15, nm. 63; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 15. En contra, *Berz*, Jura 1984, 519; *Papageorgiou-Gonatas*, 1988, 123; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 44; LK-*Vogler*, 10ª,§ 22, nm. 69; *Zaczyk*, 1989, 313 s. BGH NStZ 1996, 38 se inclina, en un supuesto similar, por apreciar la existencia de un acto preparatorio.

ya que a dicha "continuidad ininterrumpida" se opone la presencia de clientes durante un tiempo imposible de determinar. Y tampoco concurre todavía una incidencia en la esfera de la víctima, mientras el autor permanece de forma ordinaria en el vestíbulo accesible a cualquiera. La incidencia habría aparecido con la entrega de la nota.

De modo similar, caminar por una tienda o por unos almacenes con la 148
intención de robar es todavía una preparación[161]. Por el contrario, hay que apreciar tentativa si entran en el vestíbulo de un banco ladrones armados y enmascarados. Pues, en este caso, la manera de entrar en el banco constituye ya una intromisión en la esfera de la víctima, y se da también la conexión temporal estricta, dado que (a diferencia de lo que ocurría en el Caso 17) no existe ya ningún momento previo a que se inicie la amenaza.

Caso 18 (BGHSt 9, 62): La autora quería ayudar a su amado a librarse de la detención pre- 149
ventiva (§ 120 [fuga de presos]). Para ello, fue a la sede de la policía, donde debía encontrarse con el imputado, con unas hojas de sierra que había metido en el chocolate y en la pasta. Nada más entrar en el edificio fue detenida.

El BGH apreció la concurrencia de una tentativa punible del § 120 III y lo basó en el criterio (empleado por la jurisprudencia antigua, y muy maleable) de la inmediata puesta en peligro. Sin embargo, se trata de un caso claro de mera preparación. Pues, hasta la entrega de las hojas de sierra (el favorecimiento, en el sentido establecido por el § 120), todavía había que dar muchos pasos. Los actos intermedios pendientes eran además esenciales. Puesto que no había todavía una conexión temporal inmediata con la entrega, su ejecución debía ser considerada en principio como dudosa. Y, por lo demás, una intromisión en la custodia estatal[162] sólo habría tenido lugar con la entrega de los útiles para la huida escondidos.

Del mismo modo, preparar, ocultar y sacar los instrumentos del delito que 150
han de servir para allanar la entrada en una esfera de custodia no constituye todavía tentativa. Por ello, en el caso del gato (nm. 124, Caso 12), no es posible apreciar la existencia de tentativa en el hecho de sacar el gato, sino tan sólo en el momento en el que el autor se adelanta con el gato hacia la verja. Pues sólo entonces comienza la incidencia en la esfera de la víctima[163]. En un caso más reciente, el BGH (NStZ 1989, 473 s.) no ha apreciado tentativa en la preparación de una cizalla, aunque invocando también para motivarlo la circunstancia de que el autor todavía quería fumarse un cigarrillo antes de empezar con la fractura. De cualquier forma, es correcta la afirmación de que la tentativa sólo habría comenzado si el autor "se hubiera alejado con la cizalla para dirigirse directamente a la gasolinera e... iniciar al fractura".

---

[161] Por el mismo motivo, explorar un sanatorio a fin de ejecutar en él un aborto, no constituye tentativa, contra lo que sostiene RG HRR 1930, 1671.

[162] ¡Aunque el § 120 protege un bien jurídico de la colectividad, el tipo penal presenta una esfera de la víctima claramente delimitable!

[163] En el mismo sentido, *Jakobs*, AT, 2ª, 25/68, n. 99; LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 68.

151 **Caso 19** (BGH StV 1984, 420): El autor quería matar a su esposa y se lo notificó por teléfono. Entonces, se dirigió armado a la casa en la que vivían, llamando a la puerta de entrada. Como es lógico, no le abrieron. En cambio, lo que ocurrió es que fue detenido.

En este caso rechazó también el BGH la tentativa y fundamentó su rechazo en la teoría de los actos intermedios. Hasta la entrada en la vivienda de la mujer quedaban todavía muchos pasos que dar. Esto queda confirmado mediante la aplicación de los criterios de delimitación aquí propuestos. Llamar al timbre no es suficiente como intromisión en la esfera de la víctima (al contrario que lo que ocurría en el caso de la gasolinera, BGHSt 26, 201; nm. 127, 156), pues, a consecuencia del aviso previo del autor, todavía no menoscababa la protección de la mujer ni conllevaba la producción del resultado. Tampoco se podría hablar de una conexión temporal estricta, ya que estaba excluida una aproximación "en continuidad ininterrumpida".

152 **Caso 20** (BGH NStZ 1987, 20): El autor quería matar a S a tiros. Forzó con la culata del arma la puerta de la habitación en la que éste se encontraba y entró. Mientras tanto S había huido por la ventana.

El LG había apreciado que la tentativa habría comenzado "cuando el autor apuntase a la víctima con el arma dispuesta para disparar". Este se correspondería con una teoría de los actos parciales aplicada estrictamente. Por el contrario, el BGH afirma la existencia de tentativa y lo fundamenta en que el autor había superado, desde el punto de vista subjetivo, el umbral del "Vamos ya" y en que su "actuación debía conducir sin actos intermedios al cumplimiento pleno del tipo". No queda claro, sin embargo, cómo debería razonarse esta ausencia de actos intermedios. En todo caso, en cuanto al resultado, tiene razón el BGH: la entrada en la habitación es una intromisión duradera en la esfera de la víctima; y se da también la conexión temporal estricta con la acción de disparar planeada, ya que el autor partía de la base de la presencia de la víctima y pretendía avanzar inmediatamente hasta el hecho típico.

153 Un problema especial suscita la cuestión de cuánto debe haberse aproximado a la frontera el autor, en la introducción de drogas (§ 30 I No. 4 BtMG [Ley de Estupefacientes]), para que exista tentativa. BGHSt 36, 250 opera también aquí con el "umbral del 'Vamos ya'" y con la teoría de los actos intermedios y, sobre esta base, llega a la conclusión de que, en el caso de peatones, ciclistas y automovilistas, la tentativa comienza "poco antes de llegar a la frontera o el puesto aduanero establecido". Si el autor "ha de hacer todavía varios kilómetros hasta la frontera", ha de apreciarse una mera preparación. Esta posición es digna de apoyo. Pues la esfera del tipo comienza con la frontera terrestre o con un puesto aduanero adelantado a esta. Sólo cuando se supera esta línea se inicia la intromisión en la esfera sujeta a la soberanía territorial alemana. No está claro si las cosas han de verse de otro modo en el caso de que se trate de un viaje en tren o en avión. BGHSt 36, 250 s. opina prudentemente que en estos casos la tentativa de introducción

podría comenzar antes, "especialmente en un control aduanero anterior a la frontera". BGHSt 31, 215 considera consumada ya la introducción si el autor responde en el tren de un modo mendaz a las preguntas de los funcionarios de aduanas alemanas. De hecho, en los aeropuertos y ferrocarriles hay que realizar la delimitación de acuerdo con unos principios algo distintos. Pues, en estos casos, generalmente concurrirá una tentativa acabada, en la que el inicio de la tentativa comienza ya con tener bajo control el curso posterior de los acontecimientos. Más ampliamente al respecto, nm. 196 ss.; sobre los restantes problemas de aproximación al lugar de los hechos y de la permanencia en el mismo, nm. 177 s.

Caso 21 (BGHSt NStZ 1999, 395): El acusado (A) pretendía cometer un secuestro con fines extorsivos contra la Sra. Sch. Planeaba presentarse ante ella como repartidor, llamar a su puerta y, cuando abriese, secuestrarla. En todo caso, había quedado con su cómplice en interrumpir el rapto si la Sra. Sch. estaba con su hijo, entonces de diez meses de edad. De hecho, cuando abrió la puerta, tenía el niño en brazos. En consecuencia, A, tal y como había prometido, se marchó, bajo el pretexto de que se había equivocado de paquete. 154

El BGH rechazó aquí la existencia de un delito intentado del § 239 a [secuestro]. Se apoya para ello en los conocidos criterios: desde el punto de vista subjetivo, debe haberse superado el umbral del "Vamos ya" y, desde el punto de vista objetivo, la acción debe conducir sin acto intermedios al pleno cumplimiento del tipo. Aquí faltarían, pues, debido a la aparición del niño, habría sido necesario "todavía un impulso más de voluntad". Esto no es correcto[164]. Porque ya con llamar al timbre existe tentativa, a causa de la intromisión en la esfera de la víctima y la conexión temporal estricta con la ejecución. Lo que el BGH ha reconocido también en otros casos (cfr. nm. 127 y 156). En realidad, lo que concurre es una tentativa con reserva de desistimiento (cfr. nm. 85). El desistimiento puede ser, en su caso, voluntario (lo es si A se retira en atención al niño, pero no, sin embargo, si temía que le descubrieran por su llanto), pero ello no lo convierte en un mero acto preparatorio.

b) Los casos de estar al acecho y de espera

Un grupo recurrente de casos[165] es el del autor dispuesto a atacar que espera la aparición de la víctima, pero ésta no se presenta. 155

Caso 22 (BGH NJW 1952, 514): Los acusados querían asaltar a un cobrador y esperaban con un coche a poca distancia de la parada en la que el cobrador solía apearse. De acuerdo con sus cálculos, él debía llegar en seguida en el tren de cercanías. Portaban la pimienta que iban a arrojarle a los ojos, y cada vez que llegaba un tren encendían el motor del coche, para largarse en cuanto realizasen el hecho. Después de haber esperado a cuatro trenes, se percataron de que ese día el cobrador había fallado y se fueron.

---

[164] A este respecto, las observaciones críticas de *Jäger*, NStZ 2000, 415.

[165] Cfr. una exposición general de la doctrina y de la jurisprudencia antiguas en *Otto*, NJW 1976, 578 s.

El BGH apreció una tentativa, remitiéndose a que la acción del autor "habría conducido inmediatamente en una continuidad ininterrumpida al cumplimiento del tipo legal" y a que "de acuerdo con la representación del autor, se creó una puesta en peligro inmediata para el bien jurídico atacado". En la doctrina, sin embargo, la decisión es criticada con razón[166]. Pues en este caso entre la acción del autor y el robo restaba todavía el acto intermedio de aproximarse con el coche. Este acto resulta esencial. Es cierto que se podría afirmar la conexión temporal estricta, si la representación del autor se basaba en que el cobrador llegaría en seguida. Pero la incidencia en la esfera de la víctima habría comenzado únicamente con la esperada aparición del cobrador y la consiguiente partida inmediata del automóvil. En un caso posterior (NJW 1954, 567), en el que el autor había esperado a una cajera para robarla, el BGH puso en cuestión la corrección de su decisión en el "caso de la bolsa de pimienta" y rechazó la existencia de tentativa, dado que el acusado no sabía dónde se hallaba la cajera en aquel momento: "Sólo podría apreciarse una puesta en peligro inmediata y, consiguientemente, una tentativa si la cajera hubiera entrado en el paseo oscuro y se hubiese aproximado al lugar previsto para el delito (...)".

156 El muy discutido "caso de la gasolinera" (*supra* Caso 13, nm. 127) se diferencia muy poco del "caso de la bolsa de pimienta", aunque sí en algunos aspectos que resultan esenciales. Pues el autor que, armado y enmascarado, llama a la puerta de la víctima parte de la base (y es su representación lo que importa) de que la víctima no es que tenga que aparecer, es que ya está presente y, en consecuencia, al abrir la puerta, se hallará delante del revolver. En tales circunstancias, no sólo se da la conexión temporal estricta: con el hecho de llamar a la puerta concurre ya la intromisión en la esfera de la víctima que constituye el prólogo a la ejecución[167]. Del mismo modo, se considera correctamente como tentativa la conducta por parte de un ladrón armado y disfrazado de llamar al timbre de la puerta de un joyero al que se pretende robar[168].

157 Otros "casos de la llamada en la puerta" han sido resueltos también por la jurisprudencia de acuerdo con la interpretación aquí defendida: esperar delante de una puerta en la que debería aparecer en seguida la víctima (RGSt 77, 1); pedir permiso para entrar en una casa en la que debería llevarse a cabo un hurto mediante engaño (BGH MDR (H) 1985, 627). Esperar a

---

[166] Cfr. tan sólo *Berz*, Jura 1984, 517; *Bockelmann*, JZ 1954, 472 (= Untersuchungen, 145); *Gössel*, JR 1976, 251; *Mezger*, NJW 1952, 514; *Rudolphi*, JuS 1973, 24; *el mismo.*, SK, 6ª, § 22, nm. 15; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 42; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 11, nm. 41; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 22, nm; LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 69; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 603; el "caso de la bolsa de pimienta" es analizado por *Fahl*, JA 1997, 636 como "un clásico".

[167] A favor de la tentativa, adhiriéndose al BGH, *Berz*, Jura 1984, 518 s.; *Kühl*, JuS 1980, 654; *el mismo*, AT, 3ª, § 15, nm. 64; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 44; *Vehling*, 1991, 145 ss.; LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 69; *Zaczyk*, 1989, 314 s.; en contra de la tentativa, sin embargo, *Gössel*, JR 1976, 251; *Otto*, NJW 1976, 578 s.; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 15.

[168] BGH NStZ 1984, 506; en el mismo sentido, BGHSt 39, 238, con ulteriores referencias.

una víctima aún ausente es, por el contrario, considerado como preparación (BGH MDR (D) 1973, 728, 900); ocurre lo mismo con llamar a la puerta, si el robo no va a tener lugar inmediatamente después de la entrada en la casa (BGH GA 1971, 54) o si serviría tan sólo para averiguar si la persona a la que se pretende robar está en casa (BGH StV 1984, 420).

BGH MDR (D) 1966, 726 ofrece una interesante variación de este grupo 158
de casos: el acusado pretendía asaltar a una contable cuando fuera a cobrar el dinero para salarios en una sucursal bancaria y la estaba esperando en un zaguán próximo. Ella apareció, pero él no la reconoció. En este caso el BGH apreció un robo intentado, pero se equivocó[169]. Pues para el comienzo de la tentativa hay que referirse a la representación del autor y, de acuerdo con ésta, la víctima aún no había aparecido. Habría concurrido la tentativa en el momento en el que la reconociese.

Caso 23 (BGH NStZ 2000, 42): Los acusados arrojaron cócteles molotov delante del "Alter- 159
native Literaturcafe", "con el fin de obligar a la futura víctima, que se encontraba allí, a abandonarlo, y así poder maltratarle en la calle entre todos ellos". Pero nadie abandonó el café, por lo que no tuvieron lugar las lesiones planeadas.

El BGH aprecia también aquí –sin fundamentarlo- una tentativa de lesiones peligrosas (§ 224 I n.º 4). Pero habría sido más correcto afirmar la existencia de tentativa sólo si los clientes se hubiesen dispuesto a abandonar el café. Pues sólo en tal caso se habría producido una afectación a la esfera de la víctima, que falta todavía si los clientes no se preocupan por lo que esté sucediendo en la calle. Los hechos se diferencian en un matiz (decisivo) de los "casos de la llamada a la puerta": mientras que cuando se llama a la puerta se puede partir de que el morador, si está en casa, abrirá la puerta, la expectativa de que los clientes saldrán a una calle plagada de peligros es tan sólo una vaga esperanza.

c) Los casos de prueba y de examen

Se trata aquí de supuestos en los que el autor investiga si la realización del 160
hecho es posible o beneficiosa y en los que mediante dicho examen ya es contrariado. En casos de esta naturaleza, puede resultar dudosa la existencia de decisión de actuar, como ya han mostrado dos ejemplos de este grupo de casos (Caso 5, nm. 84: examen de una estatua funeraria, cuya cabeza será robada si se valora que su material es valioso; Caso 6, nm. 84: examen de una embarazada para decidir si todavía es posible un aborto que no resulte peligroso). Otro ejemplo más (BGH MDR (D) 1958, 12) lo proporciona el caso del carterista que palpa el bolsillo del abrigo de su víctima potencial, para determinar si hay o no una cartera dentro de él.

Caso 24 (BGHSt 22, 80): El acusado quería robar dos automóviles determinados y, a dicho 161
fin, había estado moviendo las ruedas delanteras, para determinar si el volante estaba blo-

[169] A favor de la tentativa, en cambio, *Fahl*, JA 1997, 639.

queado por la cadena de seguridad. En el caso de que no hubiese tales obstáculos, pretendía apoderarse acto seguido del vehículo de forma inmediata.

El BGH apreció aquí, así como en los casos antes mencionados, una tentativa, ya que el autor quería llevar a cabo, respectivamente, el apoderamiento y el aborto en el caso de que el resultado de su examen fuese satisfactorio[170]. Esto es correcto. Pues con el examen existe ya una incidencia en la esfera de la víctima (respectivamente, el titular de la custodia y el embrión). Si el hecho debe ser realizado de forma subsiguiente al examen "en continuidad ininterrumpida", hay que afirmar además la existencia de conexión temporal estricta. Por supuesto, en los "casos de investigación" puede haber también una mera preparación, cuando falte cualquiera de las dos condiciones necesarias para la tentativa. Si el curandero que examina a la embarazada pretende llevar a cabo la intervención en, pongamos, una semana, falta la conexión temporal, por lo que el examen no resulta todavía punible. Por otra parte, si el hombre que desea sustraer la parte valiosa de la estatua funeraria, no pone las manos sobre la tumba, sino que se limita a contemplarla como cualquier paseante, no habrá tentativa incluso si su intención es agarrar cualquier cosa que descubra que merece ser robada. Ya que faltaría aquí una intromisión en la esfera de la víctima.

d) Los casos de reducción de la protección

162 Un amplio grupo de casos es el formado por aquello en los que el autor remueve o se inmiscuye en la protección con la que la víctima ha rodeado su esfera. Dado que aquí, y por definición, existe una entrada en la esfera de la víctima, la apreciación de una tentativa depende de si existe una conexión lo suficientemente estrecha con la acción típica. Los casos de reducción de la protección se superponen parcialmente con la mayoría de los grupos de casos ya vistos: por ejemplo, el caso 20, nm. 152 (forzar la puerta de la habitación), que aquí ha sido ubicado entre los casos de aproximación, un ejemplo claro de reducción de la protección; también entre los casos de abusos y de cualificaciones se hallan supuestos de reducción de la protección (nm. 167, 170 ss.). La mención específica de este grupo se justifica, en todo caso, porque la reducción de la protección constituye una perspectiva de delimitación particularmente importante en relación con la esfera de la víctima[171].

163 **Caso 25** (RGSt 53, 218): El acusado entró en una granja para robar. Debido a que el perro que estaba encadenado en el patio ladraba, lo desató y lo sacó fuera de la granja. Luego, pretendía regresar inmediatamente. Pero no llegó a volver, pues fue sorprendido afuera mientras soltaba al perro.

---

[170] Mantiene otra opinión, sin embargo, la doctrina dominante: LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 47 ss., 70; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 45. En el caso del bloqueo del volante (BGHSt 22, 80), *Eser*, StrafR II, 3ª, Caso 31, nm. 42, pretende rechazar la tentativa al menos cuando "se deba realizar la fractura, para poder tomar posesión del vehículo".

[171] Cfr., al respecto, BGH NStZ 1997, 83, donde se rechaza la tentativa, entre otras razones, porque todavía no ha habido intromisión en el ámbito de protección de la víctima.

Hay que apoyar la posición del RG de apreciar un hurto en grado de tentativa[172]. Pues la eliminación del perro guardián disminuyó el nivel de protección de la granja y la estrecha conexión temporal con el apoderamiento existió si el autor, tras agarrar al perro, pretendía sin pausa alguna, "en continuación ininterrumpida" continuar con el apoderamiento. Ciertamente, para ello habrían sido necesarios varios pasos intermedios. Pero los mismos resultarían no esenciales, por comparación con la intromisión en la esfera de custodia llevada a cabo con el acto de eliminación del perro.

Caso 26 (BGHSt 3, 297): Los autores pretendían robar a la víctima y "con dicho fin (...) comenzaron por librarse de los acompañantes "previsiblemente molestos", para lo que ahuyentaron a la víctima provocando una pelea sin ningún motivo. Luego, siguieron "el camino de él", atrajeron a la víctima "en unos espesos matorrales apartados del camino" y allí le robaron. 164

También en este caso el hecho de apartar a los acompañantes constituye una reducción del nivel de protección, pero la conexión temporal resulta más dudosa, ya que los autores no ejecutan el robo inmediatamente después, sino que todavía tienen que dirigirse con la víctima al "Parque del Norte"[173]. Pese a ello, en este caso hay que retrotraer, como hace el BGH, el comienzo de la tentativa al momento de la eliminación de obstáculos. Pues, al librarse de los acompañantes, los autores se hallaban ya "en camino hacia el Parque del Norte". La acción que desemboca en el resultado sin demoras superfluas estaba, pues, ya en inmediata ejecución; cada paso conducía a la víctima, separada de sus potenciales auxiliadores, más profundamente hacia una soledad desvalida (sobre un grupo de casos similares en supuestos de abusos sexuales, cfr. nm. 167). Por otra parte, habría que apreciar un mero acto preparatorio si la separación de los acompañantes hubiese tenido lugar antes la salida hacia el lugar de comisión del delito (por ejemplo, en una fonda, en la que todos estuvieran sentados juntos en tertulia).

Caso 27 (BGH NJW 1980, 1759): Los autores querían robar al ordenanza de un banco que transportaba dinero y títulos valores. Para ello pincharon una rueda de su coche, que estaba aparcado en una plaza de garaje, y esperaron a la inminente aparición del ordenanza. Dieron por supuesto que, después de entre 500 y 1000 metros, la rueda pinchada quedaría "plana", por lo que el ordenanza tendría que detenerse. Los autores pretendían ir con su propio vehículo detrás de él y asaltarle en el momento de la detención. 165

El BGH estimó la existencia de una tentativa de robo y entendió que los autores habían sobrepasado el umbral del *"vamos ya"*. Dejando a un lado ahora los argumentos de principio en contra de este criterio (nm. 130 ss.), este caso muestra también la relativa arbitrariedad de los resultados que se pueden obtener con él. Pues ni estaba presente la víctima, ni tampoco estaba plenamente configurada la situación. Más correctamente, se podría haber considerado que se había superado el umbral en el momento de la aparición

---

[172] En el mismo sentido, SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 17; *Walder*, SchZStr 99 (1982), 268; en contra, con amplia argumentación, LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 49 s.

[173] En favor de apreciar tan sólo un acto preparatorio, *Berz*, Jura 1984, 518; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 17.

del ordenanza, o incluso cuando estuviese conduciendo su automóvil. A la vista de los numerosos actos intermedios que todavía faltaban, al BGH mismo se le ocurren argumentos, que, sin embargo, deja de lado: "Cabe dudar de si todo es abarcado por el concepto de acto intermedio. En todo caso, a dichos actos intermedios no pertenecen aquellas acciones que aparecen como parte de la acción típica, debido a su continuidad necesaria con la misma, según el plan del autor..." De este modo se ha producido, mediante la "desformalización" de la teoría de los actos intermedios, un regreso a la fórmula de Frank. Lo correcto habría sido calificarlo como una mera preparación[174]. Pues es cierto que se puede contemplar el pinchazo de la rueda ya como una intromisión en la esfera de la víctima para reducir su nivel de protección. Pero falta la conexión temporal inmediata, ya que el hecho de esperar al ordenanza impide la continuidad y crea una cesura. Tan sólo en el momento de la aproximación de la víctima al vehículo defectuoso se habría producido la proximidad temporal necesaria.

e) Casos de abuso

166 En los casos de abusos sexuales a menores, la jurisprudencia antigua estableció el comienzo de la tentativa en un momento particularmente temprano, por razones político-criminales: "La necesidad de proteger a los menores frente a proposiciones indecentes justifica una anticipación considerable del límite entre preparación y tentativa" (BGHSt 6, 304). Así, BGHSt 6, 302 había considerado que existía ya una tentativa, a tenor del § 176 [abusos sexuales graves contra menores] I núm. 3 (en su antigua redacción)[175], en la invitación a una menor, por parte de un autor decidido a llevar a cabo una conducta sexual, de que "se fuese con él"; e incluso la propuesta de que "fuese al tiovivo" dentro de unas horas. Solución que ha sido rechazada de forma casi unánime[176], ya que la continuación del curso de los hechos dependía exclusivamente de la decisión de la joven, quien en ambos casos se negó, por lo que todo quedó en nada.

167 BGH 34, 6 ha apoyado la jurisprudencia en un nuevo fundamento. De acuerdo con esta sentencia, cuando se pretenden ejecutar acciones sexuales dirigidas a un menor **en contra de su voluntad,** la tentativa comienza tan pronto como el autor "–plenamente decidido a la comisión del hecho- conduce al menor a un lugar particularmente adecuado para la realización de actos sexuales..." (loc. cit., 9). Hay que concordar con esta solución en los casos en los que se pretende llevar a cabo el delito sin demora una vez llegados al lugar buscado. Pues con la conducción del menor a ese lugar, éste pierde "la protección del entorno en el que confía y cada paso ulterior le

[174] En el mismo sentido, *Berz*, Jura 1984, 515; *Jakobs*, AT, 2ª, 25/68, n. 98; *Kühl*, AT, 3ª, § 15, nm. 65; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 16; LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 70. A favor de apreciar tentativa: *Papageorgiou-Gonatas*, 1988, 124 s.

[175] Que correspondía aproximadamente al actual § 176 I.

[176] Con más detalle, *Roxin*, JuS 1979, 8, con ulteriores referencias.

dirige directamente hacia el resultado"[177]. En esta "disminución de la protección" (cfr. el caso paralelo en nm. 164) se produce una intromisión en la esfera de la víctima, y la conexión temporal se deriva de la continuidad ininterrumpida de la ejecución del hecho.

Si, por el contrario, el autor pretende realizar los actos sexuales **"sobre la base de la voluntariedad"** y respetar la eventual negativa del menor, el BGH entiende que la tentativa no comienza todavía con el traslado al lugar donde se piensa cometer el delito, sino que sólo existe cuando tiene lugar un acto exitoso de disposición sobre la víctima. (loc. cit., 9). Esto es esencialmente correcto; pues mientras el menor no "co-realiza" el hecho, su esfera propia permanece intacta y el delito no sigue adelante. Aunque se debería sustituir la ambigua expresión "ejecución exitosa" por "asentimiento". Ya que el tipo se consuma cuando se han llegado a realizar actos sexuales –este planteamiento coincide en la mayoría de las ocasiones con el concepto de ejecución exitosa. 168

El BGH señala que, de acuerdo con esto, la tentativa del § 176 II puede comenzar antes que en los hechos subsumibles en el apartado primero. El apartado segundo castiga a quien "determina a un menor a ejecutar actos sexuales con un tercero o a permitir que un tercero los ejecute sobre él". En este caso, determinar es ya el delito consumado, no la mera tentativa. El BGH reduce, con razón, esta "discrepancia" a una "distinta descripción típica" en el § 176 I y en el § 176 II. El caso constituye un buen ejemplo de la ligazón de la tentativa a la tipicidad. Por supuesto, el legislador puede anticipar la consumación -y lo hace con frecuencia. Ya dicha anticipación le ha seguir de una delimitación de la tentativa en consonancia. Cuestión distinta es que, en los casos vistos, esta "discrepancia" creada por el legislador sea intencionada y tenga sentido. 169

f) Cualificaciones y supuestos agravados

En relación con el problema abordado aquí, es posible remitir a las explicaciones anteriores acerca de la "regla de la realización parcial" (nm. 110 ss.). De acuerdo con ellas, y en contra de la opinión dominante, la realización de un elemento cualificante o de un supuesto agravatorio (ejemplos-regla, supuestos-regla) no da lugar por sí sola a una tentativa, sino que ésta sólo existe cuando se den además las condiciones generales que son necesarias para la concurrencia de tentativa. Así, si alguien inutiliza el equipo de extinción de incendios antes de incendiar un edificio (§ 306 b II núm. 3, *supra* Caso 9, nm. 113), o si afloja las tablas del techo de una casa en la que desea penetrar (§ 243 I núm. 1, *supra* Caso 10, nm. 114), existirá ya una intromisión en la esfera de la víctima. Sin embargo, esto constituye tentativa únicamente si el autor, tras la realización del elemento cualificante o del supuesto agravatorio, pretende incendiar la casa, o cometer el hurto sin interrupción temporal alguna en "continuidad ininterrumpida". Pues sólo en tal caso se da la estrecha conexión temporal necesaria. Si, por el contrario, el autor pretende llevar a cabo el incendio o el hurto en un momento posterior 170

[177] *Roxin*, JuS 1979, 8.

(por ejemplo, dentro de varios días), habrá que calificar el hecho como un mero acto preparatorio.

171 A la inversa, en la tentativa de realización del tipo básico no existe todavía tentativa del tipo cualificado, incluso si el autor pretendía desde un inicio realizar también éste. De este modo, el incendio de un edificio no es todavía una tentativa del § 306 b II núm. 3, ni la declaración falsa es una tentativa del § 154, si el autor estaba decidido desde el principio a inutilizar el equipo de extinción de incendios y a jurar en falso. En estos casos, no basta para la tentativa del delito cualificado con que el autor pretenda continuar con la realización de la circunstancia cualificante en una conexión inmediata con la realización del tipo básico ya acometida. Puesto que es posible también quedarse satisfecho con la realización del tipo básico, en el inicio de éste falta todavía la conexión con la esfera de la cualificación: la acción de incendiar todavía no permite concluir que el autor pretenda inutilizar el equipo de extinción; y la declaración falsa no proporciona aún ninguna indicación de que el declarante esté dispuesto también a jurar. La tentativa comienza aquí con la entrada en la esfera de la cualificación: es decir, cuando –en nuestros ejemplos- el autor se ocupa del equipo de extinción, o levanta la mano para jurar.

172 Se puede decir, en resumen, que la tentativa de un delito agravado no comienza (como antiguamente se asumía) con la realización de la agravación o del tipo básico. Es necesario más bien que el autor haya empezado a realizar el tipo básico y la agravación[178], de manera que es preciso, junto con la realización del tipo básico, la entrada en la esfera de la cualificación, y junto con la realización del elemento cualificante o del supuesto agravatorio, una estrecha conexión temporal con la realización del tipo básico. Se puede partir, pues, del presupuesto de que en la realización iniciada de un elemento agravatorio generalmente concurre también una tentativa del tipo básico. Así, existe un hurto intentado cuando el autor ha roto un candado y es sorprendido por la policía dentro del lugar donde pretende robar (BGH StV 1985, 183). Del mismo modo que la entrada en un espacio cercado del que el autor pretende llevarse algo es una tentativa de los §§ 242, 243 I (OLG Hamm MDR 1976, 155)[179].

9. Actos preparatorios prototípicos

173 Después de que se han visto hasta aquí (al hilo de grupos de casos representativos) las condiciones necesarias para que exista una tentativa, para exa-

---

[178] Hasta este punto, esto constituye hoy ya la doctrina dominante: en el mismo sentido que aquí, entre otros, *Arzt*, JuS 1972, 578; *Stree*, Peters-FS, 1974, 179; *Kühl*, JuS 1980, 509; *Burkhardt*, JuS 1983, 428 s.; *Fabry*, NJW 1986, 18; *Sternberg-Lieben*, Jura 1986, 185; *Laubenthal*, JZ 1987, 1066; *Kühl*, AT, 3ª, § 15, nm. 48 ss.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 40/115; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 18; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 11, nm. 43; LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 77 ss; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 607 s.; cfr. también BGHSt 31, 182, así como *Küper*, JZ 1992, 338.

[179] Con comentario de *Hillenkamp*, MDR 1977, 242 s.

minar los supuestos que hay que considerar prototípicamente como simples actos preparatorios, bastará con una exposición resumida y por remisión. Pues en realidad han sido analizados ya, como contraejemplos, al examinar los casos de tentativa. No obstante, es preciso hacer una breve introducción al tema, ya que sobre todo el RG, a causa de su tendencia a sobreextender el ámbito de punición de la tentativa (vid., al respecto, nm. 36), pero en parte también la jurisprudencia de la inmediata posguerra, que operaba todavía a partir de la fórmula del inicio de la realización típica del § 22, afirmaron la existencia de tentativa en casos que hoy son calificados de forma unánime como actos preparatorios. Todavía hoy en día es frecuente que la jurisprudencia de los OLG extienda en exceso el ámbito de aplicación de la tentativa (cfr. tan sólo nm. 176)[180]. De acuerdo con la doctrina moderna, se entiende que son actos preparatorios principalmente tres grupos de casos de constante actualidad: la obtención y posesión de armas e instrumentos del delito, así como la producción de condiciones decisivas para el delito (a); la búsqueda del lugar para cometer el delito y la permanencia (aún) discreta en el mismo (b) y el reconocimiento y la creación de la ocasión para la comisión (c). Por supuesto, también aquí hay superposiciones.

a) Obtención y posesión de armas e instrumentos del delito, así como producción de condiciones decisivas para el delito

Por supuesto, la obtención de un arma, la producción de una llave falsa, la 174
preparación del veneno, etc. son solamente actos preparatorios. Además de lo dispuesto en el § 22, esto se deduce también, *a contrario*, del § 149. Pues, evidentemente, si la producción y fabricación de materiales para la falsificación de moneda y de sellos es penada en dicho precepto, entonces es que dichas conductas no son todavía una tentativa de los §§ 146 y 148 [falsificación de sellos]. Merece destacarse, no obstante, que esto vale también para el caso de que la acción realizada en el estadio previo a la realización típica revele una gran energía criminal y resulte punible como un delito autónomo de otra clase, o incluso constituya la contribución más importante al delito.

De este modo, quien simula un robo con fractura[181] o incendia una casa, 175
con el fin de cometer una estafa de seguros, sólo cuando se dirige al seguro se coloca en el inicio de la tentativa de estafa (cfr., sin embargo, § 265 [fraude al seguro]). La carga de mercancías en un camión, con el que se quiere introducir objetos sin permiso en contra de la legislación de comercio exterior[182] o drogas, todavía no es tentativa; ésta comienza tan sólo justo delante de la frontera (cfr. nm. 153). Asimismo, quien fabrica certificados falsos[183] o borra el matasellos de un billete de transportes que pretende volver a uti-

---

[180] Cfr. tan sólo LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 68 ss.; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 14 ss.

[181] BGH NJW 1952, 430; de otra opinion, RGSt 72, 66 s.

[182] De otra opinión, BGHSt 20, 150; al respecto, *Roxin*, JuS 1979, 5.

[183] BGH wistra 1984, 142; de otra opinion, RGSt 77, 173.

lizar[184] solamente inicia la tentativa de estafa cuando se dispone a emplear dichos documentos. Igualmente, la colocación de un artefacto incendiario, que el autor debe poner más tarde en marcha, constituye todavía una mera preparación, debido a la falta de conexión temporal[185].

176 Hay dos resoluciones de sendos tribunales de los *Länder* que han sido muy discutidas, y generalmente rechazadas, por ampliar excesivamente el ámbito de la tentativa. El BayObLG[186] entiende que existe ya tentativa de defraudación de derechos de importación cuando alguien, al abandonar la República Federal de Alemania, consigue un certificado falso relativo a la cantidad de combustible que se lleva, con el fin de poder, a la vuelta, introducir gasolina sin pagar los correspondiente derechos. Es claro que en la fabricación del certificado estriba la acción más importante para el éxito del delito. Sin embargo, la tentativa de defraudación de derechos de importación sólo comienza en el viaje de regreso. Por otra parte, de acuerdo con el OLG Koblenz[187], debe considerarse que existe ya un inicio de reutilización de sellos administrativos, del § 148 II, cuando el autor prepara los sellos en una primera aplicación, para poder luego borrar el matasellos. Pero en realidad sólo existe tentativa cuando se comienza a reutilizar las marcas del sello.

b) La búsqueda del lugar de comisión del delito y la permanencia (aún) discreta en el mismo

177 Dirigirse al lugar de comisión del delito es generalmente mera preparación, aunque no siempre (sobre las excepciones, cfr. nm. 164 y 167: allí la víctima es conducida a un lugar discreto y adecuado para la comisión del delito, en condiciones que disminuyen su nivel de protección). Tampoco estar en el lugar de comisión del delito constituye una tentativa, en tanto el autor no haya comenzado todavía a entrometerse en la esfera de la víctima. Todo esto fue examinado ya al estudiar los casos de acercamiento y de espera (nm. 145 ss., 155 ss.), viendo numerosos ejemplos, por lo que aquí sólo es preciso hacer la remisión. Así, por ejemplo, si el atracador se coloca con su coche delante del banco que pretende atracar, pero sin sacar las armas ni haberse colocado aún la máscara, existe tan sólo preparación[188]. En relación con otros grupos de casos de asaltos a bancos, cfr. nm. 146-148. Quien entra en una casa como huésped y allí pretende robar algo, al entrar en la casa no comete ninguna tentativa. Por el contrario, si el ladrón irrumpe con fractura o entra por la ventana, entonces existe ya en el inicio de dicha actividad una tentativa.

---

[184] OLG Düsseldorf NJW 1990, 924.

[185] BGH NStZ 1981, 99.

[186] BayObLG JR 1978, 39 con comentario en contra de *Hübner*; cfr., además, *Benz*, Jura 1984, 515; *Hüser*, 1984, 213 ss.; *Kratzsch*, JA 1983, 578; *Kühl*, JuS 1980, 653; *Meine*, GA 1978, 324 s.; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 14; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 44; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 22, nm. 15; *Zaczyk*, 1989, 316 s.

[187] OLG Koblenz NJW 1983, 1625 con comentario en contra de *Lampe*, JR 1984, 163; rechaza también la decisión *Küper*, NJW 1984, 777.

[188] BGH MDR (H) 1978, 985.

También existía tentativa en el caso RGSt 69, 327, profusamente citado[189]. Los 178
dos autores querían robar a un tendero. Tras entrar en la tienda, habían entablado una conversación de distracción, simulando interés en comprar, cerrando la puerta tras de sí, "de manera que (...) no pudiera pedir ayuda a terceros, ni tampoco salvar su dinero él mismo huyendo" (loc. cit., 330). El robo iba a producirse inmediatamente. En ello existe implicado un claro ataque a la esfera de la víctima, en la forma de una disminución de la protección (al respecto, cfr. nm. 162 ss.); y la estrecha conexión temporal existe sin duda alguna. Es posible, por ello, fundamentar la existencia de tentativa en estas dos circunstancias, no siendo suficiente con la presencia dentro de la tienda; una comparación con el caso de la oficina de correos (*supra* Caso 17, nm. 146) lo demuestra con claridad.

c) El reconocimiento y la creación de la ocasión para la comisión del delito

El simple reconocimiento y la creación de la ocasión para la comisión del 179
delito es normalmente una preparación, ya que la auténtica comisión debe seguir más tarde. Si, por el contrario, se pretende que tenga lugar inmediatamente, la existencia de tentativa depende de que haya una intromisión en la esfera de la víctima; ejemplos de ello han sido vistos en relación con los casos de examen y de reducción de la protección (nm. 160 s., 162 ss.). Debe añadirse que, incluso cuando exista una estrecha conexión temporal, la creación de una ocasión para la comisión del delito no constituye aún tentativa cuando, debido a su carácter permitido, no conlleva una intromisión en la esfera de la víctima (como, por ejemplo, la acción del carterista de colarse en la estación del metro abarrotada)*. Igualmente, ir preparando la ocasión para el delito sigue siendo preparación, en tanto que la continuación del hecho delictivo dependa de la decisión libre de un tercero. Hemos visto ya esta situación en el caso de los delitos de abusos a menores, cuando el autor conduce a la víctima a un lugar adecuado para la comisión del delito, pero sólo está dispuesto a ejecutar el acto sexual con el asentimiento del menor (nm. 168). Del mismo modo, una oferta de suministro de moneda falsa[190], o la solicitud de mantener relaciones sexuales por parte de una persona infectada por el sida que oculta su enfermedad[191], son también solamente actos preparatorios.

10. Otros puntos de vista en la doctrina moderna

a) La teoría de la totalidad de Schmidhäuser

Schmidhäuser[192] sostiene un denominado método totalizador. De acuerdo 180
con el mismo, para la delimitación entre la preparación y la tentativa, deben

[189] Examinado con detalle en *Zaczyk*, 1989, 312; también *Vehling*, 1991, 150 s.

* Téngase en cuenta que, en Alemania (a diferencia de España), las estaciones del metro no están protegidos por puertas, torniquetes ni ningún mecanismo semejante, por lo que entrar en la estación sin billete todavía no es una conducta prohibida. [N. del T.]

[190] BGH StV 1987, 101.

[191] BayObLGSt 1989, 143.

[192] Formulación más reciente: *Schmidhäuser*, StuB AT, 2³, 11/49-58.

"examinarse todos y cada uno de los momentos relevantes, en su generalidad, a tenor de la cual su peso principal (...) puede inclinarse en unas ocasiones hacia un curso de acontecimientos y en otras ocasiones hacia otro" (nm. 51). En estos casos se debería "confiar el fundamento de la decisión a un enfoque acerca del asunto que sea totalizador y que esté basado en tipos ideales de casos"; pues "la decisión no puede decirse que esté predeterminada en la ley" (nm. 66). Procede así presentando los grupos prototípicos de casos para los diferentes delitos, como el hurto, el robo, la estafa o el incendio, y resolviéndolos en la mayoría de las ocasiones en coincidencia con la doctrina dominante. En algunas ocasiones considera incluso varias soluciones como igualmente correctas. Esto significa, por ejemplo, que en el caso de la gasolinera (*supra* Caso 13, nm. 127) la apreciación de una tentativa de robo "pueda ser defendida"; y que, sin embargo, "no menos defendible" se considere también la apreciación de una mera preparación.

181 En contra de esta solución hay que aducir que pone la cuestión de la delimitación esencialmente en manos de los pronunciamientos judiciales, renunciando a la ponderación de los diferentes momentos del suceso. Esto no es compatible con el mandato de determinación de las leyes penales, lo que se demuestra también en el hecho de que, en los casos dudosos, *Schmidhäuser* declare que hay varias soluciones igualmente defendibles.

b) La teoría de la inequivocidad de Jürgen Meyer

182 *Meyer*[193] recurre a una teoría muy seguida en el extranjero, en virtud de la cual existe tentativa "cuando la voluntad delictiva del sujeto actuante ha sido documentada de modo inequívoco a partir de su conducta externa"; esto es, cuando lo sucedido "sólo puede ser explicado por el dolo del autor". De acuerdo con ello, por ejemplo, la carga en un camión de mercancías que se pretenden exportar de forma delictiva próximamente sería todavía un acto preparatorio (cfr. nm. 175). Pues la carga de mercancías sería un "acto valorativamente neutro, que (...) también puede ser ejecutado para el transporte legal dentro del país". Por el contrario, por ejemplo, coser dinero de contrabando a una esterilla para pasarlo por la frontera (cfr. al respecto nm. 93) o colocar un compartimento oculto en el depósito de combustible de un vehículo, con el fin de utilizarlo para pasar en él dinero a través la frontera (RG HRR 40, Nr. 1051), son ya conductas de tentativa, en medida en que el sujeto actuante pretende pasar la frontera con el dinero. Sobre la perspectiva de la "forzosidad" aplicada en estos casos por *Meyer*, cfr. nm. 194, 211.

183 El pensamiento de la "inequivocidad" se deriva de la teoría de la impresión y, por ello, tiene una cierta semejanza con la concepción que aquí se sostiene, ya que una intromisión en la esfera de la víctima, o de la tipicidad, íntimamente conectada a la acción típica por lo general revela inequívoca-

[193] *J. Meyer*, ZStW 87 (1975), 611.

mente la voluntad delictiva del autor. Sin embargo (y al igual que la teoría de la impresión en la que se basa, nm. 101), dicho pensamiento resulta inadecuado como único criterio general de delimitación, pues también las acciones preparatorias pueden manifestar dicha inequivocidad. Considerar las acciones inequívocas en los "estadios tempranos" como tentativa es ir demasiado lejos. Ello se demuestra en los dos casos de ocultamiento de dinero mencionados por *Meyer*, en los que sólo existe una preparación, por falta de intromisión en la esfera de la víctima y por ausencia de una estrecha conexión temporal. También otros ejemplos (defraudación de derechos de importación, reutilización de sellos administrativos, nm. 176) ponen de manifiesto que la teoría de la inequivocidad extiende demasiado el ámbito de la tentativa[194]. Se debe advertir de los riesgos de esta teoría, pues, como muestran nuestros ejemplos, la jurisprudencia en estos casos tiende a apreciar tentativa y puede recurrir a la teoría para justificarlo.

c) La optimización de la protección del bien jurídico, según Kratzsch

Kratzsch (cfr. ya nm. 54)[195] define como injusto toda forma de conducta 184
que es "necesario combatir mediante instrumentos penales para asegurar una protección efectiva del bien jurídico"[196]. La misión de la tipificación de la tentativa consistiría en "combatir a tiempo el peligro de lesiones del bien jurídico (irreparables, a tenor de las circunstancias), esto es, en el momento en el que la evitación del resultado gracias al Derecho Penal es debida y todavía posible"[197]. Existe tentativa cuando el autor ocasiona una situación "que no puede ser tolerada por el Derecho Penal, pues sin impedirla (...) no es posible garantizar una protección efectiva del bien jurídico que resulte suficiente"[198]. Tal sería el caso "cuando con un acto parcial, al tiempo, (...) se está poniendo en marcha la realización de toda la conducta típica"[199]. Ello no dependería del "teórico último acto parcial", sino de la "unidad de efecto" (por ejemplo, apuntar, alzar o encañonar con un arma) que debe constituir una unidad con la realización típica global.

En sus resultados, esto coincide aproximadamente con la teoría concre- 185
tada de los actos parciales que aquí se defiende. Por ello, no hay mucho que objetar a esta teoría, si bien el concepto de "unidad de efecto" es vago, ya que también las acciones preparatorias que conducen sin interrupción hacia el resultado final pueden ser agrupadas con las acciones de tentativa en una "unidad de efecto". Todavía más problemática es el fundamento

---

[194] *J. Meyer* opina incluso (loc. cit., 611, n. 69) que tampoco en casos de inequivocidad se puede renunciar a la "proximidad temporal de la lesión del bien jurídico", aunque maneja este criterio de un modo muy flexible, como muestra el ejemplo que apunta del escondite del dinero,

[195] *Kratzsch*, JA 1983, 420 ss., 578 ss.

[196] *Kratzsch*, JA 1983, 425.

[197] *Kratzsch*, JA 1983, 578.

[198] *Kratzsch*, JA 1983, 429.

[199] Para esto y para lo que sigue, *Kratzsch*, JA 1983, 582.

de la solución: pues una protección óptima del bien jurídico exigiría posiblemente una intervención más temprana del Derecho Penal, ampliando notablemente la tentativa al ámbito de los actos preparatorios. *Kratzsch* se sustrae a esta consecuencia de su concepción del injusto solamente mediante la vinculación del legislador al principio de proporcionalidad, y en particular a la prohibición del exceso, que impediría una incriminación tan amplia[200]. Pero con ello se mete en terrenos pantanosos. Pues en un Derecho Penal de la tipicidad la tentativa es ya una causa de extensión de la punición (cfr. nm. 102). No es que la incriminación de actos preparatorios afecte a la prohibición de exceso, sino que, sobre todo, no implica ningún injusto penal. Se podría discutir igualmente lo relativo al principio de proporcionalidad. En todo caso, de dicho principio no es posible extraer ninguna de las consecuencias concretas que *Kratzsch* obtiene a partir de una teoría materializada de los actos parciales, de ningún modo exigida por su concepción del injusto[201].

d) "Tener en un puño" el bien jurídico atacado, según Zazyck

186 Para *Zazyck* (sobre el trasfondo filosófico de su teoría, cfr. nm. 52), el autor entra en el estadio de la tentativa "cuando o bien comienza la ejecución de la acción típica, o bien, cuando menos, con su acción pasa a 'tener en un puño' el concreto bien jurídico, de manera que coloque deliberadamente en una situación de inferioridad frente a él al concreto elemento existencial de la libertad atacado"[202]. La cuestión de cuándo obtiene un autor esa "superioridad sobre la situación, dependerá de múltiples circunstancias que en último extremo sólo pueden ser ponderadas en el caso concreto". Las diferentes fórmulas de delimitación (nm. 121 ss.) podrían resultar útiles para ello.

187 Esta teoría no aporta realmente nada nuevo, sino que se limita a proporcionar, mediante la fórmula de "tener en un puño" y de la "posición inferior del atacado", una interpretación que sintetiza los esfuerzos realizados hasta ahora para lograr una delimitación. En términos generales, se trata de una interpretación aceptable: cuando el autor se entromete, en íntima conexión temporal, en la esfera de la víctima, es frecuente que el agredido se encuentre en una situación de inferioridad y que el agresor aparezca como el dominador de la situación. Pese a ello, esta caracterización resulta más inexacta que una teoría concretada de los actos parciales[203], y tampoco resulta siempre aceptable. Pues también en la fase preparatoria puede estar la víctima ya

---

[200] *Kratzsch*, JA 1983, 578/79.

[201] Críticos con *Kratzsch*, *Vehling*, 1991, 61 ss.; *Zaczyk*, 1989, 311; adhiriéndose a él, *Murmann*, 1999, 25.

[202] *Zaczyk*, 1989, 311.

[203] Para una crítica a *Zaczyck*, cfr. SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 12 a ("El criterio de la superioridad resulta en buena medida indeterminado e insuficiente para cumplir (...) con el mandato de determinación"); *Vogler*, Stree/Wessels-FS, 1993, 289: "Si lo comparamos con las fórmulas desarrolladas hasta ahora, al concepto de Zaczyk no va unida ninguna ganancia en claridad o en distinción"; *Vehling*, 1991, 72.

en manos del autor. Si A quiere matar a B y aparece en la cita concertada en un lugar escondido con una pistola en el bolsillo, B se halla desde un principio abandonado en manos de A; sin embargo, la tentativa sólo comienza cuando A empuña la pistola. Y, a la inversa, algunas veces existe tentativa sin que se pueda hablar de una "inferioridad" de la víctima: si un ataque es rechazado sin esfuerzo por un adversario más fuerte, esto no altera el hecho de que exista una tentativa. Hay incluso supuestos en los que el agredido deja que el autor actúe, o en los que un agente provocador tiene en su mano todo el curso de los acontecimientos desde el principio. El enfoque de "tener en un puño" tampoco constituye un progreso analítico. Y, en cuanto a las consecuencias prácticas[204], en los casos tratados por *Zazyck* llega a las mismas soluciones aquí defendidas. Esto no es casualidad: pues cuando existe una una intromisión en la esfera de la víctima en íntima conexión temporal con la acción típica, generalmente su autor tiene la situación "en un puño".

e) El riesgo inadecuado al rol, según *Vehling*

Vehling[205] desarrolla una concepción sociológico-normativa. A partir de 188
ella, la tentativa comienza "en el momento en el que la expectativa normativamente fundada de evitar la realización típica (...) ya no puede seguir basándose en la posición social y en el rol unido a la misma". Tal es el caso cuando "el autor ha creado, mediante su conducta inadecuada al rol, un riesgo jurídicamente desaprobado y el riesgo creado inadecuadamente por el autor proporciona indicios de la existencia de intención de realización típica".

En sí misma, una descripción de esta índole de la tentativa, mediante el re- 189
curso a las categorías de la teoría de la imputación objetiva, es posible y llena de sentido, si bien tan sólo en el caso de la tentativa peligrosa (cfr. nm. 15)[206]. Sin embargo, apenas es posible describir un acto preparatorio peligroso mediante el concepto de riesgo permitido, ya que, puesto que en ciertos casos puede llegar a entrar en el ámbito de aplicación de la legítima defensa preventiva[207], no puede ser que esté permitido, máxime cuando algunas veces resulta punible por sí mismo. Se debería, pues, hablar más correctamente, en el caso de la tentativa, de un riesgo eventualmente punible y, en la preparación, de un riesgo (dejando aparte los casos en los que existan reglas especiales) no punible. No obstante, en la cuestión de la delimitación, toda la terminología relativa al riesgo no permite avanzar, pues el concepto de riesgo, como el de peligro y el de la impresión perturbadora del Derecho, son conceptos graduables (cfr. nm. 101). El riesgo creado por el autor se va

---

[204] Caso de la sala de ventanillas (*supra* Caso 17, nm. 146), caso de la gasolinera (*supra* Caso 13, nm. 127), caso de la reutilización de sellos administrativos (*supra* nm. 176), caso de la defraudación aduanera (*supra* nm. 176).

[205] *Vehling*, 1991, 131.

[206] Respecto del intento de *Vehling* de terminar con el problema, loc. cit., 146.

[207] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª, § 16, nm. 72 ss. [= PG I, § 16, nm. 71 ss.]

elevando progresivamente desde la preparación hasta la consumación, sin que sea posible extraer del concepto de riesgo el lugar en el que se halla el límite entre la preparación y la tentativa. La crítica atañe, pues, también a la indeterminación de la delimitación así obtenida[208].

190 Una mayor concreción sólo podría obtenerse a partir del criterio adicional de la existencia de indicios de realización típica, pero esto apenas se considera[209]. *Vehling* parece querer apreciar la existencia de dichos indicios "cuando (...) la evitación de la realización típica aparece ya solamente como una cuestión de azar"[210]. Pero con ello sólo se abarca una parte de los casos de tentativa, y no la mayor. Vale aquí, aún en mayor medida, lo que se adujo en contra del criterio de *Zazyck* de "tener en un puño" (cfr. nm. 187): de forma habitual, muchos complots delictivos resultan frustrados o fracasan por la vigilancia de la víctima y quienes la ayudan, o por la torpeza del autor. No se puede hablar en estos casos de una evitación casual del resultado. Precisamente por ello no es posible describir la tentativa idónea como un delito de peligro concreto (cfr. nm. 15). En las consecuencias prácticas, sin embargo, *Vehling* coincide en lo esencial con las soluciones que aquí se sostienen[211]: pues cuando la acción típica se aproxima y ha tenido lugar ya una intromisión en la esfera de la víctima, es frecuente que la evitación del resultado dependa del azar.

191 Es cierto, sin embargo, que el criterio de *Vehling* del "comportamiento inadecuado al rol" contiene una perspectiva verdaderamente novedosa. Él toma el ejemplo aquí analizado del autor que, con intención de hurto, entra en un automóvil ajeno (*supra* nm. 137) y aprecia en él con razón una tentativa[212]. Duda, sin embargo, de que esta calificación resulte correcta cuando se trata de un mecánico de automóviles encargado de la inspección del vehículo. Tiene razón en que no existe todavía una intromisión punible en la esfera de la víctima si el autor se mueve todavía dentro del ámbito de su rol social. Debido a ello, existe una tentativa del § 176 I cuando un "hombre completamente desconocido" conduce al niño de quien quiere abusar al bosque (*supra* nm. 167), pero no cuando su propio padre tiene esa misma intención y se va al bosque con el niño. Dado que pasear con el propio hijo sigue formando parte del comportamiento normal de un padre, en este caso sólo existe una intromisión jurídico-penalmente relevante en la esfera de la víctima cuando el padre se dispone a llevar a cabo los contactos corporales propios del abuso. De modo semejante, todavía no existe tentativa de hurto cuando la limpiadora entra con intención de robar

---

[208] SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 12 b: "numerosos elementos extremadamente normativos". "determinado en buena medida". *Vogler*, Stree/Wessels-FS, 1993, 288: "No se ve en él una concreción que vaya más allá de la idea de puesta en peligro".

[209] SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 12 b critica que "Vehling no expone con detalle lo que quiere decir con la fórmula".

[210] *Vehling*, 1991, 140.

[211] *Vehling*, 1991, 145-156.

[212] Para esto y para lo que sigue, *Vehling*, 1991, 136.

en la habitación de quien le ha encargado el trabajo y que ha de limpiar; pero sí cuando un extraño hace eso mismo, introduciéndose en la casa furtivamente en condición de ladrón. El pensamiento de la inadecuación al rol está, de todas formas, implícito en la concepción que aquí se ha desarrollado: una eventual intromisión punible en la esfera de la víctima existe cuando el autor va más allá de la esfera a él asignada en atención a su rol social, para extralimitarse y avanzar hacia un menoscabo de la víctima (cfr., al respecto, ya los ejemplos de la entrada en una casa del huésped y del allanador de morada, nm. 177, o también el caso de la sala de las ventanillas, nm. 146 s., o los supuestos del nm. 148).

II. El comienzo de la ejecución en la tentativa acabada del autor directo unipersonal

1. Las diversas opiniones en pugna

Existe tentativa acabada cuando el autor ha realizado todo lo que, de acuer- 192
do con su representación, era necesario para la causación del resultado (cfr. ya nm. 98): el whisky envenenado que la víctima debía tomar es preparado; el artefacto explosivo cuya explosión debía matar al político es colocado en su automóvil; la carta de chantaje es enviada. El autor depende en estos casos de que el resultado se produzca ya sin ninguna ulterior intervención activa por su parte. La cuestión de cuándo comienza en tales supuestos la tentativa es discutida, y suele ser respondida en parte de forma diferente a como se contesta en los casos hasta ahora tratados de tentativa inacabada. Este grupo de casos se corresponde en buena medida con los de tentativa en autoría mediata (cfr. nm. 226 ss.), e incluso hay muchos autores que los equiparan a estos. Esto es posible si se parte de que en tales casos la víctima misma es el mediador del hecho que da lugar al hecho (el instrumento). En todo caso, existe la diferencia de que en estos supuestos se trata de una relación bilateral (autor/ víctima) y no, como en los casos comunes de autoría mediata, de una relación trilateral (autor/ mediador / víctima). BGHSt 43, 180 atribuye por ello a estos casos únicamente una "estructura similar a la de la autoría mediata". Esto concuerda con la distinción que aquí se hará entre el "comienzo de la tentativa acabada"[213] y el comienzo de la ejecución de la tentativa en la autoría mediata. Acerca de su tratamiento se enfrentan principalmente tres opiniones.

a) La entrada de la víctima en el ámbito de actuación del método delictivo como comienzo de la tentativa

De acuerdo con la primera perspectiva[214], existe tentativa cuando la víc- 193
tima "se coloca en el ámbito de actuación del método delictivo"; "la pro-

---

[213] Así rezaba ya el título de mi contribución a Maurach-FS, 1972, 213.

[214] Sobre la doctrina antigua: *Gössel*, JR 1976, 250; *Otto*, JA 1980, 644. Para la doctrina reciente, cfr. las referencias contenidas en la toma de posición de BGHSt 43, 177 (nm. 215, n. 233, y en relación con la llamada "solución unificadora" wen la tentativa en autoría mediata, nm. 228, n. 238).

pia acción o bien la del instrumento empleado" debería "desembocar inmediatamente en la realización típica". Según esto, en los casos descritos, existiría tentativa cuando la víctima coge la botella de whisky, se dispone a subir a su auto o vacía su buzón. Si bien ello ha de depender de la representación del autor[215]: si la carta es entregada en la oficina de correos, habrá que apreciar tentativa en cuanto el autor presuponga erróneamente que la carta está ya en poder de la víctima. Esta interpretación se fundamenta en la idea de que, para la delimitación entre preparación y tentativa, hay que basarse en el peligro existente para el objeto material del delito[216]. Sin embargo, puede ser explicada también como una traslación de los dos conceptos auxiliares aquí empleados para hacer la delimitación en el caso de la tentativa inacabada al caso de la tentativa acabada: de acuerdo con esta perspectiva, existirá una intromisión en la esfera de la víctima y una estrecha conexión temporal cuando la víctima ha entrado en el ámbito de actuación del instrumento del delito.

b) La finalización de la acción del autor como comienzo de la tentativa

194 La posición completamente contraria recurre en todos los casos a la finalización de la acción del autor: la preparación del whisky envenenado, la colocación del artefacto explosivo, el envío de la carta de chantaje describen, pues, el comienzo de la tentativa. Antiguamente esta interpretación era la doctrina dominante. Así opinaba *Busch*[217]: "Existe sin duda alguna una acción de ejecución cuando para la causación del resultado (...) no es precisa ninguna actividad ulterior del autor". Actualmente, *Tröndle*[218] sigue defendiendo esto mismo, aunque con una ligera restricción: según él, tras la finalización de la acción del autor existe tentativa si el autor está decidido "a no cambiar nada". Cuando éste se reserve en todo caso la posibilidad de desviar el peligro en su momento, faltaría una voluntad incondicionada de actuar y, por consiguiente, una decisión de actuar, por lo que no existiría tentativa. Otra variante de esta teoría que se concentra exclusivamente en la acción del autor es sostenida por *Meyer*[219]. Para él, la tentativa comienza ya con la finalización de la acción del autor siempre que el curso causal puesto en marcha por el autor conduciría, según su representación, al resultado "de manera cierta, con una seguridad absoluta"[220]. La fijación del momento del comienzo de la tentativa en el de finalización de la conducta del autor puede ser fundamentada en el argumento de que no se puede exigir para la tentativa del autor más de lo que se consi-

---

[215] En este sentido, cuando menos, *Gössel* y *Otto* loc. cit.

[216] *Vogler* (en relación con su teoría, cfr. nm. 106 ss.) habla –en la práctica, con las mismas consecuencias- de la necesidad de "una inmediatez específica de la realización típica" (LK, 10ª, § 22, nm. 74).

[217] LK-*Busch*, 9ª, § 43, nm. 43 a; aunque, en las consecuencias, también *Vehling*, 1991, 165 ss.

[218] *Tröndle*/Fischer, 50ª, § 22, nm. 19.

[219] *Meyer*, ZStW 87 (1975), 609.

[220] *Herzberg*, JuS 1985, 1 ss., renunción a la concepción que mantenía (MDR 1973, 80) y que estaba orientada igualmente de modo exclusivo a la acción del autor.

dera necesario para la causación del resultado: con la ejecución de todas las acciones necesarias, él se podría decir que ya ha "abandonado"; y, con ello, ha hecho más que la "iniciación" que exige el § 22.

c) "Salida de la propia esfera de dominio" e "inmediata puesta en peligro" como criterios alternativos para la determinación de la tentativa

Actualmente predomina una opinión intermedia entre ambos extremos, 195
aunque más próxima a la teoría subyacente a la opinión b), que opera con una **"fórmula alternativa"**. Según ella, existe tentativa cuando el autor bien hace salir el curso de los acontecimientos de su propia esfera de dominio, o bien la víctima es puesta en peligro de un modo inmediato, de manera que, en estrecha conexión temporal con la realización típica, se penetra en su esfera[221]. Así, si el autor se aleja después de envenenar la bebida o de colocar el artefacto explosivo, o cursa la carta de chantaje, existirá tentativa, pues entonces los acontecimientos adoptarán, por regla general, un curso independiente del autor. Si, por el contrario, el curso causal previsible se mantiene dentro de su ámbito de control (la carta de chantaje tiene que ser llevada al día siguiente por un empleado al correo, la esposa mantiene la botella de whisky bajo su custodia hasta el regreso del marido al que pretende envenenar), entonces no existirá tentativa, ya que el autor mantiene todavía bajo su control el curso de los acontecimientos, igual que sucede durante la preparación de una tentativa inacabada, por lo que el delito se halla aún en la etapa previa a la realización típica.

2. Una fundamentación más profunda de la fórmula alternativa

a) Discusión con la teoría que sostiene la entrada de la víctima en el ámbito de actuación del instrumento del delito como el momento decisivo

La solución de la fórmula alternativa debe ser apoyada. En primer lugar, 196
frente a la teoría que sostiene como criterio de delimitación el de la entrada de la víctima en el ámbito de actuación del instrumento del delito. La vinculación del comienzo de la tentativa al momento del abandono del curso causal del ámbito de dominio del autor es adecuada, tanto en atención al tenor legal (aa) como por razones dogmáticas (bb) como, en fin, desde la perspectiva de obtener un resultado político-criminalmente razonable (cc). Y las diferencias con el criterio de delimitación empleado en la tentativa inacabada no son arbitrarias, sino que se corresponden con la peculiaridad del problema abordado (dd).

---

[221] Esta interpretación fue iniciada por *Roxin*, Maurach-FS, 1972, 213 ss.; *el mismo*, JuS 1979, 10 s. Le siguen en lo esencial: *Burkhardt*, JuS 1983, 430; *Herzberg*, JuS 1985, 6; *Jakobs*, AT, 2ª, 21/105; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 IV 1; *Kratzsch*, JA 1983, 585 s.; *Murmann*, 1999, 16 ss.; *Puppe*, JuS 1980, 348 s.; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 20; *Tröndle*/Fischer, 50ª, § 22, nm. 21; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 600 ss.; *Zaczyk*, 1989, 320 ss.

197 aa) En primer lugar, el § 22 dice que **el autor** debe, de acuerdo con su representación, haber iniciado la comisión del hecho delictivo. La opinión contraria exige, en vez de esto, un **inicio por parte de la víctima**, que debería ponerse (inconscientemente) en manos del instrumento del delito. Esta separación del comienzo de la tentativa respecto de la conducta del autor contradice el concepto contenido en la ley. Los defensores de la teoría que se apoya en la conducta de la víctima quieren eludir esta contradicción concibiendo a la víctima como un instrumento del autor e imputando al autor la conducta de la víctima como propia. De forma no completamente clara se expresa esto ya en *Gössel*[222]: "La inmediatez, en el sentido del § 22 StGB, no puede ser referida tan sólo a las propias acciones del autor, sino también a las acciones de las personas utilizadas por éste como instrumento de su plan". Queda sin resolver, sin embargo, la cuestión de cómo se puede compatibilizar esto con el texto legal. Pese a todo, *Otto*[223] lo dice claramente: "Puesto que la víctima y el instrumento de buena fe, en tanto que personas que obran en error, son empleadas por el autor en la realización de su plan delictivo, las acciones de aquellos tienen que serlas imputadas a él. ¡Él inicia el delito a través de ellos!"

198 Sin embargo, esta construcción resulta insostenible. Pues, de acuerdo con ella, no habría apenas casos de autoría directa, sino tan sólo de autoría mediata, ya que el autor en todo caso debe incorporar el comportamiento de la víctima a su plan. Así, en un hurto también es necesario que la víctima se halle en las proximidades del autor, que haya abandonado su casa, etc. para hacer posible el delito. Que estas sean acciones del autor resulta imposible, pues en la mayoría de las ocasiones el autor no ha contribuido causalmente al comportamiento de la víctima. A quien coloca una bomba en un aeropuerto no se le puede imputar el embarque por parte de los pasajeros o el hecho de que el piloto haga despegar el vuelo, pues no ha influido sobre ello lo más mínimo.

199 bb) Desde el punto de vista dogmático, el desplazamiento del comienzo de la tentativa hacia la conducta de la víctima no resulta tampoco aceptable, ya que la ley convierte **la representación del autor** en el fundamento de la punición, y dicha representación sólo puede recaer razonablemente sobre el comportamiento del propio autor. Quien en una tentativa coloca subrepticiamente en el mueble-bar de una casa una botella de whisky envenenado no puede saber cuándo cogerá la botella el dueño de la casa. Por lo que su representación no puede incluir el acto de coger la botella, aun si dicha acción quiere ser vista como una acción del autor (!). ¿Cómo podría, entonces, iniciarla "de acuerdo con su representación"? El hecho de que el autor sí que pueda en otros casos tener una representación (muchas veces errónea y vaga) del momento de la realización típica no cambia en nada la objeción

[222] *Gössel*, JR 1976, 250.
[223] *Otto*, JA 1980, 646.

fundamental de que en muchas ocasiones no puede tenerla y de que, en otras muchas, dicha representación es el fruto de una mera adivinación, por lo que resulta completamente inadecuada para determinar el comienzo de la tentativa.

También debe quedar claro[224] que **el autor, al entrar en el estadio de la tentativa, debe tener dolo de consumación**, que no se trata de una superación inconsciente del umbral de la tentativa. Pues, en otro caso, siendo consecuentes, debería bastar para la punición por delito consumado con una causación del resultado en la fase preparatoria, lo que nos lleva la construcción de una "acción dolosa de ejecución sin dolo", equivocada tanto desde la perspectiva dogmática como desde la político-criminal. Si el autor está durmiendo, mientras la víctima del caso expuesto en el nm. 199 coge la botella de whisky, habría que considerar que él inicia un asesinato durante el sueño. Esto no puede ser aceptado. 200

cc) En contra de basarse en la conducta de la víctima cuentan también las **consecuencias político-criminales poco razonables** (y, en algunos casos, directamente insostenibles) a las que conduce. Si el artefacto explosivo colocado en el automóvil del político al que se quiere asesinar es descubierto por la víctima potencial antes poner en marcha el vehículo, esto beneficiaría al autor, puesto que entonces no existiría tentativa de asesinato. Esto no es compatible con la idea que conduce a la impunidad de la fase preparatoria. Pues dicha idea se basa en que el autor que no ha superado la etapa de preparación no posee la energía para perseverar o la destreza para llevar el propio comportamiento hasta su conclusión. Sin embargo, tal energía o destreza no faltan de ningún modo en el caso de nuestro asesino de la bomba. *Otto*, que reconoce la necesidad de castigar, se remite al § 311b I núm. 2 (hoy: § 310 I núm. 2 [preparación del uso peligroso de explosivos])[225], que se refiere principalmente a los delitos relativos a sustancias explosivas. ¡Pero piénsese entonces en los intentos de asesinato mediante la exposición a un gas venenoso, como ocurrió en Japón en 1995! Cuando se tuviera éxito en frustrar estos intentos, la impunidad de sus autores resultaría incomprensible. 201

Pero tampoco cuando no se trata de la vida humana convence la impunidad de actividades delictivas ya culminadas, como pretende la opinión que se critica. ¿Qué sentido tendría dejar impune la carta de chantaje únicamente porque fuese interceptada en la oficina de correos? Si en tal caso existiese impunidad, convendría, por razones estratégicas, dejar que la carta llegase a su destinatario. Pero una manipulación de los límites de la tentativa de esta índole se descalifica por sí sola. *Otto*[226] señala que en el caso de una carta de chantaje interceptada en la oficina de correos existe en todo caso una tentativa, en la medida en que el autor asuma que la carta será entregada a la 202

[224] En contra de *Herzberg*, JuS 1985, 718.

[225] *Otto*, JA 1980, 646.

[226] *Otto*, JA 1980, 646.

víctima. Sin embargo, resulta muy insatisfactorio que en un caso como éste solamente su error haga posible la apreciación de tentativa. Que lo decisivo para la punición sea el hecho (dependiente del azar) de que en el momento se tenga la información de que la carta ha sido interceptada o de que ha alcanzado a la víctima, es una solución extremadamente insatisfactoria.

203 dd) Por fin, la determinación del comienzo de la tentativa en el momento de la salida del suceso del propio área de dominio no está tampoco en contradicción con la solución propuesta para los casos de tentativa inacabada. Pues la "intromisión en la esfera de la víctima" y la "estrecha conexión temporal" no son elementos constitutivos de la tentativa, sino tan sólo conceptos auxiliares, para la determinación de la proximidad a la tipicidad y para la concreción de la teoría de los actos intermedios. Con la salida del suceso del área de dominio del autor, queda ejecutado el último acto parcial antes de la causación del resultado, de manera que no es preciso ningún criterio adicional para descartar los pasos intermedios no esenciales. Por lo que se refiere a la conexión temporal, hay que señalar además que la misma, en el caso de la tentativa acabada, debe existir principalmente no con el resultado, sino con la acción típica (cfr. ya nm. 143): quien transmite a otro el virus del sida con intención de matar, es responsable de tentativa, incluso si el resultado tendrá lugar después de un largo tiempo. Por ello, resulta consecuente apreciar una tentativa en el hecho de "ponerse en el camino" de un curso causal que desembocará en el resultado sin ulterior actividad del autor.

204 La diferencia en la forma de realizar la delimitación en la tentativa acabada y en la inacabada estriba menos en la conexión temporal que en el hecho de que en la tentativa acabada el curso causal no necesita haber llegado aún a la esfera de la víctima. Este "menos" queda compensado, sin embargo, por un "más" en la ejecución de la acción, que culmina con el abandono del suceso del ámbito de dominio propio del autor y que se ve sometida a un desarrollo ulterior no controlado, mientras que el autor de una tentativa inacabada mantiene siempre bajo su control el curso de los acontecimientos. La proximidad a la tipicidad (que no puede ser reducida a una relación de índole espacial) alcanza, desde una perspectiva valorativa, un mismo grado en ambos casos, compensándose la distancia respecto de la esfera de la víctima con la existencia de una finalidad que tiene una dinámica propia.

b) Discusión con la teoría de la finalización de la acción del autor como momento decisivo

205 En la mayoría de los casos (envío de la carta de chantaje, colocación del artefacto explosivo), la salida del suceso del ámbito de dominio del autor es al mismo tiempo su última actuación, por lo que la opinión aquí sostenida coincide con la de que la tentativa comienza cuando finaliza la acción del autor. Sin embargo, las cosas son diferentes en el caso de que un curso causal "paralizado" sea mantenido en la esfera de custodia del autor. Así ocu-

rre, por ejemplo, cuando una esposa que quiere matar a su marido prepara para él una sopa envenenada y ésta permanece momentáneamente sobre la plancha caliente de la cocina, hasta que el hombre regresa por la tarde del trabajo y la cazuela es cogida. En este caso, la mujer mantiene el curso causal completamente bajo su control hasta que el marido aparece y la sopa es servida. En cualquier momento puede, sin esfuerzo alguno y sin que se note, tirar la sopa, con el resultado de que, cuando aparezca el marido, nada suceda.

En casos de esta naturaleza, existe un acto preparatorio mientras la víc- 206
tima se halle todavía fuera de toda posibilidad de verse afectado por el instrumento del delito. Esto es, en nuestro ejemplo: mientras el marido no se dispone a comer. Pues, aunque al autor le sería bastante con dejar que los acontecimientos siguiesen su curso, todavía tiene la marcha de las cosas en sus manos, al igual que en una tentativa inacabada. Y si en ésta el inicio de la tentativa se describe por la estrecha conexión temporal y por la intromisión en la esfera de la víctima, no otra cosa ocurrirá aquí. La tentativa comienza, en nuestro ejemplo, justamente cuando el hombre comienza a cenar. Pues es entonces cuando la esposa se entromete en su integridad corporal, cuyo menoscabo se aproxima.

Los supuestos de esta clase deben ser equiparados igualmente, por lo que 207
se refiere a la delimitación de la tentativa, a los de tentativa inacabada, pues de otro modo se producirían contradicciones valorativas incomprensibles. Así, en nuestro ejemplo, si la costumbre de la pareja es que la mujer lleve la cena a la mesa, el envenenamiento de la sopa no sería aún su última conducta activa. Por lo que existiría tan sólo una tentativa inacabada y se podría apreciar una tentativa de homicidio en el acto de servir la sopa. En un caso así no puede ser decisivo, para determinar si debe haber o no punición, si es el autor o la víctima quien lleva la sopa envenenada a la mesa, especialmente cuando esto frecuentemente depende del azar y ninguno de los intervinientes lo podía saber con antelación. Y tampoco el autor otorga ningún significado a esta cuestión, en relación con su propia sanción. Dice *Jakobs* con razón[227]: "Si un autor prepara una bebida envenenada para una víctima con la que espera encontrarse dentro de unas horas, para que ella se la tome, y permanece en su lugar, dispuesto para lesionar, mientras que otro prepara una bebida envenenada para servírsela inmediatamente a la víctima a su llegada, no existe razón alguna para que en el primer caso exista tentativa (el autor ha hecho ya todo, es la víctima la que debe servirse) y no en el segundo (la bebida todavía debe ser servida)".

La objeción de que de este modo nos estamos apoyando en el comienzo 208
por parte de la víctima, y de que estaríamos cediendo ante la teoría, antes rechazada, que utiliza este punto de vista para delimitar la tentativa, resultaría

[227] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/72.

errónea. Pues los casos en los que el autor mantiene el curso de los acontecimientos bajo su control después de haber finalizado su actuación son combinaciones de comisión (en nuestro ejemplo: el envenenamiento de la sopa) y de omisión (tirar la sopa)[228]. El último comportamiento delictivo del autor es la omisión del alejamiento del peligro. Pero la tentativa de esta omisión (y, consiguientemente, el inicio del homicidio) comienza cuando el hombre coge la sopa. Así pues, por lo que se refiere a su estructura, el caso no puede ser comparado con los casos de salida del suceso del ámbito de dominio del autor, ya que se trata del inicio de una omisión (al respecto, nm. 266 ss.).

209 Otras objeciones en contra de la fórmula alternativa se basan en asumir que el criterio de la salida del suceso del propio ámbito de dominio conlleva grandes problemas de delimitación. Se dice que quien se ha alejado del lugar del suceso, frecuentemente podría aún detener el curso causal que puso en marcha: por ejemplo, mediante un regreso que frustre el resultado, mediante un aviso telefónico o mediante el envío de algún agente salvador[229]. Pero problemas de delimitación los hay en todo caso, y aquí son más fáciles de resolver que en otras distinciones (dolo/ imprudencia, autoría/ participación). Si, por ejemplo, la esposa se va de compras después de preparar la sopa envenenada, pero vuelve a casa mucho antes de que el marido regrese, ella mantiene el control de los acontecimientos, de modo que también durante el tiempo que está de compras y tras su regreso a casa, y hasta el momento de la cena del marido, existe una mera preparación. Pero si, en cambio, cuando el marido regresa a casa, ella se demora en otro lugar, de manera que sólo podría salvarle mediante una eventual llamada telefónica para avisarle, existe tentativa desde el momento en que abandonó la casa. Pues dicha llamada telefónica conlleva un riesgo incrementado (tanto de verse desenmascarada como de no tener éxito), por lo que se habrá iniciado una tentativa omisiva ya en el momento de abandonar la casa. El aviso exitoso sería, pues, un desistimiento voluntario, pero no cambiaría el hecho de que hubiese existido una tentativa[230].

210 La interpretación aquí defendida se parece mucho a la teoría de *Tröndle* (*supra* nm. 181), que no aprecia la existencia de tentativa tras la finalización de la acción del autor cuando éste se reserva el desvío a tiempo del peligro. Pero su tesis de que en estos casos no existe decisión de actuar no resulta convincente, pues impide la distinción entre la ausencia de decisión de actuar y una mera reserva de desistimiento (al respecto, nm. 85, 87 ss.). Es más correcto entender que la preparación de una sopa envenenada constituye ya un acto preparatorio tan inequívoco (al respecto, nm. 93) que en él se revela una voluntad predominante de comisión del delito y una decisión de actuar. Lo mismo ocurre con el abandono de la vivienda, reservándose la posibilidad de un eventual aviso telefónico posterior. Tampoco resulta aceptable asumir que, en el envenenamiento de la sopa que el autor todavía mantiene bajo su custodia, existe tentativa cuando él está decidido a "no cambiar nada". Pues un fenómeno tan completamente interno

---

[228] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/72.

[229] Cfr., por ejemplo, *Otto*, JA 1980, 645; *Vehling*, 1991, 107.

[230] La solución de *Jakobs*, AT, 2ª, 25/73 es prácticamente igual. Así pues, la delimitación debe hacerse conforme a las reglas de la tentativa omisiva; al respecto, con más detalle, nm. 271 ss.

como éste se sustrae a la determinación en el proceso y en la mayoría de las ocasiones, incluso, a las reflexiones del propio autor. Bastaría entonces con que éste afirmase que se había reservado la posibilidad de tirar la sopa (afirmación que no podría ser contradicha) para que *Tröndle* tuviese que absolverle, lo cual es correcto en sus consecuencias, pero debería fundamentarse en el carácter de acto preparatorio de esta conducta.

También posee semejanzas con la concepción aquí defendida la "teoría de la inequivocidad" sostenida por *J. Meyer* (cfr. nm. 194). De acuerdo con la misma, existe tentativa cuando el autor, "de acuerdo con su representación, ha puesto en marcha una cadena causal que de forma cierta y con completa seguridad –y condicionado a su propia inactividad, debida a su decisión de actuar- conducirá hasta el resultado". Por regla general, esta tesis favorece la apreciación de una tentativa cuando el autor ha dejado salir el suceso de su ámbito de dominio. Hay que objetarle, sin embargo, que una "completa seguridad" no existe. Siempre puede sobrevenir algo, y esto lo sabe también cualquier autor que conozca la estructura de la realidad, por lo que la existencia de tentativa no puede depender de la representación de una seguridad "absoluta" del resultado. En otro caso, sólo podría cometer tentativa quien ignora las posibles causas de fracaso, debido a su insensata ceguera ante la realidad. Lo que no tiene ningún sentido. Por lo tanto, también cuando (como ocurre en casi todas las tentativas de delito) el resultado no sea "absolutamente seguro" debe bastar, para la tentativa, la salida (basada en un dolo de consumación) del suceso del propio ámbito de dominio. Por otra parte, y en contra de la interpretación de *Meyer*, hay que rechazar la existencia de tentativa mientras el autor, sin haber penetrado en la esfera de la víctima, mantiene todavía el control el suceso. No puede suceder aquí algo distinto de lo que ocurre en los casos de tentativa inacabada (cfr. nm. 206 s.). 211

3) La jurisprudencia del BGH

Mientras que en relación con el comienzo de la tentativa, en los casos de autoría mediata con relaciones trilaterales, existe ya, desde los tiempos del RG, una abundante, aunque heterogénea, jurisprudencia (con más detalle, nm. 234 ss.), el supuesto en el que la víctima misma constituye el desprevenido mediador del delito realmente fue resuelto tan sólo en 1997. 212

Caso 28 (BGHSt 43, 177): El farmacéutico acusado (A) había sido visitado por ladrón, que había bebido en su cocina "botellas con diversas bebidas" y había "jugado en el desván con juegos electrónicos". Avisada la policía, ésta supuso que el allanador podía regresar en los días siguientes "para recoger el botín que estaba dispuesto para el traslado". Para capturarle, cuatro agentes de policía permanecieron en la casa la noche del 8 al 9 de marzo. En la tarde el 8 de marzo, el acusado, enfadado porque le habían bebido una botella con la etiqueta "Echte Hiekes Bayerwaldbärwurz"*, ya la había colocado en el vestíbulo y la había rellenado con un veneno que podía resultar mortal incluso en las dosis más ínfimas. Tenía claro que era probable que el allanador bebiese de la botella. En cuanto se los encontró, avisó a los policías del contenido de la botella, con el fin de protegerles del veneno. Pero la botella permaneció en el vestíbulo hasta la mañana siguiente. 213

La pregunta de si existe aquí una tentativa de asesinato contra el ladrón debe ser respondida negativamente, partiendo de la fórmula alternativa desarrollada más arriba (nm. 195)[231]. Pues nunca llegó a causarse una puesta en peligro inmediata del ladrón, que no regresó. Y no puede apreciarse una salida del suceso del ámbito de dominio de A, ya que hay que partir de que el ladrón sólo contaba con regresar por la noche y que entonces los poli- 214

---

* Se trata de la marca de un licor destilado. [N. del T.]

[231] Más detalles acerca del caso en mi comentario en JZ 1998, 209.

cías, que en ese momento estaban ya en la casa para proteger el patrimonio, le habrían impedido beber de la botella (aun antes de que conociesen su contenido)[232].

215 La sentencia ha generado una gran cantidad de tomas de posición[233], que en su mayoría apoyan la resolución adoptada, pero que siguen muy diferentes caminos por lo que hace a la fundamentación, en consonancia con las diferentes opiniones existentes en la doctrina (*supra* nm. 192 ss.). Aquí sólo analizaremos la solución del BGH.

216 El BGH pretende aplicar también la regla para determinar el comienzo de la tentativa en la autoría mediata (nm. 234 ss.) a las relaciones bilaterales (BGHSt 43, 180): "Los principios desarrollados para los casos de autoría mediata son válidos también cuando –como ocurre aquí- se coloca a la víctima en un supuesto que se pretende que tenga éxito debido al propio actuar de aquella". La pretendida aplicación de estos principios le conduce, sin embargo, a una solución novedosa, contraria a la jurisprudencia aceptada al respecto, que merece una discusión específica.

217 En un paso decisivo, se afirma (loc. cit., 181): "El autor inicia el hecho delictivo cuando dispone la situación, dirigiendo su ataque de forma inmediata al bien jurídico, de manera que la víctima es puesta en el ámbito de actuación del instrumento preparado para la realización del delito". En principio, esto parece una adhesión clara a la interpretación, aquí rechazada, de que el comienzo de la tentativa, en los casos en los que ha finalizado la acción del autor, tiene lugar siempre cuando se produce una inmediata puesta en peligro de la víctima –una interpretación que la jurisprudencia sobre autoría mediata en ningún caso ha sostenido con tanta claridad (cfr. nm. 243 ss.).

218 Sin embargo, luego la sentencia, en un giro sorprendente, se dirige por nuevos derroteros (loc. cit., 181): "Si es este el caso" –es decir, si existe una entrada de la víctima en el ámbito de actuación del instrumento del delito-, "ha de juzgarse según el plan delictivo. Si el autor cuenta con que la víctima aparecerá y llevará a cabo la conducta que se pensaba que daría lugar al resultado delictivo, entonces, con la finalización de la acción típica, existe ya una puesta en peligro inmediata (de acuerdo con el plan delictivo) (...) Si, por el contrario, como ocurre en este supuesto, el autor tiene por posible, pero incierto, que la víctima aparezca dentro del ámbito de actuación del instrumento del delito,

---

[232] *Böse*, JA 1999, 342 (345), interpreta de otro modo la situación, aunque, por lo demás, aplique la fórmula de delimitación aquí defendida. También a favor de la tentativa, *Gubra*, 2002, 131 ss.

[233] *Beier*, JA 1999, 771; *Böse*, JA 1999, 342; *Gössel*, JR 1998, 293; *Gubra*, 2002, 111 ss.; *Herzberg*, Roxin-FS, 2001, 755; *Joecks*, 3ª, § 22, nm. 18; *Kudlich*, JuS 1998, 598; *Martin*, JuS 1998, 273; *Otto*, NStZ 1998, 243; *Murmann*, 1999, 20 ss.; *Rath*, JuS 1998, 1111; *Roxin*, JZ 1998, 211; *Streng*, Zipf-FS, 1999, 330; *Wolters*, NJW 1998, 578.

(...) existirá una puesta en peligro inmediata del bien jurídico según el plan delictivo solamente cuando la víctima verdaderamente aparezca, se disponga a realizar la acción esperada en su propio perjuicio y, de este modo, se condense el peligro para la víctima (...) Esta fase no se había alcanzado todavía en el presente caso.".

La conclusión –que no hay tentativa- es correcta, pero la fundamentación 219
de esta "teoría del plan delictivo" no resulta convincente. En primer lugar, no puede convencer el que el comienzo de la tentativa se produzca de forma completamente distinta en los casos de dolo directo y en los de dolo eventual. En caso de dolo directo, la mera colocación de la botella debería conducir a una calificación como tentativa, mientras que, en caso de dolo eventual, sólo el hecho de que fuese cogida por la víctima daría lugar a tal consecuencia. Esto contradice el principio de que las formas de dolo deben ser tratadas de modo igual allí donde el legislador no haya dispuesto otra cosa (dejando a un lado la posibilidad de que en este caso exista incluso intención directa, a pesar de la inseguridad del autor sobre la realización de su plan).

En segundo lugar, esta concepción contradice el presupuesto legal de que 220
la distinción entre preparación y tentativa ha de realizarse sobre la base del supuesto de hecho que se represente el autor, examinado desde un punto de vista objetivo. Cuando alguien dispara una pistola contra otro, con intención directa de matar, estamos ante una tentativa de homicidio, independientemente de si da por sentado que está cargada o si, por el contrario, no está seguro y se arriesga. Menos aún, en nuestro caso, puede influir en la delimitación de la tentativa la determinación de la clase de dolo.

En tercer lugar, tampoco resulta satisfactorio que la puesta en peligro de la 221
víctima –siempre según la representación del autor– dependa de la opinión de éste sobre la probabilidad de su regreso. Si el ladrón estuviese decidido a regresar a la casa y a darse allí un buen atracón de bebidas, su puesta en peligro real sería completamente independiente de si el acusado daba su regreso por seguro o solamente por posible. Esto es así también de acuerdo con la representación del acusado. Pues, desde luego, éste sabe que la puesta en peligro del ladrón depende exclusivamente de sus decisiones, no de sus hipótesis.

Las consecuencias prácticas a las que conduce la solución del BGH resul- 222
tan también, en muchos casos, insatisfactorias. ¿Realmente no ha cometido tentativa de asesinato quien, con el fin de ensañarse con su víctima, coloca una botella de aguardiente rellena de veneno en un lugar público, solamente porque no esté seguro de si alguien beberá de la botella? ¿Y cómo habría que resolver en el caso de que el autor diese por seguro que la víctima se ha colocado ya dentro del ámbito de actuación del instrumento del delito, si posteriormente le surgiesen dudas? ¿Se regresaría entonces de la fase de tentativa a la fase preparatoria? Si se aceptan las anteriores objeciones, habría que decir que BGHSt 43, 177 ha contribuido más bien poco a clarificar cuándo comienza la tentativa en las acciones terminadas del autor.

223 Pocos meses después, la misma sala (1ª) resolvió sobre el caso, semejante, de una **"trampa explosiva"**[234]. En él, los autores habían colocado, en dos momentos sucesivos, sendas granadas de mano en los automóviles de su potencial víctima, que estallarían al arrancar y harían morir al conductor. En ambos casos las granadas fueron descubiertas antes de la explosión.

224 Aquí, el tribunal aprecia –a diferencia de en BGHSt 43, 177– en ambos casos una tentativa de asesinato. Esto obedece a la distinta situación y es correcto en cuanto la conclusión. Pero también la fundamentación se interpreta de manera distinta: "En la medida en que el autor (...) ha hecho todo lo que, de acuerdo con su representación, era necesario, por lo que la tentativa eventualmente habrá finalizado, existe ya en principio una tentativa de comisión del delito (cfr. *Roxin*, JuS 1979, 1, 9 s.). Excepcionalmente, habrá que rechazar, no obstante, esta conclusión cuando la víctima no haya sido aún puesta en peligro por la acción del autor. Tal será el caso, por ejemplo, cuando el autor prepara una trampa, pero no esté claro si la víctima se dirigirá hacia ella y cuándo lo hará. Pero este caso no es de tal índole[235]. En ambos atentados, los autores eran conscientes de que en algún momento aparecería un conductor. De hecho, en ambos casos habían acercado tanto el coche cargado con la sustancia explosiva que se habían colocado dentro del ámbito inmediato de eficacia de las trampas y la puesta en marcha de las mismas era inminente".

225 Lo llamativo en esta resolución es que evita ligarse a ninguna de los distintos puntos de vista contrapuestos sobre el tema. Parece primero apoyarse en la interpretación aquí defendida, sobre la salida del curso causal del ámbito de dominio del autor, relativizando la solución del caso del veneno de BGHSt 43, 177 como una excepción. No obstante, se invoca también el criterio de dicho caso, cuando se señala que el autor esperaba con certeza a la víctima. Finalmente, se retrocede hacia la interpretación más restrictiva, según la cual la víctima debe haber penetrado en el ámbito de actuación del instrumento del delito. Esta invocación simultánea de concepciones de la delimitación completamente diferentes es posible porque en el caso concreto todas las interpretaciones conducen a apreciar una tentativa. Pero demuestra que el BGH dista de tener un criterio claro. BGHSt 44, 41 deja, pues, abierta la cuestión de "si la tentativa acabada, en los casos de colaboración necesaria de la víctima, depende de que se determine la aparición de la víctima dentro del ámbito de actuación del instrumento del delito, de acuerdo con la representación del autor".

---

[234] BGH NStZ 1998, 294 (295). Al respecto, *Herzberg*, JuS 1999, 224; *Krack*, JuS 1999, 832; *Schliebitz*, JA 1998, 833.

[235] Se está haciendo referencia a BGHSt 43, 177.

III. El comienzo de la ejecución en la tentativa del autor mediato

1. Las diversas opiniones en pugna

Las interpretaciones acerca del comienzo de la tentativa en la autoría mediata coinciden sustancialmente con las que se dan a aquella acción del autor acabada sin recurrir a un mediador del delito distinto de la víctima. Esto no es casual, sino que obedece a una clara semejanza estructural. Así como el autor, al colocar el objeto explosivo en el automóvil de la víctima potencial, ha hecho ya lo suyo, también el autor mediato, al "enviar" al mediador del hecho, ha realizado su último acto; se puede hablar, pues, de una forma especial de tentativa acabada. Por ello, no es extraño que los argumentos de los diferentes bandos sean en parte los mismos que en el caso de la tentativa acabada; en esta medida, es posible remitirse a las consideraciones ya realizadas (nm. 192 ss.; 196 ss.). Por otra parte, la discusión en los casos de autoría mediata resulta, como consecuencia de casos judiciales espectaculares (cfr. tan sólo nm. 241), más viva y diferenciada. Además, el hecho de que el mediador del delito, a diferencia del curso causal "dejado a su arbitrio" sin la intromisión de un tercero, actúe por su propia cuenta, introduce algunas consideraciones adicionales en el debate, que deben ser valoradas específicamente. 226

Se expondrán las opiniones existentes al hilo de dos ejemplos. 227

Caso 29: El médico A, instituido como heredero universal del paciente P y deseando unas más pronta adquisición de la valiosa herencia, envenena la inyección tranquilizante que suele administrar a P a la hora de la cena, con el fin de causar de este modo una pronta muerte de P.

a) Deja por la mañana la inyección envenenada en un lugar determinado de su despacho, de donde la recogerá a media tarde la enfermera S, que es quien usualmente pone las inyecciones.

b) Le da personalmente la inyección a la inocente S, con el ruego de que se la inyecte a P inmediatamente. S se dirige a hacerlo, pero se cae en el vestíbulo del hospital, rompiéndose la inyección y evitándose su administración.

c) Ya cuando A va a entregar a S la inyección, ésta se cae al suelo por error y se rompe, por lo que no ocurre nada más.

Caso 30: El administrador A quiere privar de los bienes que administra al propietario a quien representa, V. Se traslada a un estado exótico St y envía a un cómplice, K, ajeno a la administración de los bienes, a Alemania, con documentación falsificada y la instrucción de enviar a St las propiedades de V. Pero K es detenido en la frontera.

a) El inicio de la intermediación delictiva como comienzo de la tentativa (solución unificadora o conjunta)

Esta interpretación se corresponde con la teoría que se basa, en el caso de la acción terminada del autor sin intervención de un tercero, en el inicio por parte de la víctima (su entrada en el ámbito de actuación del instrumento del delito: cfr. nm. 193, 196 ss.)[236]. En la medida en que se 228

[236] En este sentido, en los casos de autoría mediata, entre otros: BGH NStZ 1998, 242; *Eschenbach*, Jura 1992, 645; *Kadel*, GA 1983, 299; *Krack*, ZStW 100 (1998), 611, 628; *Kühl*, JuS 1983, 180; *Küper*, JZ

considere a la víctima misma como un instrumento del autor (cfr. nm. 197 s.), se trataría de un supuesto completamente paralelo. La interpretación conduce al resultado de que, en todas las variantes del Caso 29 y en el Caso 30, A habrá realizado actos preparatorios impunes. Existiría tentativa únicamente cuando S y K hubiesen iniciado, respectivamente, la administración de la inyección y la transferencia de propiedades. Se habla en este caso de una "solución unificadora (o conjunta)"[237], porque la acción del autor mediato y la del mediador del hecho son vistas como una unidad, de manera que la acción del hombre de atrás sólo finaliza cuando finaliza la actuación del mediador del hecho: "Los comportamientos del autor mediato y del mediador del hecho (...) han de ser vistos como una 'acción común': el autor mediato ejecuta a través de la persona intermedia, no antes que esta"[238].

b) La influencia en el mediador del hecho como comienzo de la tentativa (teoría de la influencia, solución individualizadora)[239]

229 De acuerdo con esta interpretación, la tentativa comienza ya cuando el autor mediato influye al mediador del hecho[240]. En los casos 29 y 30 existiría tentativa ya, respectivamente, con la entrega de la inyección envenenada a S y con la contratación de K. No queda claro, no obstante, cómo habría que resolver el caso 29a): desde el punto de vista de esta teoría, se podría considerar como momento decisivo el de la colocación de la inyección en el despacho[241], o bien el de su recogida por parte de S. La teoría de la influencia se asemeja a la interpretación que, en el caso de los delitos a distancia sin interferencia de terceros, se basa en la finalización de la acción del autor (nm. 194, 205 ss.); pero no es idéntica, ya que, cuando no hay un mediador del hecho, no hay nadie a quien influir, y porque el inicio de la influencia no constituye todavía la última acción del autor. Se habla en este caso de "solución individualizadora" porque se basa exclusivamente en la actuación del sujeto de atrás, excluyendo la actividad del mediador del hecho.

1983, 361; *Maiwald*, ZStW 88 (1976), 745; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 48/115 ss.; *Otto*, JuS 1980, 645 s.; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 107 s.; LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 104. Está próximo: *Herzberg*, Roxin-FS, 2001, 749. A soluciones similares llega también *Rath*, JuS 1999, 36, 43, basándose en la "necesidad de una acción de defensa específica del tipo penal".

[237] Adhiriéndose a *Schilling*, 1975, 11, que es donde fue acuñado también el concepto de "solución individualizadora".

[238] *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 105, que con la última frase está citando a *Frank*, StGB, 18.ª, § 43 II 2 a.

[239] La designación como "teoría de la influencia", al igual que las denominaciones de las teorías expuestas en d) y e), proceden de *Hillenkamp*, 10ª, 2001, 96 ss.

[240] *Baumann*, JuS 1963, 92 s.; *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 36 I 4 a; *Bockelmann*, JZ 1954, 473 (= Untersuchungen, 148); *Bockelmann/Volk*, AT, 4ª, § 22 II 3 b, § 27 VII 2 b; *Maurach*, AT, 4ª, § 41 II 5; en sentido similar, *Puppe*, JuS 1989, 363 s.; *Schilling*, 1975, 100 ss., 112 s.

[241] En este sentido, *Herzberg*, JuS 1985, 6.

c) La "salida del acontecimiento del ámbito de dominio del autor mediato" como criterio para el comienzo de la tentativa (solución individualizadora modificada)[242]

Esta teoría traslada la fórmula alternativa, dominante en la solución de los casos de acción finalizada por parte del autor sin empleo de un "instrumento" humano distinto de la propia víctima, y aquí defendida, a la autoría mediata, y vincula el comienzo de la tentativa al "envío" del mediador del hecho. Este momento es idéntico al de la salida del acontecimiento del ámbito de dominio del autor. En este caso, una "alternativa", como la que existe en el caso de la acción del autor terminada (cuando el suceso permanece bajo su control: nm. 205 ss.), sólo se da en muy pocas ocasiones, ya que generalmente la "última actuación del autor" coincide con el envío del mediador del hecho. Sólo excepcionalmente (como ocurre en el caso 29a) la acción del autor queda finalizada antes de la intervención del mediador del hecho. La acción permanece en la fase preparatoria mientras el autor mediato mantiene el suceso bajo su custodia y se convierte en tentativa cuando el mediador del hecho "asume" el curso causal. También en este caso ocurre, no obstante, que la tentativa comienza cuando el hombre de atrás pierde el control sobre los acontecimientos ulteriores. Por lo que la "puesta en peligro inmediata de la víctima" (sin un sujeto intermedio entre autor y víctima: nm. 205 ss.) no es una alternativa. Esta solución individualizadora modificada[243], hoy "ampliamente dominante"[244], debe llevar a apreciar mera preparación en los casos 29a) y 29c) y, en cambio, tentativa en los casos 29b) y 30. 230

d) La determinación diferenciada del comienzo de la tentativa con mediador del hecho no doloso y doloso (teoría de la diferenciación)

Esta opinión (hoy únicamente defendida de tarde en tarde, aunque estuvo muy extendida en el pasado)[245] sigue en parte la teoría de la influencia, o la teoría individualizadora modificada, y en parte la solución unificadora o conjunta. En el caso de un instrumento no doloso (en otra variante: cuando el instrumento obra de de buena fe) sería decisiva la influencia sobre el mediador del hecho (o, según otra versión: el envío del mediador del hecho), mientras que en el caso del instrumento doloso habría que basarse 231

---

[242] La descripción como "solución individualizadora modificada" se encuentra en *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 54.

[243] Fue iniciada por mí, en mi contribución a Maurach-FS, 1972, 213 ss.; cfr., además, *Roxin*, JuS 1979, 11 s.; *el mismo*, LK, 11ª, § 25, nm. 152. A él se han adherido: *Burkhardt*, JuS 1983, 430; *Herzberg*, JuS 1985, 6; *Jakobs*, AT, 2ª, 21/105; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 62 IV 1; *Kratzsch*, JA 1983, 585 s.; *Puppe*, JuS 1980, 348 s.; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 20; *Streng*, ZStW 109 (1997), 862, 886; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 22, nm. 21; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 613 ss.; *Zaczyk*, 1989, 320 ss. Y, en lo esencial, también *Gubra*, 2002, 135 ss. (143).

[244] *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 54.

[245] *Blei*, AT, 18ª, § 72 II 4; *Kohlrausch/Lange*, StGB, 43ª, § 43, Vorb. II 3; LK-*Busch*, 9ª, § 43, nm. 33; *Sch/Schröder*, 17, § 43, nm. 16; *Welzel*, StrafR, 11ª, 191. *Jakobs*, AT, 2ª, 21/105, Fn. 198, considera razonable una diferenciación así, en los casos en los que el "instrumento" es doloso y responsible.

en el momento en el que el mediador del hecho inicie de forma inmediata la realización típica. Siguiendo esta opinión, existiría tentativa en el caso 29 (quizá con la excepción de la variante a), mientras que en el caso 30 habría que apreciar preparación.

e) El recurso a las reglas aplicables a la tentativa inacabada (teoría generalizadora)

232 También está ampliamente extendida, aunque se plasme de modos muy diversos, la opinión de que no es necesaria ninguna regla específica para la determinación del comienzo de la tentativa en la autoría mediata, bastando con emplear las que han sido desarrolladas para la tentativa inacabada (*supra* nm. 121 ss.)[246]. La "formula", sin embargo, no es única, y entre los partidarios de esta interpretación existen distintas derivaciones. Según *Eser*[247], "lo decisivo es el criterio de la puesta en peligro". De acuerdo con ello, existe tentativa cuando el instrumento, colocado en el camino hacia la ejecución del delito, "solamente tiene que llevar a cabo el hecho predeterminado, sin necesidad de ninguna preparación adicional ulterior"; mientras que, "debido a la inconsciencia del instrumento, hay que rechazar la existencia de tentativa en tanto que, de acuerdo con la representación del sujeto de atrás, aún necesitaría realizar ulteriores preparativos, para poner en peligro a la víctima". Esto se corresponde en buena medida con la "teoría de la inequivocidad" (cfr. *supra* nm. 194), como el mismo *Eser* confirma, al afirmar que, cuando se aprecia tentativa, en el suceso "por decirlo así, debe concurrir una causación natural inequívocamente comparable con la realización típica". Según esto, habría que apreciar tentativa en el caso 29 y rechazarla en el caso 30.

233 No es infrecuente tampoco, en conexión con algunas formulaciones jurisprudenciales (cfr. nm. 234 ss.), basarse en la inmediata puesta en peligro de la víctima, pero entender por tal, en vez del inicio por parte del mediador del hecho, la salida del suceso del ámbito de dominio del autor mediato, con lo que esta interpretación se aproximaría mucho a la solución individualizadora modificada[248]. *Krüger*[249], siguiendo a *Zazyck*, pero distanciándose de sus conclusiones (cfr. n. 204), llega a la formulación "más abierta" de la "teoría generalizadora": "El autor (tanto el inmediato como el mediato) inicia inmediatamente, en el sentido del § 22, cuando, de acuerdo con su representación del hecho, tiene, mediante una actuación próxima a la tipicidad, 'en sus manos' el bien jurídico atacado. Para la valoración de la proximidad a la tipicidad (...) hay que remitirse al conjunto de fórmulas y criterios desa-

---

[246] Fue defendida, con algunas diferencias entre ellos, por *Gössel*, JR 1976, 250; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 48/84; *Meyer*, ZStW 87 (1975), 608; *Otto*, JA 1980, 645 s.; *el mismo*, AT, 6ª, § 21 V 5 b; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 54 a; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 105 s.

[247] *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 54 a; en sentido similar, *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 614.

[248] Así, por ejemplo, *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 22, nm. 21. Con matices diferentes en los detalles, también *Haft*, AT, 8ª, 230 s.; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 22, nm. 9; *Maier*, MDR 1986, 361.

[249] *Krüger*, 1994, 188.

rrollados para la concreción del § 22". Sin embargo, no queda claro a qué consecuencias prácticas conduce esta posición.

f) Evolución de la jurisprudencia

Debido a que desde aproximadamente 1970 se ha vuelto usual una distin- 234
ción más cuidadosa de las distintas "teorías" sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata, resulta difícil clasificar la jurisprudencia antigua[250]. La aceptación del hecho de que hay que aplicar en la autoría mediata teorías para la delimitación distintas, en general le resulta extraña a la jurisprudencia, lo que puede ser considerado como una asunción de la "teoría generalizadora" (nm. 232 s.). No obstante, las concretas motivaciones de los tribunales tienden en parte hacia la solución individualizadora (modificada: nm. 235), en parte hacia la solución unificadora o conjunta (nm. 237) y en parte también hacia una interpretación diferenciadora (nm. 229), por lo que apenas resulta posible fijar un criterio claro. Solamente la jurisprudencia moderna del BGH (nm. 241-243) deja adivinar una clara inclinación por la solución diferenciadora modificada, que también predominaba en las soluciones concretas dadas por la jurisprudencia antigua.

aa) El RG

Es posible ver una aplicación de la solución individualizadora, en la for- 235
ma de la teoría de la influencia, en RGSt 53, 11. Se trataba en este caso de uns exportación de cuero prohibida, que se pretendía lograr a través de un mediador del hecho. Como el autor se presentó con el cuero al correo que estaba esperando, se habría "colocado en el camino y en el inicio del movimiento que debía llegar el cuero a través de la frontera". Puede verse la aplicación de una solución individualizadora modificada (aunque sin fundamentación teórica) en RGSt 53, 45. Se trataba otra vez de una exportación prohibida, esta vez de oro, que se pretendía pasar por la frontera gracias a dos mediadores del hecho. Aquí se apreció el comienzo de la ejecución en la entrega de las piezas de oro al primero de los mediadores; pues, con ello, el oro habría sido "puesto en camino; habiéndose iniciado y dispuesto el movimiento que debía conducirlo a través de la frontera".

Con la teoría de la diferenciación simpatiza RGSt 66, 141. En este caso el 236
autor había colocado una "instalación incendiaria" en una vivienda, abandonando esta luego con la conciencia de que "durante su ausencia 'cualquiera' podía conectar la electricidad y, con ello, incendiar la casa". Aquí el RG, al existir un acto de conexión realizado por un mediador del hecho de buena fe, aprecia ya una tentativa acabada en la "preparación de la instalación explosiva": "Ya que una (...) ulterior actividad humana, en tanto que energía procedente de un instrumento, en la práctica puede ser equiparada con el

[250] Cfr., por ejemplo, las diferentes valoraciones de *Schilling*, 1975, 11 ss.; y *Krüger*, 1994, 29.

efecto de las fuerzas naturales o cualquier otro 'suceso casual'". Así, se basa el inicio de la ejecución en la fórmula de Frank (nm. 122), de manera que la diferenciación se encuadra dentro de la "teoría generalizadora". Ciertamente, en su conclusión esta resolución vuelve a coincidir con la "solución individualizadora modificada" (nm. 230). Pues el autor ha dejado que el suceso salga de su ámbito de dominio.

237 Otras decisiones del RG se corresponden más en su fundamentación con la solución unificadora o conjunta, aunque permanecen próximas, en cuanto a sus soluciones, a la solución individualizadora. En RGSt 59, 1, la acusada había pretendido envenenar a su nuera, añadiendo "una infusión de bayas de solanácea" al te de menta que la madre de la nuera enferma iba a traerle. En ese caso el RG aprecia una tentativa del antiguo § 229 (hoy, § 224 I núm. 1), pues "la preparación del brebaje" debe ser vista "como parte de la acción de ejecución". La solución individualizadora modificada llevaría al mismo resultado, puesto que el té se hallaba ya en bajo la custodia de un mediador del hecho de buena fe. Una clara escisión entre fundamentación y resultado se puede apreciar en RGSt 77, 172. De acuerdo con ella puede existir ya tentativa de estafa "cuando el autor escribe una carta a un tercero desconocido para él, con el fin de aprovecharse de él como instrumento de la defraudación pretendida". Esta considerable anticipación del comienzo de la tentativa sólo podría ser fundamentada, de acuerdo con las concepciones actuales, sobre la base de la teoría de la influencia (nm. 229). Sin embargo, el RG opina que la carta se halla "en una conexión tan estrecha y necesaria con la defraudación perseguida" que constituye "desde una perspectiva natural, una acción unitaria con esta última". Así pues, con la carta habría comenzado ya el mediador del hecho la defraudación. Difícilmente un defensor actual de la solución unificadora o conjunta mantendría esto[251].

bb) El BGH

238 El BGH ha seguido la jurisprudencia del RG, pero, en sus soluciones, se ha manifestado más claramente (nm. 212 s.) que éste a favor de una "teoría generalizadora" (nm. 205 s.), que ajusta en cada ocasión a las circunstancias del caso concreto. Tan sólo en sus últimas decisiones (nm. 241-243) se abre camino un cambio hacia la solución individualizadora modificada (nm. 230).

239 En BGHSt 3, 110 se trataba de una mujer que, a comienzos de 1945, hizo que a su marido fuese juzgado y condenado a muerte, mediante la

---

[251] Cfr. además RG HRR 1942, núm. 229, adhiriéndose a RGSt 44, 69 (71), donde se defiende de forma particularmente clara la solución unificadora: "Las acciones del mediador del hecho (...), en la medida en que se correspondan con el dolo del auténtico autor, han de ser vistas como acciones de éste último". En las consecuencias, sin embargo, la sentencia se aproxima a la solución individualizadora. RGSt 70, 2012 ss. tiende igualmente, por lo que hace a la argumentación, hacia la solución individualizadora.

denuncia y declaración jurada que realizó sobre sus declaraciones críticas contra el régimen, aunque la sentencia no llegó a ser ejecutada. No quedaba nada claro cómo podía llegar a fundamentarse una calificación por autoría mediata, puesto que también el proceso se debía considerar (acertadamente) como antijurídico. En todo caso, el BGH, partiendo de la base de la autoría mediata de la esposa, ve en la condena a muerte "el inicio de la ejecución de la muerte antijurídica buscada por ella"; esta conclusión se fundamenta en que la ejecución "generalmente seguía inmediatamente" a la proclamación de la sentencia. En este caso no se busca base ni en la influencia (la denuncia) sobre el mediador del hecho, ni en la salida del suceso del ámbito de dominio del autor (la declaración jurada, que ha traer tras de sí de forma inevitable una condena a muerte), ni tampoco en el comienzo de la ejecución, tal y como exigirían, respectivamente, la solución individualizadora o unificadora (nm. 229, 230, 228). Por el contrario, se elige un momento intermedio, en el que se afirma que existe una puesta en peligro inmediata de la víctima.

Caso 31 (BGHSt 4, 270): El acusado, tras la apertura de un procedimiento concursal sobre su patrimonio, confeccionó una relación de existencias que acreditaba una cantidad de mercancías mucho mayor de la que en realidad poseía. Pretendía con ello motivar a sus acreedores, en las inminentes negociaciones del acuerdo concursal, a concluir un convenio y evitar nuevos ataques a su patrimonio. Presentó la relación falsa al administrador concursal, que debía trasladar su contenido a la junta de acreedores. 240

En esta resolución, por primera vez, y en contra de la opinión de la doctrina, la jurisprudencia del RG fue interpretada de forma explícita a la luz de la "teoría generalizadora" (nm. 232 s.), declarándola correcta: "Para la apreciación de una tentativa cuando se emplea a un mediador del hecho no es necesario que el mediador haya empezado a actuar. Estos casos deben ser resueltos conforme a las reglas generales sobre la delimitación entre tentativa y preparación" (loc. cit., 273). Esto lleva a resultados que dependen por completo de las circunstancias del caso concreto:

"De acuerdo con ello, influenciar a un mediador del hecho de buena fe puede ser un mero acto preparatorio, si se pretende que ello tenga efecto tan sólo tras la concurrencia de ulteriores circunstancias o después de un largo tiempo; pero puede ser también el inicio de la ejecución, si el bien jurídico es puesto en peligro ya de forma inmediata. Si, por ejemplo, el acusado entregó al administrador concursal la relación falsa en la documentación que éste estaba preparando como base para la inminente propuesta de convenio, entonces existe ya comienzo de la defraudación por parte del acusado; por el contrario, se trataría de un mero acto preparatorio si el autor tan sólo pusiese la documentación falsa a disposición del administrador concursal, sino poder prever si la misma sería o no usada en un tiempo previsible. En el primer caso existe una puesta en peligro, y no así en el segundo, en el que existen muchas posibilidades de que el administrador concursal examine la declaración incorrecta, la descubra o simplemente no la tenga en cuenta" (loc. cit., 237 s.).

Caso 32 (BGHSt 30, 363): 241

a) El acusado quería matar a su rival con ácido clorhídrico tóxico y aparentó ante un mediador del hecho, G, que debía suministrar a la víctima el ácido clorhídrico, que se trataba tan sólo de un inocuo medicamento para dormir. G quedó engañado, pero en el camino hacia

casa de la víctima abrió la botella por curiosidad. Se dio cuenta de que se trataba de un ácido tóxico y desistió de seguir adelante.

b) Posteriormente, el acusado entregó a A un líquido altamente venenoso, con el que debía rociar al rival. Para ello, le hizo creer que se trataba de acetato de aluminio. A adivinó las intenciones del acusado, aceptó el plan solamente en apariencia y llevó la botella a la policía.

242 La resolución es la más discutida de todas sobre el tema "tentativa en la autoría mediata"[252] y muestra al BGH en camino hacia una nueva orientación. El tribunal aprecia en ambos casos tentativa en autoría mediata: en el caso 32 a), de homicidio, y de lesiones graves en el caso 32 b). Se basa principalmente en la "teoría generalizadora", al afirmar "un ataque inmediato a la vida y a la salud de la víctima, que las pone ya en peligro y a la que podía haber seguido inmediatamente el daño" (loc. cit., 366). La inmediata puesta en peligro es, sin embargo, fijada (sin recurrir a las valoraciones relativas al caso concreto de BGHSt 4, 270) en el momento de la salida del suceso del ámbito de dominio del autor: "Pues quien quiere cometer el delito mediante un tercero (...) inicia la realización del tipo (...) inmediatamente (...) cuando ha determinado al mediador a la ejecución del hecho y éste ha salido (en la representación del autor) de su ámbito de influencia y ejecutará él mismo en adelante la acción típica (...)". Esto lleva también en el Caso 32b) a la consecuencia de estimar que existe una tentativa: puesto que sólo hay que basarse en la representación del autor mediato, el hecho de que el mediador del hecho le haya descubierto no cambia nada en cuanto al inicio de la ejecución por parte del sujeto de atrás. En el fondo, la resolución se corresponde con la solución individualizadora modificada (nm. 230), cuyo aparato conceptual ("salida del ámbito de influencia") es asumido.

243 La última sentencia relevante del BGH (NStZ 1986, 547) traslada los principios de BGHSt 30, 363 al caso del mediador del hecho forzado. El acusado había intentado instigar, pistola en mano, al conductor K de un automóvil a huir y arrollar a un policía que se había arrojado al suelo delante del coche para protegerse. El conductor arrancó el motor, pero retrasó la huida hasta que el policía se había puesto a cubierto. También aquí aprecia el BGH una tentativa de homicidio, y señala al respecto que la fórmula de la "salida del ámbito de influencia" no debe servir para excluir casos como éste del ámbito de la tentativa. "Lo decisivo es si el autor mediato ha finalizado la influencia que, de acuerdo con su representación, resultaba necesaria". Esto es una interpretación completamente correcta de la solución individualizadora modificada. Como con razón afirma el BGH, el hecho de que la amenaza todavía durase no cambia el que el sujeto de atrás tuviese "a través de la amenaza y de la intimación, el suceso en sus manos"; "a partir de ese momento, quedaba únicamente en manos de K la decisión de atender a la intimación y huir".

---

[252] Ampliamente al respecto, *Herzberg*, JuS 1985, 1; *Kadel*, GA 1983, 299; *Kühl*, JuS 1983, 180; *Küper*, JZ 1983, 361.

2. Fundamentación de la solución individualizadora modificada

a) La salida del ámbito de dominio del autor mediato como criterio decisivo de delimitación

Desde un principio parece lógico trasladar a la autoría mediata (cfr. ya nm. 226) lo que ha sido considerado adecuado para el caso de la acción terminada del autor sin intervención de mediador del hecho (nm. 196 ss.). Pues, si la influencia sobre el mediador del hecho ha finalizado, de manera que éste deba actuar a partir de ese momento (consciente o inconscientemente) por su cuenta, desde la perspectiva del sujeto de atrás, existirá ya en todo caso una tentativa acabada. Desde el punto de vista del sujeto de atrás, es irrelevante si los acontecimientos posteriores conducen al resultado a través de la concurrencia de otros factores causales, o bien son las acciones de la inocente víctima o de un "instrumento" humano las que contribuyen a ello. Dice *Herzberg*[253] con razón: "La explosión de un artefacto explosivo puede ser pre-programada, mediante la instalación de un temporizador, igual que es posible pedir a un niño que, en un determinado momento, apriete el detonador de control remoto. Si en un caso el autor dispone su delito de un determinado modo, y en otro caso lo hace de un modo distinto, y si en el momento de la explosión tiene en los dos casos la misma representación, más o menos exacta, se puede discutir sobre el momento del comienzo de la tentativa, que en todo caso apunta a él de una forma unitaria". Así pues, si en el primer caso se aprecia la existencia de una tentativa, debido a la salida del suceso del ámbito de dominio del autor, consecuentemente, se debe hacer lo mismo también en el segundo caso. 244

Kadel[254] ha objetado al criterio de la salida del suceso del ámbito de dominio del autor que el mismo contradiría el dominio del hecho del sujeto de atrás, que es el que fundamenta la autoría mediata: no podría ocurrir que el sujeto de atrás dejase salir de sus manos el dominio del hecho y que, al mismo tiempo, lo siguiese manteniendo. Pero esto es un malentendido: con la salida del mediador del hecho de su ámbito de influencia, el autor mediato pierde el dominio de la acción, pero mantiene el dominio de la voluntad. Así pues, *Kadel* mezcla categorías distintas del dominio del hecho[255]. 245

Igualmente evidente es el paralelismo estructural y la adecuación de dar una solución unitaria a los casos en los que el autor mediato ha finalizado su actuación, pero el suceso está todavía bajo su custodia. Si el médico o el deudor preparan, respectivamente, la inyección envenenada (caso 29a), nm. 227) o la documentación falseada (caso 31, nm. 240) en sus habitaciones con el fin de entregarlas posteriormente, todos los argumentos que hablan en favor de apreciar una mera preparación en la acción acabada del autor sin mediador del hecho (nm. 205 ss.) apuntan en favor de esta misma solución también en el caso de que se haya planeado una autoría mediata. 246

---

[253] *Herzberg*, JuS 1985, 4.

[254] *Kadel*, GA 1983, 299 (307).

[255] También en contra de la argumentación de Kadel, con razón *Herzberg*, JuS 1985, 3, n. 18.

En cambio, el resto de las concepciones de la delimitación se revelan como insatisfactorias.

b) La solución unificadora o conjunta

247 Los argumentos esenciales en contra de esta teoría valen igual para los delitos a distancia sin mediador del hecho (nm. 196 ss.)[256]: no los repetiré aquí. Un "argumento complentario" central de la solución unificadora o conjunta consiste en la tesis de imputar al sujeto de atrás como acción propia la actuación del mediador del hecho[257]. La idea de que se debe imputar al sujeto de atrás* la conducta del "instrumento" es –dentro de determinados límites– correcta; pero no conlleva, sin embargo, la señalada consecuencia[258]. Pues la conducta del mediador del hecho se imputa al sujeto de atrás en la medida en que se corresponde con las instrucciones del autor mediato (¡y nunca en mayor medida!)[259]. Para él, se trata de un curso causal que en principio no se diferencia de otros cursos causales que haya puesto en marcha. No es posible afirmar que un curso causal no mediado por un ser humano vaya a llevar de forma segura a un determinado fin: es cierto que el mediador del hecho puede, en la realización, rehusar, allí donde un curso causal normal se desarrollaría por sí solo; pero también lo es que aquél puede eliminar obstáculos ante los que fracasaría un curso causal ciego. Y, en todo caso, la imputación de la conducta del mediador del hecho como actuación del sujeto de atrás nada dice acerca de cuándo este último comienza la tentativa. Que esto sucede con la salida del suceso del ámbito de dominio del autor ha sido ya suficientemente fundamentado (nm. 196 ss., 244), lo que vale para la autoría mediata exactamente igual que para los delitos a distancia sin mediador del hecho.

248 La solución unificadora o conjunta se enreda en insalvables dificultades en relación con la "representación" del autor que es exigida por la ley[260]. En parte se basa en la representación del autor mediato[261], tal y como se

---

[256] En rigor, el ejemplo, ampliamente discutido en aquel contexto, de la carta del chantajista es ya un caso de autoría mediata, pues los empleados de correos que actúan en la expedición son "instrumentos" del remitente. Pero, como la expedición postal se lleva a cabo de modo casi automático, la situación se parece más a otros delitos cometidos a distancia, y es por lo que fue tratado junto con ellos.

[257] Cfr., en particular, *Küper*, JZ 1983, 369; cfr. también la cita de *Stratenwerth-Frank*, nm. 228, que tiene que ver con la misma idea.

* El texto dice "el mediador del hecho", pero es evidentemente un error y se refiere al "sujeto de atrás", que es a quien se le puede imputar o no la conducta del instrumento o mediador del hecho. [N. del T.]

[258] Una crítica correcta también en *Herzberg*, JuS 1985, 3.

[259] Además, la conducta será imputada también al mediador mismo, en la medida en que dicha imputación resulte posible conforme a las reglas generales: como imprudente, como dolosa y antijurídica, pero disculpada y, en su caso, también como dolosa y culpable.

[260] Cfr., al respecto, ya *supra* nm. 199.

[261] *Gössel*, JR 1976, 250; *Haft*, AT, 8ª, 230 s.; *Hillenkamp*, Roxin-FS, 708; *Krack*, ZStW 100 (1998), 637; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 48/118 ss.; *Otto*, JA 1980, 646; *Papageorgiou-Gonatas*, 1988, 310; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 54 a; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 614.

deriva del tenor literal de la ley; pues sólo él es el autor, y no el mediador del hecho. Pero esta solución resulta imposible, debido a que, en la mayoría de los casos, el sujeto de atrás ni sabe ni puede saber en qué momento va a iniciar su actuación el mediador del hecho (cfr. ya nm. 199). Si no tiene ningún pensamiento acerca de esta cuestión, entonces nos hallaríamos ante un inicio de ejecución sin "representación" por parte del autor, lo cual no es compatible con el tenor literal de la ley. Si, por el contrario, tiene ideas erróneas al respecto (cree que el mediador del hecho ha iniciado ya la ejecución, mientras que en realidad éste pretende actuar al día siguiente), el comienzo de la tentativa quedará fijado en un momento arbitrario y completamente desligado de la acción del mediador, a la que, según la teoría unificadora o conjunta, habría que atenerse. Esto tampoco es aceptable.

Küper[262] pretende huir de esta ficción considerando decisiva la represen- 249
tación del mediador del hecho. Pero esto es una desviación aún más grave del tenor literal de la ley: pues es posible imputar al sujeto de atrás el curso causal dominado por él, incluso si dicho curso causal consiste en acciones humanas; pero lo que lo que no se puede es suplantar unas representaciones que él no tiene. Lo que suscita el problema adicional de que, en la mayoría de los casos, el mediador del hecho que actúa de buena fe no se halla, por falta de dolo, en situación de iniciar la realización del tipo penal de acuerdo con su propia representación. Pues él en realidad no quiere realizar ningún tipo penal. *Küper* pretende, por ello, remitirse al "saber reflexivo" del autor mediato y, de este modo, ampliar el "fundamento subjetivo de juicio" del mediador. De este modo, por el contrario, lo que se hace es imputar al mediador del hecho un saber que en realidad sólo existe en el sujeto de atrás. Esto conduce a la construcción de una ficción de dolo, que resulta inviable.

Herzberg[263], en su más reciente toma de posición, distingue entre la acción 250
de tentativa (la última acción propia del autor mediato) y el resultado de tentativa, que configura como "el peligro inmediato de realización del tipo penal, adecuado a la representación del autor en el momento de realizar su propia actuación". Según él, la acción de tentativa supera ya la fase preparatoria, pero la punición debe tener lugar tan sólo cuando se produzca la inmediata puesta en peligro de la víctima; esto es, con el resultado de tentativa (habla a este respecto de "acción de agravación"). Esto, en la práctica, lleva a la solución unificadora o conjunta. *Herzberg* pretende eludir los problemas que se derivan la frecuente ausencia de cualquier representación, o de una representación clara, por parte del autor mediato acerca del momento de la puesta en peligro inmediata de la víctima, apreciando ya una tentativa en aquel momento "más temprano respecto del que el autor, en el momento de actuar, se ha representado la existencia de la acción de agravación como

---

[262] *Küper*, JZ 1983, 370; le siguen *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 91. n. 141; *Rath*, JuS 1999, 143, n. 36; en los supuestos "parecidos a la inducción", también *Streng*, Zipf-GS, 1999, 335 s.

[263] *Herzberg*, Roxin-FS, 2001, 749 (771/72).

posible". Si el autor, antes de cumplirse ese plazo, tuviese noticia de que su plan ha fracasado, no habría punición.

251 También esta teoría está abocada a dificultades irresolubles, debido a que frecuentemente el autor mediato no tiene idea del momento más temprano en que es posible que el mediador del hecho ponga en peligro a la víctima, pues dicho momento le resulta indiferente, y depende además de circunstancias que no puede controlar. Y, aun si existiesen, unas representaciones como estas, completamente independientes de la realidad, generalmente se sustraen a cualquier prueba en el proceso.

252 Un problema adicional se deriva del hecho de que *Herzberg* (y, en general, los defensores de la solución unificadora o conjunta) ha de inclinarse por la impunidad cuando el resultado tiene lugar antes de lo esperado. Si A quiere entregar a C, a través de B, que obra de buena fe, una botella de vino que en realidad contiene un veneno letal, y la botella es entregada el sábado por la tarde, y no el domingo por la mañana, como estaba previsto, y el beberla produce el efecto mortal esperado, de acuerdo la interpretación aquí analizada, no existiría asesinato consumado, puesto que la víctima, según la representación del autor, no iba a ser puesta en peligro el sábado por la tarde; el tipo de asesinato se hallaría por ello aún en fase de tentativa. Resulta difícil discutir que esta solución es insostenible. En cambio, desde la perspectiva aquí defendida, existe ya tentativa con el envío del mensajero, por lo que no hay por qué remitirse al momento de la ingestión del veneno (en todo caso, irrelevante para el autor).

253 *Herzberg* mantiene, en contra de esto[264], que mi crítica puede ser empleada igualmente en contra de la teoría defendida por mí. Si una esposa prepara una bebida envenenada para el marido, que espera que llegue la mañana siguiente, pero éste regresa ya la tarde anterior, mientras ella se encontraba fuera de casa, y se toma el veneno, tampoco podría la interpretación aquí sostenida afirmar la existencia de asesinato.

254 Esto es cierto, pero existe, sin embargo, una importante diferencia. Pues cuando (como en el contraejemplo de *Herzberg*) el resultado tiene lugar todavía en la fase preparatoria, existe siempre también cuando menos, e independientemente de los casos a los que nos estamos refiriendo, un homicidio imprudente (por ejemplo, cuando ya en el momento de esgrimir el fusil se escapa un disparo)[265]. Pero cuando el autor se ha quitado el suceso de entre las manos (ha enviado al inocente mensajero), debe apreciarse una consumación, con independencia de si el resultado se produce antes, durante o después del momento que el autor ha presupuesto. Pues el resto del curso causal no depende ya del autor.

255 Finalmente, además de los argumentos relativos a la necesidad de pena que ya han sido discutidos (nm. 201 s.), existe una contundente objeción

[264] *Herzberg*, en una carta dirigida al autor.

[265] Cfr. *Roxin*, AT I, 2ª [PG I], § 12, nm. 165.

político-criminal en contra de la solución unificadora o conjunta, que se deriva de la regulación contenida en el § 30 I para la inducción intentada. Si la tentativa de inducción resulta ya punible cuando se cumple la exigencia de que el ejecutante haya abandonado el ámbito de dominio del inductor, sería una grave contradicción valorativa que la autoría mediata, que va muchos más lejos, permaneciese impune. *Küper* mismo, partidario de la solución unificadora o conjunta, dice[266]: "Es difícil comprender que la 'tentativa' de inducción, sin atender al grado de desarrollo del hecho principal, pueda dar lugar, de acuerdo con el § 30, apartado 1 del StGB, a la pena de la tentativa, mientras que la 'tentativa' de emplear a un mediador del hecho permanece impune". En realidad incluso la tentativa que consiste en el envío de un mediador resulta ya merecedora de pena; pues, mientras que en la inducción el autor mantiene la responsabilidad principal por lo sucedido, en este otro caso la responsabilidad recae en el sujeto de atrás.

Küper considera dos salidas. La primera consiste en una regulación legal 256
paralela a la del § 30 I[267]. Pero esto no es necesario, puesto que la jurisprudencia del BGH interpreta con razón tales casos, desde BGHSt 30, 363, como tentativas; además, tampoco resultaría adecuada la atenuación de la pena del § 30 I 2, a causa de la mayor responsabilidad que tiene el sujeto de atrás en la autoría mediata. Como segunda solución propone *Küper*, ya con el Derecho vigente, "interpretar el § 30, apartado 1 de manera que la 'tentativa de instigación' no excluya la inducción fracasada, sino que la abarque también, como un 'menos' normativo, de modo que en ella esté contenida la tentativa de inducción". Sin embargo, esto no resulta compatible con el tenor literal del § 30 I, ya que el mediador del hecho como tal, por regla general, no pretende cometer ningún delito, por lo que el sujeto de atrás tampoco puede intentar inducirle a ello[268]. En la mayoría de los casos, por lo tanto, falta en el mediador la exigencia de dolo. La extensión del § 30 I a la tentativa de emplear a un mediador del hecho constituiría, pues, una infracción de la prohibición de analogía.

c) La solución individualizadora

La teoría de la influencia, que apenas ha tenido importancia en la dis- 257
cusión reciente, fija el comienzo de la tentativa en la autoría mediata claramente demasiado temprano[269]. Pues si el autor mediato todavía tiene en sus manos el suceso (intenta, por ejemplo, ganarse para su plan al mediador del hecho, sin haber nombrado todavía, sin embargo, a la víctima, o sin haberle entregado todavía el veneno), éste se halla aún tan alejado de la realiza-

---

[266] *Küper*, JZ 1983, 372. *Krüger*, 1994, 89 ss. admite también la incongruencia, aunque, pese a todo, considera preferible la solución unificadora.

[267] A favor, también *Krüger*, 1994, 94 s.

[268] En este sentido, *Krüger*, 1994, 94.

[269] En este sentido, ahora, también *Herzberg*, JuS 1985, 6, que todavía en MDR 1973, 92 s. defendía dicha teoría.

ción típica que no existe la necesaria vinculación al tipo penal. La ausencia de intromisión en la esfera de la víctima, que diferencia el comienzo de la tentativa en la autoría mediata de las tentativas normales, sólo puede verse compensada por la dinámica específica de un suceso que se desarrolla por su propia cuenta (cfr. nm. 204). Donde falta esta condición, sólo puede hablarse de preparación. El argumento de que también la tentativa de inducción comienza con la influencia sobre el autor no basta. Pues, en todo caso, una tentativa de inducción sólo existe si la manifestación del inductor ha abandonado ya el ámbito de dominio del éste[270].

d) La teoría de la diferenciación

258 También la teoría de la diferenciación posee actualmente escasos seguidores. Esta teoría no merece ningún apoyo. Pues se basa en la errónea premisa de que el empleo de un mediador no doloso (es decir, uno que obre de buena fe y que no responda) lleva hacia el resultado con mayor seguridad, por lo que estaría justificado anticipar el límite de la tentativa, a causa de la superior peligrosidad de esta forma de autoría mediata. Pero aquí ocurre algo semejante a lo que sucede en la distinción entre cursos causales "puros" y cursos causales con intervención humana (nm. 247): en el caso del mediador doloso, la circunstancia –necesaria para el delito- de desconocimiento o amenaza queda más que compensada por el hecho de que, debido al hecho de que está al tanto, puede superar mejor eventuales obstáculos. Algunos supuestos (cfr., por ejemplo, el Caso 30, nm. 227) que exigen actuaciones relacionadas específicamente con el delito, sólo resultan posibles con la ayuda de la energía criminal incrementada de un instrumento doloso. Debido a esto, no existe ninguna razón para retrasar el momento del comienzo de la tentativa para el sujeto de atrás. Dado que su "representación del delito" es la decisiva, y en ella se parte de un mediador del hecho dispuesto a llevarlo a cabo, la mayor libertad, que objetivamente el "instrumento" posee, de tomar distancia respecto del hecho, no puede ser tomada en consideración en favor del autor mediato, especialmente porque, en la práctica, un mediador doloso aporta una mayor seguridad de producción del resultado que uno no doloso. Tampoco el hecho de que, en la inducción, el delito comience cuando el autor inicia su acción, habla en favor de un tratamiento diferenciado de la autoría mediata, ya que esto es una consecuencia de la accesoriedad, así como del hecho de que la responsabilidad principal recaiga sobre el autor, y resulta compensado, en atención a la necesidad de pena existente, por el § 30 I.

259 A este respecto, hay que tener en cuenta que en muchos casos la distinción entre mediador doloso y no doloso es difícil de establecer. El mismo mediador del hecho coaccionado es "semi-doloso", puesto que en realidad abarca el hecho externo en toda su extensión. Algo similar ocurre con el mediador del hecho que obra con imprudencia consciente. En el caso del "autor detrás de un autor responsable", la distinción resulta completamente imposible. Lo

[270] Con más detalle, § 28, nm. 13.

mismo ocurre en el caso del error vencible de prohibición y, sobre todo, cuando el ejecutor es consciente de la comisión de un delito más leve (BGHSt 30, 363, Caso 32, nm. 241). En este último supuesto, el ejecutor quiere, de acuerdo con su representación, cometer unas lesiones leves, mientras que en realidad va a ser instrumento de un homicidio o de unas lesiones graves.

e) La teoría generalizadora

Esta teoría, cuya formulación teórica es seguida de forma generalizada por la jurisprudencia (aunque no en sus resultados prácticos), seduce por su aparente sencillez. Puesto que pretende aplicar reglas "generalmente válidas", considera superfluas toda reflexión acerca del comienzo de la tentativa en la autoría mediata. Sin embargo, esta opinión no resulta defendible desde el punto de vista teórico, ni tampoco aplicable en la práctica. 260

La tesis de que deben aplicarse las mismas reglas a la autoría mediata que a la autoría directa es claramente incorrecta. Así, por ejemplo, *Eser* (defensor actual de esta teoría) pretende, en BGHSt 30, 363 (*supra* Caso 32, nm. 241), apreciar una inmediata puesta en peligro del bien jurídico afectado y, consiguientemente, una tentativa, en el envío del mediador del hecho "si el instrumento, sin necesidad de ninguna preparación ulterior, sólo tenía ya que ejecutar el hecho planeado". Considerar que la tentativa comienza con la entrega del veneno al mediador del hecho que ha sido instruido conforme al plan, es, desde luego, la solución más correcta del caso, y se corresponde también con la solución individualizadora modificada. Pero ello no se deduce de las "reglas generales". Sólo es preciso imaginar que el autor, en vez de emplear a un mediador del hecho, se hubiese puesto él mismo en camino para envenenar a la víctima. Incluso aunque fuese cierto que sus pasos le hubiesen conducido de forma segura hasta el resultado, pese a ello, se hallaría todavía sin duda en la fase preparatoria (cfr. nm. 177). Y solamente cuando llegase al lugar de comisión del delito portando el veneno existiría una tentativa. De esto se deduce que hay que aplicar criterios diferentes en la autoría mediata y en la autoría directa, y que el criterio genérico de la inmediata puesta en peligro lo oculta. La única concepción que traslada a la autoría mediata las reglas aplicables a la tentativa inacabada del autor unipersonal es la solución unificadora o conjunta, que se apoya en el inicio de la realización por parte del mediador del hecho. Y ya antes fue explicado por qué dicho criterio no es satisfactorio (nm. 247 ss.). 261

Así pues, los defensores de la "teoría generalizadora" se hallan sumidos en un autoengaño, cuando piensan que no están aplicando ninguna regla especial pensada para la autoría mediata. Esto lo demuestra de forma especialmente clara la jurisprudencia, que, ya desde los tiempos del RG, se aproxima a la solución individualizadora modificada (es decir, al criterio de la salida del suceso del ámbito de dominio del autor mediato), aunque ello sea presentado como una aplicación de reglas generales, mediante una extensión desmesurada de la fórmula de Frank y del criterio de la puesta en peligro. De acuerdo con los criterios aplicables a la tentativa inacabada, nada menos que en todos 262

y cada uno de estos casos habría que rechazar la existencia de tentativa: ¡así de aceptables resultarían las soluciones que la jurisprudencia persigue!

263 Dejando aparte sus erróneos presupuestos, la "teoría generalizadora" resulta, además, totalmente imposible de aplicar, en la medida en que se pretendan tomar en consideración en la actuación del mediador del hecho todas las circunstancias del caso concreto. Esto lo demuestra claramente el caso del administrador concursal (BGHSt 4, 270, *supra* Caso 31, nm. 240). Si, por ejemplo, el administrador concursal desea hacer un uso inmediato de la documentación que le ha sido presentada, existiría tentativa. Si, por el contrario, pretende usarla más tarde o examinarla antes, se apreciaría una mera preparación (cfr. nm. 240). Sin embargo, la punición del autor no puede depender de si el empleo de la documentación tiene lugar antes o después, o de si el examen de la misma es más o menos cuidadoso, ya que el autor no puede conocer ninguna de estas circunstancias. Su "inicio" de la estafa consiste en la entrega del documento al administrador concursal, pues es entonces cuando el acontecimiento toma su curso. Las restantes circunstancias mencionadas por el BGH no son relevantes para la tentativa, sino para el éxito del delito. Pero la existencia de una posibilidad relevante de fracaso no puede influir, ni en este caso ni en ningún otro, en la delimitación entre preparación y tentativa.

264 El comienzo de la tentativa debe, además, fijarse de forma clara en cuanto al momento de su inicio. Dado que la cuestión de si el administrador realizará o no un examen de la documentación (y, en su caso, qué tipo de examen) probablemente se decidirá más tarde, el momento del comienzo de la tentativa permanece en el aire. Si el fraude es por casualidad descubierto, y no es posible aclarar entonces si el administrador habría tenido tiempo para examinar el informe, desde el punto de vista del BGH debería permanecer abierta la cuestión de si existía o no ya, en el momento del descubrimiento, una tentativa. Esta solución no es aceptable. Por lo demás, las distinciones realizadas en el caso del administrador concursal tampoco llevan de ningún modo a una "regla general". Pues si el deudor hubiera intentado perpetrar la estafa como autor directo, habría iniciado la realización típica en el momento de tomar la palabra en la asamblea de acreedores.

265 La aspiración a una determinación unitaria de los límites de la tentativa en todas las formas de autoría, que se expresa en la "teoría generalizadora", posee también un trasfondo de índole metodológica. Así, para *Otto*[271] es "un absurdo, desde el punto conceptual (...) que el 'inmediato inicio de la realización del tipo penal' sea interpretado de forma diferente o alternativa en distintas clases de tentativas (...) pues de este modo se está definiendo un único concepto de diferentes maneras". Sin embargo, esta argumentación debe ser rechazada[272]. Pues la "tentativa", como el resto de las categorías jurídicas fundamentales (ocurre lo mismo, por ejemplo, con "acción" o

[271] Otto, JA 1980, 645.

[272] A este respecto, también *Herzberg*, JuS 1985, 6, n. 38.

"autoría"), no es un concepto cuya definición correcta venga determinada siempre por el mismo elemento. En él, por el contrario, se expresa tan sólo un criterio orientador acerca de la proximidad al tipo penal. Dicho criterio ha de ser desarrollado a partir de los diversos datos de la materia objeto de regulación, de manera diferenciada según los distintos grupos de casos[273]. Justamente esto es lo que sucede cuando, a la hora de delimitar la tentativa, son tomadas en consideración las diferencias reales entre autoría mediata y autoría directa.

IV. El comienzo de la ejecución en la tentativa omisiva

1. Delitos impropios de omisión

Hoy se tiene por cierto, y la jurisprudencia así lo reconoce, que la tentativa de 266
un delito de omisión impropia es posible y que, en su caso, debe ser castigada[274]. Bajo la vigencia del antiguo § 43, había quien dudaba acerca de la punición de la tentativa omisiva[275]. Pues, dado que, de acuerdo con dicho precepto, existía tentativa en la medida en que la decisión de cometer un delito o una contravención "era llevada a cabo (...) mediante acciones que conllevasen el inicio de la ejecución", se podía defender la opinión de que la omisión no es una verdadera "acción", por lo que su punición violaría la prohibición de analogía. Aunque ya entonces se podía objetar que un concepto amplio de acción (como aquél del que se debía partir)[276] abarcaba también la omisión. En todo caso, hoy en día, el tenor literal del § 22 no presenta ya ningún impedimento para la punición de la tentativa. Pues, si un delito puede ser cometido por omisión, la misma tendrá que haberse iniciado. En algunas obras doctrinales[277], al cuestionar la existencia de finalidad en la omisión[278], se ha cuestionado también la posibilidad de la tentativa omisiva. Sin embargo, dado que los defensores de este punto de vista afirman en todo caso la existencia de una "omisión de la tentativa de evitación del resultado", punible, en realidad se desvían sólo a nivel terminológico, pero no en las consecuencias, del resto de la doctrina, por lo demás unánime al respecto. La polémica subsiste aún principalmente en relación con la punición de la tentativa comisiva inidónea; cuestión sobre la que habrá que volver más adelante (nm. 376 ss.).

Se discute **si en las omisiones es posible distinguir**, como en los delitos comisi- 267
vos, **entre tentativa omisiva inacabada y tentativa omisiva acabada**. Una opinión muy extendida, la **"teoría de la diferenciación"** (que se remonta a *Lönnies*[279])

---

[273] Cfr., para un examen a fondo, *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 7, nm. 78-82.

[274] BGHSt 7, 287, 288; 14, 282, 284; 38, 356 (358); BGH VRS 13 (1957), 120, 123; BGH NStZ 1985, 24; BGH StV 1985, 299.

[275] Cfr. *Herzberg*, MDR 1973, 89.

[276] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [= PG I], § 8.

[277] Welzel, StrafR, 11ª, 206, 221; *Armin Kaufmann*, 1959, 204 ss., 221 ss., 237 s.

[278] Al respecto, *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 8, nm. 17.

[279] *Lönnies*, NJW 1962, 1950 ss. La teoría de *Lönnies* es una continuación de un enfoque desarrollado por primera vez por *Horst Schröder*, JuS 1962, 86.

dice que sí[280]. Según esto, habría que apreciar tentativa inacabada en la medida en que el resultado pudiera aún ser evitado, retomando la acción originariamente debida. La madre que quiere dejar morir de hambre a su hijo cometería, por lo tanto, una tentativa omisiva inacabada, si puede salvar al niño volviendo a alimentarle. Si, por el contrario, para salvar al niño sería necesario tomar medidas extraordinarias, que vayan más allá de la realización de la conducta originariamente debida (por ejemplo, alimentarle de forma artificial en un hospital), existiría una tentativa acabada. Del mismo modo, el salvavidas de una piscina cometería tentativa inacabada por omisión cuando sólo tuviese que sacar del agua a la persona que ha de salvar (como ocurre al inicio de la situación de peligro). En cambio, existiría tentativa acabada si salvar al bañista exigiría esfuerzos que fuesen más allá (por ejemplo, buscar dentro del agua a la persona ya hundida, o realizar tentativas de reanimación).

268 En contra, la **"teoría de la finalización necesaria de la tentativa"**[281] parte de que sólo existen las tentativas omisivas acabadas, ya que aquí en todo caso para el desistimiento, al igual que en la tentativa acabada comisiva, es preciso impedir activamente del resultado (§ 24 I 1, supuesto 2º) o esforzarse en impedirlo (§ 24 I 2)[282]. El BGH habla también (NStZ 1997, 485) de "equivalencia de ambas figuras jurídica", a tenor de la cual "las condiciones para el desistimiento de la tentativa en los delitos omisivos" serían "las mismas que en la tentativa acabada en los delitos comisivos".

269 En realidad, **todas las tentativas omisivas** deben ser consideradas **acabadas**. Pues las condiciones para el desistimiento son las mismas que en la tentativa acabada. La tentativa inacabada exige que sea necesaria una ulterior actuación, exigencia que no existe ni en la tentativa acabada ni en la tentativa omisiva. Antes al contrario, los paralelismos entre tentativa acabada y tentativa omisiva resultan evidentes. Si existe una tentativa acabada cuando el autor ha colocado a la víctima ebria sobre las vías y después se ha ido, lo mismo tiene que ocurrir, en el caso del autor omisivo, cuando éste no aleja a la víctima de la zona de peligro, en el momento en el que el tren se acerca. Pues la manera en la que la víctima se ha encontrado en esa situación no puede tener efecto alguno ni sobre la punición de la tentativa ni sobre la distinción entre tentativa inacabada y tentativa acabada.

---

[280] *Backmann*, JuS 1981, 341; *Blei*, AT, 18ª, § 86 III 3; *Ebert*, AT, 3ª, 184 s.; *Eser*, StrafRII, 3ª, 116 s.; *Gropp*, AT, 2ª, § 9, nm. 72; *Jakobs*, AT, 2ª, 29/116; LK-*Jescheck*, 10ª, § 13, nm. 48; *Kühl*, AT, 3ª, § 18, nm. 153 s.; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 22 a; *Otto*, AT, 6ª, § 19 V 3; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 28 s.; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 40, 142; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 743 s.; *Wolter*, 1981, 100 ss., 258 ss.

[281] Así la denomina *Küper*, ZStW 112 (2000), 1 ss. (4), quien examina notablemente a fondo el estado del debate, introduciendo también la doctrina más antigua, y, en el ámbito de la tentativa omisiva, acepta únicamente el supuesto de la tentativa acabada.

[282] *Borchert/Hellmann*, GA 1982, 444 s.; *Felt*, NStZ 1998, 508; *Freund*, AT, § 8, nm. 67; § 9, nm. 48; *Herzberg*, MDR 1973, 93; *Armin Kaufmann*, 1959, 211 ss.; *Köhler*, AT, 482 s.; *Kudlich/Hannisch*, StV 1998, 370; *Roxin*, Maurach-FS, 1972, 232, n. 54; SK-*Rudolphi*, 7ª, antes del § 13, nm. 56; NK-*Seelmann*, § 13, nm. 84, 86; *Welzel*, StrafR, 11ª, 221; *Womelsdorf*, 1976, 159 ss., especialmente 177; también *Vogel*, 1993, 235 s.

La distinción entre tentativa inacabada y acabada en la omisión, que conllevaría además difíciles problemas de delimitación[283], debe rechazarse también por su falta de consecuencias prácticas. Si el garante que ha entrado ya en la fase de tentativa impide el resultado (o bien, en casos del § 24 I 2, se ha esforzado seriamente en impedirlo), quedará libre de pena, sin importar si su omisión previa podía ser descrita como tentativa inacabada o como tentativa acabada. "La distinción de etapas dentro de la tentativa (...) no posee (...), en el caso de no se produzca el resultado, ninguna función dogmática sustancial"[284]. Del mismo modo, cuando la evitación del resultado fracase, existirá, tanto en un caso como en otro, un delito consumado. Esto, sin embargo, es cuestionado por los defensores de la figura de la tentativa omisiva inacabada, aunque sin razón, como veremos con más detalle, al examinar la incapacidad para desistir en supuestos de causación imputable del resultado (§ 30, nm. 113 ss.). 270

a) La salida del ámbito de dominio del omitente y la puesta en peligro inmediata como criterios alternativos para la delimitación de la tentativa

También en el caso de la omisión resulta extraordinariamente discutida la delimitación entre preparación y tentativa. No obstante, la solución al problema ha sido expuesta ya, en las conclusiones que se han ido elaborando en relación con la tentativa acabada (nm. 192 ss.) y con la tentativa en la autoría mediata (nm. 226 ss.)[285]. Pues el omitente que tiene un deber de evitación del resultado (al respecto, § 32, nm. 1 ss.), se enfrenta a un curso causal que, sin su actuar, se dirigirá hacia el resultado. Es, pues, la misma situación que la del autor de una tentativa acabada, que hace su parte, o la del autor mediato que ha encargado al mediador del hecho la contribución que necesita, o que ha generado de cualquier otra forma el impuso causal. 271

Según esto, cuando el omitente haya dejado salir el curso fáctico de su ámbito de dominio, se habrá superado el límite de la tentativa. Esto no precisa de ninguna argumentación específica, ya que la identidad estructural existente con los casos de tentativa acabada y de tentativa en autoría mediata (en relación con los que esta solución fue discutida ampliamente) hace que la conclusión parezca obligada (cfr., sin embargo, nm. 287). Si, por el contrario, el curso causal se halla todavía dentro de su ámbito de dominio, habrá que apreciar tan sólo preparación, en la medida en que "todavía no ha sucedido nada", y sigue siendo posible en todo momento retomar la acción salvadora. La tentativa comienza con la puesta en peligro inmediata de la víctima, cuando la aparición del resultado se aproxima. En ese instante tiene lugar una neta elevación del riesgo para el objeto material del delito, y esta cesura distingue a la preparación de la tentativa. 272

---

[283] Al respecto, con más detalle, *Küper*, ZStW 112 (2000), 25 ss.

[284] *Küper*, ZStW 112 (2000), 22.

[285] El paralelismo estructural me sirvió a mí para resolver los gres grupos de casos, por primera vez en Maurach-FS, 1972, 213 ss.

273 Lo dicho nos lleva a las siguientes consecuencias prácticas. Si un niño nace en un lugar solitario, en plena naturaleza, y sus padres, que son los únicos que se encuentran cerca de él, le dejan sin ningún cuidado, con el fin de que llegue a morir (cfr. RGSt 66, 71), existe preparación de homicidio mientras los padres permanezcan junto al hijo y a éste no le amenace todavía ningún peligro. La tentativa comenzará cuando, debido a la prolongación de la situación, la vida del recién nacido empiece a correr peligro. Si, por el contrario, los padres regresan a casa y abandonan al niño a su suerte, existe ya el comienzo de la realización típica, pues es entonces cuando el suceso toma un curso que deja de estar controlado por los padres. Un eventual regreso y salvación posterior por parte de los padres, o el aviso por teléfono a un tercero para salvar al niño, constituirían tan sólo un desistimiento (voluntario, en su caso) en la tentativa.

274 Lo mismo vale cuando los padres ignoran dolosamente la posibilidad de salvar a un hijo enfermo cuya vida corre peligro, mediante una transfusión sanguínea que parece ser el único remedio útil (cfr. OLG Hamm NJW 1968, 212). Si la transfusión puede ser retrasada varios días sin que ello conlleve un peligro adicional para la vida del niño, entonces la inactividad de los padres no constituye todavía tentativa de homicidio, incluso si su dolo les va a llevar a no permitir tampoco una transfusión más adelante. Si, por el contrario, los padres se ausentan con la intención de dejar que el niño, solo en casa, muera, existirá ya una tentativa de homicidio, incluso si todavía se dispone de tiempo suficiente para hacer la transfusión.

275 Quien abandona a su bebé en una cabaña en el bosque, para dejarle morir de hambre, comete ya una tentativa de homicidio. Si, sin embargo, sigue viviendo en la cabaña y se limita a dejar de alimentar al bebé, la falta de la primera comida resulta todavía impune, pues aún es posible reemprender la alimentación sin daño para el niño. Cuando el bebé comience a sentirse mal a causa de la falta de alimento, concurrirá una lesión (maltrato) por omisión. Si la vida del niño corre peligro, que sólo puede ser evitado mediante la inmediata reanudación de la alimentación o mediante el traslado a un hospital, la omisión de la acción debida se convertirá en tentativa de homicidio.

276 Desde el punto de vista práctico, los casos más importantes son los de los accidentes de tráfico causados con culpa. Si el causante del accidente no presta ayuda alguna a una víctima gravemente herida y, al huir, cuenta con que el lesionado pueda morir, por falta de atención médica inmediata, existirá ya en el hecho de su marcha del lugar del accidente una tentativa de homicidio por omisión. Si, por el contrario, el causante del accidente permanece junto al accidentado, pero no toma ninguna iniciativa para mejorar la situación de éste, la omisión de socorro sólo se convertirá en lesiones si se produce un agravamiento de las dolencias de la víctima, y en tentativa de homicidio si surge un peligro para la vida.

277 Verifiquemos, finalmente, el principio enunciado en el caso académico del guardagujas que deja al borracho sobre las vías, con la intención de que sea atro-

pellado. Si sabe que el último tren de la noche llegará dentro de dos horas y que su aproximación le será anunciada mediante una llamada telefónica, la inactividad resulta impune, a pesar de su dolo. Sólo cuando seguir esperando pone en peligro la vida del borracho comienza la tentativa. Si, en cambio, el guardagujas abandona su puesto y se va a dormir a casa, existe ya en ese momento una tentativa, incluso si faltan todavía dos horas para que el tren se aproxime.

En todos los casos de tentativa por omisión estamos hablando de tentativas 278
acabadas, por lo que hay que rechazar la posibilidad de una tentativa inacabada. Pues ésta tiene como condición que sean necesarias ulteriores actuaciones por parte del autor, condición que siempre faltará aquí. El paralelismo con el caso normal de tentativa acabada hace también inevitable esta conclusión: si existe tentativa acabada cuando el autor coloca a la víctima ebria sobre las vías y luego se marcha, en el caso del autor omisivo no puede ser de otra modo, cuando éste se limita a no sacarle de la zona de peligro cuando se aproxima el tren. Pues la manera en la que la víctima se ha encontrado en esa situación no puede tener efecto alguno, ni sobre la punición de la tentativa, ni sobre la distinción entre tentativa inacabada y tentativa acabada[286].

La interpretación que se acaba de defender es hoy predominante en la doctrina[287]. *Jakobs*[288] llega 279
en esencia al mismo resultado con su "teoría del incremento del esfuerzo". Según ella, constituye una condición necesaria (aunque no suficiente) para la tentativa "una omisión que, de acuerdo con la representación del autor, aumente la inversión que éste ha de realizar para evitar el resultado". Generalmente, cuando la evitación del resultado se vuelve más difícil, aumenta también claramente el riesgo para el objeto material del delito y se produce un peligro penalmente típico. Puesto que, además, *Jakobs* considera un indicio de la existencia de tentativa "que el autor haga salir el curso conducente al resultado de su ámbito de organización", resulta clara la coincidencia con la posición que aquí se mantiene. Pues realmente un autor en estas condiciones sólo podrá evitar el resultado –si es que puede- empleando un esfuerzo mayor.

b) La teoría de la primera intervención posible

De acuerdo con esta teoría, existe una tentativa cuando el garante, con dolo de 280
permitir que se produzca el resultado, omite adoptar la primera medida posible e

---

[286] Por el contrario, en la doctrina frecuentemente se aprecia una tentativa inacabada en el comienzo de la tentativa de omisión, y una tentativa acabada con la última posibilidad de intervención. Así, por ejemplo, *Blei*, AT, 18ª, § 86 III 3; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 60 II 3; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 40; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 40/106; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 27 ss.; *Wolter*, 1981, 100, 259. En favor de esta solución se aduce que el autor omisivo debe seguir omitiendo hasta el momento en que existe la última posibilidad de actuar, al igual que el autor comisivo debe seguir actuando hasta la finalización de la tentativa. Sin embargo, esta interpretación confunde la tentativa acabada con la última posibilidad de desistimiento. En este sentido, *Herzberg*, MDR 1973, 936; *Jakobs*, AT, 2ª, 29/116; SK-*Rudolphi*, 7ª, antes del § 13, nm. 56; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2ª, 13/33; *Wonnelsdorf*, 1976, 177.

[287] Siguen esta interpretación: *Androulakis*, 1963, 106 ss.; *Blei*, AT, 18ª, § 86 III 2; *Bockelmann/Volk*, AT, 4ª, § 27 VII 1 b; *Ebert*, AT, 3ª, 184; *Hafi*, AT, 8ª, 234; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 22, nm. 17; *Papageorgiou-Gonatas*, 1988, 291; *Rudolphi*, MDR 1967, 4; *el mismo*, SK, 7ª, antes del § 13, nm. 51 ss.; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 14, nm. 4; *Ulsenheimer*, FamRZ 1968, 571; en sentido similar, *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 40/106; *Vogel*, 1993, 227 ss.; *Zaczyk*, 1989, 318.

[288] *Jakobs*, AT, 2ª, 29/117 s.

idónea para evitarlo[289]. Según esto, constituiría ya una tentativa la falta de la primera comida (nm. 275), o la ausencia de una actividad inmediata por parte del guardagujas, cuando todavía dispone de varias horas hasta la llegada del tren (nm. 277).

281 Parece claro que esta interpretación fija el comienzo de la tentativa demasiado pronto. Pues no es posible hablar de una puesta en peligro próxima a la tipicidad, ni tampoco de una impresión perturbadora del Derecho, cuando el omitente, sin añadir ningún riesgo adicional, podría aún evitar el resultado más tarde. En estos casos, además, difícilmente podría probarse el dolo, ya que externamente no aparecerá de un modo visible.

282 El argumento de que se debería apreciar la existencia de una tentativa en un momento tan temprano, porque también el autor comisivo resulta punible por tentativa cuando crea una situación en la que solamente una actuación que se entrometa en el curso causal puede evitar el resultado[290], no resulta concluyente. Pues, en la medida en que el autor comisivo no haya dejado salir el suceso de su custodia (por lo que en cualquier momento puede intervenir), todavía no estará en fase de tentativa, incluso si ha realizado ya todas las actuaciones activas dirigidas hacia la causación del resultado.

283 Desde el punto de vista político-criminal, se puede alegar, en favor de un comienzo de la tentativa lo más temprano posible, que nunca es posible saber "si la primera oportunidad de salvación no será también la última"[291]. Pero es preciso hacer distinciones. En algunos casos está claro que una actuación posterior evitará el resultado con seguridad; así, cuando la madre que quiere dejar morir a su hijo de hambre, deja pasar una comida (nm. 275). En otras situaciones, sólo una mala suerte muy improbable (como una repentina incapacidad sobrevenida del guardagujas para actuar) haría imposible una intervención posterior (cfr. nm. 277). No obstante, tales casualidades pueden hacer también que el suceso se le vaya de las manos al autor comisivo incluso durante la fase preparatoria, sin que por ello haya que apreciar ya una tentativa (o, si acaba produciéndose el resultado, un delito consumado). Finalmente, es frecuente que el omitente no sepa cuánto tiempo puede seguir esperando a intervenir sin provocar una puesta en peligro de la víctima próxima a la tipicidad. Los padres que no quieren dejar que se administre una transfusión sanguínea a su hijo, por lo que no le llevan al hospital (nm. 274), a menudo no están en condiciones de juzgar si la situación

---

[289] *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 33 I 3; *Geilen*, AT, 5ª, 256; *Herzberg*, MDR 1973, 89 ss., 96; *Lönnies*, NJW 1962, 1950; *Maihofer*, GA 1958, 297 s.; *Schröder*, JuS 1962, 86; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 22, nm. 22. En sentido similar, *Gulra*, 2002, 58 ss. (64 s.), según el cual existe tentativa "cuando el concernido por el deber deja pasar una oportunidad de salvación que no queda compensada por otra oportunidad de salvación (posterior) igual de segura". Sin embargo, dicha posibilidad de compensación se dará sólo raramente, pues más tarde casi siempre puede que surjan obstáculos (aunque sólo sea un desmayo del garante). "Por lo que siempre la oportunidad de salvación más idónea es la primera".

[290] Cfr. *Herzberg*, MDR 1973, 93: "En cuanto el garante descubre la situación y resuelve categóricamente dejar que se produzca el resultado, ha de ser considerado como el que ha creado la misma situación de forma consciente e intencionada".

[291] *Herzberg*, MDR 1973, 91.

de su hijo hace que su vida corra peligro, y cuándo sucederá esto. Por ello, si consideran que posiblemente existe ya un peligro para la vida, existirá –de acuerdo con la opinión defendida aquí– una tentativa omisiva con dolo eventual. No se puede, pues, argumentar que una imperiosa necesidad de pena haga necesario anticipar la tentativa omisiva al momento más temprano que sea posible.

c) La teoría de la última intervención posible

El polo opuesto está representado por la opinión según la cual la tentativa 284
omisiva comienza cuando ha transcurrido ya el último momento posible para intervenir[292]. Esta teoría no resulta convincente, ni desde el punto de vista dogmático ni desde el político-criminal. Su defecto dogmático estriba en que no permite el desistimiento en la tentativa. Pues, si la expiración del último momento posible para intervenir es lo que fundamenta la tentativa, entonces, según esto, no cabe ya ninguna actuación por parte del autor; y, consiguientemente, tampoco el desistimiento. Esto, sin embargo, contradice lo dispuesto legalmente, que prevé la posibilidad de desistimiento en todos los grupos de casos de tentativa. La teoría de la última intervención posible conduce a un resultado erróneo, al añadir a la fase preparatoria todo el lapso de tiempo entre la tentativa y la última posibilidad de desistimiento.

También político-criminalmente resulta inadecuado que la tentativa co- 285
mience justo en el último segundo en el que todavía cabe actuar. Pues, si el omitente puede demorarse tanto en intervenir y permanecer impune, entonces el legislador estaría jugándose el objeto de protección a una sola carta, puesto que en muchos casos una intervención tan tardía llegaría demasiado tarde. "El deber del garante exige no sólo que finalmente evite el resultado, sino también que impida ya una puesta en peligro del bien jurídico próxima al resultado"[293]. Tampoco se comprende por qué no debería ser suficiente una puesta en peligro próxima a la tipicidad, cuando indiscutiblemente la misma basta para el comienzo de la tentativa en los delitos comisivos.

d) La fundamentación basada exclusivamente en la puesta en peligro inmediata

Finalmente, en relación con la omisión existe también la interpretación de 286
que la tentativa comienza en todos los casos con la inmediata puesta en peligro del objeto material de la acción delictiva[294]. Esto se corresponde con la teoría que, en el caso de la tentativa acabada, se basa en la entrada de la víctima en el ámbito de actuación del instrumento del delito (nm. 193) y que, en la autoría mediata, sostiene la "solución unificadora" (nm. 228). Esta opinión coincide

---

[292] *Armin Kaufmann*, 1959, 210 ss.; NK-*Seelmann*, § 13, nm. 84; *Welzel*, StrafR, 11ª, 221; en el fondo, aunque con matices, también *Grünwald*, JZ 1959, 46.

[293] *Kühl*, AT, 3ª, § 18, nm. 147.

[294] *Gropp*, AT, 2ª, § 9, nm. 39; LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 119 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 60 II 2; *Otto*, AT, 6ª, § 18 II 3 d; en sentido similar, *J. Meyer*, ZStW 87 (1975), 605 ss.

con la aquí defendida cuando el omitente está aún presente en el lugar de los hechos y puede intervenir en cualquier momento en el curso posterior de los mismos, que permanece todavía bajo su control. En cambio, esta teoría no aprecia tentativa cuando el omitente ha dejado que el suceso salga de su ámbito de dominio. Así, por ejemplo, *Vogler*[295] dice, en el caso del recién nacido que es abandonado inerme por sus padres, con intención homicida, en un lugar solitario: "Tampoco en este caso comienza la tentativa de homicidio con el abandono del niño, sino únicamente en el momento en el que se produce una situación crítica para la vida del niño". De acuerdo con esta concepción, quien lesiona gravemente y de forma culposa a la víctima de un accidente de tráfico y luego, de forma dolosa, huye del lugar del accidente, dejándola morir, no sería responsable de tentativa de homicidio en el momento de la huida, sino tan sólo cuando la falta de auxilio pusiese a la víctima en inminente peligro de muerte.

287 Esto no resulta compatible con las soluciones que aquí se han hallado para la tentativa acabada (nm. 195 ss.) y para la tentativa del autor mediato (nm. 244 ss.). Si existe tentativa en cuanto el autor de un atentado ha colocado la bomba en el avión y ha abandonado el lugar de los hechos (nm. 195, 201), debe apreciarse también una tentativa (omisiva) en el agente de seguridad que descubre la bomba y que, con el dolo de permitir que el avión explote, silencia su descubrimiento y se ausenta. El hecho de que la explosión sólo deba producirse unas horas después, cuando el avión despegue, no debe impedir la apreciación de tentativa en ambos casos. Cualquier otra solución sería insatisfactoria también desde la perspectiva político-criminal. Pues, tras la partida del autor del atentado o del agente de seguridad, la salvación de las víctimas sólo resulta imaginable (dejando a un lado un posible desistimiento posterior por parte del autor) en el caso de que la bomba sea casualmente descubierta por un tercero. No se comprende por qué esto debería contar en favor del autor activo u omisivo y conducir a su impunidad.

e) La delimitación en la jurisprudencia

288 La jurisprudencia antigua no llegó a desarrollar una idea clara de la delimitación entre preparación y tentativa en la omisión. En el caso –frecuentemente tomado como ejemplo- de RGSt 66, 71 (abandono de un niño recién nacido en un "lugar sin presencia humana") y de OGHSt 1, 357 (omisión de la salvación de un compañero de trabajo que había sido atrapado por una máquina de amasar y que se asfixió), tuvo lugar la muerte, por lo que existía un delito consumado y sobraban la explicaciones sobre la tentativa. OLG Hamm NJW 1968, 212 trata el caso de unos padres que omiten una transfusión sanguínea que necesitaba su hijo. En este caso el hijo se salvó, pero, de acuerdo con la opinión de la Sala, no se planteaba la cuestión del comienzo de la tentativa, pues el auxilio por parte de los padres era superfluo, a causa de la intervención del juez

[295] LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 121.

* Órgano judicial competente para resolver cuestiones relativas a la custodia y protección de menores y otras personas sometidas a tutela. [N. del T.]

de tutela*. Finalmente, en BGH VRS 13 (1957), 120 (123) y en BGHSt 7, 287 (288), los conductores que abandonaron a sus víctimas creían necesario actuar, por lo que en ambos casos existía tentativa (en concreto, tentativa inidónea).

BGHSt 38, 356 se manifiesta por primera vez de forma expresa acerca de 289
la cuestión de la delimitación. En este caso, dos hombres habían lesionado de forma seria a la víctima. Para encubrir su delito, uno de ellos arrojó a la víctima al "balasto de las vías", para que "fuese atropellado por un tren de cercanías". El otro (el acusado), en cambio, no hizo nada. Ambos habían abandonado la estación cuando el tren en cuestión pudo ser detenido a tiempo por un testigo de lo que había sucedido. El BGH aprecia en el acusado una tentativa de asesinato por omisión y opina que en este caso no hay discusión posible sobre el comienzo de la tentativa.

"Aunque, se defiende, por un lado, que ya dejar expirar la primera oportunidad de salvación 290
da base para una tentativa (...), por otro lado, se acepta que existe tentativa en la omisión de la última oportunidad presumible de salvación (...) Finalmente, se recurre, con razones atendibles, a si la inactividad del garante ha llevado a una elevación del peligro para el bien jurídico que ha de ser protegido (...) En particular, dicho incremento del peligro y, en general, el comienzo de la tentativa, estriba en el hecho de que el autor haya dejado de tener en sus manos el dominio sobre el suceso. (...) Puesto que ambos (...) abandonaron la estación, mientras la víctima se encontraba sobre la vía, el acusado R renunció a cualquier posibilidad de influir sobre los acontecimientos posteriores, permitiendo que la última oportunidad de salvación existente expirase sin ser utilizada, razón por la cual el peligro para la víctima de morir se elevó de modo masivo, tanto desde el punto de vista objetivo como según la representación del recurrente" (BGHSt 38, 360).

Podría ponerse en duda que verdaderamente todas las concepciones lleven en 291
este caso a apreciar una tentativa (especialmente, la teoría de la última intervención posible). En todo caso, es evidente que el BGH se inclina predominantemente por los criterios del "incremento masivo del peligro" ("razones atendibles") y de la salida del suceso del ámbito de influencia del acusado ("en particular"). Por lo que se puede presumir que la jurisprudencia que siga se moverá en la línea de la concepción diferenciadora aquí desarrollada.

2. Delitos de omisión propia

En los delitos de omisión propia, la tentativa cumple un papel reducido, debido 292
a que en los principales tipos penales (§§ 123 I, 2ª alternativa [allanamiento de morada], 138 [omisión de denuncia de delitos], 170 [incumplimiento del deber de alimentos], 225 [maltrato de personas sujetas a guarda], 323 c [omisión de socorro]) no resulta punible. No obstante, es posible hallar algunos tipos en los que resulta aplicable la tentativa punible: así, en el § 120 III (permitir la fuga de presos), en el § 339 (prevaricación por omisión, como "dejar de proporcionar, consciente e ilegalmente, abogado defensor", BGHSt 10, 298), así como en la omisión de llevanza de libros de contabilidad o de presentación de balances o inventarios (§ 283 III, en relación con I Nr. 5, 7, lit. b).

En todo caso, la tentativa inidónea (sobre su punición, cfr. nm. 6) es po- 293
sible en todos los delitos de omisión propia. Así, existe una tentativa de pre-

varicación por omisión cuando el juez omite intencionadamente el nombramiento de un defensor de oficio, incluso aunque piense, erróneamente, que el imputado lleva ya tres meses en prisión provisional[296]. Existe tentativa (impune) del § 323 c si alguien asume equivocadamente que ha existido un accidente y permanece, pese a ello, inactivo. Etc.

294 Por lo que se refiere a la posibilidad de una tentativa idónea, es preciso distinguir. Si el tipo penal queda completamente realizado ya con la omisión, sin que ésta tenga que dar lugar a un resultado, no resulta imaginable una tentativa idónea, pues la omisión que contradice el mandato constituye ya un delito consumado. Si alguien omite el socorro debido, el tipo penal del § 323 c está ya consumado, por lo que acierta el legislador al haber renunciado a incriminar la tentativa. Las cosas son distintas, sin embargo, cuando el delito de omisión propia exige un resultado, como ocurre con la comisión del delito en el § 138 o con la fuga de los presos en el § 120. En estos casos pueden ser aplicadas las reglas de los delitos de omisión impropia[297]. Así, si el funcionario penitenciario no interviene ante una fuga de presos, la tentativa del § 120 III comienza en cuanto el funcionario permanece inactivo ante una inminente evasión. Pero existe también ya tentativa si, conociendo el plan de fuga, y con el dolo de dejar que suceda, abandona el centro penitenciario, para no estar presente en el momento de la fuga (que supone que tendrá lugar varias horas más tarde). Los detalles de la solución dependen de la interpretación de los tipos penales en particular, por lo que sólo pueden elaborarse en el marco de la Parte Especial.

V. El comienzo de la tentativa en la tentativa del coautor

1. La solución unificadora o conjunta

295 Tanto en la jurisprudencia[298] como en la doctrina[299] resulta dominante la solución unificadora o conjunta[300], que fue formulada en BGHSt 39, 237 s.:

---

[296] El ejemplo se halla en *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 60 II 1.

[297] Así también, en principio, *Jescheck*, AT, 4ª, § 60 II 1; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 40/99 s.; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 53.

[298] RGSt 58, 279; 77, 172, 173; BGH NJW 1952, 430; BGHSt 11, 268, 271 ss.; BGH NStZ 1981, 99; BGH wistra 1987, 26; BGHR StGB, § 22, Ansetzen, Nr. 3; BGHSt 39, 236 (237 s.); BGH NJW 1995, 142 s. Algunas sentencias antiguas del RG se apartan de esta solución: al respecto, *Valdagua*, ZStW 98 (1986), 840, n. 8.

[299] Completas referencias (hasta 1986) en *Valdagua*, ZStW 98 (1986), 839, n. 4. Por lo que hace a la doctrina aparecida desde entonces, *Ahrens*, JA 1996, 664 ss., 666; *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 29 IV 4 a; *N. Busch*, 1998, 83, 150; *Deucker*, 1996, 191 ss.; *Gropp*, AT, 2ª, § 10, nm. 91; *Ingelfinger*, JZ 1995, 704 ss., 713; *Jakobs*, AT, 2ª, 21/61; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 63 IV 1.; *Krack*, ZStW 110 (1998), 611; *Kühl*, AT, 3ª, 20/123; *Küpper*, 1978; *el mismo*, JZ 1979, 775 ss., 785 ss.; *Küpper*, GA 1986, 446 s.; *Küpper/Mosbacher*, JuS 1995, 488; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 22, nm. 9; *Maiwald*, ZStW 93 (1981), 879 ss., 883 ss.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 49/95 ss., 100 ss.; *Otto*, AT, 6ª, § 21 V 5 a; *el mismo*, JA 1980, 646; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 55; *Stoffers*, MDR 1989, 208 ss., 213; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 102 ss., 107 s.; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 22, nm. 21; LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 88 ss.; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, 611 s.

[300] La expresión procede de *Schilling*, 1975, 1 y passim.

"Si, de acuerdo con el plan delictivo, el delito debe ser ejecutado por varios coautores, todos ellos entran en la fase de tentativa en cuanto uno de ellos ha iniciado inmediatamente la comisión del hecho". Esto, "independientemente de si alguno ha aportado su contribución al delito ya en la fase preparatoria" (BGHR StGB, inicio, núm. 3). Si, por ejemplo, A y B se conciertan para cometer en común un robo con fractura, en el que A debe penetrar en la bóveda del sótano del banco y abrir la cámara acorazada con un soplete, mientras que a continuación B, avisado por teléfono, deberá sacar los pesados lingotes de oro con una máquina especial y cargarlos en su camión, B será ya coautor de una tentativa punible en cuanto A entre en el banco. Es, pues, responsable de tentativa aunque todavía no haya hecho nada de lo que formaba parte del concierto entre ellos.

La solución unificadora o conjunta se basa principalmente en la tesis de 296
que "en la coautoría, a cada interviniente se le deben imputar todas aquellas aportaciones de los demás que queden dentro del plan delictivo" (BGHSt 39, 238). Junto con ello, se aduce también en favor de la solución unificadora el "argumento del azar"[301]: no resultaría convincente que, en una actuación conjunta con división del trabajo, aquellos cuya aportación se iniciase más tarde (y que, precisamente por ello, con frecuencia son las más importantes) pudiesen salir más airosos que sus cómplices tan sólo a causa de un descubrimiento prematuro de su proyecto.

2. La superioridad de la solución individualizadora

Una opinión minoritaria, aunque vaya teniendo cada vez más seguidores, sos- 297
tiene, por el contrario, la solución individualizadora[302]. De acuerdo con ella, el comienzo de la tentativa debe ser examinado de forma específica en cada coautor y puesto en relación con el momento en el que él, en concreto, haya entrado en la fase de tentativa. Así, en el ejemplo del que hemos partido (nm. 295), B respondería como coautor de una tentativa de un robo con fractura si él personalmente entrase en el banco e iniciase la extracción de los lingotes. Si A fuese detenido antes, y B no hubiese participado en nada, B no quedaría, pese a todo, impune, pero sólo podría ser hecho responder de complicidad psíquica. Si se trata de un delito (como el robo de un banco), resultaría punible también el concierto para delinquir, de acuerdo con el § 30 II.

La solución individualizadora debe ser asumida, al menos si en el delito 298
consumado se exige (como ocurre en la teoría del dominio del hecho, que

---

[301] Expuesto por primera vez en *Roxin*, Täterschaft, 7ª, 2000, 453.

[302] *Schilling*, 1975, 1 y passim, de quien procede también el concepto de "solución inividualizadora". En todo caso, *Schilling* defiende la solución individualizadora en una variante extensamente conectada con la teoría subjetiva, que no ha encontrado adeptos. "Mucho más convincente" (*Krack*, ZStW 110 [1998], 613) resulta la "solución individualizadora orientada hacia el dominio del hecho", desarrollada por primera vez por *Rudolphi* (Bockelmann-FS, 1979, 369, 383 ss.; e igualmente *el mismo*, SK, 6ª, § 22, nm. 19 a). Le siguen: *Bloy*, 1985, 265 ss.; *Kratzsch*, JA 1983, 587; *el mismo.*, 1985; *Stein*, 1988, 383 ss.; *Valdagua*, ZStW 98 (1986), 839 ss. Cfr. también *Günther*, GA 1983, 333.

aquí se mantiene en relación con la coautoría) una ejecución conjunta con división del trabajo, en la que cada coautor realice una aportación esencial al hecho (al respecto, § 25, nm. 198 ss.). Pero no sólo se apoya esta solución en la teoría de la participación, sino también en la teoría de la tentativa[303].

a) Argumentos derivados de la teoría de la participación

299 Si en el delito consumado los coautores deben dominar conjuntamente la fase ejecutiva, lo consecuente es exigir también en la fase de tentativa una aportación esencial de cada coautor. Pues no se entiende por qué debería regir un criterio distinto para el resultado de peligro (real o imaginado) de la tentativa que para el resultado de lesión del delito consumado. Es un error pensar que el coautor que permanece aún en la fase preparatoria es co-dominador de la tentativa sólo porque la aportación de su contribución sea importante para la consumación del hecho, y a veces decisiva[304]. Pues este "poder de obstrucción" (que sólo fundamenta la coautoría conjuntamente con la aportación "positiva" propia al hecho) no incide sobre la aparición de la tentativa, que sólo puede llegar a existir en virtud de la aportación propia del otro coautor. Una coautoría en grado de tentativa sólo es, pues, imaginable en virtud de la actividad propia, realizada durante la fase ejecutiva.

300 Si, en el caso de la coautoría en grado de tentativa, se renuncia a vincular la coautoría a la aportación que el coautor se ha comprometido a realizar en fase ejecutiva, se producirá una contradicción irresoluble con la solución aplicable a la coejecución de hechos consumados.

Caso 33: Cinco coautores se conciertan para realizar en común el robo de un banco. Uno de ellos, X, no aparece en el lugar de comisión, por haber sido detenido, cuando se dirigía hacia allí, por haber cometido otro delito. En vista de ello, los cuatro restantes ejecutan el robo, con éxito.

En un caso de estas características, no cabe discutir que X no puede ser sancionado como coautor de un robo consumado, sino tan sólo en virtud del § 30 II[305]. Pues la participación en el concierto (es decir, en la decisión común de delinquir) no basta para la coautoría. Esto resulta evidente para la teoría del dominio del hecho, pero vale igualmente para la teoría subjetiva. Pero, si en este caso no existe coautoría, sería absurdo apreciar coautoría en grado de tentativa únicamente porque quienes aparezcan en el lugar de comisión entren ya en la fase de tentativa. Si un concierto no basta para la coautoría del delito consumado, tampoco puede fundamentarla en la tentativa.

301 En contra, *Krack*[306] argumenta que también sobre la base de la solución unificadora o conjunta podría considerarse que X no es coautor de la ten-

---

[303] De otra opinión, *Krack*, ZStW 110 (1998), 611, 614.

[304] *Valdagua*, ZStW 98 (1986), 862 ss.

[305] *Valdagua*, ZStW 98 (1986), 855 s., remitiéndose a RGSt 9, 3 (6).

[306] *Krack*, ZStW 100 (1998), 614 ss. (Cita: 615).

tativa, por faltarle el dolo típico. Dicho dolo no está implícito ya en el plan delictivo, sino que existe cuando es superada "la valla para representarse el '¡vamos ya!'". Si por dicha valla se entiende la entrada de X en la fase de tentativa, *Krack* se está colocando del lado de la solución individualizadora que pretende combatir. Si, por el contrario, "el paso del plan delictivo al dolo típico actual" debe tener lugar con anterioridad, dicho momento queda completamente indeterminado; pues X ya ha decidido "ir" en cualquier caso.

Otra crítica[307] señala que, en un delito con contribuciones escalonadas (A 302
derriba al vigilante y luego B coge el botín del taller) que haya tenido éxito, B será visto como co-dominador de todo el hecho, aun cuando no haya participado en el derribo del vigilante. ¿Por qué deberían ser distintas las cosas si el intento de neutralizar al vigilante fracasa y, debido a ello, el delito se detiene en la fase de tentativa? La respuesta es sencilla: en el robo consumado, los dos realizan una aportación decisiva en la fase ejecutiva, por lo que ambos co-dominan el suceso. Cuando se detiene en la fase de tentativa, esto no sucede en el caso de B.

b) Argumentos derivados de la teoría de la tentativa

La tesis de que la entrada de un coautor en la fase de tentativa fundamen- 303
ta la tentativa para todos los participantes en el concierto tampoco resulta conciliable con los principios de la teoría de la tentativa. Pues, de acuerdo con el § 22, sólo intenta un delito quien "inicia inmediatamente la realización del tipo". Igual que el autor mediato ha de iniciar él mismo la ejecución, también ha de hacerlo el coautor; este requisito falta, sin embargo, cuando otro lleva a cabo este inicio, no él mismo[308].

Las consecuencias de renunciar a exigir el inicio por parte de cada uno 304
de los coautores se manifiestan en una extensión desmesurada del ámbito de punición de la tentativa. Se ha puesto de manifiesto ya (nm. 300) que esa teoría puede llegar a castigar el mero concierto como coautoría en grado de tentativa. Con lo que, en relación con cada coautor, la tentativa es reconducida a la etapa de formación de la decisión de actuar. Se llega con ello a una tentativa en la que no existe ninguna puesta en peligro próxima a la tipicidad (ni siquiera de una meramente imaginada), por parte de un sujeto que hasta ese momento permanece inactivo. Incluso si se toma en consideración la puesta en peligro por parte del otro coautor (que ha entrado ya en fase de tentativa), debe tenerse en cuenta que muchas veces el aún inactivo puede partir de la certeza o, cuando menos, de la probabilidad de que el delito no

---

[307] *Ingelfinger*, JZ 1995, 713; *Krack*, ZStW 100 (1998), 616; *Küper*, JZ 1979, 785 s.

[308] Sobre la teoría de la atribución de la actividad, cfr. nm. 306; en favor de renunciar a un inicio por parte del propio autor y de entender de este modo el § 22, *Küper*, 1978, 21 s. *Krack*, ZStW 110 (1998), 619, opina, sin argumentarlo, que el § 22 "se restringe únicamente al autor individual (que actúa de manera inmediata)". No obstante, a este respecto hay que referirse al art. 103 II de la Ley Fundamental y a la sobreextensión en la punición de la tentativa.

pueda llegar a consumarse sin él. En el ejemplo del que hemos partido (nm. 295), B sabe que sin su contribución (el transporte de los lingotes) no es posible consumar el delito. ¡Aunque tenga en sus manos el éxito del delito y todavía no haya hecho nada, hay que considerarle autor de una tentativa! Esto contradice todas las restantes reglas sobre la delimitación entre tentativa y preparación.

305 Entender que quien hasta ese momento sólo ha participado en un concierto para delinquir puede ser considerado coautor de una tentativa lleva también a una restricción de las posibilidades de desistimiento, que resulta injusta y contraria a las bases del sistema. Si, en el caso expuesto al principio (nm. 295), se aprecia la existencia de una tentativa punible de B (que todavía está esperando en su casa) en cuanto A entra en el banco, B sólo podrá lograr librarse de la pena mediante un desistimiento voluntario. Debe, pues, renunciar a su intención delictiva e impedir el delito, al abstenerse de realizar su aportación. Sin embargo, si es A quien, en cualquier momento del suceso, desiste voluntariamente y comunica telefónicamente a B que no tiene ya que molestarse más, B no puede ya desistir, por lo que su conducta sigue siendo punible, aunque todavía no haya hecho nada y tampoco exista ningún peligro desde el punto de vista objetivo. Esto es disparatado, pues A, que ha puesto a prueba su energía criminal mediante la realización de actos ejecutivos, preserva su posibilidad de desistir, excluyendo la pena, hasta al momento de la consumación: puede interrumpir su aportación al delito en cualquier momento, e incluso después de realizarla por completo, puede obtener la exención de pena, si persuade a B de que renuncie o impide la consumación de cualquier otro modo. No es posible justificar una posición tan mala para el "coautor" inactivo, en comparación con el activo. Lo que se evita con la interpretación aquí sostenida, según la cual la punición de B por tentativa sólo se produce cuando él mismo entra en la fase de tentativa[309].

c) La teoría de atribución de la actividad y el argumento del azar

306 Por su parte, los escasos argumentos que la doctrina dominante trae a colación en su favor no resultan convincentes. Esto vale, en primer lugar, para la teoría de la atribución de la actividad. Afirma esa teoría que a cada coautor le debe ser imputado el hecho en su totalidad y, por lo tanto, también la parte de los restantes, no realizada por él. Hasta este punto, resulta correcto, derivándose del § 25 II. Sin embargo, de ello no se puede deducir de forma natural si alguien es o no coautor en un determinado momento de la ejecución. Así pues, inferir, a partir de la imputación recíproca de las contribuciones de los coautores, que debe hacerse valer la acción de tentativa

[309] *Krack*, ZStW 100 (1998), 618 s. no niega la injusticia del tratamiento del desistimiento que se está criticando, pero se resigna a ella, porque la regulación del desistimiento "debido a la gran relevancia del azar, se caracteriza en todo caso por sus valoraciones injustas". Resulta exagerado prescindir del hecho de que la solución individualizadora dé lugar a resultados más justos y, además, no existe ninguna razón que obligue a hacerlo.

de un tercero como propia, y en contra, de alguien que aún no ha realizado ninguna aportación (o ninguna suficiente para la coautoría), constituye tan sólo una petición de principio[310]. Esto exigiría la coautoría de este último en la acción de tentativa, para la que falta el dominio compartido. Cuando, a resultas de un plan común, un delito es consumado mediante la cooperación y división del trabajo entre dos (o más), el dominio conjunto del suceso justifica apreciar en cada uno coautoría e imputarle el hecho en su conjunto. Pero mientras alguno no ha aportado su contribución, falta esta condición y, con ello, el fundamento para una imputación en régimen de coautoría.

El "argumento del azar" tampoco resulta convincente. Si, de dos compin- 307
ches, aquél que ha entrado en la fase ejecutiva es castigado como autor de tentativa y el que no ha sido activo hasta ese punto sólo lo es por concierto, por inducción a la tentativa o por complicidad, ello se corresponde de forma exacta con el injusto realizado hasta ese momento por cada uno de los intervinientes, y con el principio del Derecho Penal del hecho, que exige diferenciar conforme a dicho criterio. Cuando se señala, en contra de esto, que el reparto de papeles podría haber sido otro, y se aprecia por ello una coautoría desde un inicio, se convierte injustificadamente un curso causal hipotético en el fundamento de la imputación, en vez de lo sucedido realmente. También puede ser una cuestión de azar que, en un delito consumado, alguien aparezca como mero auxiliar y no como autor; ello no autoriza, sin embargo, a penarle como coautor. Por todo ello, tampoco es posible emplear este argumento para fundamentar la tentativa en autoría mediata.

d) La problemática de la tentativa inidónea en la coautoría

Las dificultades a las que conduce la solución unificadora o conjunta se 308
muestran especialmente en la tentativa inidónea. De ella se ha ocupado el BGH en varias decisiones, de las cuales pueden servir de ejemplo las dos más importantes.

Caso 34[311] (BGHSt 39, 236): S, M y Sch se habían concertado para robar al matrimonio D, dividiéndose las tareas. S debía llamar a la puerta de la casa y reducir a la Sra. D cuando abriese la puerta. M debía precipitarse entonces dentro de la casa y maniatar al Sr. D. A continuación, Sch. debía llegar y obligar a la pareja a entregarle la llave de la caja fuerte. Sin embargo, S había informado a la policía, participando sólo en apariencia. Cuando él estaba llamando a la puerta de la casa, mientras que los demás esperaban en la calle o en el coche, M y Sch fueron detenidos por la policía.

El BGH castigó a M y a Sch únicamente en virtud del § 30 II, y no como 309
coautores de una tentativa de robo. No obstante, parte, como la solución unificadora o conjunta, de que sería suficiente con que uno de los intervinientes (S) entrase en la fase de tentativa para que los demás (M y Sch) fue-

---

[310] En este sentido, también *Bloy*, 1985, 266; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 19.

[311] Comentario favorable de *Otto*, JK/StGB, § 25 II/7; críticos, por el contrario, *Hauf*, NStZ 1994, 265 s.; *Weber*, Lenckner-FS, 1998, 443 ss.

sen castigados por tentativa. Esto sería así, sin embargo, solamente cuando el comienzo de la ejecución representase para el sujeto actuante (S) "una contribución de coautoría al delito". Lo que faltaría en este caso, pues S no era un verdadero coautor, sino que pretendía impedir el delito.

310 **Caso 35**[312] (BGHSt 40, 299): A (el acusado) fue convencido por Z para asaltar al comerciante numismático M y robarle su colección de monedas. Z le hizo creer a A que sólo se trataba de un "robo aparente", ya que M estaba de acuerdo con el plan. El sentido de este arreglo sería, según esto, hacer posible que M estafase al seguro que garantizaba la colección de monedas, basándose en el supuesto robo. En realidad, M no estaba de acuerdo en nada. Fue reducido contra su voluntad, notificando posteriormente (con toda justificación) el daño a su seguro.

311 En este caso A fue condenado por tentativa de estafa contra la aseguradora, cometida en coautoría, y el BGH confirma la sentencia. El BGH opina que, si nos basamos en la situación que él asumía como existente, A sería coautor de la estafa a la aseguradora, aun cuando el asalto constituyese tan sólo una acción preparatoria de la misma. Con la notificación del daño, M habría entrado, según la representación de A, en la fase de tentativa. El hecho de que en realidad M no cometiese tentativa no cambia nada en relación con la tentativa en coautoría de A, dado que la tentativa inidónea resulta también punible. "La acción decisiva que, de acuerdo con el plan del autor, debía conducir de forma inmediata a completar la realización típica (...) debe ser examinada en este caso como si fuese idónea (BGH NJW 1952, 143)".

312 Entre los defensores de la solución unificadora o conjunta se discute si la solución más correcta es la de BGHSt 39, 236 (Caso 34), o bien la de BGHSt 40, 299 (Caso 35)[313]. Esto depende de si los requisitos de la existencia de una decisión de actuar común y de la entrada de al menos uno de los coautores en la fase de tentativa pueden ser sustituidos por las meras representaciones de un tercero. De cualquier forma, por lo que se refiere a la solución del caso, únicamente la solución sostenida en BGHSt 39, 236[314] se ajusta a los principios de la teoría de la tentativa. Pues, en otro caso, se podría llegar a la

---

[312] La sentencia ha sido generalmente rechazada por la doctrina, aunque, como se señala en el texto, dicho rechazo es mucho más difícil de argumentar desde el punto de partida de la solución unificadora dominante que de la solución individualizadora orientada al dominio del hecho que aquí se mantiene. En concreto: *Ahrens*, JA 1996, 664 ss., 670; *Dencker*, 1996, 243 ss.; *Erb*, NStZ 1995, 424 ss., 426 ss.; *Graul*, JR 1995, 427 ss.; *Ingelfinger*, JZ 1995, 704 ss., 713 s.; *Joecks*, wistra 1995, 58 ss.; *Joerden*, JZ 1995, 735 s.; *Kühl*, AT, 3ª, § 20, nm. 123 a; *Kühne*, NJW 1995, 934; *Küpper/Mosbacher*, JuS 1995, 486 ss., 490 ss.; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 22, nm. 9 (todavía de otra opinión, *Lackner*, 21ª, § 22, nm. 9); *Otto*, AT, 6ª, § 21 V 5 b; *Roxin*, Odersky-FS, 1996, 489 ss., 496; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm 55 a; *Streng*, ZStW 109 (1997), 890 ss.; *Zieschang*, ZStW 107 (1995), 381 (n. 75); *Zopfs*, Jura 1996, 19 ss., 23 s. Apoyando al BGH, sin embargo, *Gropp*, AT, 2ª, § 10, nm. 91 s.; *Jung*, JuS 1995, 360 s.; *Weber*, Lenckner-FS, 1998, 446 ss.

[313] Son críticos con BGHSt 40, 299, aun partiendo de la solución unificadora: *Ahrens*, JA 1996, 669; *Dencker*, 1996, 241 ss.; *Erb*, NStZ 1995, 424 ss.; *Graul*, JR 1995, 427 ss.; *Ingelfinger*, JZ 1995, 704 ss.; *Joerden*, JZ 1995, 735, 736; *Krack*, ZStW 110 (1998), 623 s.; *Kühne*, NJW 1995, 934; *Küpper/Mosbacher*, JuS 1995, 488 ss., 492; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 22, nm. 9; *Ruth*, JuS 1999, 144; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm 55 a; *Streng*, ZStW 109 (1997), 862, 890 ss.; *el mismo*, Zipf-GS, 1999, 327 ss.; *Zopfs*, Jura 1996, 19 ss.

[314] Igualmente, BGH NJW 1952, 430; BGH wistra 1987, 26.

punición, por una coautoría en grado de tentativa, aun cuando no hubiese sucedido absolutamente nada. El sujeto condenado como coautor de una tentativa o no hizo nada, o bien desconocía la verdadera significación de su aportación al delito. No existía tampoco ningún otro coautor que hubiese entrado ya en fase de tentativa. Las meras fantasías acerca de la actuación de un tercero convertirían en tentativa punible un suceso que no ha alcanzado la fase e la tentativa, y a veces ni siquiera la fase preparatoria, y que se quedó en un mero concierto aparente.

Desde el punto de vista de la doctrina dominante, se puede intentar re- 313
chazar la existencia de tentativa proponiendo, en los casos de coautoría aparente, bien una "restricción" de la solución unificadora o conjunta, en el sentido de que "una coautoría únicamente imaginada no justificaría la imputación de la aportación al hecho pretendida"[315]; o bien una interpretación restrictiva del criterio de la representación del § 22, que impida sustituir la concurrencia real de una aportación de coautoría[316].

La solución individualizadora (y aquí estriba una ventaja adicional de esta 314
concepción) se ahorra, en cambio, todas estas dificultades. Para ella, es obvio que en situaciones del tipo de las de los casos 34 y 35 no puede haber punición por tentativa. Puesto que el acusado no ha entrado en la fase de tentativa, ya por este motivo queda excluida su punición por una tentativa. Incluso si el ejecutor aparente hubiese pretendido realmente cometer el delito, tampoco existiría tentativa en coautoría para el que permaneciese aún en la fase preparatoria. Lo que, por supuesto, vale también si el autor que debía ejecutar tan sólo simulaba estar actuando.

e) Sobre la necesidad de restringir la coautoría a las acciones ejecutivas

La solución individualizadora, aquí defendida, produce resultados satis- 315
factorios únicamente si se liga a una teoría del dominio del hecho que exija para la coautoría una aportación esencial al delito en fase ejecutiva. Si, por el contrario, se sigue una de aquellas interpretaciones que consideran suficientes para la coautoría las acciones preparatorias (cualesquiera que sean las condiciones que se les impongan), consecuentemente, desde el punto de vista de la solución individualizadora, se debería aceptar la punición por tentativa ya con el inicio de los actos preparatorios que fundamentan la autoría, incluso si el otro coautor no se haya todavía en fase ejecutiva. Esto resulta intrínsecamente contradictorio, pues no es posible afirmar la existencia de tentativa mientras todos los intervinientes se hallan todavía en la fase preparatoria.

Schilling[317] pretende apreciar ya una aportación de coautoría en el acuer- 316
do de cuatro ladrones para disparar a cualquiera que pueda perseguirles

---

[315] *Küpper/Mosbacher*, JuS 1995, 492.
[316] *Hillenkamp*, Roxin-FS, 2001, 709 s.
[317] *Schilling*, 1975, 112 s.

(BGHSt 11, 268). Según él, "para cada sujeto" existe ya "el influjo definitivo (psíquico) sobre sus instrumentos"; el acuerdo implica "una tentativa acabada en relación con la acción de homicidio que han de consumar dichos instrumento (los compañeros). Lo que vale también para aquellos colegas que, por error, hayan sido alcanzados y heridos". Además de que, al introducir el concepto de instrumento, se mezcla indebidamente la coautoría con la autoría mediata, esta solución infringe claramente el § 30 II, al configurar una coautoría a partir del mero concierto[318].

317 Frente a una solución individualizadora de esta índole, resulta preferible, incluso, la solución unificadora o conjunta, pues al menos esta exige que uno de los autores (y, por lo tanto, el suceso en su conjunto) haya alcanzado la fase de tentativa (cfr. *supra* nm. 298 ss.). Y, puesto que, pese a todo, la solución unificadora o conjunta, por las razones vistas, debe ser rechazada, la teoría de la tentativa proporciona un argumento adicional en favor de restringir la coautoría a las contribuciones en fase ejecutiva. Ya que solamente partiendo de esta premisa es posible hallar una solución satisfactoria al problema de la tentativa en la coautoría.

D. Casos especiales de tentativa

I. La tentativa en los delitos cualificados por el resultado[319]

1. Dos grupos de casos distintos

318 Dos clases de tentativas son posibles en los delitos cualificados por el resultado[320]: la cualificación por el resultado en grado de tentativa y la tentativa cualificada por el resultado[321]. El primer caso concurre cuando el autor intenta causar dolosamente una cualificación por el resultado, sin lograrlo: dispara, por ejemplo, una perdigonada a su enemigo en la cara, aceptando que pueda perder la vista de un ojo (o de los dos); pero el resultado no llega a producirse. En este supuesto hay que considerar que existe una tentativa del § 226 I núm. 1[322]. El segundo caso concurre en la situación exactamente contraria, cuando el autor no quiere causar el resultado cualificante, pero el mismo se produce ya cuando tiene lugar la tentativa de realización del tipo

---

[318] Las consecuencias de esta índole extraídas por *Schilling* de la solución individualizadora han incurrido en un rechazo generalizado. *Küper*, 1978, 51 ss. proporciona la discusión y crítica más profunda a *Schilling*. *Krach*, ZStW 110 (1998), 612 s. ofrece una crítica sintética a *Schilling*.

[319] En la monografía de *Hardtung*, 2002 se abordan de forma de forma completa "la tentativa y el desistimiento en los delitos parcialmente dolosos del §11, apartado 2 del Código Penal".

[320] Cfr., al respecto, *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 10, nm. 108.

[321] Las expresiones son de *Geilen*, Jura 1979, 613 s.

[322] Sin duda, hay que apreciar la existencia de una tentativa del § 226 II cuando el autor quiere intencionadamente cegar a la víctima. Pero, de acuerdo con la doctrina dominante, no existe un delito cualificado por el resultado, porque el resultado no tiene efecto cualificante, sino que es buscado de modo inmediato y es causado sin que exista un tipo básico.

básico: el autor quiere disparar a la víctima –pongamos- en la pierna, pero, debido a la posición de la pistola, acaba por realizar un disparo mortal (§ 227 [lesiones con resultado de muerte]).

2. La cualificación por el resultado en grado de tentativa

El grupo de casos más sencillo, sobre el que actualmente existe en prin- 319
cipio unanimidad, es aquél en el que el dolo del autor abarca el resultado cualificante, sin que el mismo se llegue a producir. En este supuesto, de las reglas generales de la teoría de la tentativa se deriva que el hecho ha de ser considerado como delito cualificado por el resultado en grado de tentativa, por lo que el caso expuesto en el nm. 318 (intento de cegar a una persona con dolo eventual) debe ser sancionado conforme al § 226 I núm. 1 y al § 22[323]. En todo caso, la punición independiente de esta cualificación por el resultado en grado de tentativa está sujeta a dos condiciones restrictivas[324] (que se dan en el ejemplo propuesto). En primer lugar, el autor debe actuar, en relación con el resultado más grave, no sólo (como exige la condición mínima contenida en el § 18) de forma imprudente, sino dolosa; pues no existe tentativa imprudente. La puesta en peligro de la vista de la víctima –aun si es gravemente negligente- no basta, pues, para la punición conforme al § 226 I núm. 1 y al §22. En segundo lugar, cuando exista dolo en relación con el resultado más grave, es necesario que el delito cualificado por el resultado permita su causación dolosa[325]. Esto no ocurre, por ejemplo, en el § 227, pues cuando existe dolo de homicidio sólo pueden entrar en juego los §§ 211 y 212. Por lo que, si el autor quiso disparar a la víctima, pero da cerca de ella, lo que hay es una tentativa de homicidio, no un caso de los §§ 22 y 227[326].

No es completamente unánime, aunque sí muy mayoritaria, la opinión de 320
que, para que exista cualificación por el resultado en grado de tentativa, no es necesario que el tipo básico esté consumado. Así, si el autor, al realizar su disparo con perdigones (nm. 318), asume los resultados del § 226 (pérdida de la vista), pero no acierta a la víctima, por lo que no realiza los tipos penales de los §§ 223 y 224, existe pese a todo un supuesto de los §§ 22 y 226. Pues, para apreciar tentativa, no es necesario que se haya realizado ya por completo ningún elemento del tipo (tipo al que pertenece también el tipo básico)[327].

---

[323] De otra opinión, ya *Schröder*, JZ 1967, 367 s., que pretendía que se admita la posibilidad de una cualificación por el resultado causada de forma dolosa.

[324] Cfr. tan sólo LK-*Vogler*, 10ª, antes del § 22, nm. 84.

[325] En estos supuestos se habla de delitos cualificados por el resultado "impropios"; cfr. *Rath*, JuS 1999, 141.

[326] Algunos autores afirman que concurre también el § 227 y que el mismo queda excluido en el momento del concurso de delitos, en favor de los §§ 212 y 211; así, por ejemplo, *Hardtung*, 2002, 170, con ulteriores referencias.

[327] De otra opinión, *Maurach/Schroeder*, BT/1, 8ª, 9/25, para los que el primer precepto relevante aquí era el § 224, pues éste "exige la existencia un hecho consumado". El tenor literal del § 226, el actualmente pertienente, no exige tal cosa. En todo caso, el argumento tampoco era convincente en

321 Los dos supuestos en los que la aplicación de este grupo de casos resulta relevante en la práctica son el de las lesiones gravemente peligrosas (§ 226 –anteriormente, §224) y el de la detención ilegal del § 239 II. En BGHSt 21, 194, el autor había disparado contra los genitales del lesionado y había contado (en el sentido exigido por el dolo eventual) con que éste perdiera la capacidad reproductiva. Pero dicho resultado cualificante no se produjo. El BGH condenó por lesiones gravemente peligrosas, en grado de tentativa (§§ 22 y 224 –hoy, § 226), en unidad de acción con el § 223a (hoy, § 224). La cuestión de si es necesario que el tipo básico esté consumado (nm. 320) fue examinada, pero no respondida, dado que el caso no obligaba a tomar posición sobre ella. RGSt 61, 179 aborda un caso en el que el autor deja injustificadamente encerrada a la víctima en una institución de reclusión, con la finalidad de liberarla después de que ésta haya vuelto a perder la cordura. En este caso el RG condenó por una tentativa del § 239 II (en el mismo sentido, BGHSt 10, 309; BGH GA 1958, 304).

3. La tentativa cualificada por el resultado

322 Cuando el dolo del autor no abarca el resultado cualificante, pero, sin embargo, éste acaba por producirse como consecuencia de la realización de la tentativa del tipo básico (cfr. el ejemplo en nm. 318), resulta discutida la cuestión de si esto resulta punible como tentativa del delito cualificado por el resultado. La respuesta más correcta debe ser diferenciada[328].

323 Con carácter previo, hay que dejar a un lado (por resultar impune) el caso en el que la tentativa de completar el tipo básico no está conminada con pena alguna. Pues si en este caso se apreciase una tentativa del hecho más grave (punible, puesto que el delito cualificado por el resultado reviste caracteres de delito)*, la cualificación por el resultado no agravaría la responsabilidad, sino que la fundamentaría[329], lo que contradice tanto sus características conceptuales como

---

relación con el § 224 en su antigua redacción, ya que el tenor literal del tipo está formulado siempre en relación con el supuesto de consumación, pero ello por sí solo no permite excluir la punición de la tentativa (LK-*Hirsch*, 10ª, § 224, nm. 29).

[328] *Hardtung*, 2002, 48 ss. ofrece una exposición y análisis de todos los concretos tipos penales relevantes (antes y después de la 6ª Ley de Reforma Penal).

* Téngase en cuenta que en el código penal alemán la tentativa sólo es universalmente punible en el caso de los delitos graves (*Verbrechen*, con penas superiores a un año de prisión), pero no en el de los delitos menos graves (*Vergehen*, con penas inferiores), caso este último en el que únicamente es punible en los supuestos en los que expresamente la ley así lo prevé. De este modo, puede ocurrir –como en el texto se apunta- que en el tipo básico la tentativa no resulte punible (por tratarse de un delito menos grave y no estar expresamente prevista para ella la punición), mientras que, si el tipo cualificado es ya un delito grave, entonces su tentativa siempre será punible. [N. del T.]

[329] LK-*Jähnke*, 10ª, § 221, nm. 40; *Jakobs*, AT, 2ª, 25/26; *Kühl*, JuS 1981, 193 (196), NK-*Paeffgen*, § 18, nm. 112; *Rengier*, 1986, 245; SK-*Rudolphi*, 7ª, § 18, nm. 7; LK-*Schäfer*, 10ª, § 329, nm. 36; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26ª, § 18, nm. 9; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 239, nm. 14; LK-*Schroeder*, 10ª, § 18, nm. 38; *Ulsenheimer*, GA 1966, 257 ss. (269, 271); *el mismo*, Bockelmann-FS, 1979, 405 ss., 418; LK-*Vogler*, 10ª, antes del § 22, nm. 73; *Wolter*, GA 1984, 443 ss., 445.

también el tenor literal de la ley (§ 18: "pena más grave")[330]. Así, si en una tentativa de abandono (§ 221) se causa la muerte de la víctima por imprudencia, esto es punible conforme al § 222 [homicidio imprudente], y no conforme a los §§ 22 y 221 III. Porque, dado que la tentativa del abandono simple del § 221 I no está conminada con pena, el resultado no es una circunstancia cualificante de la punición. Los supuestos de este género aparecen hoy pocas veces[331], debido a que el legislador, en la 6ª ley de reforma del código, ha convertido en punibles las tentativas de numerosos tipos penales básicos, hasta entonces impunes (por ejemplo, los §§ 223, 239 [detención ilegal], 318 I [daños en infraestructuras básicas] y 340 [lesiones cometidas por funcionarios públicos]).

En aquellos casos –mucho más numerosos- en los que la tentativa del tipo básico resulta punible (así, por ejemplo, en los §§ 177, 224, 239a y 239b), existen, al lado de la solución diferenciadora que aquí se defiende, otras dos posibilidades alternativas de solución: cuando la tentativa punible del tipo básico conlleva ya, de acuerdo con las requisitos exigidos por el § 18, el resultado cualificante, es posible apreciar en todo caso una tentativa cualificada por el resultado, a sancionar a partir del marco penal agravado; o bien no apreciarla en ningún caso. En esta segunda hipótesis, la tentativa cualificada por el resultado (como figura distinta a la cualificación por el resultado en grado de tentativa) verdaderamente no resultaría posible. 324

La primera interpretación[332], que se conforma siempre con la tentativa punible del tipo básico como base para la cualificación por el resultado, se apoya en que la **peligrosidad de la acción típica** (independientemente del resultado del tipo básico) justifica ya la aplicación del tipo penal agravado. Así, en el ejemplo de que hemos partido (nm. 318), se aduce que ya la posición de la pistola conlleva peligros, cuya realización justifica, en caso de muerte, la punición conforme a los §§ 22 y 227. 325

La opinión contraria, que rechaza la tentativa cualificada por el resultado, y, en consecuencia, exige en todo caso, en los supuestos de causación no dolosa del resultado más grave, la consumación del tipo básico, tiene en su favor el argumento de que el peligro específico de causación del resultado más grave frecuentemente tiene su origen en el resultado del tipo básico (por ejemplo, en la lesión de los §§ 223 y 224, o en el incendio del § 306), por lo que éste debería ser una condición para la cualificación. 326

Sin embargo, la **"teoría de la peligrosidad del resultado"**[333], en esta formulación, carece ya de seguidores actualmente, debido a su estrechez de miras (que se explicará en nm. 328 ss.). 327

---

[330] De otra opinion, entre otros, *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 26 I 2 b; *Hardtung*, 2002, 250; *Küper*, JZ 1997, 233, n. 27; *Laubenthal*, JZ 1987, 1067; *Otto*, AT, 6ª, § 18 IV 6 d; *Rath*, JuS 1999, 142; *Stree*, GA 1960, 294, adhiriéndose a *Thomsen*, 1895, 68 s.; por lo que se refiere a las consecuencias, también *Lackner/Kühl*, 24ª, § 18, nm. 10; *Schröder*, JZ 1967, 368, 369.

[331] Cfr. la enumeración en *Hardtung*, 2002, 21.

[332] Mantenida por von *Otto*, Jura 1986, 671; *el mismo*, AT, 6ª, § 18 IV 6 b; *Schröder*, JZ 1967, 368; *Stree*, GA 1960, 292 s.; *Wolter*, JuS 1981, 173, 178; *el mismo*, GA 1984, 445.

[333] La descripción es de *Hillenkamp*, 10ª, 2001, 102 s.

Sus defensores recurren adicionalmente a argumentos constructivos, que, sin embargo, no resultan concluyentes. Así, *Gössel*[334] rechaza la posibilidad de tentativa, partiendo de entender que, en los delitos cualificados por el resultado, de lo que se trata es de hechos imprudentes, en los que no cabe tentativa. Sin embargo, esta construcción no es compatible con el § 11 II, a tenor del cual los delitos cualificados por el resultado son delitos dolosos[335]. *Mezger*[336] exige "una decisión que abarque todo el delito", y pretende por ello admitir una tentativa en los delitos cualificados por el resultado tan sólo cuando el resultado agravante esté incluido en la decisión del autor. En sentido similar, *M. E. Mayer*[337] considera contradictorio "sintetizar en una unidad –y penar como tentativa- dos resultados, de los cuales uno se queda corto en relación con el dolo y el otro va más allá de dicho dolo". Pero la idea de que sólo puede existir una tentativa que quede abarcada por el dolo del autor no resulta satisfactoria en el caso de los delitos cualificados por el resultado: si su consumación dolosa no exige que el dolo abarque el resultado más grave, lo mismo debe suceder en el caso de la tentativa dolosa.

328 La solución correcta, compartida ahora también por la doctrina dominante, se halla entre estos dos extremos[338]. **Se basa en si**, en la estructura de cada delito en concreto, **la peligrosidad característica del tipo básico**, que dio lugar a la introducción de la cualificación, **tiene que ver con el resultado típico o más bien con la acción típica**.

329 Así, por ejemplo, en los resultados agravados de los §§ 226 y 227 (en relación con los §§ 223 y 224), normalmente es la lesión, esto es, el resultado del tipo básico, lo que da lugar a ulteriores afectaciones más graves o a la muerte de la víctima. El que la acción típica posea ya eficacia letal (levantar la mano para golpear, portar o mover el arma de fuego) es un supuesto excepcional e infrecuente, que no puede fundamentar la cualificación por el resultado. Pues en la mayoría de las realizaciones típicas puede producirse un resultado anómalo, sin que ello conlleve una cualificación (por ejemplo, en el hurto, el propietario puede caer bajo las ruedas del automóvil que el ladrón le está robando, y resultar lesionado gravemente o muerto). La jurisprudencia misma no aplica el § 227 cuando el resultado de lesión ocasiona la muerte de un modo mediato y, en consecuencia, anómalo (la víctima que huye para evitar ulteriores malos tratos se cae y fallece, o es atropellada en la calle)[339]. Por lo que el efecto desencadenante del resultado de la mera tentativa no debería ser tratado de otro modo. La teoría de la letalidad (que se apoya exclusivamente en el resultado del tipo básico)[340] pide la exclusión de todos aquellos

---

[334] *Gössel*, Lange-FS, 1976, 219 ss.; *el mismo*, *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 43/117.

[335] Cfr. también el argumento basado en el § 18 ("autor o. (...) participante") en LK-*Roxin*, 11ª, § 26, nm. 100.

[336] *Mezger*, StrafR, 2ª, 1933, 378.

[337] *M. E. Mayer*, AT, 349.

[338] *Baumann/Weber*, AT, 9ª, § 33 I 5; *Blei*, AT, 18ª, § 65 III 2; *Deubner*, NJW 1960, 1068; *Haft*, AT, 8ª, 229 s.; *Jakobs*, AT, 2ª, 25/26; *Kühl*, JuS 1981, 196; *Küpper*, 1982, 119 ss.; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 18, nm. 9; *Laubenthal*, JZ 1987, 1067; *Maurach*, AT, 4ª, § 41 II 3 b; *Rengier*, 1986, 234 ss.; SK-*Rudolphi*, 7ª, § 18, nm. 7; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2ª, 11/104 s.; *Sch/Sch/Cramer*, 26ª, § 18, nm. 9; LK-*Schröder*, 11ª, § 18, nm. 38; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 15, nm. 58 ss.; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 18, nm. 4; LK-*Vogler*, 10ª, antes del § 22, nm. 74; *Welzel*, StrafR, 11ª, 195 s.; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 617.

[339] Al respecto, con más detalle, *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 10, nm. 115.

[340] *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 10, nm. 115.

resultados que no hayan sido causados por la lesión dolosa de la víctima[341]. Así pues, la "teoría de la peligrosidad del resultado" resulta digna de apoyo en relación con los §§ 226 y 227.

En estos casos no es posible tampoco inferir la punición sobre la base de considerar que el resultado del tipo básico es la lesión que constituye la etapa intermedia hacia el resultado más grave de los §§ 226 y 227. Pues dicha lesión intermedia queda fuera del plan del autor y es causada únicamente de forma no dolosa, al tratarse de una desviación esencial del curso causal (cfr. *Roxin*, AT I, 3ª, § 12, nm. 135 ss. [= PG I, § 12, nm. 130 ss.]). Y, sin embargo, el delito cualificado por el resultado exige la realización dolosa del tipo básico. 330

Lo mismo vale para el incendio con resultado de muerte (§ 306 c). El riesgo característico para el sujeto que permanece en casa es que sea pasto de las llamas. A este caso es al que hay que restringir el § 306 c, que habla de que "el incendio haya causado la muerte de un ser humano". Por ello, no nos hallamos ante un caso del § 306 c cuando, excepcionalmente, la tentativa de incendio ocasiona ya una muerte, debido a que el medio empleado para producir el incendio provoca la muerte de un individuo a consecuencia de circunstancias imprevisibles, aun sin que el incendio llegue a tener lugar (ejemplo en nm. 337)[342]. 331

Las cosas son completamente diferentes, en cambio, en las agresiones sexuales y en la violación con resultado de muerte (§ 178). El resultado típico (la consumación del yacimiento o la ejecución de otros actos sexuales) no es característicamente peligroso para la vida y sólo puede llevar a la muerte de forma excepcional (por ejemplo, en el caso de una víctima con una grave afección cardiaca). Por el contrario, el verdadero peligro para la vida de la víctima se deriva de la utilización de la violencia durante la realización de la acción típica, en la fase de tentativa: si el autor asfixia o pega una paliza a la víctima, con el fin de quebrar su resistencia, la causación de la muerte es un resultado que resulta probable. Por ello, en este caso resulta adecuado vincular la cualificación por el resultado no al resultado final, sino a la utilización de la violencia; es decir, apreciar una tentativa cualificada por el resultado cuando no tiene lugar el acto sexual después de la muerte de la víctima[343]. 332

Lo mismo vale, asimismo, para el caso del robo con resultado de muerte (§ 251), en el que la peligrosidad característica del tipo penal (que da lugar la cualificación por el resultado) estriba en la utilización de la violencia, mientras que la sustracción sólo en casos extraordinariamente infrecuentes da lugar a la muerte de la víctima del robo (por ejemplo, si le es sustraído un medicamento de importancia vital). Por lo que también aquí el empleo de la 333

---

[341] Cfr., por ejemplo, *Hardtung*, 2002, 117; *Jakobs*, JR 1986, 380; *Küpper*, 1982, 85; *el mismo*, JuS 1990, 184; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 227, nm. 2; *Mitsch*, Jura 1993, 20; todos ellos con ulteriores referencias.

[342] *Hardtung*, 2002, 48 ss., 160 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 49 VII 2; *Küpper*, 1982, 121 s.; *Laubenthal*, JZ 1987, 1067 s.; *Niese*, JZ 1957, 664; *Rengier*, 1986, 235 ss.; LK-*Vogler*, 10ª, antes del § 22, nm. 81.

[343] En todo caso, es posible entender la violencia como resultado parcial o intermedio (*Hirsch*, GA 1972, 75 s.), de modo que, en todo caso, también en este supuesto existiría alguna suerte de resultado.

violencia que da lugar a una muerte es suficiente para la aplicación del § 251 (en grado de tentativa), aun si la sustracción finalmente fracasa[344].

334 La cuestión de si los §§ 178 y 251 son aplicables también cuando la muerte es causada por el resultado típico final (el acto sexual o la sustracción) no tiene que ver directamente con el tema que ahora estamos tratando, ya que en tales supuestos existe un delito consumado del tipo básico. En todo caso, dicha posibilidad de aplicación resulta polémica[345], y debe ser rechazada, pues, por principio, las consecuencias anómalas (que son las que dan lugar a la muerte en tales circunstancias) no pueden justificar una cualificación por el resultado.

335 La tentativa puede implicar también una cualificación por el resultado si existen acciones independientes del resultado y circunstancias concomitantes al mismo que pueden desencadenar igualmente, de forma no anómala, el resultado más grave. Así, por ejemplo, concurre una tentativa cualificada de secuestro o de toma de rehenes (§§ 239 a y 239 b) tanto cuando la muerte de la víctima es consecuencia de una acción fallida de secuestro o de captura (por ejemplo, por un acto de resistencia de la víctima), como cuando es consecuencia del encierro (por ejemplo, la asfixia por estar encerrado dentro de una caja, la inanición, los intentos de liberación). Aunque en estos casos no es infrecuente que se exija además la consumación del tipo básico como condición típica para la cualificación por el resultado[346]. No debería bastar, pues, con que la víctima muera ya durante la tentativa que la pone en manos del autor. Aunque esta interpretación resulta demasiado restrictiva, dado que el peligro procedente de la acción de captura es independiente del resultado. En concreto, la cuestión de si es o no posible una tentativa cualificada por el resultado ha de ser valorada atendiendo al análisis de cada tipo penal en particular; los detalles pertenecen, pues, a la Parte Especial.

336 La jurispr. se halla dividida y muestra la tendencia a apreciar con demasiada facilidad tentativas cualificadas por el resultado. Ello, en todo caso, es correcto cuando se estime que el empleo de la violencia en el § 177[347] y en los §§ 249 y 250 [robo y robo agravado][348] resulta suficiente para la aplicación del tipo cualificado (con independencia del resultado). En el caso de las lesiones, RGSt 44, 137 había considerado que no es suficiente con que la acción de lesiones cause el resultado cualificante. Por el contrario, BGHSt 14, 110[349] aprecia unas lesiones con resultado de muerte cuando, al golpear

---

[344] En el mismo sentido, *Geilen*, Jura 1979, 614; *Kühl*, JuS 1981, 196. A favor de la necesidad de una "consumación del § 249, como condición de tipicidad del § 251", *Hardtung*, 2002, 98 s.

[345] La afirman aún *Tröndle/Fischer*, 49.ª, § 251, nm. 2 (de otra opinión, *Tröndle/Fischer*, 50ª; § 251, nm. 2); *Maurach/Schroeder*, BT/1, 8ª, 35/32; la rechazan *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 251, nm 4. *Hardtung*, 2002, mantiene que no es aplicable en el caso de la sustracción del § 251 (103 s.), pero sí en el del acto sexual del § 178 (140 s.).

[346] Así, *Hardtung*, 2002, 149 ss., con ulteriores referencias, a favor y en contra.

[347] RGSt 69, 322; BGH MDR (D) 1971, 363 (de otra opinion, RGSt 40, 325, que exige la consumación del tipo básico).

[348] RGSt 62, 422; RG HRR 1941, 521. Si bien esta jurisprudencia estaba condicionada por el hecho de que el tenor literal del § 251 exigía la causación mediante la violencia del resultado agravante.

[349] Igualmente, BGH MDR (D) 1975, 196.

con el arma de fuego, ésta se dispara y causa la muerte de la víctima. En este caso se exige, para aplicar el § 226, un lesión dolosa (provocada por el golpe con el arma) independiente del disparo no deseado, pero no que dicho resultado sea el que cause la muerte. En este sentido, el BGH considera que basta con la acción de lesiones, lo que ha de ser rechazado, de acuerdo con las razones expuestas en nm. 329.

También en el caso del antiguo § 307 núm. 1 (hoy: § 306 c) la jurisprudencia vacila. Así, BGHSt 7, 37 resolvió, en contra de lo sostenido por RGSt 40, 321, que el tipo penal cualificado queda completado ya cuando, durante la acción de incendiar, un ser humano es lesionado de manera mortal por los materiales inflamables, sin que se produzca efectivamente ningún incendio. En cambio, RGSt 20, 230 decidió, con razón, que el antiguo § 307 núm. 1 no era aplicable "cuando la muerte de un individuo ha sido causada por el derrumbamiento de un edificio, a consecuencias de una explosión de la sustancia inflamable (gasolina) que el autor empleó para provocar el incendio". 337

Recientemente *Hardtung*[350] ha considerado inaceptable una tentativa cualificada por el resultado en la que la tentativa del tipo básico cause imprudentemente el resultado más grave. Así, si la víctima de una tentativa de robo muere como consecuencia de la violencia empleada por el autor, pero éste es ahuyentado antes de poder coger el botín[351], debería rechazarse la punición conforme a los §§ 22 y 251, ya que, según la opinión de este autor, el dolo debe abarcar en la tentativa también el elemento cualificante[352]. Aunque está argumentado con sagacidad, sin embargo, resulta poco plausible, pues en el delito cualificado por el resultado consumado no es necesario que el dolo abarque el resultado más grave, y no se puede entender por qué las cosas deberían ser distintas en el caso de la tentativa. De todos modos, el efecto práctico de esta cuestión queda relativizado por el hecho de que, en estos casos, *Hardtung*[353], con la ayuda de una –por él denominada- solución del incremento de la pena, "complementa, en virtud de la causación del resultado más grave, la tentativa del tipo básico con un incremento de la pena y toma para dicho incremento el marco penal de la cualificación por el resultado". Esta solución resulta posible porque en general se aplica a la tentativa el marco penal de los delitos consumados (con posibilidad de atenuación facultativa); si el robo hubiese sido consumado, el § 251 habría tenido preferencia. 338

II. La tentativa en la preparación y en los delitos de emprendimiento

De forma ocasional el legislador prevé la sanción de actos preparatorios; y a veces crea delitos de emprendimiento, en los que, de acuerdo con lo dispuesto en el § 11 II núm. 6, se equiparan la consumación y la tentativa[354]. En ambos casos surge la cuestión de si resulta punible la tentativa de preparación o la tentativa de emprendimiento (es decir, la tentativa de la tentativa). Es preciso responder a ambas preguntas de forma diferenciada. 339

---

[350] *Hardtung*, 2002, 23, 191 ss., 265 ss.

[351] El ejemplo aparece en *Hardtung*, 2002, 22.

[352] *Hardtung*, 2002, 200 s. y passim.

[353] *Hardtung*, 2002, 23; una exposición más detenida, 266 ss.

[354] Cfr., al respecto, ya *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 10, nm. 124.

1. La tentativa de actos preparatorios

340 La mayoría de las veces, el legislador prevé penas para la preparación cuando, en delitos peligrosos, le parece indispensable para una lucha exitosa contra el delito intervenir de forma temprana. Esto ocurre sobre todo en los delitos contra la seguridad del Estado, pero también en las deportaciones y en las falsedades. Para ello, se sirve de dos métodos legislativos diferentes[355].

341 El primero consiste en extender la punición a la preparación de determinados delitos, sin introducir una nueva descripción típica. Así ocurre en los §§ 83 [preparación de un acto de traición] ("el que prepare un plan concreto de alta traición") y 234 a III [deportación] ("el que prepare dicho delito"). El segundo método es configurar ciertos actos preparatorios como tipos penales autónomos. Esto sucede en los §§ 80 (preparación de una guerra de agresión "mediante la causación de riesgo de guerra"), 96 I ("el que se procurare secretos de estado para revelarlos"), 149 (preparación de la falsificación de moneda y de sellos) y 265 ("el que dañe, destruya, perjudique la utilidad, haga desaparecer o de cualquier otra forma abandone cosas aseguradas contra extravío, deterioro, pérdida de su utilidad, daño o hurto, con el fin de obtener él o un tercero compensación del asegurador", etc.).

a) Los actos preparatorios no regulados de forma independiente

342 En los actos preparatorios no independientes se acepta generalmente con razón que la tentativa no es posible[356]. No existe, pues, tentativa punible de la preparación de un plan de alta traición (§ 83) o de la preparación de una deportación del § 234a III. Pues la tentativa idónea de una preparación es ya una preparación. Y resultaría más que cuestionable, desde el punto de vista de los principios del Estado de Derecho, castigar la tentativa inidónea de los actos preparatorios, cuya punición, debido a su distancia, exige ya una justificación especial. Por lo que hay que deducir que el legislador sólo ha querido extender la punición más allá de la tentativa sólo en el caso de actos preparatorios realmente eficaces.

b) Los actos preparatorios regulados de forma independiente

343 En estos resulta posible, en principio, la tentativa, pues la existencia de una descripción independiente del delito hace posible, en el caso de la tentativa idónea, un "inicio"; y porque, debido a lo angosto del ámbito delimitado por el § 22, generalmente no se producirá ninguna ampliación de la punición que resulte cuestionable. Que el legislador en este caso no ha querido excluir por principio la posibilidad de tentativa lo demuestran reglas como la del § 267. En relación con el bien jurídico protegido (la corrección del

---

[355] Cfr. LK-*Vogler*, 10ª, antes del § 22, nm. 88 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 49 VI, que, sin embargo, asigna de manera diferente a cada uno de ambos grupos las disposiciones.

[356] BGHSt 6, 85 (87); RGSt 58, 392 (394); *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 49 VI 3; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, antes del § 22, nm. 29; LK-*Vogler*, 10ª, antes del § 22, nm. 90, con ulteriores referencias.

tráfico probatorio), la "elaboración de un documento falso" constituye un acto preparatorio. Pese a ello, la tentativa de falsificación es sancionada en el § 267 II. Con ello no se quiere decir que toda tentativa de actos preparatorios incriminados de forma autónoma deba ser considerada, en el caso de delitos graves (en otro caso, dependerá de lo que esté legalmente dispuesto), punible. Por el contrario, el análisis de las disposiciones legales en particular (lo que constituye un problema de la Parte Especial) debe decidir si se puede afirmar o no la punición. Si no hay ningún indicio en contra (que existe, por ejemplo, cuando, de acuerdo con la configuración del tipo penal, el ámbito de la tentativa resultaría indeterminadamente amplio), se puede partir de la base de que es punible.

Y efectivamente, ya la RGSt 68, 430, 436 declaró punible la tentativa ini- 344
dónea de una estafa de seguros del antiguo § 265 (el autor consideró erróneamente que la cosa estaba asegurada). También es fácil imaginar en este caso una tentativa idónea (por ejemplo, si el autor prende el fuego, que, sin embargo, y en contra de lo esperado, no incendia la cosa asegurada)[357]; de acuerdo con BGH wistra 1987, 26, derramar la gasolina que sirve como material inflamable es ya una tentativa inidónea. BGHSt 6, 385 (387) ha considerado punible la tentativa de espionaje (hoy: § 96 I); un caso así se da, por ejemplo, cuando el autor se aproxima, con su petición, a la persona de la que pretende obtener los secretos oficiales[358].

2. Tentativa en los delitos de emprendimiento

En los delitos de emprendimiento, por el contrario, no es posible una 345
tentativa punible con entidad propia. Puesto que en estos delitos se equiparan la tentativa y la consumación, la consecuencia práctica debe ser que en ellos no procede aplicar la posibilidad de atenuación de la pena en caso de tentativa (§ 23 II). Sin embargo, no existe ninguna base legal para que la tentativa de la tentativa (es decir, la preparación) deba ser incriminada. Esto es aceptado tanto por la jurisprudencia[359] como por la doctrina.

E. Tentativa inidónea y delito putativo

Las cuestiones de si la tentativa inidónea resulta punible, del fundamento 346
de dicha punición y de la problemática político-jurídica que suscita han sido expuestos ya (nm. 1-58, especialmente 6, 18 ss., 24), por lo que no volveremos ahora sobre ellas. Es necesario, sin embargo, clarificar las formas de aparición de la tentativa inidónea y precisar los límites de su punición, lo que

---

[357] *Sch/Sch/Lenckner*, 26ª, § 265, nm. 15.

[358] LK-*Vogler*, 10ª, antes del § 22, nm. 89; *Sch/Sch/Stree*, 26ª, § 96, nm. 14, con ulteriores explicaciones.

[359] RGSt 39, 321 (323 s.); 56, 226; 72, 81; BGHSt 5, 281; BGH NStZ 1997, 493, con un comentario favorable de *Krack*, NStZ 1998, 462.

suscita difíciles problemas en muchos aspectos (en casos de sujeto inidóneo, de tentativa supersticiosa, de tentativa inidónea omisiva y de delimitación respecto del delito putativo). La distinción entre tentativa idónea e inidónea, que siempre es objeto de polémica, no será, en cambio, examinada aquí, puesto que carece de consecuencias prácticas, dado que ambas formas de tentativa resultan punibles (en todo caso, en relación con la opinión aquí mantenida, véase nm. 27 ss.).

I. Las manifestaciones o formas de aparición de la tentativa inidónea

1. La tentativa sobre un objeto inidóneo

347 Este supuesto es mencionado expresamente en el § 23 III, con la expresión "que la tentativa, debido a la naturaleza del objeto (...) sobre el que delito pretende cometerse, no pueda en ningún caso llegar a consumarse". Los casos de esta clase son tan frecuentes que es imposible enumerarlos. Los ejemplos de manual, del ámbito de los delitos de homicidio y de lesiones, son, por ejemplo, aquél en el que el autor golpea, de forma dolosa, a alguien que ya ha muerto, desconociendo su muerte, o dispara o acuchilla a un espantapájaros o a un maniquí, a los que confunde con personas. En estos ejemplos no existe ningún objeto idóneo (seres humanos) para ser objeto de la tentativa; pero el autor cree que sí, a causa de un error objetivamente vencible. En el ámbito de los delitos patrimoniales, existe un hurto (§ 242) dirigido a un objeto inidóneo cuando alguien se apodera, con la intención de apropiación antijurídica, de una cosa propia que, por error, toma por ajena. Estaremos ante una tentativa inidónea de daños (§ 303) si alguien destruye una cosa sin dueño, que él toma erróneamente por perteneciente a un tercero. Según el Derecho vigente, todos estos casos son punibles como tentativas.

2. La tentativa con medios inidóneos

348 Esta clase de tentativa inidónea es descrita en el § 23 III como aquella tentativa que "debido a la naturaleza de los medios con los que se pretende cometer el delito, en ningún caso habría podido llegar a la consumación". También aquí existen innumerables ejemplos: el asesino (§ 211) echa azúcar en el té de la víctima, tomándolo tontamente por arsénico; o dispara a la víctima con una pistola de juguete completamente inútil para matar, que él cree que es un revólver cargado. También los engaños en la estafa (§ 263), las acciones de apoderamiento en el hurto (§ 242), etc., pueden ser realizadas con medios inadecuados (por ejemplo, mediante simulaciones que no sirven para provocar error o para producir un acto disposición patrimonial, o mediante instrumentos que resultan inadecuados para abrir la caja fuerte). En principio, todos estos supuestos de tentativa inidónea resultan punibles.

3. La tentativa con medios inidóneos sobre un objeto inidóneo

La tentativa puede ser también doblemente inidónea. Si un curandero 349
piensa erróneamente que una mujer está embarazada y pretende provocar la interrupción del embarazo administrándole una inyección completamente inadecuada para producirla (§ 218, I, IV 1 [aborto]), existirá una tentativa con medios inidóneos sobre un objeto también inidóneo. Este caso también es punible, ya que ello depende únicamente de la representación del autor (§ 22): y, de acuerdo con esta, existiría ya una tentativa en el momento en que se inicie la inyección.

4. La tentativa de un sujeto inidóneo

Este caso de tentativa inidónea es el más difícil de resolver. No es men- 350
cionado en el § 23 III, por lo que no es posible extraer de la ley ningún punto de referencia claro para decidir cómo hay que tratarlo. No es posible deducir sin más, argumentando *a contrario*, a partir del silencio del § 23 III, que esta clase de tentativas haya de quedar siempre impune, ya que el § 23 I incrimina abiertamente la tentativa inidónea ("de acuerdo con su representación") y porque, por lo demás, el legislador, en las deliberaciones finales de la Comisión Especial para la Reforma Penal[360], manifestó su indecisión al respecto. Mientras que el Proyecto Alternativo había declarado expresamente (en el § 25 III núm. 1) que no era punible la tentativa "cuando la misma se base en la asunción errónea de una situación de deber", esta disposición intencionadamente no fue incluida en la ley. Pues, se dijo, sería muy difícil "encontrar una regulación para este caso que no afecte también a supuestos inapropiados. Dado que el supuesto de 'autor inidóneo' se da en la práctica muy raramente, y la Comisión está convencida de que la jurisprudencia, a falta de una regulación expresa, se inclinará por la impunidad, se decide prescindir de dicha regulación". La discusión doctrinal ulterior ha revelado la justificación de esta abstención. Conviene distinguir, en el tratamiento de este problema, entre aquellos grupos de casos que hoy no resultan polémicos y aquellos otros que siguen siéndolo.

a) Casos indiscutidos

Existe consenso, en primer lugar, sobre que hay un delito putativo, no punible 351
(al respecto, nm. 378 ss.), cuando alguien extiende excesivamente el concepto de autor de un determinado tipo penal, debido a una interpretación equivocada, y en virtud de ello llega al convencimiento de que él es un autor idóneo. En tales casos existe un error inverso de subsunción (al respecto, nm. 383 ss.), que ni aquí ni en ningún caso resulta punible. En el conocido ejemplo académico[361] de una limpiadora "que, tomándose por funcionaria, porque limpia la sede de la Administración del *Land*, acepta dinero de X, prometiéndole hacer desaparecer los ex-

---

[360] BT-Drucks. V/4095, 11.

[361] Citado siguiendo a *Kühl*, AT, 3ª, § 15, nm. 104.

pedientes con multas contra X", no existe tentativa de cohecho pasivo (§ 332). Lo mismo ocurre fuera del ámbito de los delitos de funcionarios. Si, por ejemplo, un juez toma juramento injustificadamente a un deudor, éste no puede ser castigado por tentativa de perjurio si, debido a su desconocimiento del Derecho, se considera obligado a decir la verdad y se tiene por autor idóneo del § 154 (RGSt 57, 53, 54; BGHSt 10, 8, 10). Así pues, el deudor que quiere cometer perjurio, comete en realidad un delito putativo.

352 Por otra parte, existe tentativa (punible, en su caso) cuando la inidoneidad del sujeto es consecuencia de una inidoneidad del objeto. Si una mujer que cree erróneamente estar embarazada ejecuta actuaciones abortivas sobre sí misma, será, debido a la ausencia de embarazo, la autora inidónea de una tentativa de auto-aborto. Pero esta inidoneidad del autor se deriva únicamente de que no existe un objeto idóneo (un embarazo plasmado en un feto). En este caso, como en otros en los que la decisión de actuar fracasa por la inidoneidad del objeto, estamos ante una tentativa inidónea, no ante un delito putativo (ya en este sentido, RGSt 8, 198, 199); aunque actualmente (a diferencia de lo que ocurría anteriormente) esta tentativa resulte impune, según lo dispuesto por el § 218 IV 2. Lo mismo ocurre en el caso del incesto (§ 173): el que se acuesta con una mujer que él cree erróneamente que es su hija, comete tentativa de incesto, no delito putativo (RGSt 47, 189, 131), ya que su inidoneidad como autor es sólo el reflejo de la inidoneidad del objeto; dado que la mujer no es su "descendiente", para el autor no constituye un objeto adecuado para cometer un incesto. En todo caso, actualmente esta tentativa no es punible.

353 No obstante, en el Derecho vigente, hay también supuestos punibles de tentativa con sujeto inidóneo debido a la inidoneidad del objeto. Así, por ejemplo, si alguien, debido a creencias erróneas (sobre el problema de las valoraciones jurídicas erróneas, cfr. nm. 359), intenta reducir una deuda tributaria realmente inexistente, su conducta será punible como tentativa de defraudación tributaria (§ 370 II AO [Ordenanza Tributaria]). Él será, desde luego, inidóneo como autor, puesto que, por lo que hace a aquello que queda abarcado por su plan delictivo, no estamos ante un obligado tributario; pero esta inidoneidad se deriva únicamente de la falta de objeto material del delito, de una deuda tributaria que pueda ser disminuida. Estos casos son frecuentes en los delitos de omisión impropia. Si un padre omite salvar la vida de un niño al que, debido a un cambio de niños, tiene por hijo suyo, aquél será un sujeto inidóneo para cometer un homicidio en comisión por omisión, ya que no es garante de la vida del niño realmente en peligro. Sin embargo, la falta de la condición de autor se deriva únicamente de que el niño, por no ser su hijo, constituye un objeto inidóneo para un homicidio en comisión por omisión cometido por él. Por ello, el padre debe ser castigado por una tentativa de homicidio en comisión por omisión[362].

[362] Cfr. nm. 367 s., en relación con la tentativa inidónea por omisión, cuya punibilidad es discutida por razones distintas.

b) Casos polémicos

Dejando aparte los supuestos de error inverso de subsunción y de reflejo 354
de la inidoneidad del objeto en la inidoneidad del sujeto, se discuten todos los demás casos, en los que la inidoneidad se limita al sujeto, y no se deriva de una interpretación errónea del concepto de autor que extienda en demasía la punición. Situaciones así se dan, por ejemplo, cuando alguien que ha sido funcionario, desconociendo aún la pérdida de su condición, se deja corromper, en los términos previstos en el § 332 I. A este grupo pertenece también el caso, frecuentemente citado (OLG Kiel SchlHA 1949, 297 s.), en el que el acusado emitió, en acto de servicio, declaraciones falsas, en su condición de "inspector veterinario y de pesos y medidas". Su nombramiento como funcionario resultó ser nulo, aunque hay que entender que él creía estar en una situación en la que se había producido un nombramiento administrativo efectivo.

En estos casos se enfrentan dos interpretaciones contrarias. De acuer- 355
do con una teoría (que *Bruns*[363] principalmente contribuyó a convertir en dominante)[364], en estos supuestos existe una **tentativa inidónea** (punible, en su caso). El argumento principal es el de la equivalencia de todos los elementos típicos. Cuando alguien se imagina unas circunstancias erróneas, cuya existencia daría lugar a que se completase el tipo penal, existirá, con el inicio de la acción típica, una tentativa punible del §22, sin importar a qué elemento del tipo se refiera la representación errónea. A esta tesis se opone otra teoría, que aprecia un **delito putativo en los casos de asunción errónea de la posición de sujeto**[365]. Se basa en la idea de que la punición por tentativa también exige una infracción de normas por parte del autor. Sin embargo, dicha infracción faltaría cuando el sujeto actuante no es siquiera destinatario de la norma. *Stratenwerth* lo formula de forma particularmente gráfica, cuando afirma[366]: "la tentativa, para resultar punible, debe ser antijurídica, y sólo lo es cuando el mandato o la prohibición que el autor cree haber infringido existía verdaderamente". Si no se ha producido un accidente, no habría "nadie que tenga la obligación de permanecer en el lugar del accidente". Por lo que la creencia errónea de que ha habido accidente no podría fundamentar una tentativa del § 142 [huida del lugar del accidente] (que, en todo caso, actualmente –a diferencia de antes- resultaría no punible). Toda tentativa exigiría un desvalor de acción "que se halle en una verdadera (y no tan sólo pretendida) contradicción con la ley".

---

[363] *Bruns*, 1955, 18 ss.; *el mismo*, GA 1979, 161.

[364] *Blei*, AT, 18ª, § 67 I 1; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 50 III; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 22, nm. 13; SK-*Rudolphi*, 6ª § 22, nm. 26 ss.; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 76; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 22, nm. 28; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 623; todos ellos con ulteriores referencias.

[365] *Baumann/Weber*, AT, 9ª, § 33 IV 3 a (de otra opinión, *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 26 III 1 d); *Foth*, JR 1965, 371; *Langer*, 1972, 498; *Tiedemann*, Schröder-FS, 1978, 295; *Zaczyk*, 1989, 268 ss.; todos ellos con ulteriores referencias.

[366] *Stratenwerth*, Bruns-FS, 1978, 68 s.

356 Resulta preferible una tercera **solución, que intenta transitar entre los dos extremos**[367] **y que distingue entre deberes derivados del estatus y deberes generales**[368]. *Vögler*[369] ha sido el primero en señalar que, según esta teoría, se debería diferenciar según que la adquisición de la condición de autor exija la realización de un acto jurídico (como ocurre con un médico o un funcionario), o bien la misma se derive de una concreción relativa a la situación, como ocurre, por ejemplo, con el deber de evitación del resultado derivado de un actuar precedente. Parece plausible pensar que el que no es funcionario ni médico no adquiere los deberes de uno ni de otro únicamente por dar por existentes unas circunstancias que no existen, y que, en su condición de no destinatario de las normas en cuestión, tampoco puede infringirlas a través de una tentativa. Por el contrario, se puede aceptar sin dificultad que, cuando una injerencia da lugar a una posición de garante, cualquiera tiene el deber de evitar el peligro existente que creó mediante una actuación peligrosa previa, incluso si el deber sólo se actualiza en la concreta situación de peligro. Esto lleva a la conclusión de que la creencia errónea en la existencia de un deber de estatus da lugar en todo caso a un delito putativo, con independencia de qué tenga por objeto, mientras que la creencia errónea de que concurren en la realidad las condiciones de un deber general constituye una tentativa: quien cree erróneamente que es él quien ha atropellado al herido y no intenta hacer nada para salvarle, sería, por ello, autor punible –a pesar de ser inidóneo- de una tentativa del delito de homicidio.

357 *Schünemann*[370], adhiriéndose a *Vögler*, ha fundamentado esta distinción principalmente desde el punto de vista político-criminal: "El que, a consecuencia de un error inverso de tipo, se cree funcionario y, en consecuencia, de acuerdo con su representación, inicia una falsedad documental en acto de servicio, no puede llegar en ningún caso a resultar peligroso para el bien jurídico, aun mejorando sus métodos o por circunstancias de azar. Por ello, para el orden jurídico representa una amenaza aún menor que la del autor de una tentativa supersticiosa, y debe ser considerado impune, al igual que éste. Mientras que el que cree erróneamente haber identificado a su perro como el que ha atacado a un paseante y, pese a ello, decide no llamarle y sujetarle, parece que, de acuerdo con el modo de obrar que ha puesto de manifiesto hasta ese momento, podría llegar a convertirse en peligroso para los bienes jurídicos ajenos, simplemente si cambiasen las circunstancias concurrentes. Por lo que el sentimiento de seguridad de la colectividad es perturbado por su acción y, consiguientemente, debe ser hecho responder (...) de una tentativa punible de lesiones peligrosas por omisión.".

358 *Jakobs* distingue también, como *Vögler*, entre "deberes aislados" y deberes de estatus, pero advierte correctamente que no se pueden limitar los deberes de estatus a aquellos creados a través de un acto jurídico (como un nombramiento)[371]: "Se alcanza un estatus (...) cuando el deber jurídi-

---

[367] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/43 ss.; *Schünemann*, GA 1986, 317 ss.; LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 153 ss. (159); NK-*Zielinski*, §§ 15, 16, nm. 35.

[368] Ésta es la terminología que emplea NK-*Zielinski*, §§ 15, 16, nm. 35.

[369] LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 159.

[370] *Schünemann*, GA 1986, 318. *Stöger*, 1961, 53 ss., 68 ss., 78, de modo similar, se basa en la peligrosidad de la tentativa y decide en atención a ella si el ejecutante, en la situación modificada, puede cometer el delito como autor.

[371] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/46.

co-penalmente sancionado es parte de un haz de relaciones institucionalmente asegurado (funcionario, soldado, padre, madre, tutor, persona en quien se ha depositado confianza, etc.), o bien el obligado está integrado en una institución ((...) el personal auxiliar del § 203, apartado 3 StGB [violación de secretos privados])". Esto es correcto, pero produce –como el mismo *Jakobs* percibe también[372]- dificultades de delimitación. Así, por ejemplo, parece adecuado considerar que los deberes de testificar y de prestar juramento de los §§ 153 y 154 son deberes genéricos de cualquier sujeto, que sólo se actualizan en determinadas situaciones procesales; en cambio, *Jakobs* ve en la condición de testigo un estatus (sobre las consecuencias, con más detalle, nm. 356).

En todo caso, sobre esta base es posible llegar a una distinción convincente[373]. El funcionario, el depositario de confianza, el poseedor de secretos, el juez y el padre no pueden convertirse en autores de tentativa punible por arrogarse dicho estatus. Del mismo modo, tampoco comete tentativa de deserción el que intenta librarse de un llamamiento a filas falso (cfr. § 16 WStG [Código Penal Militar]). Por el contrario, quien cree erróneamente que se dan las condiciones de una injerencia o de un deber de aseguramiento del tráfico que fundamentan un deber de garante, el que presupone que se dan las circunstancias que podrían fundamentar una obligación tributaria de declaración obligatoria (§ 370 AO [Ordenanza Tributaria]), o una crisis de insolvencia que puede acabar en concurso, puede ser hecho responder por tentativa punible, aun siendo un sujeto inidóneo. 359

Hay que tener en cuenta que puede cometer tentativa inidónea punible el que posee un determinado estatus, pero se equivoca acerca de la identidad del objeto sujeto a su cuidado o vigilancia. Así, existe tentativa de apropiación indebida (§ 246 II) "cuando el depositario de la confianza y autor piensa equivocadamente que la cosa apropiada es el objeto que le ha sido confiado"[374]. Por la misma razón, comete también tentativa omisiva el padre que, tomando erróneamente al niño en peligro por su hijo, permanece inactivo cuando sería necesario que intentara salvarle (nm. 353). 360

La jurispr. no es unánime, pero está bastante próxima a la línea aquí defendida. RGSt 8, 200[375] rechazó la posibilidad de tentativa por la asunción errónea de la condición de funcionario; "necesariamente ha de quedar excluida la punición, puesto que la incriminación tiene su fundamento (...) exclusivamente en la existencia previa de una obligación específica". Más tarde, no obstante, el RG afirmó la punibilidad de un sujeto inidóneo en dos sentencias (justamente, en relación con la "Leyes de Protección de la 361

---

[372] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/49.

[373] Cfr., en relación con los ejemplos, NK-*Zieliński*, §§ 15, 16, nm. 35.

[374] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/47.

[375] RG GA 1884, 243 se distancia, no obstante, de esta jurisprudencia, a la que, sin embargo, RGSt 29, 419, 421 –por ejemplo- vuelve a hacer referencia.

Sangre Alemana"[376], contrarias a los derechos humanos); el que creyese erróneamente ser judío, podía ser condenado por tentativa de "deshonra de la raza". No existe en estas sentencias ninguna discusión de lo dicho en RGSt 8, 200. SchlHOLG (SchlHA 1948, 297) volvió (sin referirse a la jurisprudencia anterior) a apreciar únicamente un delito putativo impune en la asunción errónea de la condición de funcionario.

362 Las resoluciones posteriores llegan, en cuanto a los resultados, a distinciones semejantes a las que aquí se han aceptado. Se afirma, así, la existencia de una tentativa punible de huida del lugar del accidente en el caso de que alguien crea erróneamente haber causado el accidente y, pese a ello, se aleje del lugar[377]. La creencia errónea de una inminente insolvencia es condenada como tentativa del § 283 I, III[378]. En cambio, actualmente se reconoce que el que no es soldado, aunque se tenga por tal y actúe como tal, no puede cometer tentativa de deserción[379]. Igualmente, en el caso de la creencia errónea en la condición de funcionario, el BGH reconoce hoy su impunidad.

II. La tentativa derivada de una tosca o burda (completa) falta de comprensión

363 De acuerdo con el § 23 III, en los casos de tentativa inidónea derivada de una burda, tosca o completa falta de comprensión, el tribunal puede "eximir de pena o atenuarla a su libre arbitrio". Este privilegio es aplicable tan sólo a las tentativas que ya *ab initio* no son peligrosas. Su delimitación respecto de las tentativas peligrosas puede resultar problemática en casos concretos. Aunque en realidad el § 23 III hace frente este problema, ya que una "tosca o burda falta de comprensión" exige que la falta de peligrosidad de la tentativa resulte evidente[380]. En este precepto, el legislador está pensando en casos[381] como el de "una autora intenta realizar un aborto sobre sí misma, a pesar de que debería resultarle evidente, aun con el conocimiento más elemental de las leyes naturales, que no se halla embarazada, o que de ningún modo va poder eliminar su embarazo con los medios que está empleando". Dado que actualmente, la tentativa del § 218 realizada por la mujer resulta siempre impune (§ 218 IV 2), hay que pensar en supuestos en los que el hombre joven e inexperto lleva a cabo un intento de aborto sobre su compañera usando una infusión de manzanilla (RGSt 1, 439).

364 Tal y como muestran los ejemplos, una falta de comprensión tan ajena a la vida real se da pocas veces en la práctica. En cualquier caso, no se conoce

---

[376] RG JW 1938, 798; RGSt 72, 110.

[377] BayObLGSt 1952, 31; OLG Stuttgart NJW 1978, 900.

[378] BGH, en *Tiedemann*, NJW 1979, 254, quien, no obstante, es de otra opinión (*el mismo*, Schröder-FS, 1978, 295 s., con ulteriores referencias).

[379] BGH NZWehrR 1967, 173; OLG Celle MDR 1962, 327.

[380] En sentido similar, también *B. Heinrich*, Jura 1998, 393, 395.

[381] BT-Drucks. IV/650, 145. De aquí procede también la siguiente cita.

todavía una sola sentencia de la jurisprudencia de los tribunales superiores que aplique el § 23 III y en la que se aprecie "tosca o completa falta de comprensión". El Proyecto de 1962, al que se remonta el precepto, definía la "burda, tosca o completa falta de comprensión" como "una representación completamente absurda de las conexiones causales comúnmente conocidas (...) que no tiene por qué obedecer a oligofrenia". Se trataría de tentativas que no cometería ningún "hombre sensato". El error debe –según se expresa en la doctrina[382]- alejarse "notoriamente de lo razonable", debe resultar "evidente para cualquier ser humano con un conocimiento medio acerca de la realidad"[383]; la carencia de peligrosidad de la tentativa sólo debe poder ignorarse "a causa de una particular necedad". Expresado gráficamente: un observador externo prudente debe pensar para sí y exclamar: "¡Cómo es posible!"[384]. Como ejemplos adicionales, piénsese en la tentativa de derribar un avión que vuela a gran altura con una carabina de aire comprimido, o de envenenar a alguien con sustancias que es de sobra conocido que son inofensivas.

Hay que restringir la "tosca, burda o completa falta de comprensión" a los errores "nomológicos" (errores acerca de las leyes naturales), y no extenderla a los errores "ontológicos" (errores sobre los hechos)[385]. Así, cuando alguien, al intentar cometer un asesinato, toma una pistola de juguete por un arma de fuego o a lo que visiblemente es un cadáver por alguien que está durmiendo, no estamos ante una completa o tosca falta de comprensión. Este es defendible, ya que el error ontológico se convierte en nomológico cuando aumenta el carácter absurdo de la representación del autor: el que reconoce que la pistola es un juguete y, pese a ello, cree poder disparar con ella, o el que cree que un cuerpo que ya muestra indicios de descomposición puede estar todavía vivo, se equivoca ya sobre las leyes acerca de la realidad. Por ello, no es posible separar siempre claramente a quienes cometen errores ontológicos y a quienes cometen errores nomológicos[386]. 365

Se discute si existe también "tosca o completa falta de comprensión" cuando la representación absurda del autor es compartida por varios, o incluso por muchos (por ejemplo, las tentativas de aborto con baños de mostaza o con agua jabonosa, que, según el BGE Suiza 70, IV, 49, 50, eran consideradas adecuados en amplios sectores de la población). *Jakobs*[387] sostiene que sí, ya 366

---

[382] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/83 (primera cita); *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 23, nm. 17 (segunda cita); *Stratenwerth*, AT, 3ª, nm. 695.

[383] BGHSt 41, 95 asume también esta fórmula: "notorio para cualquier ser humano con un conocimiento medio acerca de la realidad, claramente evidente".

[384] *Roxin*, en: *Roxin/Stree/Zipf/Jung*, 2ª, 1975, 19.

[385] Igualmente, *B. Heinrich*, Jura 1998, 393, 396.

[386] *Radtke*, JuS 1996, 882, ve en ello un motivo "para volver a reflexionar sobre la distinción de ambas clases de error en el ámbito del § 23 III". *Rath*, JuS 1998, 1113, pretende, a partir de la razón expuesta en nm. 365, incluir también en el § 23 III el error ontológico.

[387] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/83; se adhiere *B. Heinrich*, Jura 1998, 393, 397.

que "la incomprensión no se convierte en comprensión porque esté ampliamente difundida"; no obstante, muchas veces se podrá dudar de la "tosquedad" de una incomprensión muy extendida. En la práctica, lo aconsejable es distinguir dependiendo de si los irracionales que pertenecen a un determinado círculo no serían tomados en serio por nadie razonable (en este caso, habría completa o tosca falta de comprensión) o si, por el contrario, también algunas personas competentes considerarían idóneo el procedimiento aplicado (en cuyo caso, no habría tosca o completa falta de comprensión). Esto sucedía en el caso mencionado del BG suizo, ya que había "incluso médicos" que consideraban adecuado el referido método para abortar.

367 **Se discute también si y en qué medida es posible aplicar el § 23 III de forma analógica.** Muchos autores pretenden aplicar esta disposición al caso del sujeto inidóneo[388]; por ejemplo, "si alguien toma un escrito que evidentemente está hecho en tono de broma por un documento de nombramiento de funcionario"[389]. Sin embargo, cuando se produce una arrogación errónea de la condición de funcionario, lo que existe siempre es un delito putativo, por lo que no hace falta el §23 III para lograr la impunidad (nm. 356). Tampoco es necesaria una aplicación analógica del § 23 III[390] en el caso de que alguien considere punible su comportamiento como consecuencia de una valoración jurídica irracional, sino que basta con apreciar un delito putativo (con más detalle, nm. 381 ss.). Por el contrario, resulta adecuado aplicar analógicamente el §23 III a las acciones de tentativa tipificadas autónomamente[391]; de este modo, el que falsifica un pasaporte de un modo que no podría engañar a ninguna persona sensata, puede beneficiarse de la exención del § 23 III.

368 Por lo demás, no existe acuerdo acerca de que estemos ante un supuesto del § 23 III cuando alguien cree que una mujer puede quedar embarazada por un beso y, en consecuencia, lleva a cabo sobre ella una tentativa idónea de aborto. Parte de la doctrina lo niega[392]: en este caso, sería la motivación para actuar lo completamente irracional, dado que un beso nunca puede dar lugar a un embarazo. Pero, en cambio, la acción como tal, el intento de provocar el aborto, no sería irracional. Sin embargo, en estos casos habría que hablar más bien de una tentativa sobre un objeto inidóneo; tentativa que, de acuerdo con el tenor literal de la ley, resulta subsumible en el § 23 III. Del fundamento de la regulación legal[393] se deduce que únicamente debería excluirse del ámbito de aplicación del tipo privilegiado "aquellos a los que no se les puede imputar una tentativa inidónea, es decir, los casos en los que la motivación del autor se

---

[388] *Bruns*, GA 1979, 167; *Gössel*, GA 1971, 236; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 23, nm. 7; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 40/175; SK-*Rudolphi*, 6ª § 23, nm. 9; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 23, nm. 16; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 23, nm. 6.

[389] *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 23, nm. 16.

[390] En favor de la cual aboga *Herzberg*, JuS 1980, 476.

[391] *Jakobs*, AT, 2ª, 25/85.

[392] Con especial claridad, *B. Heinrich*, Jura 1998, 396, con ulteriores referencias.

[393] Informe de la Comisión Especial para la Reforma Penal, BT-Drucks. V/4095, 12.

deriva de una tosca o completa falta de comprensión". Según esto, **sólo deben excluirse del ámbito de aplicación del § 23 III aquellos casos en los que exista una tentativa con medios idóneos, sobre un objeto idóneo, aunque basada en motivos completamente irracionales**: por ejemplo, si alguien intenta golpear a su esposa porque piensa que está poseída por el diablo.

En general, en los casos de "tosca, burda o completa falta de comprensión" no existe ninguna necesidad de pena[394]. Dado que, según la opinión del legislador, se trata en estos casos de hechos que "ninguna persona sensata se tomaría en serio" (nm. 364), falta en ellos el efecto perturbador del Derecho, sin el cual no existe fundamento suficiente para penar una tentativa no peligrosa (nm. 12, 19). La motivación del Proyecto de 1962 argumentaba la subsistencia de la pena sobre la base de que la eventual voluntad delictiva relevante del autor completamente irracional hacía temer una ulterior repetición del hecho empleando medios más idóneos[395]. Pero la peligrosidad del autor de cara al futuro (que, en todo caso, únicamente se puede presumir) no puede por sí sola fundamentar la pena (nm. 18 s.)[396]. El § 25 III núm. 2 y el §15 del Código Penal austriaco también disponen las impunidad de la tentativa inidónea completamente irracional. 369

La Comisión Especial para la Reforma Penal[397] se opuso a quienes criticaban la punición[398], considerando que, al colocar en primer lugar la posibilidad de la exención de pena, se pretendía indicar expresamente "que el juez debe tomar en consideración en primer lugar la exención". En los casos normales, pues, no existirá ninguna imposición de pena. En favor de esta solución, en la que subsiste secundariamente la posibilidad de imposición de pena, la Comisión se refirió a casos que, supuestamente, merecerían sanción: "así, por ejemplo, en una tentativa de asesinato en la que se emplee un sedante, que el padre considera que es legal, en las dosis que él ha empleado". Sin embargo, un error así no es un supuesto de completa o tosca falta de comprensión, ya que la efectividad de una determinada sustancia apenas resulta susceptible de ser valorada por un profano (en este sentido también, BGHSt 41, 94[399], en relación con el caso de aplicación de una cantidad de veneno demasiado pequeña). Por ello, **la posibilidad de atenuación del § 23 III debe ser interpretada como una atenuación obligatoria**[400], restringiéndola además a los casos límite entre la tentativa inidónea y la completamente irracional. 370

---

[394] Igualmente, *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 50 I 5 b bb: "hay que negar por principio la necesidad de pena".

[395] BT-Drucks. IV/650, 145.

[396] A este respecto, con razón *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 11, nm. 60: "(...) resulta prohibido para un Derecho Penal del hecho".

[397] BT-Drucks. V/4095, 12.

[398] El Proyecto Alternativo (§ 25 núm. 3) había declarado impune la tentativa "cuando se derive de una completa falta de comprensión y, por ello, resulte *ab initio* no peligrosa"

[399] En relación con esta sentencia, *Radtke*, JuS 1996, 878; *B. Heinrich*, Jura 1998, 396.

[400] SK-*Rudolphi*, 6ª § 23, nm. 10; *Sch/Sch/Lenckner*, 26ª, § 23, nm. 18; LK-*Vogler*, 10ª, § 23, nm. 36.

III. La tentativa supersticiosa

371 Existe una tentativa supersticiosa (irreal) cuando el sujeto actuante intenta lograr su finalidad delictiva empleando medios sobrenaturales. Mientras que el autor de una tentativa completamente irracional pretende poner a su servicio las leyes naturales (a pesar de que las desconoce por completo), el que actúa en tentativa supersticiosa aplica métodos que quedan completamente fuera de las leyes naturales, también en su propia opinión: invocar a los espíritus, fórmulas de conjuro o fórmulas mágicas, métodos que emplean la "simpatía"* (RGSt 33, 321).

372 El Derecho vigente no aclara si la tentativa supersticiosa debe o no ser castigada. Cabría subsumirla sin más en el tenor literal del § 23 III. A ello, sin embargo, se opone el argumento de que, con una interpretación así, el § 23 III, en vez de una función de restricción de la punición, poseería la de extenderla, ya que antes de la reforma penal la impunidad de la tentativa supersticiosa era aceptada unánimemente por la jurisprudencia (RGSt 33, 321). Por desgracia, los materiales pre-legislativos no son nada claros a este respecto. En ellos se habla[401], en los casos "en los que el autor persigue un ilusión supersticiosa y cree poder matar a un animal mediante, por ejemplo, la 'invocación de espíritus' o el 'encantamiento'", de que no hay tentativa inidónea "por regla general, ya que las acciones se basan únicamente en esperanzas y deseos irreales, sin conllevar una voluntad jurídicamente relevante, lo que no es suficiente para el dolo". De ello se desprendería que el legislador no considera punible la tentativa supersticiosa; pero la indicación de que no hay tentativa inidónea tan sólo "por regla general", deja abierta la posibilidad de que pueda apreciarse dicha tentativa en una parte de los casos (¿en cuál?). Por su parte, en favor de que el legislador admite la punición generalizada, habla la frase invocada para justificar el § 23 III: que una tentativa puede "ser supersticiosa (...) y, no obstante, puede manifestarse en ella una voluntad delictiva relevante, que haga temer que después del primer fracaso lo vuelva a intentar otra vez, de un modo más idóneo".

373 A la vista de estas contradicciones, la cuestión debe ser resuelta sobre la base de argumentos de fondo. Todos los cuales hablan de modo uniforme en favor de la impunidad. "Ya no castigamos la brujería, y de ello hay que deducir que no podemos penar el intento de brujería. Cualquiera es libre de invocar a los demonios, de conjurar al averno o de atraer la ira del cielo sobre alguien"[402]. La fundamentación jurídica de la impunidad es diversa.

---

* Se trata de un método pseudo-científico, empleado en principio para la curación (pero que, consiguientemente, debería poder servir también para hacer enfermar), basado en el principio de la correspondencia entre la naturaleza de la acción sanadora (o que ha de causar la enfermedad) y el fenómeno corporal o mental que se pretende influenciar. [N. del T.]

[401] Fundamentación del § 27 III del Proyecto de 1962, en el que se basa el actual § 23 III (BT-Drucks. IV/650, 145).

[402] *Bockelmann*, 1957, 160 s.

Muchas veces, de acuerdo con el modelo del Proyecto de 1962 (nm. 372), se discute la existencia de dolo[403]. Esto es dudoso, ya que el autor parte siempre de su capacidad para incidir de forma dañosa sobre el objeto material. No resulta evidente por qué en este caso lo absurdo de dicha asunción ha de excluir el dolo, cuando no lo hace en el caso de la tosca o completa falta de comprensión. La fundamentación correcta de la impunidad estriba en que la tentativa supersticiosa carece por completo de efecto perturbador alguno sobre el Derecho, debido a que es tomada a broma por todo el mundo, por lo que su irrelevancia jurídica se explica por la falta de aquellas razones para penar que fundamentan la punición de otras tentativas no peligrosas (cfr. nm. 10 ss., 12, 18)[404].

Herzberg[405] pretende excluir la tentativa supersticiosa del tipo objetivo, en 374
tanto que riesgo permitido. Es correcto asumir que la tentativa supersticiosa ya desde un principio no crea ningún riesgo jurídicamente relevante de realización típica. Pero esto ocurre también con la tentativa completamente irracional, que, pese a todo, en principio está penada (§ 23 III). Puesto que el legislador ha fundamentado la punición, en el caso de las tentativas no peligrosas, en la infracción de la norma con efecto perturbador del Derecho, en vez de en la creación de riesgo, dicho criterio (cuya toma en consideración por parte del legislador en el caso de la tentativa completamente irracional, aun en la forma atenuada del § 23 III, resulta ya cuestionable desde el punto de vista político-criminal) no se cumple nunca en las tentativas supersticiosas –y en ellos se fundamenta el que no se las impute al tipo objetivo.

Algunos autores aún piden hoy que la tentativa supersticiosa se ubique en 375
el § 23 III[406]. Esta petición no es fundamentada, sin embargo, en la necesidad de pena que pueda existir en estos supuestos, sino en la dificultad para distinguir entre la tentativa supersticiosa y la tentativa que tan sólo es completamente irracional. Sin embargo, la distinción es clara **en cuanto a sus principios**: el que pretende provocar la expulsión del feto con la ayuda de una infusión de manzanilla, **no** es supersticioso, sino tan sólo estúpido, por lo que deber ser tratado conforme a lo dispuesto en el § 23 III. Las dificultades de delimitación en los casos límite no pueden dar lugar en este asunto (ni, en Derecho, nunca) a una renuncia a las distinciones. Cuando, como hace *Otto*[407], se interpreta el § 23 III para el caso de la tentativa supersticiosa en el sentido de que "en este caso, la

---

[403] Así, por ejemplo, *Jakobs*, AT, 2ª, 25/22; *Rath*, JuS 1998, 1113; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 620.

[404] Así, por ejemplo, *Kühl*, AT, 3ª, § 15, nm. 93. También *Ebert*, AT, 3ª, 125; *Gössel*, GA 1971, 233; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 50 I 6; *J. Meyer*, ZStW 87 (1975), 618 s.; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 34 s.; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 65; *Schünemann*, GA 1986, 315.

[405] *Herzberg*, GA 2001, 267 ss.

[406] *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 26 III 1 e (algo dubitativamente); *Cuhra*, 2002, 41 s.; *Otto*, AT, 6ª, § 18 IV 3 b; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 11, nm. 61; *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 15/44 ss. (de otra opinión, *el mismo*, StuB AT, 2ª, 11/45); haciendo distinciones, *B. Heinrich*, Jura 1998, 393, 398, quien opina en todo caso que "no es posible realizar una fijación razonable del límiteentre la conducta por grave incompresión y la conducta supersticiosa".

[407] *Otto*, AT, 6ª, § 18 IV 3 b (de aquí procede también la siguiente cita).

valoración del juez está obligada a eximir de pena", es preciso preservar la delimitación, a no ser que se pretenda someter a dicha regla penológica todos los casos de tentativa completamente irracional.

IV. La tentativa omisiva inidónea

376 Hoy no cabe duda acerca de la punición generalizada de la tentativa omisiva (al respecto, nm. 266). Sin embargo, *Rudolphi*[408] y *Schmidhäuser*[409] han puesto en cuestión la punición de la tentativa omisiva inidónea. Ambos parten de que la punición de la tentativa inidónea es un caso de **Derecho penal del carácter**. Dado que objetivamente no existe peligro alguno y que el autor no realiza ninguna acción dirigida a la lesión del bien jurídico, sólo resta como fundamento para su punición el carácter defectuoso que subyace a su acto de voluntad; "mientras que en los delitos comisivos se **actúa** en todo caso para realizar una finalidad de la voluntad que está prohibida, cuando el autor se representa erróneamente la existencia de una situación peligrosa o de una posibilidad de salvación, todo queda en malos pensamientos, que nunca pueden fundamentar por sí solos el injusto ni la punición"[410]. Hasta ahora, el BGH no ha tomado posición sobre esta cuestión. En BGHSt 38, 359, se mencionan incidentalmente los casos de omisión, "en los que no concurre ningún peligro para el bien jurídico". La sentencia continúa: "Resulta dudoso si en estos casos hay una excepción al principio general de que la tentativa de los delitos de omisión impropia resulta punible".

377 Sin embargo, los argumentos aducidos en favor de la impunidad de la tentativa omisiva inidónea no resultan convincentes[411]. Pues, *ex ante*, una tentativa omisiva inidónea es tan peligrosa como la correspondiente tentativa comisiva, en la medida en que también aquí un observador externo y prudente creería que existe una situación que obliga a intervenir. Si, por ejemplo, un padre que ha ido con su hijo a bañarse al mar, es informado de forma creíble de que su hijo se halla en peligro de muerte y necesita urgentemente su ayuda, su inactividad resultará peligrosa y conlleva necesidad de pena –incluso si posteriormente se comprueba que la información se debía a una confusión de identidades[412]. Desde luego, no se trata tan sólo de una cuestión de carácter, sino de una omisión intentada, próxima la tipicidad, cuando el padre, en circunstancias tan alarmantes, se niega a intervenir. Las cosas son distintas cuando se trata de una omisión que desde un principio sería considerada como no peligrosa por parte de un observador (si, por

---

[408] *Rudolphi*, MDR 1967, 2; *el mismo*., SK, 7ª, antes del § 13, nm. 55.

[409] *Schmidhäuser*, LB-AT, 2ª, 17/27, 28.

[410] *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 17/27. Recientemente, también *Niepoth*, 1994; *el mismo*, JA 1994, 337 (con un buen resumen), niega la punibilidad de la tentativa inidónea omisiva, afirmando el merecimiento de pena, pero rechazando que exista necesidad de pena.

[411] BGHSt 38, 359 deja la cuestión abierta.

[412] En este sentido, también, adhiriéndose a su maestro Hirsch, la monografía de *Malitz*, 1998.

ejemplo, el niño supuestamente en peligro estaba jugando en la playa, claramente a la vista). Y este supuesto también es punible, conforme al Derecho vigente[413]. En todo caso, el problema existente no es distinto del que existe en la tentativa comisiva[414]. Por lo demás, se trata de un problema de escasa relevancia práctica, ya que las tentativas omisivas no peligrosas pocas veces pueden ser demostradas, por falta de una base externa[415].

V. Delimitación entre la tentativa inidónea y el delito putativo

1. Un principio sencillo y una delimitación dificultosa

En principio, la delimitación entre la tentativa inidónea y el delito pu- 378
tativo es simple: el que parte erróneamente en su actuación de la existencia de circunstancias cuya existencia daría lugar a la realización del tipo penal, comete tentativa inidónea. Por el contrario, el que aprecia adecuadamente todas las circunstancias externas, pero asume equivocadamente que su conducta infringe un mandato jurídico-penal, comete un delito putativo, no punible. Así, el que dispara contra un tronco de árbol, al que, a la luz del crepúsculo, toma por un ser humano, comete una tentativa de homicidio. Por el contrario, el que en el bosque dispara contra un tronco, sabiendo que lo es, y piensa que esto resulta punible, comete un delito putativo. La impunidad del delito putativo se deriva del principio de legalidad penal[416] (Art. 103 II de la Ley Fundamental): allí donde no existe tipicidad penal, tanto la tentativa como la consumación resultan imposibles. El carácter insubordinado frente al Derecho del autor no puede fundamentar por sí solo la punición.

A pesar de lo evidente de estas ideas, la distinción entre tentativa inidónea 379
y delito putativo resulta muy complicada en los casos límite, y hasta ahora no ha sido resuelta de un modo concluyente. Por ejemplo, ¿comete perjurio el que realiza un juramento delante de un fiscal, ya que ha creído erróneamente que concurría un elemento típico ("posición competente para recibir juramento")? ¿O comete un delito putativo impune, porque toma equivocadamente por punible una conducta no penada (prestación de juramento ante un fiscal, que no es competente para recibirlo)? Hasta ahora, preguntas como estas son respondidas de forma diversa en la doctrina y en la jurisprudencia (con más detalle, nm. 394 ss., 417). A pesar de estas dudas, existe consenso acerca de la delimitación en muchos ámbitos, dado que, además, no existe al respecto ni una sola sentencia. Comenzaremos por los grupos de casos en los que existe (más o menos) un acuerdo.

---

[413] Como *Malitz*, 1998, 291 también admite.

[414] Cfr., al respecto, la explicaciones sobre el fundamento de la punición de la tentativa (*supra* nm. 9-58).

[415] Aquí estriba también la razón por la que *Niepoth* (cit. en n. 408) pretende eximir de pena en estos casos apreciando una causa de exclusión de la pena.

[416] Cfr. *Herzberg*, JuS 1980, 469.

2. Casos indiscutidos

a) Los errores sobre los hechos no dan lugar (casi) nunca a delito putativo

380 Si el autor se representa una situación que daría lugar a la realización de un tipo penal, generalmente su actuar dirigido a la realización de dicha situación fundamentará una tentativa inidónea, y no un delito putativo. Así, si un profesor distraído cree haber cobrado unos elevados honorarios por un dictamen que no ha declarado a la administración tributaria, esto constituye una tentativa punible de defraudación tributaria (§ 370 II AO [Ordenanza Tributaria]). La cuestión de si existe un delito putativo puede surgir únicamente cuando el sujeto actuante sufra un error de Derecho en su contra, como cuando, por ejemplo, oculta a la administración tributaria un ingreso respecto del que cree erróneamente que debería tributar (al respecto, nm. 394 ss., 409 s., 416). Existe una excepción (discutida y a la que ya se ha hecho referencia) a la regla de que los errores sobre los hechos no pueden fundamentar un delito putativo: la asunción errónea de un deber de estatus (nm. 356 ss.). Así pues, el que toma una falsificación por un nombramiento como funcionario público y, en consecuencia, comete un supuesto delito de funcionarios, realiza un delito putativo, impune, aun cuando su error se limite a hechos.

b) La creencia en la existencia de un tipo penal inexistente como delito putativo

381 A este grupo pertenecen casos como el de que alguien comete adulterio, participa en un intercambio de parejas, ejecuta actos homosexuales o realiza "actos deshonestos" con animales, partiendo de la base que estas conductas son delictivas. Errores de este tipo son posibles, ya que las acciones mencionadas estuvieron incriminadas largo tiempo durante la posguerra[417]. Por supuesto, las creencias jurídicas erróneas del "autor" no le convierten en alguien que pueda ser penado, puesto que en relación con su conducta no existe ningún precepto penal aplicable. Lo mismo ocurre si alguien tiene por delictivas conductas que nunca lo han sido en el código penal: el hurto de uso (dejando aparte el caso del § 248b [utilización indebida de vehículos de motor]), el esfuerzo por impedir que un delincuente sea sancionado, la huida de prisión o la utilización clandestina de un teléfono ajeno.

c) El desconocimiento de causas de justificación o de otras exenciones de pena como delito putativo

382 Si alguien, para defender su propiedad frente a un ladrón que huye, y manteniéndose dentro de lo que es necesario, le dispara en una pierna, queda amparado por la legítima defensa (§ 32)[418]. Si el autor considera que esto es punible, porque piensa que sólo es posible defenderse con armas de

---

[417] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 2, nm. 3.

[418] *Roxin*, AT I, 2.ª, § 15 [PG I], § 15, nm. 45.

fuego frente a agresiones corporales, no comete por ello una tentativa de lesiones (§ 224), sino un delito putativo. Tampoco es punible la conducta de quien detiene a un tercero cumpliendo con las condiciones de la detención provisional (§ 127 StPO [Ordenamiento Procesal Penal]) y cree que esto es punible como delito de detención ilegal (§ 239), porque piensa que únicamente los órganos de la administración de justicia penal pueden ejecutar detenciones. Lo mismo sucede cuando el desconocimiento se refiere a una causa de exculpación: el que comete una conducta antijurídica cumpliendo las condiciones del § 35* queda exento de pena, aunque él piense que su conducta es punible. No otra cosa sucede en el caso de las causas de exclusión de la pena (o de las condiciones objetivas de punibilidad): el parlamentario que injuria a alguien en el Bundestag comete, de acuerdo con el § 36 [inviolabilidad de las declaraciones de los parlamentarios], tan sólo un delito putativo, aun cuando él piense que su conducta es punible (en todo caso, en este supuesto la tentativa sería impune).

d) La ampliación excesiva de los conceptos empleados en los tipos penales como delito putativo

Aunque no de manera completamente unánime, hoy se acepta de forma 383
muy mayoritaria que existe un delito putativo cuando se amplían excesivamente los elementos típicos, es decir, cuando el autor define equivocadamente uno de dichos elementos, en el sentido de atribuirse responsabilidad. En la jurisprudencia, el problema resulta relevante principalmente en relación con el tipo de falsedad documental. En el caso de BGHSt 13, 325, el acusado había hecho imprimir unos bonos cuyos cupones por separado debían servir para comprar cigarrillos en la cantina de las fuerzas de ocupación. Los bonos y los cupones carecían de emisor y de función probatoria, pero el acusado los consideraba documentos. El BGH declara sobre el caso (loc. cit., 240 s.): "Si él creía (...) que los cupones sueltos eran documentos en el sentido del § 267 del StGB, a pesar de la carencia de emisor y de la ausencia de función de prueba, entonces prestó auxilio a un hecho que él, a causa de una valoración jurídica errónea (de un error de subsunción), creía que era punible, es decir, a un delito putativo". En tales circunstancias, su propio comportamiento sería igualmente "un delito putativo y, por lo tanto, impune". Ya en su momento la sentencia no fue aprobada de forma unánime[419], y más tarde el BGH no ha sido siempre de esa opinión. En un caso semejante, BGHSt 7, 53 (58) había opinado ya que podía haber una tentativa de falsedad documental en el caso de que el acusado "considerase la cartilla de racionamiento de la zona de ocupación soviética como documento, aunque no lo fuese". Sin embargo, lo correcto es apreciar un delito putativo, so-

---

* Estado de necesidad disculpante (que, en Alemania, está diferenciado del estado de necesidad justificante, § 34). [N. del T.]

[419] A favor de una tentativa de falsificación de documentos, *Foth*, JR 1965, 370; *Traub*, JuS 1967, 115.

bre la base de un "error inverso de subsunción". Observado objetivamente, lo que el acusado se representa no constituye falsedad documental. Por lo que falta un dolo que se corresponda con el tipo objetivo. El que toma por falsedad documental lo que no lo es si atendemos al contenido de su representación, debe quedar impune.

384 Esta solución vale para las interpretaciones excesivamente extensivas de **todos** los elementos típicos: no sólo, pues, para los elementos normativos (más visibles), sino también para los elementos más comunes, los descriptivos[420]. Así, por ejemplo, el que toma por un "ser humano", en el sentido de los §§ 211 ss. [delitos contra la vida], a alguien que está conectado a un respirador artificial aun después de saber de su muerte cerebral, y cree por ello estar cometiendo un homicidio al desconectar el aparato (que mantiene en marcha la circulación sanguínea), comete en realidad tan sólo un delito putativo. Si se parte de la doctrina dominante, según la cual la vida se extingue con la muerte cerebral, habrá realizado su acción sobre un muerto. En la medida en que considera al muerto como un "ser humano", extiende en exceso este concepto y se halla en un error inverso de subsunción, que no da lugar a responsabilidad. Lo que sería considerado impune si se hiciese una definición correcta del concepto "ser humano" no puede convertirse en punible a causa de una definición errónea.

385 El principio de que las interpretaciones excesivamente extensivas de los elementos típicos dan lugar a delito putativo sirve para todos los elementos, por lo que no es preciso poner más ejemplos. Observaré tan sólo que se aplica también a aquellos elementos típicos que no están mencionados expresamente en la ley, sino que han de ser deducidos en el proceso de concreción.

386 Así, se acepta que no existe un deber de esperar del § 142 cuando, a consecuencia del accidente causado, "sólo el propio sujeto ha sufrido daño" (BGHSt 8, 263); pues la *ratio legis* del § 142 consiste en el aseguramiento de pretensiones de resarcimiento ajenas. De manera que si alguien, en un caso en el que sólo él ha sufrido daño, cree equivocadamente estar obligado a esperar, interpreta de forma excesivamente extensiva el "elemento típico implícito" del "deber pasivo de someterse a la investigación" (BGHSt 8, 265) y no comete una tentativa de huida del lugar del accidente, sino un delito putativo (BGHSt 8, 268)[421]. El hecho de que actualmente la tentativa de huida del lugar del accidente no resulte punible no elimina la importancia científica de la distinción.

387 Lo mismo vale para los casos de interpretación excesivamente extensiva de deberes de garante en los delitos de omisión impropia: "El autor omisivo que cree –erróneamente- tener un deber de garante, aunque de las circuns-

---

[420] Cfr., al respecto, *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 10, nm. 57 ss.

[421] Todavía en 1972, esto fue puesto en duda por *Engisch* (Heinitz-FS, 1972, 191 ss., 201 s.). En contra, con razón, *Herzberg*, JuS 1980, 470.

tancias del hecho –que él conoce- no se deriva tal deber" comete únicamente un delito putativo, de acuerdo con la opinión (que hay que compartir) del Grossen Senat für Strafsachen (BGHSt 16, 155, 160).

3. Casos polémicos: errores autoinculpantes en el ámbito pre-típico (antesala o campo previo al tipo)

a) Grupos de casos

Los casos que hasta ahora no han recibido una solución concluyente, en 388
los que la jurisprudencia no ha fijado todavía una línea clara, tienen que ver con los errores de Derecho en el ámbito pre-típico o antesala del tipo (campo previo al tipo). Se aclarará qué se quiere decir con ello a partir de cinco grupos de casos.

aa) Ajenidad

Piénsese en alguien que vende una cosa que ya había vendido (aunque 389
aún no la hubiese entregado) a un segundo comprador, a causa de que su oferta es mejor, transmitiendo también a éste la posesión. En esta situación, aquél piensa estar cometiendo una apropiación indebida, debido a que tiene la errónea opinión jurídica de que la propiedad había sido transmitida ya con el primer contrato de compraventa a la otra parte contratante. Cabe excluir en este caso un delito consumado de apropiación indebida, ya que en el momento de la segunda venta la cosa no era "ajena", sino que seguía siendo propiedad del autor. Sin embargo, el autor la consideraba ajena, a consecuencia de su equivocada opinión jurídica. ¿Se trata, entonces, de una tentativa inidónea de apropiación indebida o de un delito putativo? Aquí no se trata de que el autor haya definido de manera equivocada y excesivamente extensiva el concepto "ajeno". Al contrario, él sabía que una cosa es ajena cuando es de propiedad o copropiedad de un tercero. Sobre lo que se ha equivocado es sobre las condiciones para la transmisión de la propiedad. Se equivoca sobre reglas jurídicas en un ámbito pre-típico (campo previo o antesala del tipo).

bb) Perjuicio patrimonial

Los errores de esta clase pueden producirse también en el caso de la esta- 390
fa. Alguien, en el momento de la formalización ante notario de un contrato de compraventa de inmuebles, comunica un precio inferior, con el fin de ahorrar en honorarios[422]. Al hacerlo, parte equivocadamente de la base de que los honorarios del notario se valoran en atención al verdadero precio de venta, que es superior, cuando en realidad son valorados exclusivamente de acuerdo con el precio de venta documentado. Por falta de perjuicio patrimonial, no puede existir aquí una estafa consumada. Pero surge la duda de si

[422] Así, por ejemplo, es el supuesto de hecho de BayObLG NJW 1955, 1567 s.

hay que apreciar una tentativa inidónea de estafa o un delito putativo. El autor define el concepto de perjuicio patrimonial correctamente. Pero se equivoca sobre las condiciones para la existencia de dicho perjuicio, conforme a la regulación legal sobre honorarios. También en este caso el autor llega a creer que lo que hace es punible, a causa de una opinión jurídica equivocada referida a la antesala del tipo o ámbito pre-típico. Algo semejante ocurre (al menos, de acuerdo con las interpretaciones jurídicas más recientes) en el caso del "teléfono erótico"[423]. En este supuesto, el autor había concertado con un "gabinete de teléfonos eróticos" una llamada por 60 marcos, pero había logrado, mediante una treta, que la llamada recibida por él fuese puesta en la cuenta de otro abonado (que naturalmente no la pagó). Si se parte de la premisa (que, tras la legalización de la prostitución, no puede ser ya aceptada) de que el oferente, debido a la inmoralidad del "contrato", no poseía derecho a indemnización alguna, pero que el autor estaba convencido de que existía un deber de pagar, existiría también en este caso un error sobre las condiciones civiles para el perjuicio, que debe ser calificado como tentativa inidónea o como delito putativo.

cc) Competencia

391 Un error de esta clase particularmente frecuente en la jurisprudencia es el error sobre la competencia, en relación con el § 154. Alguien realiza una declaración falsa bajo juramente ante un organismo no competente, pero que él cree competente. ¿Tentativa o delito putativo? Tampoco en este caso la equivocación del autor versa sobre el concepto de competencia, puesto que él sabe que con dicho concepto se quiere hacer referencia a un organismo que, en general y en el caso concreto, puede recibir juramentos. Su error, sobre cuya base cree haber actuado de forma delictiva, se refiere a las normas extrapenales de atribución de competencias, en virtud de las que le es atribuida a un organismo la capacidad para recibir juramentos. Con lo que otra vez nos hallamos ante un error de Derecho en perjuicio propio en el ámbito pre-típico o campo previo al tipo (antesala del tipo).

dd) El hecho previo en la obstrucción a la justicia o encubrimiento*

392 En numerosas ocasiones (y de forma variada) se ha resuelto sobre el caso del autor de una supuesta obstrucción a la justicia (§ 258) que cree, a causa de un error de valoración jurídica, que existe un "hecho antijurídico previo". Esto ocurre cuando alguien cree que el hecho previo (del que conoce las circunstancias externas) cuya punición quiere obstruir es una acción delictiva, cuando en realidad se trata tan sólo de una infracción administrativa. Nuevamente, el autor define satisfactoriamente el "hecho antijurídico", en

---

[423] LG Mannheim NJW 1995, 3398; los numerosos comentarios a la sentencia se referencian en la n. 445.

* *Strafvereitelung* (§ 258 del Código Penal alemán). [N. del T.]

el sentido del § 258, como "un hecho que realiza un tipo de la ley penal" (§ 11 I núm. 5). Pero se equivoca sobre las condiciones para que exista (en concreto, sobre si el suceso previo, cuyos detalles conoce, es o no un delito). La creencia en la punibilidad obedece otra vez a un error pre-típico sobre su propia responsabilidad.

ee) La obligación tributaria

Enumeraré como último caso el de la creencia errónea en la existencia 393
de una obligación tributaria. Debido al gran número y oscuridad de las obligaciones tributarias existentes, los errores de Derecho en perjuicio propio son especialmente plausibles en este ámbito[424], aunque resultan difíciles de probar (por lo que la importancia práctica del problema es limitada). Mencionaré ahora únicamente el sencillo caso[425] de alguien que hereda de su esposa varios miles de marcos y cree erróneamente que debe tributar por dicha cantidad, por lo que conscientemente contesta al cuestionario de la administración tributaria, de forma incorrecta, que sólo había deudas. ¿Es una tentativa inidónea de defraudación tributaria o un delito putativo? El autor no se equivoca sobre los conceptos de reducción de su cuota o de hecho imponible, en el sentido del § 370 AO [Ordenanza Tributaria], sino sobre las condiciones jurídicas para la existencia de una deuda tributaria, es decir, sobre una circunstancia previa al tipo penal de defraudación tributaria.

b) Teoría del efecto fundamentador de los errores pre-típicos (en la antesala o campo previo al tipo) sobre la tentativa

Blei[426] fue el primero en defender la opinión de que existe tentativa siem- 394
pre que el autor "está sujeto a un error de Derecho en el ámbito pre-típico (antesala o campo previo al tipo), a consecuencia del cual cree estar realizando un elemento típico, que en sí mismo ha entendido correctamente". Este punto de partida ha sido convertido por *Herzberg*[427] en una teoría muy influyente hasta hoy mismo. En el caso de elementos como la "ajenidad" (§§ 242 y 246) o el "hecho antijurídico" (§ 258), nos hallaríamos ante "conceptos de remisión"[428]. Remitirían, respectivamente, a las reglas sobre la transmisión de la propiedad y al conjunto de los tipos penales. "Mientras el error del autor acerca de su responsabilidad tiene que ver con el ámbito de las remisiones, con el ámbito jurídico pre-típico (antesala o campo previo al tipo), dicho error da lugar a dolo y a una tentativa inidónea. Por el contrario, hay que apreciar delito putativo cuando la comprensión jurídica del autor

---

[424] Cfr., así, los ejemplos prácticos contenidos en *Reiß*, wistra 1986, 193 s.

[425] El ejemplo es de *Burkhardt*, wistra 1982, 180.

[426] Al final de una serie de trabajos dedicados al delito putativo: *Blei*, en JA 1973, 237, 321, 389, 459, 529, 601 (604); le sigue *Herdegen*, BGH-FS, 1975, 206.

[427] *Herzberg*, JuS 1980, 472 ss.

[428] Para esto y para lo que sigue, *Herzberg*, JuS 1980, 473.

está en contradicción con la decisión básica subyacente a la introducción del elemento típico".

395 Así pues, el que pretende apoderarse de cosas ajenas u obstruir la persecución de un delito se alzaría en contra de la "decisión fundamental" adoptada por el legislador y merecería la pena de la tentativa, incluso si por lo demás se equivoca jurídicamente en su propio perjuicio. Si, por el contrario, alguien considera "hechos antijurídicos", en el sentido del § 258, la segunda venta de cosas propias (que también él considera suyas), o una infracción administrativa que él reconoce como tal, se equivocaría tan sólo sobre la "decisión fundamental" del legislador de, respectivamente, impedir el apoderamiento de bienes ajenos y la obstrucción a la punición, y su actuación quedaría impune, por ser un delito putativo[429]. Esta teoría no permite saber qué elementos pertenecen al ámbito o campo previo (antesala) de las remisiones, ya que los cambios jurídicos en el ámbito de las remisiones no afectan a los tipos penales. Los cambios en las reglas de transmisión de la propiedad, en la incriminación de hechos previos o en las obligaciones tributarias no tienen incidencia alguna en el tenor literal y en el sentido de los tipos penales afectados, incluso cuando alteran su ámbito de aplicación. De manera que, si se sigue esta "teoría de la antesala o ámbito pre-típico", en cada uno de los cinco ejemplos de partida existiría una tentativa punible.

396 En contra de esta teoría (¡merecedora de mucha atención!) han surgido dos objeciones. En primer lugar, la misma lleva a una ampliación de la punición muy grande y no siempre aceptable desde el punto de vista político-criminal. Ya RGSt 65, 165 (172) observaba, en relación con el error sobre la obligación tributaria[430]: "En vista de la oscuridad de las obligaciones que se contienen en las leyes tributarias (...), las consecuencias serían insostenibles si se hiciese responsable a todo aquél al que el desconocimiento del Derecho le provoque la creencia de que su conducta (que en sí misma es insignificante a efectos tributarios, por no existir realmente la supuesta obligación tributaria) va a tener por consecuencia una disminución de la aportación tributaria". ¡O piénsese en el caso de que alguien realice un supuesto perjurio ante un policía, completamente incompetente para recibir juramentos![431] Según la teoría de la antesala o campo previo al tipo ello es una tentativa inidónea del delito del § 154 [falso testimonio con perjurio]. Esto no resulta convincente, pues el legislador no tiene ningún interés en "colocar la recepción de juramentos por parte de policías de tráfico bajo la protección del Derecho Penal; antes al contrario, a dichos sujetos les ha negado tal derecho"[432]. También *Herzberg* es consciente de lo dudoso de las consecuencias y pretende mitigarlas a través del § 23 III ("tosca o completa falta de comprensión"). Pero

[429] En sentido similar, también *Kudlich*, NStZ 1997, 433.

[430] En el mismo sentido, desde una perspectiva actual, entre otros, *Burkhardt*, JZ 1981, 687 s.; *Heidingsfelder*, 1991, 90; *Reiß*, wistra 1986, 193 ss.

[431] Con más detalle, *Roxin*, 2ª, 1970, 164 ss.; le sigue *Burkhardt*, JZ 1981, 685.

[432] *Roxin*, 2ª, 1970, 165.

difícilmente se puede reprochar a un lego en Derecho, totalmente ignorante en cuestiones de competencia, una completa o tosca falta de comprensión a causa de su desconocimiento. Esto es especialmente cierto en el caso de las obligaciones tributarias, que incluso los expertos apenas son capaces de abarcar. ¡Lo irracional en estos casos no es el profano, sino penarle!

Un segundo argumento en contra[433] es que frecuentemente es tan sólo 397
una cuestión de técnica legislativa el que algo sea regulado en la "antesala del tipo o ámbito pre-típico" o en el tipo penal mismo. Así, por ejemplo, el legislador podría haber incriminado únicamente la obstrucción de la persecución de determinados delitos particularmente graves, mencionándolos en el § 258. El que creyese que los intentos de impedir la persecución de las conductas no mencionadas en dicho precepto hipotético eran punibles conforme al § 258, estaría extendiendo en demasía el tipo penal y, según opinión general, quedaría impune. ¿Por qué, entonces, se debería penar hoy a alguien que, al realizar una acción de obstrucción a la justicia, toma (a causa de un error de Derecho) una infracción administrativa por un delito? Igualmente, es posible imaginar que todos los organismos competentes para recibir juramentos apareciesen nombrados en el tipo penal; siendo pocos, tal procedimiento resultaría hasta sensato, desde el punto de vista de la técnica legislativa, puesto que proporcionaría mayor claridad. En tal caso, la prestación de juramentos ante un organismo no mencionado en el tipo constituiría un delito putativo, ya que la representación del autor no estaría dirigida a algo que realiza el tipo penal. Pero resulta difícil aceptar que la mera técnica legislativa determine el ámbito de aplicación del tipo.

c) Teoría de la impunidad de todos los errores de Derecho autoinculpantes

Adhiriéndose a un antiguo trabajo de *Kriegsmann*[434], *Burkhardt*[435] desarro- 398
lló la tesis contraria (con una fundamentación mucho más profunda), a tenor de la cual todos los errores pre-típicos (en el campo previo o antesala del tipo) dan lugar a delito putativo[436]: "Un error inverso de Derecho –sin importar su origen- no sirve para fundamentar una tentativa, sino que da lugar a un delito putativo impune." Así pues, el que se apodera de una cosa que, en virtud de una interpretación jurídica equivocada, considera ajena (cfr. el ejemplo de nm. 389), comete tan sólo un delito putativo, y lo mismo sucede, según esta teoría, en el resto de los grupos de casos mencionados.

Esta interpretación se basa principalmente en la tesis[437] de que "todo error 399
inverso sobre la significación que tenga que ver con el desconocimiento de

---

[433] Al respecto, *Burkhardt*, JZ 1981, 687.

[434] *Kriegsmann*, 1904.

[435] *Burkhardt*, JZ 1981, 681; *el mismo*, wistra 1982, 178.

[436] *Burkhardt*, JZ 1981, 681.

[437] En relación con esto y con lo que sigue, *Burkhardt*, JZ 1981, 685.

normas jurídicas está ligado a una extensión excesiva del ámbito de protección jurídico-penal". Cuando alguien se apodera de una cosa que toma por ajena, a consecuencia de un examen jurídico erróneo, sería una equivocación decir que no yerra sobre el concepto de "ajenidad", sino tan sólo sobre las normas de transmisión de la propiedad en un ámbito o campo previo (antesala) a dicho elemento típico. Pues, en realidad, al llegar a afirmar la presencia de dicho elemento a consecuencia de su valoración jurídica errónea, estaría entendiendo por ajenidad algo diferente de lo que entiende el legislador. Esto lleva a *Burkhardt* a la conclusión de que el ámbito de significación (la extensión) de los elementos normativos de los tipos penales depende siempre de las normas jurídicas constitutivas en las que se basan. "Un error sobre dichas normas jurídicas afecta, por ello, necesariamente a la extensión de los elementos normativos del tipo y, consiguientemente, también al ámbito de aplicación del tipo penal de que se trate"[438].

400 Se trata de una concepción seductora[439], que en la mayoría de los casos da lugar a resultados plausibles, al permitir excluir –por ejemplo- obligaciones tributarias, competencias y delitos (nm. 391-393) tan sólo imaginarios del ámbito de punición del delito tributario, del delito de perjurio y del delito de obstrucción a la justicia. Al mismo tiempo, sin embargo, cabe dudar de la validez general de la tesis de que todo error de Derecho acerca de la propia responsabilidad tenga que ver siempre con una extensión excesiva del tipo penal tomado en consideración por el autor. Así, por ejemplo, en el caso de la estafa más arriba expuesto (nm. 390: fijado incorrecta de una cuantía inferior en el precio de un inmueble), el autor pretende causar daño al notario y lo habría logrado, si los honorarios que ha de pagar se basasen en dicha cantidad. El error del autor no tiene por objeto la comprensión del concepto "perjuicio patrimonial" (ya que asume correctamente que la disminución de la deuda es un perjuicio), sino la regulación jurídica de los honorarios de los notarios. Resulta poco convincente decir que esta materia pertenece al tipo penal de la estafa; por lo que es, además, político-criminalmente preferible considerar que, a pesar del error, en estos casos existe dolo de perjudicar y, consiguientemente, una tentativa de estafa. Así pues, en contra de la opinión de *Burkhardt*, hay que considerar que también existen errores de Derecho acerca de la propia responsabilidad que no alteran el ámbito de aplicación de la norma, y que dan lugar a la punición por tentativa.

d) La teoría del argumento *a contrario*

401 Hay una teoría (que, a pesar de todas las críticas, sigue siendo defendida tanto en la jurisprudencia como en la doctrina)[440] que pretende delimitar el

---

[438] *Burkhardt*, JZ 1981, 686.

[439] Siguen a Burkhardt, *Jakobs*, AT, 2ª, 25/42; *Otto*, JZ 1984, 143 ss. (144); *el mismo*, AT, 6ª, § 18 IV 4; *Schlüchter*, wistra 1985, 46 ss., 94 ss. (95).

[440] *Foth*, JR 1965, 370; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 50 II 1; *Maiwald*, 1984, 29; *Nierwetberg*, Jura 1985, 241; *Puppe*, Lackner-FS, 1987, 202; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 30; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 69 (con

delito putativo de la tentativa inidónea con ayuda de un "argumento *a contrario*": la tentativa inidónea sería un error inverso de tipo y el delito putativo, un error inverso de prohibición. Así, el que, por ejemplo, toma a un espantapájaros por una persona y dispara contra él con intención de matar, se equivoca sobre una circunstancia del tipo. Por lo que, al igual que el desconocimiento de una circunstancia del hecho realmente existente (el tirador toma erróneamente a la persona por un espantapájaros) excluye el dolo, el error inverso (el espantapájaros es visto como una persona) fundamentaría el dolo y daría lugar a una tentativa inidónea. Por otra parte, el que piensa en general que el hurto de uso es punible, se halla sujeto a un error inverso de prohibición (lo que no es completamente exacto, dado que el error de prohibición y el error sobre la punibilidad son dos cosas distintas: cfr. *Roxin*, AT, I, 3ª [=PG I], § 21, nm. 13): por lo que, así como el error de prohibición (por ejemplo, la creencia de que el uso de una bicicleta ajena no está prohibido por el § 248 b) no exime sin más de pena, el error inverso de prohibición (creyendo, por ejemplo, que "tomar prestada a la fuerza" una maquinaria de jardinería ajena es punible) no puede generar responsabilidad, y debe dar lugar a un delito putativo. (Ya en un primer vistazo, esta conclusión resulta insatisfactoria, puesto que generalmente el error de prohibición da lugar a una atenuación de la pena y, cuando es inevitable, a su exclusión, mientras que el delito putativo queda siempre impune.)

El argumento *a contrario* había cumplido ya un papel relevante en la ju- 402
risprudencia del RG[441], y ha sido empleado también en repetidas ocasiones por el BGH. En BGHSt 15, 345, se trataba de un caso en el que el acusado, en un procedimiento de confesión judicial bajo juramento, creyendo cometer perjurio, realizó una declaración falsa sobre una circunstancia que no estaba abarcada por el deber de información y de prestar juramente verdadero. El BGH vio en esta conducta (en contra de BGHSt 2, 74, 76) un delito putativo y afirmó que la diferencia entre el error de tipo y el error de prohibición era "decisiva también para la cuestión de si existe una tentativa inidónea o un delito putativo. Se da una tentativa inidónea cuando el autor cree erróneamente que concurre un elemento típico inexistente, mientras que la creencia errónea en el carácter prohibido de la actuación, es decir, la creencia errónea de que la conducta del autor resulta subsumible en una norma penal, es un delito putativo. Por lo que, si el autor cree erróneamente que una declaración realizada por él no entra dentro del juramento, mientras que, desde el punto de vista jurídico, sí que entra, se equivoca sobre el alcance de la norma, y se halla por ello en un error de prohibición. No se equivoca sobre un elemento típico, sino sobre si su conducta puede ser incluida dentro de la prohibición penal. De ello se deduce que la creencia errónea del autor de que una declaración falsa prestada

---

cautela); *Traub*, NJW 1960, 349; *el mismo*, JuS 1967, 115; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 16, nm. 9; LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 143; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 621.

[441] RGSt 42, 94; 66, 126; 72, 112.

por él bajo juramento estaba incluida dentro de su deber de veracidad, ha de ser calificada como un delito putativo".

403 La resolución de la Gran Sala (o Senado) acerca del error en los delitos de omisión impropia (cfr. nm. 387) opera también con el argumento *a contrario*. El BGH fundamenta su criterio de que el desconocimiento del deber de garante sería, si se conocen las circunstancias que dan lugar a dicho deber, un error de prohibición, en lo insostenible de los resultados que tendría para la teoría de la tentativa considerar que el deber de garante debe ser abarcado por el dolo: "Si se siguiese la opinión contraria, el autor omisivo que, erróneamente, cree que existe un deber de garante, debería ser sancionado por tentativa de un delito de omisión impropia. En realidad, este caso debe ser considerado como un delito putativo impune.".

404 Sin embargo, el argumento *a contrario* no constituye un instrumento idóneo para delimitar la tentativa y el delito putativo. Se trata de un criterio correcto tan sólo en el trivial sentido de que la tentativa inidónea exige un dolo dirigido a la realización de las circunstancias del hecho típico, dolo que falta en los casos de error de tipo, mientras que el error de prohibición no impide la existencia de dolo típico, que también falta en el delito putativo. De ello no cabe deducir, no obstante, que el error inverso de tipo (es decir, la creencia errónea en la concurrencia de una circunstancia cuyo desconocimiento excluiría el dolo) fundamente necesariamente la punición, ni siquiera la existencia de tentativa[442].

405 Esto vale también para el supuesto, aparentemente claro, de error de hecho sobre elementos típicos. Si, de acuerdo con el § 16, este error excluye el dolo, de ello no se sigue, de acuerdo con las leyes lógicas, que el error inverso, es decir, la creencia errónea en la concurrencia de circunstancias del hecho, dé lugar necesariamente a una tentativa. El que dispara a un espantapájaros con la intención de matar a un ser humano comete, a través este error inverso de tipo, una tentativa tan sólo si el legislador sanciona una conducta de esta índole, ¡y ello no puede ser dado por supuesto (cfr. nm. 23 ss.)! No se puede decir de ningún modo que la lógica obligue en tales supuestos a apreciar una tentativa, y que al legislador sólo le corresponda penarla o dejarla impune. Pues, si se busca el fundamento para la punición de la tentativa en la peligrosidad de la conducta del autor, una conducta que desde un inicio resulta evidentemente inadecuada para causar el resultado típico no puede ser una tentativa en sentido jurídico, debido a la falta de fundamento para su punición. Son, pues, las perspectivas teleológicas, no las lógicas, las que tienen que decidir acerca de qué es una tentatativa.

---

[442] En relación con los aspectos lógico, iusfilosófico y jurídico del argumento *a contrario*, existe una rica bibliografía, de la que aquí se indican únicamente las más importantes tomas de posición recientes: *Spendel*, ZStW 69 (1957), 441; *el mismo*, NJW 1965, 188; *Baumann*, NJW 1962, 16; *Sax*, JZ 1967, 261; *Engisch*, Heinitz-FS, 1972, 185; *Herzberg*, JuS 1980, 478 ss.; *Burkhardt*, JZ 1981, 684; *Puppe*, Lackner-FS, 1984, 199; *Schünemann*, GA 1986, 313, n. 96. La expone y sintetiza, con ulteriores referencias, *Heidingsfelder*, 1991, 95-112.

Incluso si se parte de que en principio la tentativa inidónea es punible, no 406
resulta obligado aceptar que el error inverso fundamente una tentativa. Esto lo demuestra el supuesto en el que alguien, a consecuencia de un error sobre los hechos, se atribuye un estatus (como funcionario, soldado, etc) que no concurre en él. Aunque el desconocimiento de los hechos que fundamentan el estatus excluya el dolo, la creencia equivocada de que concurren no puede fundamentarlo, ya que los deberes de estatus (incluso los que dan lugar a tentativa) no pueden ser exigidos por el mero hecho de que sean imaginados a causa de un error (cfr. nm. 356 ss.). También en este aspecto lo decisivo son los argumentos jurídicos, no los lógicos.

En los casos de error inverso de Derecho, el argumento *a contrario* no 407
aporta nada a la delimitación entre tentativa y delito putativo. Así, por ejemplo, es preciso considerar la creencia, basada en un desconocimiento del Derecho, de que no se adeuda ningún impuesto como un error de tipo, en relación con el § 370 AO [Ordenanza Tributaria][443]; pues un "autor" así no abarca ni siquiera de un modo vulgar el "sentido social" de la defraudación tributaria objetivamente cometida por él. Pero de ello no se deduce en ningún caso que tenga que existir una tentativa punible de defraudación tributaria cuando alguien, como consecuencia de razonamientos jurídicos equivocados, cree que concurre una obligación tributaria inexistente y no la declara[444]. Pues aunque el desconocimiento de la obligación tributaria excluya el dolo, la creencia de que concurre constituye una condición necesaria, pero por sí sola aún no una condición suficiente, para afirmar la existencia de dolo. Más bien, todos los argumentos teleológicos inducen a exigir, para que exista el dolo que fundamente una tentativa, además de la creencia en la concurrencia de una obligación tributaria, una representación errónea acerca de aquellos hechos cuya existencia daría lugar realmente a una deuda tributaria. Pues si la complejidad de las leyes tributarias sirve para disculpar al ciudadano que actúa desconociendo la existencia de una obligación tributaria, no tiene sentido que la creencia errónea de que existe una obligación tributaria, originada por esa misma complejidad, sea vista como generadora de responsabilidad. Estos errores también resultan probables a resultas de lo confuso de la legislación tributaria, y más perdonables incluso que el desconocimiento de una deuda realmente existente. ¡Si esta produce exención de pena, una valoración equivocada de la situación jurídica, que induce a creer en una obligación tributaria inexistente, debe eximir también![445].

Las carencias desde el punto de vista teleológico de una argumentación *a* 408
contrario (que considera suficiente para la tentativa el mero error de Derecho

---

[443] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 12, nm. 86.

[444] En este sentido, sin embargo, SK-*Rudolphi*, 6ª, § 22, nm. 32 a, 32 b; *Samson*, 1983, 112, aunque ambos consideran insatisfactorio el resultado.

[445] Sobre el estado del debate en el ámbito del Derecho Tributario, cfr. *Reiß*, wistra 1986, 193, con ulteriores referencias.

acerca de la propia responsabilidad, sin atender a los restantes conocimientos que son necesarios para el dolo) resultan especialmente manifiestas en relación con la sentencia del Grosses Senat acerca del error sobre el deber de garante en los delitos de omisión impropia (cfr. nm. 403). La sala opina que, si (como venía haciendo la jurisprudencia anterior) se considera el deber de evitación del resultado como un elemento típico, de manera que su desconocimiento produzca la exclusión del dolo, en el caso de una creencia, basada en valoraciones jurídicas erróneas, en la concurrencia de un (inexistente) deber de evitación del resultado, habría que apreciar una tentativa (en vez de, más correctamente, un delito putativo). ¡Esto es inaceptable! Incluso si se considera el desconocimiento del deber de evitación del resultado como un error de tipo, la construcción, basada en un error de Derecho acerca de la propia responsabilidad, de un elemento típico inexistente, no podría dar lugar a una tentativa, ya por efecto del principio de legalidad penal. Tampoco en este caso el argumento *a contrario* nos permite decir más que el que la creencia en la existencia de un deber de evitación del resultado es una condición para la apreciación de una tentativa; de ello no se sigue si el autor debe creer que concurren ciertos hechos, y cuáles son estos.

e) Solución diferenciadora correcta

409 La solución preferible es la que, en el caso de los errores en la antesala del tipo (el campo previo al tipo o ámbito pre-típico), transita entre las soluciones de *Herzberg* (nm. 394 ss.) y *Burkhardt* (nm. 398 ss.) y lleva a cabo una diferenciación[446]. Los elementos del tipo que se remiten a normas pre-típicas (de la antesala del tipo) son de dos clases. Por una parte, están los **"conceptos de recogida"**, breves descripciones que sintetizan una multiplicidad de obligaciones (§ 370 AO [Ordenanza Tributaria]), tipos penales (§ 258) u organismos competentes (§ 154). Detrás del concepto de disminución de la aportación tributaria se esconde el incumplimiento de un gran número de obligaciones tributarias específicas y de diversa naturaleza, que resultaría imposible incorporar en su totalidad al § 370 AO [Ordenanza Tributaria], pero que se deben considerar incluidos en dicho precepto cuando se pretenden comprender por completo los posibles objetos de la acción de disminución. El concepto de "hecho antijurídico" del § 258 I es una abreviación que aparece en lugar de todos los tipos penales, dado que por razones de técnica legislativa no es posible incorporarlos todos en la delimitación del delito, pero que en realidad los incluye. Asimismo, el concepto de "organismo competente" del § 154 es una descripción sintética de todas las instituciones disponibles para la recepción de juramentos, que de este modo forman parte del tipo penal.

410 Por consiguiente, en el caso de los conceptos de recogida, los concretos elementos en ellos agrupados pertenecen al ámbito de la norma penal. Esto im-

---

[446] De otro modo, y con resultados parcialmente diferentes, también *Lüderssen*, Roxin-FS, 2001 hace distinciones, emprendiendo el interesante intento de resolver el problema del "error inverso" sobre la base de los criterios una teoría preventiva de los fines de la pena.

plica que el error de Derecho sobre la propia responsabilidad da lugar a un delito putativo, ya que dicho error configura una punición que no está basada en ningún tipo penal; en este aspecto, hay que suscribir la teoría de *Burkhardt* (nm. 398 ss.). Así, cuando alguien, con intención de defraudación, imagina obligaciones tributarias que realmente no existen, este error queda fuera del ámbito del § 370 AO [Ordenanza Tributaria], que sólo incluye obligaciones tributarias realmente existentes. Por lo que se trataría de una ampliación excesiva del tipo penal, que sólo da lugar a un delito putativo. Cuando alguien obstruye la sanción de una infracción administrativa y, conociendo los hechos, la toma por un "hecho antijurídico" en el sentido del § 258, está extendiendo el concepto de delito de este tipo penal a formas de conducta que no caben en él, por lo que en todo caso comete únicamente un delito putativo. Lo mismo ocurre en los supuestos de creencia equivocada, basada en el desconocimiento del Derecho, en la existencia de "competencia": el que realiza un "perjurio" ante un fiscal, está dirigiendo su intención de cometer un delito a un "organismo" que no está contenida en la descripción sintética del término "competente" del § 154, por lo que también aquí sólo se puede tomar en consideración la existencia de un delito putativo, que va más allá de lo que el tipo penal prevé.

Sin embargo, hay elementos que se remiten a normas pre-típicas (del campo previo o antesala del tipo) que son de otra naturaleza. Así, el concepto de ajenidad remite únicamente a la propiedad o a la copropiedad de un tercero. Por lo que el que interpreta correctamente el concepto de propiedad ajena, puede tener el dolo de lesionar dicha propiedad. El amplio **complejo de normas que regulan el origen de la propiedad no forma parte del tipo penal del correspondiente delito patrimonial**, por lo que su desconocimiento, si se comprende adecuadamente el concepto de propiedad, no afecta a la eventual existencia de una tentativa. Así, el que pretende apoderarse de una cosa de propiedad ajena, y comprende correctamente el concepto de propiedad del § 903 BGB [Código Civil], tiene dolo de apropiación indebida, aun si se equivoca acerca de las reglas sobre la transmisión de la propiedad. 411

Heidingsfelder[447] lo ha expresado de un modo tajante: "Al igual que (...) el dolo referido al efecto embriagante de la cerveza con alcohol no depende del conocimiento de la técnica cervecera, tampoco las representaciones erróneas acerca de las disposiciones legales que regulan el procedimiento de transferencia pueden excluir el dolo referido al elemento típico 'ajeno'. El objeto necesario del dolo es únicamente la representación del autor de que él no es el propietario exclusivo del objeto material. Para la existencia del dolo resulta irrelevante *cómo* ha obtenido la víctima la propiedad sobre el objeto, tanto da que haya sido en virtud de lo dispuesto en el Código Civil, o bien, por ejemplo, de acuerdo con las reglas de un ordenamiento jurídico extranjero". En nuestro ejemplo de partida (nm. 389), en el que un sujeto transfiere una cosa propia en la creencia de que es ajena, existiría, pues, una tentativa de apropiación indebida. En este aspecto, hay que adherirse a la teoría de *Herzberg* del campo previo o antesala del tipo (nm. 394 ss.). 412

Del mismo modo, el concepto de perjuicio patrimonial tampoco es un concepto de recogida. No describe otra cosa que el aminoramiento resultan- 413

[447] *Heidingsfelder*, 1991, 162.

te (haciendo saldo) en los bienes económicamente valiosos de una persona. Dicho perjuicio patrimonial es también el cercenamiento de una obligación. Así, el que pretende defraudar a alguien en relación con una obligación existente en su favor, tiene dolo de causar perjuicio patrimonial. **Nada tiene que ver con el concepto de perjuicio patrimonial la cuestión de cuáles son las reglas que han originado la obligación cuya paralización da lugar al daño.** En el ejemplo del que hemos partido, en el que el autor pretendía estafar a un notario respecto de sus honorarios (nm. 390), el hecho de que el supuesto derecho del notario no existiera según la regulación de honorarios aplicable no afecta a la existencia de tentativa. Lo mismo ocurre en el polémico caso del teléfono erótico, cuando el autor, desconociendo la regulación jurídico-civil, ha dado por supuesto que el "gabinete" tenía derecho a cobrar las llamadas[448]. Hay que apreciar tentativa si el autor creyó erróneamente que la ventaja patrimonial buscada (y realmente lícita) era antijurídica[449].

414 Se trata, pues, de si la remisión a normas pre-típicas (del campo previo o antesala del tipo) tiene el carácter de síntesis y agrupación de muchos casos concretos o si, por el contrario, más bien hace referencia a conceptos como "propiedad" o "perjuicio patrimonial", cuya comprensión no exige el conocimiento del modo en que se han originado aquella propiedad o aquel derecho en los que se pretende dañar a la víctima. En el primer caso, las normas pre-típicas (del campo previo o antesala del tipo) pertinentes pertenecen al tipo penal, por lo que su ampliación excesiva da lugar a delito putativo. En el segundo caso, las condiciones jurídicas para la aparición de la propiedad o de la obligación quedan fuera del tipo penal, por lo que su desconocimiento no impide la existencia de una tentativa, siempre que el autor defina correctamente (en los términos de una valoración paralela en la esfera del profano) el objeto inmediato de la remisión (propiedad, perjuicio mediante una disminución de la obligación financiera).

415 Por lo demás, en la doctrina se han avanzado otras soluciones diferenciadoras para los errores en la antesala o campo previo (del tipo) como la que aquí se propone[450]. Así, por ejemplo, *Heidingsfelder*[451] (en quien se basa en buena medida la solución que propongo) llega al mismo resultado, mediante la distinción entre normas que circunscriben elementos, normas que completan elementos, normas que limitan elementos y normas neutrales en cuanto al ámbito de la norma típica; sólo en este último caso el error de Derecho sobre la propia responsabilidad produciría una tentativa. *Schünemann*[452], sobre la base de la teoría de la impresión, obtiene resultados similares a los aquí propuestos. *Vögler*[453], *Schlüchter*[454] y *Kuhlen*[455] diferencian también de modos distintos, aunque, en buena medida, semejantes.

---

[448] Así, también, LG Mannheim NJW 1995, 3398; *Geppert*, JK 96, StGB § 263/44. A favor del delito putativo, en cambio, *Beim*, NStZ 1996, 317; *Scheffler*, JuS 1996, 1070; *Abrahams/Schwarz*, Jura 1997, 355.

[449] BGHSt 42, 268; al respecto, *Geppert*, JK 97, StGB, § 263/48.

[450] Cfr. *Lackner/Kühl*, 24ª, § 22, nm. 15.

[451] *Heidingsfelder*, 1991, 152 ss.

[452] *Schünemann*, GA 1986, 312 ss.

[453] LK-*Vogler*, 10ª, § 22, nm. 143-149.

[454] *Schlüchter*, 1983, 145 ss.

[455] *Kuhlen*, 1987, 558.

f) La jurisprudencia relativa a los errores pre-típicos (en la antesala o campo previo al tipo)

La jurisprudencia está dividida, como evidencia la falta de una solución generalmente aceptada. RGSt 64, 229, 238; 65, 165, 172 apreciaron un delito putativo en el caso de creencia errónea en la existencia de una obligación tributaria, mientras que, según RGSt 68, 44, 53 s., existiría una tentativa inidónea. También KG wistra 1982, 196 aprecia una tentativa inidónea, apoyándose expresamente en la teoría desarrollada por *Blei* y por *Herzberg* (nm. 358 ss.) de que todos los errores de Derecho de carácter inculpante sobre la propia responsabilidad en el ámbito pre-típico (del campo previo o antesala del tipo) dan lugar a tentativa. En cambio, según la interpretación aquí defendida, habría que apreciar un delito putativo (nm. 373 s.)[456]. 416

El RG consideró la creencia errónea en la competencia como fundamento para una tentativa (RGSt 60, 25: "perjurio" ante un fiscal; RGSt 65, 206: "perjurio" ante una pasante no competente). El BGH sigue la misma línea[457]. Por el contrario, de acuerdo con el punto de vista defendido aquí, la creencia en la competencia basada en el desconocimiento del Derecho da lugar delito putativo (nm. 409 s.). En estos casos, sólo viene al caso la tentativa cuando exista error sobre los hechos: comete una tentativa inidónea de perjurio (punible) quien, tomándoles por jueces de instrucción, jura en falso ante un fiscal o ante un notario[458]. 417

Según BGHSt 15, 210, la creencia errónea de que la acción cuya sanción se obstruye es un delito, cuando obedezca exclusivamente a valoraciones jurídicas equivocadas, daría lugar también a una tentativa del § 258. Por el contrario, BayObLG JZ 1981, 715 s. apreció un delito putativo en un caso en el que alguien había engañado a la policía con el fin de proteger de una multa a un conocido suyo que se había visto implicado en un accidente de tráfico. En realidad, el hecho previo, que era conocido por el autor únicamente en sus detalles externos, constituía tan sólo una infracción administrativa; se sanciona con una multa, cuya obstrucción no resulta punible. La opinión del BayObLG, según la cual la calificación jurídica errónea de una infracción administrativa como delito no da lugar a tentativa del § 258, se corresponde con el punto de vista defendido aquí (nm. 409 s.). Existiría tentativa únicamente si el autor hubiese dado erróneamente por ciertos hechos que darían lugar un hecho previo delictivo[459]. 418

---

[456] A favor de la tentativa: *Maiwald*, 1984, 30 ss.; SK-*Rudolphi*, 6ª § 22, nm. 32 a, b; *Samson*, 1983, 112; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 22, nm. 90. A favor del delito putativo: *Burkhardt*, wistra 1982, 178 ss.; *Heidingsfelder*, 1991, 157; *Jakobs*, AT, 2ª, 25/39 ss.; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 22, nm. 15; *Reiß*, wistra 1986, 198 s.

[457] BGHSt 3, 348; 5, 111, 113 s., 117; 10, 272, 275 s.; 12, 56, 58.

[458] En el mismo sentido: *Burkhardt*, JZ 1981, 681 ss.; *el mismo.*, wistra 1982, 178 ss.; *Jakobs*, AT, 2ª, 25/38 ss.; *Kühl*, JuS 1981, 193; *el mismo.*, AT, 3ª, 15/100; *Otto*, AT, 6ª, § 18 IV 4 c. Por el contrario, a favor de la tentativa: *Herzberg*, JuS 1980, 469; *Nierwetberg*, Jura 1985, 238; SK-*Rudolphi*, 6ª § 22, nm. 32 a, b; *Schlüchter*, JuS 1985, 528; todos ellos, con ulteriores referencias.

[459] También a favor del delito putativo, *Burkhardt*, JZ 1981, 686, n. 59; *Heidingsfelder*, 1991, 157; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 22, nm. 15; *Weber*, MDR 1961, 426 s. En cambio, a favor de la tentativa: *Blei*, JA 1973,

419 El caso de la creencia errónea de que una cosa vendida dos veces es ajena (nm. 389) fue resuelto por el OLG Stuttgart, en un supuesto similar (aunque basándose en el argumento *a contrario*), en sentido favorable a la tentativa de apropiación indebida. En la solución, esto es coherente con la opinión sostenida aquí (nm. 411 s.), y constituye además la opinión dominante en la doctrina[460]. En la sentencia de BayObLG NJW 1955, 1567 s. se aborda el grupo de casos de la creencia –basada en valoraciones jurídicas erróneas- en la existencia de un perjuicio patrimonial (nm. 390). Coincidiendo con la interpretación defendida aquí (nm. 413), el tribunal apreció tentativa inidónea punible[461].

603; *el mismo*, AT, 18ª, § 65 II 1; *Maurach*, NJW 1962, 720; *Puppe*, Lackner-FS, 1987, 228; SK-*Rudolphi*, 6ª § 22, nm. 32 a; *Stree*, JR 1981, 299; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 258 a, nm. 6.

[460] En el mismo sentido que aquí, entre otros, *Baumann*, NJW 1962, 16 s..; *Heidingsfelder*, 1991, 162; *Herzberg*, JuS 1980, 472 s.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 50 II 2; *Maurach*, NJW 1962, 720; *Schlüchter*, 1983, 161 s.; *la misma*, JuS 1985, 528; *Zaczyk*, 1989, 265. En cambio, a favor del delito putativo, *Burkhardt*, JZ 1981, 685; *Jakobs*, AT, 2ª, 25/42.

[461] Coincide *Heidingsfelder*, 1991, 161; cfr. también BGH NStZ 1997, 431, con comentario favourable de *Kudlich*, NStZ 1997, 432, y LG Mannheim NJW 1995, 3398 con comentario desfavorable de *Behm*, NStZ 1996, 317; *Scheffler*, JuS 1996, 1070.

§ 30. El desistimiento de la tentativa

Bibliografía: *Feuerbach*, Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten, 1804; *Zachariä*, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Teil II, 1839; *Oppenhoff*, Das StGB für die preußischen Staaten, 5.ª, 1867; *Baumgarten*, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888; *Thomsen*, Über den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte, 1895; *Radbruch*, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. I-IV, 1908; *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, 1915; *Glaeser*, Kritische Betrachtung des "Freiwilligen Rücktritts", 1933; *zu Dohna*, Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuche im Lichte der Judikatur des RG, ZStW 59 (1940), 541; *Schröder*, Der Rücktritt des Teilnehmers vom Versuch nach §§ 46 und 49a, MDR 1949, 714; *Bockelmann*, Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, NJW 1955, 1417 (= Untersuchungen, 180); *Heinitz*, Streitfragen der Versuchslehre, JR 1956, 248; *Schröder*, Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch, MDR 1956, 321; *Lönnies*, Rücktritt und tätige Reue bei unechtem Unterlassungsdelikt, NJW 1962, 1950; *Schröder*, Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, JuS 1962, 81; *Gutmann*, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, 1963; *Arzt*, Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom Versuch, GA 1964, 1; *Roxin*, Literaturbericht, ZStW 77 (1965), 60; *R. v. Hippel*, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966; *Otto*, Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, GA 1967, 144; *Roxin*, Literaturbericht. Strafrecht. Allgemeiner Teil, ZStW 80 (1968), 694; *Hruschka*, Zur Frage des Wirkungsbereiches eines freiwilligen Rücktritts vom unbeendeten Versuch, JZ 1969, 495; *Lang-Hinrichsen*, Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme, Engisch-FS, 1969, 353; *Geilen*, Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch, JZ 1972, 335; *Muñoz-Conde*, Theoretische Begründung und systematische Stellung der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 84 (1972), 756; *Otto*, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung, Maurach-FS, 1972, 91; *Roxin*, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Heinitz-FS, 1972, 251 [= Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada, en *Roxin*, Problemas básicos del Derecho penal, trad. y notas de Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, 248 ss.]; *v. Scheurl*, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972; *Roxin*, Der Anfang des beendeten Versuchs, Maurach-FS, 1972, 213; *Herzberg*, Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973, 89; el mismo, Aberratio ictus und abweichender Kausalverlauf, ZStW 85 (1973), 867; *Leuckner*, Probleme beim Rücktritt des Beteiligten, Gallas-FS, 1973, 281; *Muñoz-Conde*, Der mißlungene Rücktritt: Eine Wiederkehr der Erfolgshaftung, GA 1973, 33; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, ^{2}1973; *Rudolphi*, Literaturbericht. Strafrecht – Allgemeiner Teil, ZStW 85 (1973), 104; *Grünwald*, Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht, Welzel-FS, 1974, 701; *Burkhardt*, Der "Rücktritt" als Rechtsfolgebestimmung, 1975; *Gössel*, Über den fehlgeschlagenen Versuch, ZStW 87 (1975), 3; *Bloy*, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976; *Maiwald*, Literaturbericht Strafrecht Allgemeiner Teil (Teilnahmelehre), ZStW 88 (1976), 712; *Ulsenheimer*, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976; *Roxin*, Gedanken zum "Dolus Generalis", Würtenberger-FS, 1977, 109; *Wolter*, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung – zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 89 (1977), 697; *Krümpelmann*, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Beiheft in ZStW 90 (1978), 6; *Bottke*, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979; *Haft*, Der Rücktritt des Beteiligten bei Vollendung der Straftat, JA 1979, 306; *Hassemer*, Generalprävention und Strafzumessung, in: Hauptprobleme der Prävention, 1979; *Küper*, Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979, 775; *Ulsenheimer*, Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte, Bockelmann-FS, 1979, 405; *Botthe*, Zur Freiwilligkeit und Endgültigkeit des Rücktritts vom versuchten Betrug,

JR 1980, 441; *Jakobs*, Die Bedeutung des Versuchsstadiums für die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts, JuS 1980, 714; *Otto*, Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, JA 1980, 641 (Teil 1); 707 (Teil 2); *Sonnen*, Fehlgeschlagener Versuch und Rücktrittsvoraussetzungen, JA 1980, 158; *Walter*, Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnenden Strafrecht, 1980; *Backmann*, Strafbarkeit des vor Tatbeginn zurückgetretenen Tatbeteiligten wegen vollendeter Tat?, JuS 1981, 326; *Krauß*, Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch, JuS 1981, 883; *Kühl*, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JuS 1981, 196 (Teil 6); *Roxin*, Der fehlgeschlagene Versuch. Zugleich ein Beitrag zum Problem der wiederholten Ausführungshandlung, JuS 1981, 1; *Walter*, Bestimmung der Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, GA 1981, 403; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; el mismo, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, 168; *Borchert/Hellmann*, Die Abgrenzung der Versuchsstadien des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB anhand der Erfolgstauglichkeit, GA 1982, 429; *dies.*, Übungsklausur Strafrecht – Fall aus den Bereichen: Rücktritt vom Versuch, Tötungsdelikte, Jura 1982, 658; *Gores*, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982; *Weber*, Übungsklausur Strafrecht. Der präparierte Sportwagen, Jura 1983, 544; *Wolter*, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz?, Leferenz-FS, 1983, 545; *Puppe*, Der halbherzige Rücktritt, NStZ 1984, 488; *Streng*, Tatbegriff und Teilrücktritt, JZ 1984, 652; *Herzberg*, Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung, Blau-FS, 1985, 97; *Otto*, Die neuere Rechtsprechung zu den Vermögensdelikten – Teil 1, JZ 1985, 21; *Herzberg*, Beendeter oder unbeendeter Versuch: Kritisches zu einer neuen Unterscheidung des BGH, NJW 1986, 2466; el mismo, Der Rücktritt mit Deliktsvorbehalt, H. Kaufmann-GS, 1986, 709; *Mayer*, Privilegierungswürdigkeit passiven Rücktrittsverhaltens bei modaler Tatfortsetzungsmöglichkeit, 1986; *Puppe*, Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt, NStZ 1986, 14; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars (Teil 2), GA 1986, 293; *Vogler*, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer an der Straftat, ZStW 98 (1986), 331; *Bloy*, Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung, BGHSt 31, 46 und BGH NJW 1985, 813, JuS 1987, 528; *Herzberg*, Grund und Grenzen der Strafbefreiung vom Rücktritt vom Versuch – Von der Strafzwecklehre zur Schulderfüllungstheorie, Lackner-FS, 1987, 325; *Ranft*, Zur Abgrenzung von unbeendetem und fehlgeschlagenem Versuch bei erneuter Ausführungshandlung (Teil 1), Jura 1987, 434; (Teil 2) 527; *Römer*, Fragen des "ernsthaften Bemühens" bei Rücktritt und tätiger Reue, 1987; *Bergmann*, Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB, 1988; el mismo, Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 100 (1988), 329; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988; *Herzberg*, Gesamtbetrachtung und Einzelaktstheorie beim Rücktritt vom Versuch, NJW 1988, 1559; *Mayer*, Nochmals: Gesamtbetrachtung und Einzelaktstheorie beim Rücktritt vom Versuch, NJW 1988, 2589; *Sonnen/Hansen-Siedler*, Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Vollendung, JA 1988, 17; *Grasnick*, volens – nolens, JZ 1989, 821; *Günther*, Partieller Rücktritt vom Versuch und Deliktswechsel, Armin Kaufmann-GS, 1989, 541; *Herzberg*, Problemfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung, NJW 1989, 862; el mismo, Zum Grundgedanken des § 24 StGB, NStZ 1989, 49; el mismo, Rücktritt vom Versuch trotz bleibender Vollendungsgefahr?, JZ 1989, 114; *Lampe*, Rücktritt vom Versuch "mangels Interesses" – BGHSt 35, 184, JuS 1989, 610; *Römer*, Vollendungsverhinderung durch "ernsthaftes Bemühen" – Überlegungen zu einer Harmonisierung der Rücktrittsvorschriften, MDR 1989, 945; *Rudolphi*, Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen, NStZ 1989, 508; *Streng*, Schuld ohne Freiheit?, ZStW 101 (1989), 237; *Herzberg*, Theorien zum Rücktritt und teleologische Gesetzesdeutung, NStZ 1990, 172; el mismo, Aufgeben durch bloßes Aufhören? Der BGH im Dilemma einer Theorie, JuS 1990, 273; el mismo, Die aktuelle Entscheidung: Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums, Jura 1990, 16; *Jerouschek*, Jenseits von Gut und Böse: Das Geständnis und seine Bedeutung im Strafrecht, ZStW 102 (1990), 793; *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990; *Puppe*, Rücktritt vom Versuch des Totschlags, NStZ 1990, 433; *Schall*, Zum Rücktritt vom Versuch bei beding-

tem Tötungsvorsatz und wiederholter Ausführungshandlung trotz Zielerreichung – BGH, NStZ 1990, 30, JuS 1990, 623; *Streng*, Rücktritt und dolus eventualis, JZ 1990, 212; *Weinhold*, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, 1990; *Herzberg*, Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch und Überlegungen de lege ferenda, NJW 1991, 1633; *Bauer*, Der strafbefreiende Rücktritt vom unbeendeten Versuch – ein Problem der subjektiven Geschäftsgrundlage (Tatgrundlage), wistra 1992, 201; *Erb*, Mord in Mittäterschaft – BGH, NJW 1991, 1068, JuS 1992, 197; *Feltes*, Der (vorläufig) fehlgeschlagene Versuch, GA 1992, 394; *Jakobs*, Rücktritt als Tatveränderung versus allgemeines Nachtatverhalten, ZStW 104 (1992), 82; *Kampermann*, Grundkonstellationen beim Rücktritt vom Versuch, 1992; *Mitsch*, Der Rücktritt des angestifteten oder unterstützten Täters, Baumann-FS, 1992, 89; *Otto*, Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, Jura 1992, 423; *Schäfer*, Die Privilegierung des "freiwillig-positiven" Verhaltens des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat: Zugleich ein Beitrag zum Grundgedanken des Rücktritts vom Versuch und zu den Straftheorien, 1992; *Schlüchter*, Normkonkretisierung am Beispiel des Rücktrittshorizonts, Baumann-FS, 1992, 81; *Hauf*, Rücktritt vom Versuch – Diskussion ohne Ende, 1993; el mismo, Der Große Senat des BGH zum Rücktritt vom unbeendeten Versuch bei außertatbestandlicher Zielerreichung, MDR 1993, 929; *Kolster*, Die Qualität der Rücktrittsbemühungen des Täters beim beendeten Versuch, 1993; *Pahlke*, Rücktritt bei dolus eventualis, 1993; *Streng*, Handlungsziel, Vollendungsneigung und "Rücktrittshorizont", NStZ 1993, 257; *Bauer*, Außertatbestandliche Handlungsziele beim strafbefreienden Rücktritt vom Versuch, MDR 1994, 132; *Bottke*, Mißlungener oder fehlgeschlagener Vergewaltigungsversuch bei irrig angenommenem Einverständnis?, JZ 1994, 71; *Vitt*, Zum Rücktritt vom Versuch der Vergewaltigung bei irrtümlicher Annahme der Einwilligung der Verletzten nach Versuchsbeginn, JR 1994, 199; *Pahlke*, Rücktritt nach Zielerreichung, GA 1995, 72; *Th. Schmidt*, Zulässigkeit der Aufzeichnung und Verwertung von "Raumgesprächen", JuS 1995, 651; *Sowada*, Die erfolgsqualifizierten Delikte im Spannungsfeld zwischen Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts, Jura 1995, 644; *Sancinetti*, Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch, 1995; *Heckler*, Beendeter Versuch bei fehlender Vorstellung des Täters über die Folgen seines Tuns?, NJW 1996, 2490; *Jäger*, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996; *Loos*, Beteiligung und Rücktritt, Jura 1996, 518; *Murmann*, Rücktritt vom Versuch bei Gleichgültigkeit des Täters?, JuS 1996, 590; *Beinecke*, Rücktritt vom Raub bei leichtfertiger Verursachung der qualifizierenden schweren Folge, JuS 1997, 1151; *v. Heintschel-Heinegg*, Versuch und Rücktritt, ZStW 109 (1997), 29; *Küper*, Der Rücktritt vom "erfolgsqualifizierten Versuch", JZ 1997, 229; *Martin*, Rücktritt vom Raub bei leichtfertiger Verursachung der qualifizierenden schweren Folge, JuS 1997, 178; *Jäger*, Der Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch, NStZ 1998, 161; *Maiwald*, Das Erfordernis des ernsthaften Bemühens beim fehlgeschlagenen oder beendeten Versuch (§ 24 Abs. 1 Satz 2 StGB), E. A. Wolff-FS, 1998, 337; *Eisele*, Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch, JA 1999, 922; *Kudlich*, Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch, JuS 1999, 240; 349; 449; el mismo, Rücktritt vom Versuch bei mehreren Beteiligten, wenn die Rettung des Opfers vereinbart war, JA 1999, 624; *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999, 49; *Stuckenberg*, Rücktritt vom Totschlagsversuch, JA 1999, 751; *Anders*, Zur Möglichkeit des Rücktritts vom erfolgsqualifizierten Versuch, GA 2000, 64; *Bacher*, Versuch und Rücktritt beim erfolgsqualifizierten Delikt – zugleich ein Beitrag zum Begriff der Tat, 2000; *Bottke*, Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt, BGH-FG, Band IV, 135; *Greeve*, Zielerreichung im Eventualversuch und in anderen Versuchsformen, 2000; *Jäger*, Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 112 (2000), 783; *Küper*, Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, ZStW 112 (2000), 1; *Otto*, Rücktritt und Rücktrittshorizont, Jura 2001, 341; *Yamanaka*, Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund des Rücktritts vom Versuch, Roxin-FS, 2001, 773; *Boß*, Der halbherzige Rücktritt, 2002; *Hardtung*, Versuch und Rücktritt bei den Teilvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB, 2002; *Heckler*, Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsgefahr, 2002; *Rau*, Ernsthaftes Bemühen beim Rücktritt nach § 24 Abs. 1 S. 1 StGB?, 2002; *Schliebitz*, Die Erfolgszurechnung beim "mißlungenen" Rücktritt, 2002.

A. Ratio y ubicación sistemática del desistimiento liberador de pena

I. El fundamento jurídico de la exención

1. Regulación legal y planteamiento del problema

1 Según el § 24 I 1 no será castigado por tentativa quien abandona voluntariamente la realización posterior del hecho o quien impide su consumación. El legislador distingue, pues, entre tentativas que han de seguir siendo ejecutadas –por ejemplo, la pistola en posición de tiro aún debe ser disparada- y aquellas otras en las que eso no es necesario –la bomba que debe explotar con un temporizador ya está lista. En el primer caso basta con un abandono voluntario para conseguir la impunidad –el autor de la tentativa no aprieta el gatillo y enfunda la pistola de nuevo; en el segundo caso es necesario, por el contrario, una evitación voluntaria –la bomba ha de ser desactivada antes de la explosión, o la policía ha de ser informada con la debida antelación. Ha adquirido carta de naturaleza designar el primer caso como **tentativa inacabada** y el segundo como **tentativa acabada** (cfr. nm. 163 ss.). Para el caso de tentativa acabada, el § 24 I 2 abre incluso otra posibilidad de liberación de pena: si el delito no se consuma sin la intervención del autor de la tentativa, basta entonces con su esfuerzo libre y serio para impedir el resultado. Para la participación de varios el § 24 II formula una regulación independiente que se basa en la exigencia de la evitación voluntaria del hecho o del esfuerzo serio y espontáneo para ello.

2 Está claro que esta regulación suscita múltiples problemas interpretativos. Ya las categorías básicas –abandonar, impedir, voluntariedad– son tan discutidas como pocos conceptos de la Parte General. Si se quiere esclarecer estos términos y vincularlos a una concepción unitaria, hay que recurrir entonces a la idea rectora del legislador en que se basa el desistimiento liberador de pena. La ratio –a su vez polémica– del privilegio concedido por el § 24 es importante por consiguiente para la interpretación de los numerosos problemas concretos que presenta este precepto. Por eso hay que aclararla previamente. Ciertamente, hay que evitar el error de pensar que una concepción –necesariamente abstracta– del desistimiento voluntario podría responder sin más a las múltiples cuestiones de detalle que se plantean en la interpretación. Pero de todos modos dicha concepción puede excluir determinadas soluciones por ser incompatibles con la idea fundamental del precepto y aportar para otros casos una directriz o pauta que hay que desarrollar concretándola sobre la base de las diferentes configuraciones de la situación. Cómo afecta esto a la solución de cuestiones de detalle, sólo puede mostrarse en el desarrollo de la exposición.

3 A continuación se discuten las cinco teorías más significativas del desistimiento, previa exposición de la teoría de los fines de la pena que aquí se defiende. A este respecto hay que ser consciente de que durante casi 200 años discute entre sí un número casi inabarcable de concepciones y que además las

diferentes teorías aparecen en combinaciones diversas[1]. Renunciando a los matices, aquí sólo pueden ser dibujadas las líneas argumentativas esenciales.

2. La teoría de los fines de la pena

La teoría de los fines de la pena es hoy la dominante. En su formulación más sencilla indica que en el desistimiento voluntario ya no estaría respaldado un castigo por ningún posible fin de la pena: ni exigencias de prevención general o especial, así como tampoco la necesidad de una compensación de la culpabilidad requieren una sanción penal. Con gran claridad ha declarado esto, por primera vez, la BGHSt 9, 48, 5 [2]: "Si el autor desiste voluntariamente de la tentativa iniciada, se manifiesta entonces en ello que su voluntad criminal no era tan fuerte como habría sido necesario para ejecutar el hecho. Su peligrosidad, que se había expresado inicialmente en la tentativa, posteriormente resulta ser sustancialmente menor. Por esta razón la ley prescinde de castigar 'la tentativa como tal', ya que una pena no le parece necesaria para disuadir al autor de cometer delitos en el futuro, para intimidar a otros y para restaurar el ordenamiento jurídico vulnerado". La idea, que parece lógica y evidente, de que los fines de la pena ya no exigen un castigo en caso de desistimiento voluntario ya había sido expresada también previamente[3]; pero esta interpretación ha llegado a ser una "teoría" independiente sólo desde la BGHSt 9, 48. 4

La versión que esta teoría ha encontrado en el BGH no es inobjetable en la medida en que se minimiza de una manera demasiado global la peligrosidad del autor que desiste, y únicamente de eso se hace derivar la falta de necesidad de pena. Pues un sujeto que penetra en el estadio de la tentativa y luego retrocede, se muestra, después de todo, como una persona lábil en relación a las exigencias del Derecho penal. Y también puede ser que alguien que ahora no puede vencer por completo sus inhibiciones, esté quizás en camino de hacerlo y lleve a cabo el delito la próxima vez. Por eso, la suposición de que no es necesaria una influencia preventivo-especial la ha apostrofado *Lang-Hinrichsen* "como una prognosis criminológica extraordinariamente osada"[4], y *Herzberg*[5] habla de un "optimismo politicocriminal" que en la mayoría de los casos es "una mera ilusión y una especulación sin fundamento". 5

Cierto que esto es a su vez exagerado. Pero es correcto que la pregunta de si y en qué medida un sujeto que desiste voluntariamente está curado de una vez por todas de sus inclinaciones criminales hay que responderla de modo diferen- 6

---

[1] La panorámica más completa de los últimos tiempos la ofrece *Ulsenheimer*, 1976, 33-119. Aún más actual es la igualmente buena exposición de *Schäfer*, 1992, 13–95; además *Boß*, 2002, 15-35, quien trata de explicar el privilegio del desistimiento "desde diferentes puntos de partida", y (más breve) en *Heckler*, 2002, 109 ss.

[2] A ello se refiere también la BGHSt 14, 75 (80).

[3] Cfr. *Bloy*, 1976, 158, con más referencias.

[4] *Lang-Hinrichsen*, Engisch-FS, 1969, 370.

[5] *Herzberg*, NStZ 1989, 56.

te dependiendo de la situación del caso concreto. Pero eso no constituye objeción alguna contra la teoría de los fines de la pena como tal, pues la eliminación de la necesidad preventivo-especial del castigo en quien desiste voluntariamente no puede fundamentarse en absoluto como lo hace el BGH. Las "inclinaciones dañinas" por sí mismas no proporcionan todavía una justificación para la intervención penal en un Derecho penal del hecho. Más bien, esa justificación en caso de tentativa ha de derivarse de que el hecho concreto del delincuente le muestra como un autor dispuesto y capaz para la comisión del delito, que ha mantenido su decisión y sólo se ha visto obstaculizado a la realización del hecho por circunstancias externas. Por tanto, la necesidad de influencia preventivo-especial ha de derivarse del suceso real, del "hecho" existente. Este presupuesto no concurre en quien desiste voluntariamente: en lo que se refiere al hecho intentado, ha regresado a la legalidad y sus inclinaciones delictivas, aún quizás existentes, proporcionan tan poco motivo para un castigo como en cualquier otra persona en peligro de comportarse criminalmente[6].-

7 De ello se deriva una **"teoría modificada de los fines de la pena"**[7], que hoy se defiende mayoritariamente a pesar de algunas acentuaciones diferentes[8]. Desde el punto de vista aquí defendido, explica la exención de pena de quien desiste voluntariamente a partir de la desaparición de las necesidades preventivo-especiales de pena, tal como se ha fundamentado y asegurado contra malentendidos en el nm. 6, y del hecho de que tampoco desde una perspectiva preventivo-general existe necesidad alguna de un castigo. Pues la peligrosidad de la tentativa, que constituye el fundamento primario de ésta, la ha eliminado el propio sujeto que desiste (§ 29, nm. 10 ss.), y la impresión jurídicamente conmocionante (de conmoción jurídica), que también puede fundamentar la punibilidad de tentativas incluso no peligrosas, también es eliminada por la voluntariedad del desistimiento. El autor que se ha retirado todavía a tiempo y de forma voluntaria no da un mal ejemplo a la colectividad, sino que en cierta medida confirma el Derecho, que al final se ha impuesto aún en su comportamiento. Si en la tentativa acabada el autor no consigue la evitación del resultado, existe entonces una lesión del bien jurídico, que requiere pena por motivos preventivo-generales. La buena voluntad del autor que está dispuesto a retroceder no es suficiente por sí sola para que se suprima la necesidad de pena; aquí, como en otros casos[9], la ne-

---

[6] *Roxin*, 2.ª, 1973, 37; *el mismo*, Heinitz-FS, 1972, 256. Expresamente a favor *Bloy*, 1976, 159. Del mismo modo, en disputa con *Herzberg Rudolphi*, NStZ 1989, 511.

[7] Así denomina *Bloy*, 1976, 158 la concepción desarrollada aquí.

[8] *Bloy*, 1976, 160; *Bottke*, 1979, 350, 565 ss.; *Gores*, 1982, 149; *Günther*, Arm. Kaufmann-FS, 1989, 546; *Gutmann*, 1963, 64 ss.; *Jerouschek*, ZStW 102 (1990), 812; *Krauß*, JuS 1981, 888; *Lampe*, JuS 1989, 610; Krey, AT/2, nm, 455; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 41/14; *Muñoz-Conde*, ZStW 84 (1972), 761; *Ranft*, Jura 1987, 532; *el mismo*, JZ 1989, 1128, 1129; SK-*Rudolphi* 6.ª, § 24, nm. 4; *Schall*, JuS 1990, 626; *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 24, nm. 1 ss. Similar *Heckler*, 2002, 121 ss. (121): Se trata de "que posteriormente el autor invalida de nuevo (al menos en gran parte) el fundamento de la punibilidad de la tentativa". El enfoque adoptado aquí es acogido y desarrollado aún más por *Yamanaka*, Roxin-FS, 2001, 773.

[9] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª, [PG I], § 3 nm. 36.

cesidad de pena sólo puede derivarse de razones preventivo-generales. Por el contrario, también un esfuerzo infructuoso del autor conduce a la impunidad si el hecho no se consuma sin su intervención. Como en este caso no se ha producido el resultado, las necesidades preventivo-generales de pena son sustancialmente menores, de forma que el "retorno" del autor, relevante desde la prevención especial, puede ser recompensado con la impunidad.

La fuerza de convicción de la teoría de los fines de la pena se basa en que 8
explica de forma convincente y sin forzar las cosas la diversidad de regulaciones legales. Además, aboga en su favor la reflexión sobre los fundamentos de la punibilidad de la tentativa: si ésta depende incuestionablemente de las consideraciones legislativas orientadas al fin de la pena sobre la necesidad de una penalización, es razonable aceptar desde un principio que la despenalización según el § 24 se basa en la desaparición de esa necesidad, y que, por tanto, puntos de vista de los fines de la pena apoyan tanto la exclusión del castigo como su imposición. Es cierto que la conclusión como tal no es obligada, pues teóricamente podrían constituir el motivo de la exención de pena también consideraciones situadas fuera de la necesidad de pena, tales como la idea de protección de la víctima en el marco de la teoría del puente de plata (nm. 14 ss.) o un extrapenal "principio de liquidación o saldo" (nm. 25 ss.). Sin embargo, si todas las interpretaciones de esta índole se evidencian como no sostenibles (nm. 17 ss., 26 ss.), sólo queda la teoría de los fines de la pena como única concepción consecuente.

Frente a esto se alega como principal objeción a la teoría de los fines de la 9
pena que todas las declaraciones sobre la necesidad preventiva son inseguras y no suficientemente demostrables empíricamente[10]. Tales objeciones están plenamente justificadas frente a las prognosis preventivo-especiales del BGH (nm. 4,5), pero no frente a la teoría modificada de los fines de la pena, que se basa en las previsiones normativas del Derecho penal del hecho (nm. 6). Y en lo que concierne a las hipótesis preventivo-generales, bien es cierto que son difíciles de demostrar empíricamente. Pero ello no es decisivo, porque naturalmente que la regulación legal no descansa en los resultados comprobados reales para el caso concreto sino en suposiciones legislativas generalizadas. Esto rige también para el fundamento de la pena. Que realmente la tentativa inidónea provoca en el caso concreto una "impresión jurídicamente conmocionante" que reclama una pena, es algo que puede ponerse en duda; para el intérprete es suficiente que el legislador parte de ello y dispone su punibilidad con carácter general. De forma análoga, para el desistimiento liberador de pena es suficiente el juicio legislativo de que se ha eliminado mediante aquél la impresión jurídicamente conmocionante. Las leyes son necesariamente declaraciones normativas que sólo se refieren a supuestos empíricos, pero de todos modos deben configurar la línea directriz de la interpretación. Ciertamente, no se puede vincular al legislador a pronósticos criminológicamente dudosos, de los cuales no puede depender

[10] Así, por ejemplo *Hassemer*, 1979, 35 s.; *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 334; *Schäfer*, 1992, 55.

la decisión según los fundamentos de nuestro Derecho penal del hecho (nm. 6); ni tampoco se le puede lícitamente presuponer ninguna hipótesis empírica claramente rebatible, como lo hace la "teoría del puente de plata" (nm. 17-19). Pero ante suposiciones en cualquier caso preventivo-generalmente plausibles respecto de la liberación pena, lícitamente no se pueden establecer mayores exigencias a la demostrabilidad que para la fundamentación de la pena.

10 Se recomienda, por tanto, tomar como base del desistimiento voluntario la teoría de los fines de la pena como patrón interpretativo. Ciertamente, los acentos de esta teoría también se reparten de forma diferente según qué teoría de la pena defienda cada autor. Si, con el BGH (nm. 3) –y al contrario de lo que aquí se mantiene[11]–, junto a la prevención también se atribuye trascendencia a la retribución en el marco de los fines de la pena, puede indicarse sobre ello que el "ordenamiento jurídico vulnerado" en un hecho al que el autor ha renunciado voluntariamente no necesita restauración retributiva alguna. A menudo se atiende también únicamente a la desaparición de la impresión jurídicamente conmocionante[12]. Ello se basa en parte en la preferencia de la prevención general en la teoría de los fines de la pena, y en parte en la equivocada interpretación de los aspectos preventivo-especiales en la BGH 9, 52 (nm. 3). Pero también el *topos* preventivo-especial de la "prueba" (favorablemente superada) del autor se sitúa esporádicamente en primer plano[13].

3. Las teorías jurídicas

11 La concepción más antigua, hoy apenas defendida, parte de que el desistimiento voluntario elimina el hecho como tal (lo que significa según los conceptos actuales: su tipicidad y antijuridicidad) y por lo tanto constituye un obligatorio impedimento jurídico de la punición. Así, pensaba *Zachariä*[14] que mediante el desistimiento voluntario se anulan "hacia atrás" tanto la actividad exterior contraria a la ley, como también la mala voluntad del autor dirigida a la consumación del delito. De modo similar considera *Binding*[15] tentativa y desistimiento –lo cual es correcto en principio, cfr. nm. 29– como una unidad, y concluye de ahí que retirarse voluntariamente de la consumación elimina la "causa de un resultado perjudicial" y con ello la antijuridicidad.

12 A esto se puede objetar que el suceso externo e interno no puede ser, como tal, "anulado hacia atrás" y eliminado del mundo. Una tentativa si-

---

[11] Cfr. *Roxin*, AT I, 2ª [PG I], § 3 nm. 42 ss.

[12] *Bergmann*, 1988, 150 ss.; *el mismo*, ZStW 100 (1988), 335 s.; *Cores*, 1982, 155 s.; *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 711 s.; *v. Scheurl*, 1972, 26 ss.; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 15/69; *Schünemann*, GA 1986, 323 s.; *Streng*, JZ 1984, 654.

[13] *Walter*, 1980, 5; *el mismo*, GA 1981, 403; sobre *Walter* cfr. *Schäfer*, 1992, 52 ss.

[14] *Zachariä*, 1839, 239.

[15] *Binding*, 1915, 125 ss.

gue siendo tentativa aun cuando le siga un desistimiento. Cierto que en una "consideración global " eso no impide una exclusión de la antijuridicidad, como hace *Binding*. Ahora bien, que de ningún modo deba haber tentativa de homicidio antijurídica cuando el autor, por ejemplo, salva posteriormente a la víctima herida, resulta también poco convincente normativamente. Pero contra una exclusión del injusto penal hablan sobre todo las consecuencias que se derivan para la participación. Pues el inductor y el partícipe deberían quedar impunes en un desistimiento voluntario del autor debido a la falta de un hecho principal antijurídico. Pero no se comprende por qué la impunidad del actuante inmediato debería beneficiar a un extraño que ni siquiera ha desistido ni tampoco quiso hacerlo nunca. Que el desistimiento de un coactuante pudiese hacer impune la participación de otros infringe además la regulación del § 24 II establecida en la nueva Parte General[16].

En la doctrina reciente *R. von Hippel*[17] ha acogido de nuevo las teorías jurídicas e interpetado el desistimiento voluntario como "elemento negativo del tipo" (esto es, como causa de exclusión del tipo o de la tipicidad); pero él mismo ve las lamentables consecuencias para el castigo de los partícipes. La solución que él pondera, de renunciar a la accesoriedad, no es viable según el Derecho vigente. No obstante, si se castiga al extraño por participación en la tentativa del autor –impune en virtud del desistimiento–, lo que coincide con la opinión hoy unánime, no puede afirmarse al mismo tiempo que no existe nada en lo que se pueda haber tomado parte. 13

4. La teoría del puente de plata*

La idea fundamental de esta teoría, que también es denominada "teoría político-criminal"[18], se basa en la idea de que ha de ofrecerse al autor un estímulo o incentivo para apartarlo de la consumación del delito. Este incentivo –el "puente de plata"– es la promesa de que la tentativa no será castigada en caso de desistimiento voluntario. Esta idea, bajo la influencia de *Franz v. Liszt*, fue dominante en la doctrina alemana antigua[19]. Aún en la última edición de su Manual elaborada por él[20] se dice que la punibilidad de la tentativa no puede ser "anulada hacia atrás" ni hacerla desaparecer del mundo. "Sin embargo, la legislación puede, por razones político-criminales, tender a quien ya se ha convertido en autor punible un puente de plata para su retirada". 14

La teoría del puente de plata fue dominante en la jurisprudencia del RG[21], aunque allí también se encuentran ecos que resuenan de la teoría 15

---

[16] *Bottke*, 1979, 579; *Schäfer*, 1992, 72.

[17] *R. v. Hippel*, 1966, 66; siguiéndole ampliamente *v. Scheurl*, 1972, 25 ss.

* La expresión alemana es "puente de oro" (*goldene Brücke*), pero aquí se traduce por puente de plata, porque es la expresión usual en español [N. del T.].

[18] Esta denominación se evita aquí porque también la teoría de los fines de la pena se basa en consideraciones político-criminales sobre la falta de necesidad de pena.

[19] Aparece ya en la 1ª edición (1881) de su Manual (S. 143), pero ya con anterioridad fue formulada por otros autores (cfr. *Ulsenheimer*, 1976, 42, n. 60). Los otros partidarios de esta teoría en la doctrina antigua se citan en *Ulsenheimer*, loc. cit.

[20] *v. Liszt*, StrafR, 21.ª/22.ª 1919, 201.

[21] RGSt 6, 341, 342; 10, 324, 325; RGRspr. t. VIII, 12, 13; RGSt 14, 19, 23; 17, 243, 244; RG JW 1892, 5, 6; RGSt 38, 402, 403; 39, 37, 39; 47, 358, 360; 62, 303, 305; 63, 158, 159; 72, 349, 350; 73, 52, 60.

de los fines de la pena (nm. 4 ss.) y de la teoría del premio o de la gracia (nm. 22 ss.). Así, ya en la RGRspr. VIII, 13 se dice que el objetivo de la regulación del desistimiento es "garantizarle" al autor "un incentivo para la renuncia ... durante tanto tiempo como sea posible y por esta vía evitar los peligros asociados a la consumación del delito. Aún la última sentencia sobre esta materia (RGSt 73, 60) habla de la voluntad "de tender al autor un, por así decirlo, 'puente de plata' para el camino de retirada de un plan criminal". Incluso la BGHSt 6, 87 menciona, además de la falta de necesidad de expiación en el desistimiento voluntario, la necesidad "de que se promuevan acciones del autor que sirvan para evitar el daño que amenaza".

16 Esta teoría vuelve a ganar hoy partidarios, sobre todo en la versión "negativa" más antigua, que ya se encuentra en *Feuerbach*. Escribe éste[22]: "Si el Estado no deja sin castigo a las personas que se arrepienten del hecho emprendido, entonces apremia en cierta manera consumar el delito; pues el desafortunado que se dejó arrastrar a una tentativa sabe por el contrario que ya nada importante tiene que ganar con el arrepentimiento y ya nada significativo que perder con la terminación del hecho". *Puppe*[23] es característica en la acogida de esta idea en la actualidad cuando dice que, "por consideración a la oportunidad de salvamento para la víctima" se trata de "de tenderle al autor el 'puente de plata' de la evitación del resultado y de mantenerlo tanto tiempo como sea posible. Por mucho que la oferta de impunidad apenas pueda ser un medio adecuado para motivar al autor a la evitación del resultado, elimina sin embargo una barrera psicológica que, en caso contrario, consistiría en que con la tentativa está asegurada de forma definitiva la punibilidad del autor. El giro que resuena aquí hacia la moderna idea de protección de la víctima aún se ha desarrollado más por la discípula de Puppe, *Weinhold*. De acuerdo con ella[24], es "consecuente postergar la pretensión penal estatal en cuanto ésta se oponga al interés de la víctima. La imagen del 'puente de plata' que se le debe tender al autor constituye una distorsión del concepto, en la medida en que precisamente lo que importa no es el autor". Por lo demás, la "variante de Feuerbach" se defiende reiteradamente en la literatura reciente, al menos junto a otros enfoques sobre el fundamento[25].

17 Sin embargo, la teoría del puente de plata se ha colocado hoy, y con razón, en una posición marginal. Una objeción contundente contra ella es el hecho de que el motivo que debe constituir la base para el desistimiento no se puede encontrar en la praxis judicial. "Las sentencias del RG y del BGH no contienen ni un solo caso en el que el autor retrocediera de la tenta-

---

[22] *Feuerbach*, 1804, 102.

[23] *Puppe*, NStZ 1984, 490.

[24] *Weinhold*, 1990, 31 s.

[25] *Blei*, AT, 18.ª, § 69 I; *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 709; *Krauß*, JuS 1981, 807; *Puppe*, NStZ 1984, 490; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 626; seguramente también *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 51 I 2.

tiva porque quería ganar la impunidad"[26]. *Ulsenheimer*[27] ha extendido esta comprobación a todas las demás sentencias disponibles en lengua alemana. También la BGHSt 9, 52 se ha apartado de la idea del "puente de plata": "en la mayoría de los casos ... en la tentativa no piensa el autor en absoluto en las consecuencias penales", y "tampoco se va a dejar determinar" al desistimiento "por tales consideraciones, incluso aunque debiera hacerlo".

Esto no sólo se debe, como generalmente se suele admitir, a que los de- 18
lincuentes apenas son accesibles a ponderaciones racionales, como las presupone esta teoría, sino que también tiene su fundamento en que el autor, en el clásico caso de desistimiento voluntario en el que podría consumar el hecho sin riesgo y sin miedo a ser descubierto, puede justamente no tener razón alguna para querer ganarse la impunidad, ya que de todos modos él no cuenta en este caso con la posibilidad de sufrir un castigo. Pero incluso aunque en situaciones especiales ciertamente puede desempeñar un papel la idea de conseguir la impunidad, como hay que admitir que ocurre en la autodenuncia fiscal (§ 371 AO) [28], no se puede fundamentar sobre ello ninguna teoría con validez general.

A ello hay que añadir que ya el conocimiento sobre la punibilidad y el 19
comienzo de la tentativa, así como los efectos del desistimiento, no pueden presuponerse en el profano. Y tampoco debilita esta objeción la apelación al sentimiento del profano en el sentido de que "tiene que contar con indulgencia quien cambia a tiempo de opinión"[29]. Pues por tal consideración se explicaría a lo sumo una atenuación legal de la pena, y no la impunidad del Derecho vigente. Y además, tampoco necesita especular sobre indulgencia quien, como sucede por regla general, desiste voluntariamente sin riesgo de ser descubierto y por ello no tiene en cuenta en absoluto la posibilidad de una persecución penal.

Contra la teoría del puente de plata habla también el hecho de que aun 20
cuando fueran reales sus presupuestos psicológicos, no puede explicar suficientemente el criterio de la voluntariedad[30]. Pues la promesa de impunidad podría constituir un poderoso motivo para prescindir de la realización del tipo justamente si el autor se ve descubierto y todavía podría consumar el delito, pero tiene que contar con ser detenido a continuación, mientras que, por otra parte, la consideración de que va a ser castigado de una u otra manera podría impulsarle a la consumación del hecho. Dado que hoy se rechaza de forma unánime la voluntariedad del desistimiento en los casos mencionados, en consecuencia habría que permitir que también el desisti-

---

[26] *Bockelmann*, NJW 1955, 1420, n. 41 (= Untersuchungen, 180, n. 41).

[27] *Ulsenheimer*, 1976, 70.

[28] Cfr. *Bockelmann*, NJW 1955, 1420, n. 41 (= Untersuchungen, 180, n. 41).

[29] *Weinhold*, 1990, 33.

[30] Discrepante a este respecto *Ulsenheimer*, 1976, 72, quien sin embargo sólo tiene en cuenta el caso en el que el autor ya no puede consumar el hecho. Pero ahí existiría ya una tentativa fracasada.

miento involuntario produjera la liberación de pena, para tender al autor, en consideración a la víctima, un puente de plata para el desistimiento. Pero precisamente esto no sucede. También son ambivalentes las suposiciones psicológicas de la teoría del puente de plata, si hipotéticamente y por una vez nos basáramos en ellas. Pues, ciertamente, la prometida impunidad serviría para proteger a la víctima, pero por otra parte, la posibilidad de zafarse del asunto impunemente podría también incitar a la tentativa y, dado el caso, a la consumación, de manera que incluso sobre la base de su – incorrecta premisa– queda sin resolver la cuestión de si la teoría del puente de plata podría contribuir en algo a impedir delitos.

21 La versión negativa de *Feuerbach* (nm. 16) escapa, sin embargo, a la objeción que se dirige contra la suposición de que los autores de la tentativa retroceden para conseguir la impunidad (nm. 17/18). Pero el resto de argumentos –la general ausencia de miedo a la pena en el desistimiento del sujeto no descubierto (nm. 18/19) y las incongruencias que se derivan de esta teoría incluso sobre la base de sus incorrectos presupuestos (nm. 20)– hablan también contra esta explicación del privilegio del desistimiento. De todos modos, la idea de no disuadir del desistimiento al autor por el mantenimiento de la punibilidad, puede unirse, como un punto de vista complementario –no el fundamental y que sólo será relevante en casos concretos– con la teoría de los fines de la pena, asimismo fundada políticocriminalmente.

5. Las teorías de la gracia o indulgencia o del premio

22 Esta teoría parte de que a través de la "gracia o indulgencia" (*Gnade*) o del "premio" de la impunidad se le recompensa al autor el mérito del que se hace digno por el desistimiento liberador de pena[31]. Y fue renovada de manera especialmente eficaz por *Bockelmann*[32], quien a ese respecto supo invocar una larga tradición que se extiende hasta el Derecho territorial general prusiano (II 20 § 43). El autor equilibra "al menos en cierta medida, el peso del reproche de culpabilidad que le afecta, mediante un contrapeso de actuación meritoria"[33]. Y por eso parece apropiado que se le perdone la pena, es decir, "concederle gracia o clemencia". *Wessels* lo expresa así[34]: "que la ley, mediante la concesión de impunidad, recompensa la meritoriedad del desistimiento elegido voluntariamente".

23 Bien es cierto que el desistimiento voluntario se "recompensa" o "premia" con la impunidad. Pero esta afirmación sólo proporciona una paráfrasis del texto legal. La verdadera cuestión consiste en aclarar por qué se recompensa

---

[31] Acerca de la pregunta (que más bien debe ser respondida negativamente) de si existen desviaciones reseñables entre las teorías del premio, la recompensa, el mérito y la gracia o indulgencia, cfr.. *Ulsenheimer*, 1976, 74 ss.

[32] *Bockelmann*, NJW 1955, 1421 (= Untersuchungen, 182).

[33] Coincidiendo casi literalmente *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 51 I 3.

[34] *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 626.

el desistimiento voluntario con la impunidad. Pero sobre eso no da respuesta alguna la teoría expuesta[35]. Si el punto de vista de la "gracia" quiere expresar algo más que la recompensa del desistimiento voluntario que resulta de la ley, es incorrecto: pues fuera de situaciones históricas especiales no es competencia del legislador optar por la gracia o misericordia por delante del Derecho y amnistiar de antemano un comportamiento punible en sí mismo. En realidad, los defensores de esta teoría recurren efectivamente, más o menos claramente, a elementos de la teoría de los fines de la pena. *Bockelmann* se refiere a la disminución del reproche de culpabilidad y a la esperanza de que no haya que prevenirse en el futuro ante ninguna otra mala acción del autor[36]. *Jescheck* llama la atención, entre otras cosas, sobre que el sujeto que retrocede voluntariamente vuelve a suprimir la "impresión jurídicamente conmocionante" de su hecho[37]; y *Wessels* ve en el desistimiento voluntario un "retorno a la legalidad" y una compensación de la negativa "influencia del autor sobre la conciencia jurídica de la generalidad"[38]. Esto demuestra que la teoría de la gracia o indulgencia o del premio es una teoría rudimentaria de los fines de la pena y no puede reclamar ningún significado independiente junto a ella.

Algo similar vale para la teoría de *Jäger*[39], según la cual "la razón decisiva de la liberación de pena" radica "... en la reversión de la puesta en peligro, conseguida o al menos pretendida por el desistimiento". Es cierto que la reversión de la puesta en peligro, como quiera que se entienda este criterio, significa sin duda un mérito. Pero si se pregunta por qué ese mérito conduce a la impunidad, entonces también *Jäger* vuelve a la teoría del de los fines de la pena al admitir la ausencia de merecimiento de pena si el autor "se pone a prueba y se acredita positivamente" en el presente, en la medida en que consigue revertir la concreta puesta en peligro existente o intenta una reversión si es que el peligro no existe realmente". 24

6. La teoría del cumplimiento o saldo de la deuda o culpa

En el año 1987 *Herzberg*[40] elaboró una nueva concepción bajo la forma de la que él ha denominado teoría del cumplimiento o saldo de la deuda o culpa*. 25

---

[35] Cfr. sobre este contraargumento, ampliamente aceptado hoy, *Roxin*, Heinitz-FS, 1972, 271.

[36] *Bockelmann*, NJW 1955, 1420 (= Untersuchungen, 182).

[37] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 51 I 3.

[38] *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 626.

[39] *Jäger*, 1996, 126; crít. *Yamanaka*, Roxin-FS, 2001, 777 ss.

* .El texto alemán es "*sich bewährt*". El verbo *sich bewähren* y el sustantivo *Bewährung* significan acreditarse, salir airoso de una prueba, resultar bien (y acreditación, prueba bien superada, buen resultado); y en Derecho penal se utilizan en la institución de la suspensión condicional de la pena con puesta a prueba (la *probation* angloamericana) del condenado, con el nombre de *Strafaussetzung zur Bewährung*, es decir, suspensión de la pena para puesta a prueba y acreditación. Y aquí *Jäger* usa el símil con la *probation* para decir que el sujeto se pone a prueba y se acredita positivamente por su desistimiento ya en el presente, es decir sin esperar a ser condenado [N. del T.].

[40] *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 325 (349 ss.); además *el mismo*, NStZ 1990, 172 (en disputa con *Rudolphi*, NStZ 1989, 508).

* El término alemán es "*Schulderfüllung*", literalmente cumplimiento o saldo de deuda, pero conviene una explicación de la traducción alternativa que aquí hacemos. La palabra alemana *Schuld* es polivalente: además de "culpabilidad" o "culpa" (culpa en el sentido coloquial-moral-religioso-jurídico del término como equivalente a infracción u ofensa: tener la culpa o cometer una culpa, no en el sentido técnico-jurídico civil

Este autor parte de un punto de partida o enfoque extrapenal, a saber, del principio, que se encuentra en el Derecho civil y en el Derecho público, de "que la amenaza coercitiva se invalida con la igualación o compensación del comportamiento de partida" [41]; ve en esto un principio general del Derecho, y concluye: "la ratio de la liberación de pena es ... la observancia del principio jurídico general de que la amenaza coercitiva (aquí: la conminación o amenaza penal) se liquida, se resuelve en sí misma si el autor, mediante una actuación atribuible a él, cumple su deber de terminar y reparar el comportamiento injusto que ha dado lugar a la amenaza". O en su versión más abreviada[42]: "quien desiste voluntariamente se libra de la amenaza coercitiva estatal porque salda su culpa saldando y cumpliendo su deuda mediante una actuación atribuible a él".

26 En contra de esta teoría habla en primer lugar el dato de que no es posible trasladar, sin más, al Derecho penal el **principio de liquidación o saldo**. En otros ámbitos jurídicos se trata del establecimiento o producción de situaciones conformes a Derecho (el pago de una deuda, la eliminación de una perturbación, etc.); si se produce, se ha liquidado o resuelto en efecto el problema jurídico. Sin embargo, no existe un principio jurídico penal consistente en que la posterior "reparación del daño" anula (liquida o salda) una punibilidad una vez fundamentada. Incluso el § 46 a), no introducido hasta 1994, prevé a lo sumo prescindir de la pena facultativamente ante la reparación del daño, y sólo en delitos leves. Cuando, por el contrario, el § 24 ordena la impunidad total en el desistimiento voluntario, esto requeriría una explicación que, sin embargo, *Herzberg* no da. Sólo señala que "el legislador se ha decidido por el principio de liquidación en lo que se refiere a cómo un desistimiento es eficaz para liberar de pena"[43]. Pero con ello sólo se parafrasea el texto legal[44]; la pregunta decisiva de por qué renuncia el legislador a la pena sigue sin responderse[45].

---

o penal equivalente a imprudencia), significa también en Derecho privado "deuda" o incluso "obligación" (*Schuldrecht* es el Derecho de obligaciones), la deuda y consiguiente obligación de resarcir, que se contrae por cometer una culpa. Esta polisemia, por cierto, se da también en otros idiomas, siendo paradigmático el empleo del término en el Padrenuestro, que en latín decía "et dimite nobis *debita* nostra", que en la antigua versión española era "y perdónanos nuestras *deudas*", mientras que la versión actual, más comprensible en el lenguaje moderno, es "y perdona nuestras *ofensas*" (naturalmente la versión alemana de la oración utiliza *Schuld* como culpa/ofensas/deudas: "*und vergib uns unsere Schuld*"). El verbo *erfüllen* y el sustantivo *Erfüllung* significan normalmente cumplir o realizar (algo), cumplimiento o realización (de algo); en relación con *Schuld* en el sentido de deuda significa cumplir la deuda, pero saldándola o liquidándola, mientras que en el sentido de culpa (de la que proviene la deuda) significa saldar o liquidar la culpa (evidentemente no cumplir la culpa). Por ello, para captar todos los sentidos, aquí se utiliza la doble traducción alternativa tanto en *Erfüllung* como en *Schuld*: cumplimiento o saldo de deuda o culpa; se podía haber añadido como tercera alternativa "o liquidación", pero ya parece excesiva una triple traducción [N. del T.].

[41] Aquí y en lo siguiente *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 349.

[42] *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 350.

[43] *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 349.

[44] *Schäfer*, 1992, 68.

[45] SK-*Rudolphi*, 6.ª, § 24, nm. 3 a; *el mismo*, NStZ 1989, 508 (en contra nuevamente *Herzberg*, NStZ 1990, 170); apoyando a *Rudolphi*, *Yamanaka*, Roxin-FS, 2001, 775 ss.

27 Una segunda objeción decisiva contra la teoría del cumplimiento o saldo de la deuda o culpa es que no puede explicar el criterio de la voluntariedad decisivo para todas las formas de manifestación del desistimiento liberador de pena. Pues también el desistimiento involuntario e incluso la tentativa fracasada (resultante de la imposibilidad de realización posterior del hecho) (sobre ello nm. 77-112) "liquidan" el delito, sin que por eso tenga lugar la impunidad. Naturalmente, esto también lo ve *Herzberg* y lo explica por el hecho de que el legislador, junto al principio de liquidación, también toma en cuenta puntos de vista de la prevención. "El ladrón que es sorprendido *in franganti* por un morador de la casa y como consecuencia de ello abandona el botín, cumple su deber de respetar la propiedad ajena, pero con ello sólo liquida y vuelve a poner en limpio el asunto jurídicocivilmente. ¡Los casos de autodesactivación de una tentativa (fracaso, tentativa fracasada) y de desistimiento involuntario, al igual que el caso de la reparación del daño tras la consumación del delito, los ha sometido el Derecho penal a su propio principio de la pena preventiva absoluta!"[46]. La regulación del desistimiento se explica, pues, para *Herzberg*, sólo a partir de la "relación de tensión" entre el principio de liquidación y la necesidad de prevención. Pero con esto resulta que también para él deciden en realidad puntos de vista preventivos sobre la punibilidad de la tentativa, por lo que no es la "liquidación" lo que, dado el caso, fundamenta la impunidad, sino la falta de necesidades preventivas[47]. Pero con ello *Herzberg*, en contra de su punto de partida, regresa a la teoría de los fines de la pena tan encendidamente combatida por él.

28 Junto a estos puntos débiles centrales de la teoría del cumplimiento o saldo de la deuda o culpa cabe mencionar sólo al margen que, aun en caso de existir voluntariedad, la idea de liquidación o saldo tampoco se ajusta bien a algunas formas de manifestación del desistimiento. En la tentativa inidónea, en la que desde un principio no amenaza peligro alguno, no hay nada que liquidar y sin embargo es posible un desistimiento voluntario. Si se observa el efecto de la liquidación en la eliminación de la impresión jurídicamente conmocionante provocada por la tentativa, se llega una vez más a la teoría de los fines de la pena. Y también me parece incompatible con la teoría del cumplimiento o saldo de la deuda o culpa la regulación del § 24 II, según la cual una conducta "voluntaria y seria", pero infructuosa y que por tanto no liquida nada, lleva a la impunidad.

II. La ubicación sistemática del desistimiento liberador de pena

29 De acuerdo con la teoría de los fines de la pena aquí defendida, el desistimiento liberador de pena es un **caso de exclusión de la responsabilidad**

[46] Aquí y en lo siguiente *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 351.
[47] Similar ya *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 337.

jurídicopenal[48]. A ese respecto hay que considerar **tentantiva y desistimiento como una unidad de valoración**[49]. Pues así como el resultado forma parte del hecho, también debe incluirse en el enjuiciamiento jurídico del suceso la tarea de su provocación o de su evitación por el autor. Resulta entonces patente que en la provocación de la tentativa existe una acción típica, antijurídica y culpable, cuya culpabilidad aparece ciertamente disminuida en su intensidad por el desistimiento, pero no puede ser eliminada del mundo por el mismo. Sin embargo, como no existe necesidad preventivogeneral ni preventivoespecial de pena (sobre ello nm. 6, 7), puede excluirse la responsabilidad jurídicopenal[50]. Esta ubicación sistemática se corresponde con los §§ 33, 35 y casos análogos[51], en los cuales subsiste igualmente una culpabilidad disminuida pero desaparece la responsabilidad por falta de necesidad preventiva de pena. La interpretación del desistimiento voluntario como una de las causas de exclusión de la responsabilidad jurídicopenal encaja por tanto sin dificultad en la concepción aquí desarrollada de la teoría del delito.

30 La interpretación desarrollada en el texto se corresponde en gran parte con las opiniones de *Rudolphi*[52] y *Ulsenheimer*[53], quienes conciben el **desistimiento** voluntario como una **causa de exclusión de la culpabilidad**[54]: según ellos, el desistimiento disminuye en tal medida el injusto (debido a la falta de resultado) y del mismo modo la culpabilidad, que se puede renunciar a la pena. En un modo muy similar habla *Streng*[55] de una "causa de anulación de la culpabilidad". Cuando *Jakobs*[56] hace residir "la minimización del quebrantamiento de la norma... en todos los escalones del delito", también eso es correcto debido a una disminución real del injusto; falta únicamente el enlace con la teoría de los fines de la pena, del cual se deriva la impunidad del "resto" que queda de injusto y de culpabilidad. Indeciso se manifiesta *Boß*[57], según el cual el desistimiento puede ser concebido "tanto como causa de supresión o levantamiento de la punibilidad cuanto como causa de anulación de la culpabilidad".

---

[48] Así ya *Roxin*, 2.ª,1973, 36 ss.; *el mismo*, Heinitz-FS, 1972, 273 ss.; *el mismo*, AT I, 3.ª [PG I], § 23, nm. 17.

[49] *Bloy*, 1976, 168 ss.; *Bottke*, 1979, 682 s.; *R. v. Hippel*, 1966, 63 ss.; *Lang-Hinrichsen*, Engisch-FS, 1969, 370 ss.; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2.ª, 11/69; *Ulsenheimer*, 1976, 88 ss.; LK-*Vogler*, 10.ª, § 24, nm. 15.

[50] Coincidente *Bottke*, 1979, 603 ss.: exclusión de la responsabilidad, próxima a la determinación de la pena; como aquí además *Hafi*, JA 1979, 312; *Schäfer*, 1992, 176. Del mismo modo, con una fundamentación detallada sobre la base de la concepción de la responsabilidad que aquí se defiende *Heckler*, 2002, 126 ss.

[51] Detalladamente *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 22.

[52] *Rudolphi*, ZStW 85 (1973), 121 s.; *el mismo*, SK, 6.ª, § 24, nm. 6.

[53] *Ulsenheimer*, 1976, 94 ss.

[54] Sobre los representantes antiguos de esta concepción *Roxin*, Heinitz-FS, 1972, 274 s.; *Ulsenheimer*, 1976, 107 ss.

[55] *Streng*, ZStW 101 (1989), 324; similar *Köhler*, AT, 470 s. ("causa de supresión de la culpabilidad").

[56] *Jakobs*, AT, 2.ª, 26/2.

[57] *Boß*, 2002, 45.

En cambio, la doctrina dominante concibe el desistimiento voluntario como **causa personal de supresión o levantamiento de la punibilidad (o de pena)**[58]. Con ello se ha "dicho poco"[59], como admiten los propios partidarios de esta teoría. En cualquier caso, desde el punto de vista de la concepción sistemática aquí defendida, esta hipótesis es incorrecta en la medida en que ve el fundamento de la exención de la pena en la ausencia de necesidad de pena frente al sujeto que desiste, pues estos casos pertenecen únicamente a la categoría de la responsabilidad[60]. Por el contrario, la teoría del "puente de plata " (*supra* nm. 14 ss.) sí permitiría una interpretación del desistimiento como causa personal de supresión de la punibilidad. Pues su idea fundamental de ofrecer al autor mediante la promesa de impunidad un aliciente o estímulo para dejarlo, no cambia en nada la necesidad de pena del autor, sino que es indulgente con él por motivo de la conservación del bien jurídico amenazado. También el "principio de liquidación" (nm. 25 ss.), si realmente decidiera sobre la impunidad, como "enfoque extrapenal " más allá del injusto y de la culpabilidad tendría que asentarse entre las causas de supresión de la punibilidad. Las causas de liberación de la pena que son independientes de la necesidad de pena del autor siempre hay que clasificarlas sistemáticamente en las causas de exclusión de la punibilidad o en las de supresión de la punibilidad[61]. 31

Por lo demás, también hay algunos otros enfoques sistemáticamente discrepantes que sin embargo han quedado aislados. Que la interpetación del desistimiento voluntario como causa de exclusión de la tipicidad o de exclusión de la antijuridicidad lleva a resultados insostenibles y que a su vez tampoco es compatible con el Derecho vigente, es algo que ya fue expuesto en relación con las teorías jurídicas (nm. 11 ss.). De forma algo distinta habla *Bloy*[62] de una "exclusión, de efectos personales, de la relevancia penal del injusto" y de ese modo puede restringir la impunidad sólo al que desiste. Sin embargo, la culpabilidad resulta atenuada al igual que el injusto; pero que luego a continuación se suprima completamente la "relevancia jurídicopenal", es algo que sólo puede explicarse a través de las consideraciones sobre los fines de la pena. *Jäger*[63] interpeta el desistimiento liberador de pena como un "tipo autónomo de liberación de pena", que nada tiene que ver con el injusto ni la culpabilidad de la tentativa previa. De ello es cierto, incluso en la indispensable "contemplación conjunta" (nm. 29), que el desistimiento voluntario deja subsistente, en una forma ciertamente disminuida, el injusto y la culpabilidad de la tentativa. Pero, dado que "el tipo autónomo de liberación de pena" elimina la punibilidad de la tentativa, ha de ser colocado dentro de la sistemática de la teoría del delito en la tentativa (como causa de exclusión de la responsabilidad) y no puede ser ubicado como "autónomo" al lado del hecho de la tentativa. También *Burkhardt*[64] desliga el desistimiento voluntario de la estructura de delito del hecho intentado y lo aprecia como determinación de 32

---

[58] *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, 27/6; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 51 VI 1; *Krauß*, JuS 1981, 889; *Krey*, AT/2, nm. 456; *Kühl*, AT, 3.ª, § 16, nm. 8; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 24, nm. 1; *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 24, nm. 4; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 7, nm. 30; § 11, nm. 68, 71; *Trömdle/Fischer*, 50.ª, § 24, nm. 2; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 626; *Vogler*, ZStW 98 (1986), 335.

[59] *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 11, nm. 71.

[60] Vgl. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 23, nm. 16 ss.

[61] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 23, nm. 21 ss.

[62] *Bloy*, 1976, 17 s.

[63] *Jäger*, 1996, 126 s.

[64] *Burkhardt*, 1975, 70.

la consecuencia jurídica, al querer convertirlo, "sobre una vinculación con una renuncia a la pena, en una regla de determinación de la pena desligada de la culpabilidad por el hecho". A ello hay que objetar que *de lege lata* el legislador ha considerado impune el desistimiento ya desde un principio; e incluso prescindiendo de eso, las consideraciones preventivas ya pertenecen por completo a la cuestión de la punibilidad y no son algo que sólo se plantea por primera vez en el ámbito de las consecuencias jurídicas[65].

B. Incapacidad para desistir y desistimiento

I. Concepción básica del desistimiento

33 El concepto de "desistimiento" constituye la rúbrica del § 24, pero no es empleado en el texto de la disposición. Pese a ello, hay que partir de que todos los casos en los que, según el § 24, existe –si se da la condición adicional de la voluntariedad de la actuación- una exención de pena deben ser considerados como supuestos de desistimiento. Hasta hoy la doctrina apenas se ha preocupado de elaborar una definición del concepto que abarque sus distintas formas de aparición (renunciar, impedir, esforzarse seriamente)[66], sino que ha concentrado su atención fundamentalmente en el criterio de la voluntariedad. De este modo, se ha dejado de lado la cuestión de si hay interrupciones de la tentativa que no constituyen desistimiento y que, por consiguiente, no dan lugar a la exención de pena (de manera que el problema de la voluntariedad ni siquiera llega a plantearse). A ello obedece el que grupos de casos como los de la tentativa fracasada y la tentativa que ha alcanzado su finalidad (nm. 47 ss., 77 ss.), en los que la exención de pena se malogra ya por la falta de desistimiento (¡y no a causa de su eventual involuntariedad!), sigan siendo extraordinariamente polémicos, en cuanto a su existencia y en cuanto a su alcance. En general, como veremos, una gran parte de los problemas que suscita el § 24 son cuestiones relativas al desistimiento, por lo que su elaboración conceptual merece una mayor atención de la que hasta ahora se le ha prestado.

34 El criterio, desarrollado por *Jäger*, de la "reversión del peligro"[67] proporciona una descripción material útil del desistimiento. El que renuncia a continuar la ejecución del hecho (por ejemplo, volviéndose a casa con las manos vacías, a pesar de que completar la realización típica era posible), o el que impide el hecho (desarmando el aparato explosivo que estaba ya colocado) pone de manifiesto una conducta que va en sentido contrario de su intención original, "revirtiendo" la puesta en peligro creada (es decir, deshaciéndola). Bien es cierto que de los §§ 24 I 2 y 24 II 2 se deduce que para el desistimiento basta con una tentativa de reversión de la puesta en peligro

[65] Vgl. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 19, nm. 16 ss.

[66] Cuando *Jakobs* caracteriza el desistimiento como "final imputable de la tentativa" (AT, 2ª, 26/2), deja abierta la cuestión decisiva, de cuándo resulta imputable un final de la tentativa.

[67] *Jäger*, 1996, 65 ss.

(un "esfuerzo serio"), cuando esté claro desde un principio que el resultado no va a tener lugar, o bien no se va a producir sin intervención ulterior del autor, o bien su producción no dependa de las anteriores aportaciones al hecho por parte del autor. Esto concuerda con las reglas que fundamentan la punición. Así, igual que, para que exista una tentativa (inidónea) punible, es suficiente con una puesta en peligro meramente imaginada, para el desistimiento basta también con la tentativa (inidónea) de reversión de la puesta en peligro, aunque sólo subjetivamente se considere posible o forzosa. Es posible, pues, decir resumidamente: **el desistimiento consiste, allí donde el autor podría aún causar el resultado, en una reversión consumada (o, cuando menos, intentada) de la puesta en peligro.**

35 Siguiendo este concepto, puede comprenderse que no cualquier finalización de la tentativa tiene que ver con el desistimiento. Por el contrario, una reversión de la puesta en peligro (aun meramente intentada) se producirá tan sólo en la medida en que el autor no haya alcanzado aún su objetivo y, sin embargo, crea todavía poder alcanzarlo. Por ejemplo, el que estrangula a una mujer hasta dejarla inconsciente, conformándose con la posibilidad de matarla, con el fin de cometer una violación, ¡no se vuelve atrás de la tentativa de asesinato con dolo eventual por el hecho de que, sucedido lo anterior, no mate efectivamente a la víctima! Pues su dolo eventual de matar existe únicamente en atención a la finalidad de cometer la violación, y se extingue al conseguir realizarla. Pero allí donde ya no existe dolo, tampoco hay una tentativa de la que volverse atrás. No es ya posible una reversión del peligro (ni siquiera en la forma de tentativa de reversión) allí donde el autor ha ejecutado su plan; y en su dolo en ningún caso estaba incluida una puesta en peligro ulterior. Por ello, **la tentativa que ha alcanzado sus objetivos** excluye cualquier posibilidad de desistimiento (con más detalle, nm. 47 ss.).

36 Lo mismo ocurre cuando el autor no parte, siquiera sea subjetivamente, de que aún puede alcanzar su objetivo. El ladrón que mete la mano en el bolsillo ajeno y lo encuentra vacío no se está volviendo atrás en su tentativa de hurto cuando se aleja defraudado. Pues él no puede revertir una puesta en peligro, o intentar hacerlo, cuando, tanto objetivamente como según su propia representación, dicha puesta en peligro no existe. En este caso hay una **tentativa fracasada**, que, al igual que la tentativa que ha alcanzado sus objetivos, no permite el desistimiento. La fundamentación detallada será aportada más adelante (nm. 77 ss.). Ahora sólo se trata de encuadrar ambas formas de tentativa en la concepción del desistimiento que se está esbozando.

37 Con mayor motivo aún **se excluye el desistimiento cuando el resultado se produce a pesar de los esfuerzos para desistir emprendidos por el autor.** Esto queda claro ya en el tenor legal (§ 24 I 1: impide), si el autor no tiene éxito al impedir el resultado: por ejemplo, lleva al hospital a la víctima a la que había herido con intención de matarla; pero no es posible ya salvarla. Puesto que el autor no ha impedido el resultado, seguirá respondiendo de

homicidio consumado. Esto concuerda con la concepción desarrollada aquí, a tenor de la cual la tentativa de revertir la puesta en peligro sólo da lugar a un desistimiento cuando evita el resultado.

38 De ello se deduce también que se excluye igualmente el desistimiento si el resultado se produce a pesar de una "renuncia" por parte del autor: por ejemplo, éste cesa en su labor de envenenamiento, en la creencia de que la dosis administrada a la víctima hasta ese momento no basta para producir la muerte; sin embargo, la víctima fallece a consecuencia de la misma. En este caso la apreciación de un "renunciar" no está excluida, no obstante, por el tenor literal (a diferencia lo que ocurre con el término "impedir"). Pero, dado que el § 24 I 1 dice "No será penado **por tentativa**, el que (...)", el desistimiento ha de exigir que aún se permanezca en fase de tentativa. En este caso, en cambio, lo que hay es un delito consumado. Pues para que lo haya es suficiente con que una acción dolosa de tentativa cause el resultado; la representación del autor, de que todavía debe ejecutar acciones ulteriores para causar el resultado, es un error sobre el curso causal que resulta irrelevante, y que no impide la imputación objetiva del suceso[68]. Esta solución es discutida, por lo que tendrá que ser fundamentada con más detalle (nm. 115 ss.). Pero se deriva en principio de la concepción del desistimiento que se ha desarrollado: pues la reversión de la puesta en peligro no ha sido exitosa, dado que podría llegar a causar el resultado.

39 Así pues, en los casos de causación del resultado, la reversión de la puesta en peligro debe ser abordada de forma objetiva, de modo que, cuando fracase, no habrá desistimiento. Las cosas son distintas cuando falta el resultado. En este caso, es suficiente ya con la representación subjetiva del autor de que el resultado, a causa de su conducta, no llegará a producirse. Esto está también claro en los casos de los §§ 24 I 2 y 24 II 2: incluso si el intento de evitar el resultado, visto objetivamente, parece desde un inicio absurdo, basta con la buena voluntad del autor para apreciar un desistimiento. Sin embargo, lo mismo debe valer para la "renuncia" del § 24 I 1. Así, existe desistimiento en la tentativa de homicidio cuando el autor, renunciando a su intención de matar, presupone erróneamente que el veneno administrado a la víctima no puede llegar a matarle (nm. 38) y, sin embargo, de hecho la víctima se salva únicamente gracias a la pericia del médico, ya que en otro caso habría estado perdida. Pues, cuando falta el resultado (¡a diferencia de lo que ocurre cuando se produce!), es suficiente con un intento de revertir la puesta en peligro, intento que en este caso ha existido. Por otra parte, el que deja caer el revólver que había alzado para disparar, creyendo erróneamente que no hay más balas en la recámara, no se está volviendo atrás. Porque no puede intentar revertir una puesta en peligro quien parte de que no subsiste ya ninguna posibilidad de puesta en peligro. Hay que apreciar, pues, una tentativa fracasada (nm. 36).

---

[68] Cfr. *Roxin*, AT I, 2ª [=PG I, § 12], nm. 160.

En cambio, *Jäger*, en el caso de que subsista una puesta en peligro a pesar del esfuerzo en desistir, cuestiona que su reversión deba ser enjuiciada conforme a criterios subjetivos; pretendiendo, en vez de ello, apoyarse en los hechos objetivos[69]. De este modo, en el caso del envenenamiento (nm. 39), subsistiría una tentativa punible, por faltar el desistimiento, aun si finalmente no tiene lugar el resultado, pues el autor no habría concluido con éxito la reversión real de la puesta en peligro. Mientras que, en el caso del revólver (nm. 39), existiría desistimiento, porque el autor habría alejado el peligro procedente del revólver. En todo caso, como *Jäger* aprecia un desistimiento involuntario, finalmente llega al resultado de afirmar también la existencia de una tentativa punible. 40

No obstante, no cabe aceptar esta objetivación parcial del desistimiento. En el grupo de casos descritos en el ejemplo del envenenamiento, tal objetivación contradice la regulación contenida en el § 24 I 2. Pues, de acuerdo con la misma, los esfuerzos serios para impedir el resultado fundamentan desistimiento incluso si no alteran la puesta en peligro previamente producida, y el resultado no tiene lugar principalmente a causa de otras circunstancias. No se puede comprender por qué deberían regir para el "renunciar" reglas distintas que para el "impedir", especialmente a la vista de que detenerse, en la creencia de que aún no se ha hecho nada que sea suficiente para causar el resultado, podría ser interpretado ya como un esfuerzo para impedir. 41

En el grupo de casos exactamente inverso, ilustrado por el ejemplo del revólver, la objetivación propuesta por *Jäger* da lugar a la construcción, difícilmente comprensible, de un desistimiento no doloso; puesto que el autor no pretendía producir una reversión de la puesta en peligro, al considerar el hecho como inejecutable. Pero, del mismo modo que la representación de la puesta en peligro fundamenta la tentativa, en los casos de ausencia de resultado debe exigirse –y ser suficiente- para el desistimiento la representación de la reversión de la puesta en peligro. Tampoco se puede seguir hablando[70] de un "peligro de tentativa" cuando el autor, por falta de munición, cree no poder seguir ejecutando el hecho. El peligro de que descubra su error y adopte una nueva decisión de matar no puede reemplazar al dolo de realización, que se extinguió a causa de la creencia en la imposibilidad de ulteriores actuaciones. La representación errónea del autor impide la prolongación de la tentativa; y, sin ella, el desistimiento está excluido. 42

Coincidiendo sustancialmente con *Jäger*, *Heckler*[71] pretende que para el desistimiento voluntario no debe bastar con la mera "renuncia" cuando, en el momento de renunciar al hecho, exista un "peligro de consumación" desconocido para el autor; es decir, cuando un observador objetivo no consideraría totalmente improbable la realización típica. Deduce esta tesis a partir del fundamento de la punición de la tentativa, que entiende (coincidiendo con la interpretación aquí defendida) que es esencialmente la puesta en peligro del objeto de la acción. De este modo, a la inversa, sólo podría ser aceptado como ejercicio de desistimiento el alejamiento de dicho peligro que sea imputable al autor. 43

Pero, al igual que la tentativa está condicionada al inicio de la realización típica según la "representación" del autor, también el ejercicio de reversión de la puesta en peligro exigible debe hacer referencia a las representaciones del autor. Cuando éste es de la opinión de que, de acuerdo con lo sucedido hasta entonces, el resultado no puede llegar a producirse, no puede tener motivación alguna para esforzarse en impedirlo. Si finalmente falta el resultado, no existe ninguna necesidad de penar al autor por el hecho de que haya omitido algo que, partiendo de lo que se imaginaba, consideraba superfluo y absurdo. 44

A pesar de todo, no es posible negar una parte de razón a la objetivación propuesta por *Jäger* y *Heckler*. Verdaderamente, sería inadecuado que un autor de tentativa obtuviese la impunidad si alega no haber sido consciente de la posibilidad de que se produjese el resultado, a pesar 45

---

[69] *Jäger*, 1996, 66 s.; en esencia, "a favor del concepto propuesto por *Jäger*", *Otto*, Jura 2001, 346. En sentido similar, también *Köhler*, AT, 475.

[70] A pesar de los argumentos expuestos en *Jäger*, 1996, 68 ss., que merecen que se les preste atención.

[71] *Heckler*, 2002, 161 ss.; resumen: 219.

de que cualquier persona normal se habría dado cuenta del peligro de consumación y de la necesidad de esforzarse para impedirla. Pero esta solución puede lograrse también desde la perspectiva que aquí se mantiene, mediante la imposición –como hace el BGH- de "exigencias estrictas" a la creencia de que el resultado no se producirá (con más detalle, nm. 173). Se puede partir de que alguien que ha creado una situación extraordinariamente peligrosa con dolo de consumación, habrá percibido también la posibilidad de causación del resultado, mientras no haya indicios específicos que lo desmientan. De este modo, la diferencia entre enjuiciamiento objetivo y enjuiciamiento subjetivo queda bastante relativizada.

46 La concepción presentada hasta aquí representa tan sólo un compendio de la teoría del desistimiento. Proporciona un marco en el que encuadrar los distintos grupos de casos e indica las líneas para solucionarlos. Estas soluciones deberán ser fundamentadas, en lo que sigue, con mayor profundidad, en discusión con la jurisprudencia y con la doctrina, y puestas en relación con la razón de ser del desistimiento excluyente de la pena, sin tratar –en la medida en que esto sea posible- la problemática de la voluntariedad del desistimiento.

II. La tentativa que ha alcanzado su objetivo como supuesto de incapacidad para desistir

47 La estructura de este grupo de casos ya ha sido descrita (nm. 35): el autor, mediante la tentativa dirigida contra la víctima, ha alcanzado ya su objetivo y, por ello, prescinde de la consumación (que, en sí misma, resultaría posible). En la jurisprudencia antigua no aparecen supuestos de este tipo. Evidentemente, se daba por supuesto que no existía en estos casos desistimiento excluyente de la pena. Desde el año 1984, sin embargo, la jurisprudencia se ha ocupado en numerosas ocasiones de hechos de este género. Las decisiones son extremadamente variadas: sin ser capaz de establecer una línea uniforme, la Gran Sala ha apreciado desistimiento voluntario (BGHSt 39, 221). Por el contrario, la doctrina rechaza de forma muy mayoritaria un desistimiento voluntario en estos casos, con diferentes fundamentaciones. Se han propuesto en parte también soluciones diferenciadoras. Se trata del grupo de casos que, en el ámbito del desistimiento, resulta más polémico actualmente. Conviene exponer primero los hechos de los casos más importantes y pertinentes, y los resultados a las que la jurisprudencia ha llegado, antes de fundamentar más extensamente la solución que aquí se defiende.

1. Resoluciones decisivas de la jurisprudencia

a) BGH, 1. Senat (Sala 1.ª), NJW 1984, 1693[72]

48 El autor acuchilló a la víctima en el vientre para desahogar su furia. Luego dejó huir a la víctima por su propio pie, aunque podría haberla matado de otra cuchillada. El BGH rechazó el desistimiento, debido a que el autor había "alcanzado" su finalidad de lesionar "con la primera cuchillada".

[72] La Sala 1ª decide de modo semejante también en StV 1986, 15.

b) BGH, 1. Senat (Sala 1.ª), NStZ 1989, 317

El autor había apuñalado "violentamente en la espalda" a la víctima con un cuchillo de cocina afilado y con dolo eventual de matar, con el fin de hacerle una advertencia. Luego le dejó, aunque todavía habría sido posible cometer el homicidio. A diferencia del caso a), la Sala apreció aquí un desistimiento voluntario. "Esta solución favorece a la víctima y no da lugar a un favorecimiento injustificado del autor. Antes al contrario, si no, éste, a pesar de haber obrado únicamente con dolo eventual, sería tratado peor que un agresor con dolo directo". 49

c) BGH, 1. Senat (Sala 1.ª), NStZ 1990, 30

El autor quería arrebatar a la víctima el dinero que había perdido al póquer. A ésta, durante la agarrada, se le cayó del bolsillo un revólver de aire comprimido. El autor lo cogió. Él no sabía si se trataba de un revólver de verdad o de uno de aire comprimido, y disparó a la víctima, con dolo eventual de matar, en pleno rostro. Con ello no trataba de matar a la víctima, sino de incapacitarla para luchar. Cuando ésta cayó mareada al suelo, el autor le arrebató el dinero y se marchó. El BGH apreció también en este caso un desistimiento voluntario de la tentativa de homicidio. Sin embargo, puso en duda (y, con ello, después de las resoluciones contrapuestas de los casos a) y b), presentó una tercera propuesta de solución) si habría sido posible un desistimiento en el caso de "una obtención óptima de los fines perseguidos". Sin embargo, entendió que en este caso no era esta la situación, ya que al acusado había dispuesto "de medios eventualmente letales" ("golpes con el revólver en la cabeza", "aplicación de una llave de brazo o similares"), "con los que todavía habría podido impulsar la obtención de su finalidad, de hacer que el herido fuese incapaz de luchar". En la omisión de acciones como las señaladas existe "una renuncia voluntaria a continuar la ejecución del delito de homicidio". 50

d) BGH, 2. Senat (Sala 2.ª), NStZ 1990, 77

El acusado (A) había robado un supermercado junto con un cómplice, y fue perseguido por el director de éste (L), con su coche. A, con el fin de ahuyentarle, disparó cinco disparos contra él, con dolo eventual de matar. Cuando L abandonó la persecución, A dejó de disparar. En este caso la Sala 2.ª rechaza la existencia de desistimiento voluntario. "No existe una renuncia honorable a la realización típica en el autor que, después de alcanzar su finalidad, no aspire a una nueva puesta en peligro del bien jurídico basada en una nueva decisión". 51

e) BGH, 5. Senat (Sala 5.ª), NJW 1991, 1189

El acusado (A) había robado una institución de crédito y disparó, con dolo eventual de matar, a un policía (P) que le perseguía, con el fin de preservar su botín y eludir la detención. Cuando P emprendió la fuga, A desistió de realizar más disparos, aunque podría haber disparado hacia 52

atrás, eventualmente con efecto letal. La Sala 5.ª rechaza la existencia de desistimiento voluntario, con el fundamento de que un nuevo disparo habría constituido un nuevo delito. En la renuncia de este caso no existiría desistimiento respecto de la tentativa delictiva que ha había finalizado.

f) BGH, 1. Senat (Sala 1.ª), NStZ 1993, 280* (auto de Grosser Senat (Gran Sala), BGHSt 39, 221

53 El autor, con dolo eventual de matar, clavó a la víctima un cuchillo en el vientre, con el fin de darle un "aviso o escarmiento" y dejarle claro "que no soportaría ninguna resistencia". Se abstuvo, sin embargo, de darle más puñaladas, aunque habría podido. La víctima se salvó gracias a la atención médica, ya que, de no ser por ella, habría muerto a consecuencia de las heridas. Tanto la Sala 1.ª como la Gran Sala apreciaron, en el hecho de haber omitido ulteriores acciones dirigidas a la muerte de la víctima, un desistimiento voluntario en la tentativa.

g) BGH, 5. Senat (Sala 5.ª), NStZ 1994, 493

54 El acusado (A) disparó a L (con evidente dolo eventual de matar) cuando éste, en el curso de la persecución, le alcanzó. L fue herido en el brazo y regresó al establecimiento; mientras tanto, A no volvió a dispararle. En este caso se rechazó la concurrencia de desistimiento voluntario, porque, según la opinión del tribunal, un disparo adicional a L habría exigido una nueva decisión delictiva.

55 Así pues, la jurisprudencia está dividida. De las ocho resoluciones del BGH expuestas (incluyendo el auto de remisión, nm. 53), cuatro llegan a la conclusión de que existe un desistimiento voluntario, mientras que otras cuatro lo niegan. Tampoco el pronunciamiento de la Gran Sala ha logrado acabar con la polémica. Pues, después del mismo, todavía la Sala 5.ª (nm. 54) volvió a negar la existencia de desistimiento. Los hechos enjuiciados pueden ser enmarcados en todos los casos en un claro modelo. En todos los supuestos se trata de tentativas de homicidio. En todas ellas se trata bien de dar un "aviso o escarmiento", a través del cual el autor pretende calmar sus emociones agresivas (a), b), f)); o bien el autor pretende defenderse contra un perseguidor y ahuyentarle (d), e), g)); o bien pretende quebrar la resistencia de la víctima (a un robo o a una violación: c); a este grupo pertenecería también el caso pergeñado en el nm. 35). Es posible imaginar otros grupos de casos; pero serían menos relevantes desde el punto de vista práctico, y rara vez dan lugar a querellas. Un ejemplo académico de una situación completamente distinta, tanto por lo que se refiere al tipo penal en cuestión como a los motivos, lo constituye el caso del hueco para aparcar, imaginado por *Jakobs*[73]: "Un

* Auto de remisión de la Sala 1.ª (1. Senat) a la Gran Sala (Grosser Senat), sometiéndole el caso. [N. del T.]

[73] *Jakobs*, AT, 2ª, 26/39 a.

conductor se mete de modo muy forzado en una plaza de aparcamiento, a pesar del riesgo de causar daño en los vehículos ajenos, lográndolo sin que pase nada". También en casos como éste surge, a partir de la jurisprudencia reciente, la cuestión de si existe desistimiento voluntario en una tentativa de daños.

En todo caso, hay que partir de la base de que el autor no toma en cuenta la posibilidad de que las acciones realizadas hasta el momento (generalmente: lesiones) podrían dar lugar ya a un delito consumado. Pues, si la hubiera tomado en cuenta, también desde la perspectiva de la jurisprudencia resultaría indiscutible que sólo podrían dar lugar a desistimiento los esfuerzos para impedir el resultado (con más detalle, nm. 211 ss.). 56

En todos los casos de esta índole se habla de alcanzar finalidades ajenas al tipo: el autor habría "alcanzado (...) sus finalidades ajenas al tipo" (BGHSt 39, 231: casi literalmente, también 225). Esta descripción es inexacta, ya que en la mayoría de las ocasiones –aunque no siempre- la finalidad verdadera constituye también la realización de un tipo penal (lesiones, robo, violación). No obstante, esta forma de expresarse no es perniciosa si se tiene claro que la finalidad no consiste en ningún caso en la consumación de la realización típica intentada, cuya valoración jurídica es la que cuenta en este caso. 57

2. La ausencia de desistimiento en todos los casos de obtención de las finalidades

Lo correcto es excluir el desistimiento en todos los supuestos (nm. 35). Esto se deriva de la idea de reversión de la puesta en peligro como principio orientador del desistimiento (a); se corresponde, por lo demás, con la razón de ser del privilegio excluyente de la pena (b): con el tenor literal de la disposición legal sobre el desistimiento (c) y con los principios de la teoría del dolo (d). 58

a) **No puede producirse una reversión** (consumada o intentada) **de la puesta en peligro cuando el autor ha conseguido ya lo que quería.** El hecho de que no lleve a cabo nuevas acciones delictivas (por ejemplo, un homicidio, ahora ya plenamente intencional) constituye la omisión de una nueva expresión de voluntad y del correspondiente hecho[74], pero no una reversión de la voluntad original de puesta en peligro, que sólo llega hasta el momento de la realización de la finalidad perseguida. 59

b) La razón de ser del privilegio para el desistimiento estriba en la cesación de la necesidad de pena (nm. 4 ss.). Puede ser dudoso cuándo falta tal necesidad de pena en el caso concreto. Pero no puede serlo que **la condición mínima para ello es que haya tenido lugar un cambio en la conciencia del autor**[75]. Sería absurdo desde el punto de vista político-criminal, en caso de una realización completa de su plan, premiar al autor con la exención de 60

---

[74] La Sala 5ª (BGH NStZ 1991, 1189; NStZ 1994, 493) supra nm. 52, 54 destacó también este punto de vista.

[75] Ya en este sentido, principalmente, *Puppe*, NStZ 1986, 17; *Herzberg*, NJW 1986, 2467; *Roxin*, JZ 1993, 896.

pena porque no se sintiese motivado para llevar a cabo actividades jurídico-penalmente relevantes que no había planeado.

61 En este sentido, ya la Sala 2ª afirmó con razón (NStZ 1990, 78; nm. 51): "No existe una renuncia honorable –cualesquiera que sean las razones- a la realización típica en el autor que, después de alcanzar su finalidad, no aspira a una nueva puesta en peligro del bien jurídico basada en una nueva decisión. Un autor así ni prueba su lealtad al Derecho ni muestra que no sea capaz de consumar el hecho planeado". Cuando la Gran Sala (BGHSt 39, 231), por el contrario, opina que el legislador premia ya "con la exención de pena la renuncia a ulteriores actuaciones posibles"; y que "en este elemento objetivo del tipo del desistimiento (...) no existe margen para elementos valorativos adicionales", se está atribuyendo al legislador una concepción político-criminal absurda y ciega a las cuestiones valorativas. Lo que contradice todas las reglas de la interpretación teleológica.

62 c) La solución aquí propuesta se corresponde también con el **tenor literal de la ley**, que exige para el desistimiento una transformación en la conciencia del autor, una revisión (voluntaria o involuntaria) de su decisión delictiva. Esto es evidente en el caso del esfuerzo para impedir, exigido en los §§ 24 I y 24 II. Pero ocurre también en la "renuncia" (§ 24 I 1). Pues sólo se puede renunciar a lo que se quería y aún no se ha logrado. Una omisión de ulteriores acciones delictivas después de haber alcanzado los objetivos de la acción no es ninguna "renuncia"; de acuerdo con su tenor literal, la renuncia exige que se abandone la persecución de un fin aún no alcanzado. También el concepto de "desistimiento", empleado en la rúbrica del precepto, exige, de acuerdo con su significado lingüístico, una conducta en sentido contrario antes de alcanzar la finalidad perseguida. El que se conforma con la realización de sus objetivos no da marcha atrás.

63 En contra de esto, la Gran Sala (BGHSt 39, 230) opina que el hecho lo constituyen "la acción y el resultado típicos". Y, en consecuencia, la renuncia se restringe "a la realización de los elementos típicos legalmente previstos". Sin embargo, esto no es correcto. Pues el hecho planeado está delimitado por el dolo del autor. Lo que él no quisiera no forma parte del hecho planeado, y a ello no es posible renunciar.

64 d) De esto se deriva el **argumento procedente de la teoría del dolo**: a lo que el autor renuncia es a su voluntad de realización, a su decisión delictiva. En otras palabras: a su dolo; "y no se puede renunciar a un dolo que ya no se tiene"[76]. Si el autor (conformándose con la eventualidad de un resultado de muerte) ha logrado lo que ambicionaba, el dolo se extingue, igual que la actividad delictiva externa llega a su fin. Ya no queda nada a lo que renunciar y de lo que volverse atrás.

65 En contra de esto, *Jäger*[77] sostiene: "El autor renuncia a su dolo, porque ya no ve sentido a la continuación del hecho". Pero no se trata de una renuncia al dolo como consecuencia de una pérdida de sentido sobrevenida, sino de un dolo que nunca existió con un alcance tan amplio. Cuando *Jäger* opi-

[76] *Roxin*, JZ 1993, 896.
[77] *Jäger*, 1996, 117.

na que, desde la perspectiva aquí defendida, tampoco podría renunciar "el que, debido a su compasión por la víctima, no continúa con el delito, pues tampoco éste tiene dolo de ulteriores actuaciones", está ignorando que, en este caso, originariamente sí que existía un dolo más amplio, que el autor abandona por compasión. Justamente esto es lo que falta en los casos en los que no se sigue actuando por haber alcanzado los objetivos.

3. Los argumentos en contra y su refutación

En la doctrina se rechaza de forma muy mayoritaria la existencia de desistimiento voluntario en los supuestos de la índole de los vistos[78]. Dicho rechazo se apoya en la mayor parte de las ocasiones –al igual que aquí– en la ausencia de "renuncia"[79]; en parte (sobre todo, por parte de los defensores de la llamada teoría del acto individualizado, nm. 178 s.), en la calificación como tentativa acabada, o bien fracasada[80]; y en parte también en la falta de voluntariedad de un desistimiento que, en realidad, existiría[81]. Los partidarios de apreciar un desistimiento voluntario, representados sobre todo en la jurisprudencia, hacen valer principalmente tres objeciones en contra de este rechazo: el argumento de la optimización (a); el argumento de la protección de la víctima (b); y el argumento del dolo directo (c). 66

a) El **argumento de la optimización** se puede encontrar, dentro de la jurisprudencia, sobre todo en el "caso del póquer" (BGH NStZ 1990, 30, *supra* nm. 50), en el que el autor había aprovechado el mareo de la víctima, ocasionado por un disparo con un revólver de aire comprimido, para robarla. La Sala 1ª opina que en este caso habría sido posible un ulterior "reforzamiento de la indefensión de la víctima" (mediante la aplicación de llaves o de golpes con el revólver en la cabeza) y pretende ver en la renuncia a tales "medios ulteriores peligrosos para la vida" el fundamento para el reconocimiento de un desistimiento de la tentativa de homicidio, excluyendo su punición. Por el contrario, a la Sala 1ª le parece que en los casos de "obtención óptima de los objetivos", cuando desde el punto de vista del autor las acciones ulteriores hubiesen resultado "completamente absurdas" (por ejemplo, en caso de inconsciencia de la víctima), "resultaría dudoso que se pudiese hablar todavía de desistimiento". El argumento puede ser trasladado a la mayoría de los casos de este tipo, en los que, por ejemplo, la advertencia habría resultado 67

---

[78] A favor, sin embargo, y de acuerdo con BGHSt 39, 221: *Hauf*, 1993, 40 ss.; *el mismo*, MDR 1993, 929; *Kudlich*, JuS 1999, 354; *Pahlke*, 1993, 157 ss.; *el mismo*, GA 1995, 76 ss.

[79] *Roxin*, JZ 1993, 896 ss.; *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 27, nm. 25; *Herzberg*, NJW 1991, 1635; *el mismo*, Blau-FS, 1985, 113; *Kühl*, AT, 3ª, § 16, nm. 39; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 11; *Murmann*, 1999, 49 ss.; *Otto*, Jura 1992, 430; *Puppe*, NStZ 1986, 17; *la misma*, NStZ 1990, 433; *Rengier*, JZ 1988, 931; *Rudolphi*, JZ 1991, 525, 527; *el mismo*, SK, 6ª, § 24, nm. 14 b; *Schall*, JuS 1990, 630; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 17 b; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 634.

[80] *Blei*, PdW, AT, 12ª, núm. 251 s.; *Kampermann*, 1992, 217 s.; *Puppe*, NStZ 1986, 17 s.; *Ranft*, Jura 1987, 533; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 17 b.

[81] *Bottke*, 1979, 526 s.; *Greeve*, 2000, 244; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 41/119; *Greeve*, 2000; en parte, también *Jäger*, 1996, 114 ss.; *el mismo*, ZStW 112 (2000), 805 ss.; *Streng*, NStZ 1993, 258 s.

más duradera si se hubieran asestado más puñaladas peligrosas, o en los que el perseguidor podría haber sido ahuyentado con mayor seguridad mediante más disparos que pusiesen en peligro su vida.

68 Es cierto, no obstante, que este argumento permite apreciar un desistimiento (voluntario) únicamente en una parte de los supuestos: cuando no haya existido una obtención óptima de los objetivos perseguidos. Pero, incluso en su limitado ámbito de aplicación, tampoco resulta convincente. Para empezar, se distingue de forma un tanto arbitraria entre actuaciones ulteriores completamente absurdas y menos absurdas, entre obtención óptima de los objetivos y obtención ordinaria. Pero es que, además, la abstención de realizar ulteriores acciones peligrosas para la vida no es tampoco, en relación con el óptimo perseguido por el autor, volverse atrás. Pues él no busca la muerte de la víctima, sino que posiblemente quiere lograr su finalidad sin causarla; lo que contradiría si realizase ulteriores acciones de peligro para la vida que ya no eran necesarias. La minimización del riesgo de muerte (y, por consiguiente, del riesgo de ser penado en consecuencia) es parte de la obtención óptima de sus fines. Así, por ejemplo, en el caso del póquer (nm. 50), sería una estupidez, desde el punto de vista del autor, retrasar el apoderamiento del dinero por aplicar nuevas llaves sobre la víctima, con el peligro inherente de ser atrapado y de que la pena se elevase (¡a lo mejor, hasta la de asesinato consumado!), cuando la obtención del dinero era posible ya, debido al mareo de la víctima.

69 En algunos casos, no obstante, puede resultar necesaria una intensificación de las acciones del autor para alcanzar su fines, supuesto en el que su omisión en el caso concreto constituirá un desistimiento (incluso voluntario). Si, por ejemplo, el autor quiere dar un "aviso o escarmiento" a la víctima en forma de una cuchillada, no habrá alcanzado su finalidad si el cuchillo, en contra de su intención, roza a la víctima tan sólo ligeramente en el hombro. Si en tal situación el autor renuncia a dar otra cuchillada, cuando aún sería posible, se estará echando atrás. Pero esto no es lo que ocurría en los casos tratados por la jurisprudencia. Pues, en ellos, el autor había logrado lo que quería. Ninguno afirmó haber querido más.

70 b) Ya en BGH NStZ 1898, 317 (nm. 49) se enfatiza que el reconocimiento de un desistimiento voluntario favorece, también en los casos de obtención de los fines perseguidos, "la **protección de la víctima**". La idea subyace también a BGHSt 39, 232 (nm. 53): "La víctima puede ser puesta en un peligro más intenso cuando el autor ha alcanzado ya las finalidades que había previsto para la acción (...), pues (...) puede continuar el ataque para asegurar definitivamente las finalidades de su acción. Por ello, dejar en estos casos abierta al autor la posibilidad de desistimiento sirve para proteger el bien jurídico que estaba en peligro desde el comienzo de la ejecución del hecho".

71 No queda completamente claro qué se quiere decir aquí. La referencia al "aseguramiento definitivo de las finalidades de la acción" podría ser enten-

dida en el sentido de que todavía estaba pendiente la "obtención óptima de la finalidad perseguida", lo que, de acuerdo con las objeciones expuestas en nm. 68, sería un error. Pero también es posible entender lo que dice el BGH como que, mediante la exención al acusado por la tentativa de homicidio, se pretendería prevenir un asesinato para ocultar lo ocurrido. Este enfoque es mencionado explícitamente en el auto de remisión BGH NStZ 1993, 281 (nm. 53). Y tampoco esta parece una idea plausible. Pues, para empezar, un asesinato para ocultar lo ocurrido sólo es posible en una parte de los casos, aquellos en los no hay más testigos. Y, en segundo lugar, en estos supuestos no es posible proteger a la víctima, frente a un asesinato para ocultar lo ocurrido, liberando al autor de la pena de la tentativa. Pues, en todo caso, la subsistencia del delito consumado, que usualmente concurre ya (aunque se trate tan sólo de lesiones peligrosas, de robo o de violación), con su pena correspondiente, es ya un motivo para cometer un asesinato a fin de ocultar lo ocurrido, tan serio cuando menos como podría serlo la concurrencia adicional de una tentativa. A esto hay que añadir, en tercer lugar, que, en estos casos, el autor sabe que ha de responder penalmente por su conducta hasta ese momento, mientras que no tendrá ni idea de que existe una jurisprudencia, a resultas de la cual la omisión de ulteriores acciones delictivas, tras la obtención de sus fines, dan lugar a un desistimiento voluntario en la tentativa doloso-eventual. Jamás un autor ha invocado dicha jurisprudencia para explicar su conducta. Lo que se afirma en general para la teoría del "puente de plata" (nm. 14 ss.) vale particularmente en este caso. *Puppe*[82] ha aportado una cuarta objeción en contra del argumento de la protección a la víctima: "Puede estar en el interés de una determinada víctima que se la aparte de un posible asesinato para ocultar lo ocurrido, mediante la oferta, a un determinado autor, de la exención de pena, suponiendo que tal oferta pudiera servir para tal fin. Pero lo que es seguro es que no es del interés de todas las futuras víctimas el que los autores que no persiguen la muerte de la víctima como su finalidad última, sino a lo sumo, como una finalidad intermedia o una consecuencia colateral, se tomen en serio la posibilidad de liberarse por principio del riesgo de ser penados por tentativa, en tanto que renuncien a cometer un asesinato para encubrirse".

Streng[83] ha desarrollado una variante de la idea de la protección de la víc- 72
tima, en la que puede que el BGH ya hubiese pensado. De acuerdo con ella, en los casos de "advertencias" "generalmente es inherente a la acción realizada inicialmente tan sólo con intención de lesionar una dinámica autónoma dirigida hacia actuaciones ulteriores, que acaban conduciendo hasta la muerte del lesionado. Si, en dichos supuestos, existe un freno en la pendiente hacia la consumación, merece ser caracterizado como una renuncia voluntaria al hecho". *Streng* restringe fundamentalmente este principio a los

[82] *Puppe*, JR 2000, 72.
[83] *Streng*, JZ 1993, 259.

casos de "advertencias", es decir, casos en los que existe "una identidad (parcial) de bien jurídico, entre el tipo penal en el que se materializa la finalidad originaria de la acción y el tipo penal ejecutado con dolo eventual". Esta exención parcial de la pena (de la de la tentativa de homicidio) da lugar a un tratamiento desigual de los casos de obtención de los objetivos perseguidos, que no es convincente. ¿Por qué el que da una paliza brutal, tomando en serio la posibilidad de que la víctima muera, debería salir mejor parado, en razón de su supuesto "deslizamiento frenado hacia la consumación", que un ladrón que emplee la violencia?

73 Pero es que, por lo demás, la idea no resulta convincente en absoluto. BGHSt 35, 123, estableció con razón que: "Desde el punto de vista empírico, parece difícil acreditar que la identidad en la dirección del ataque, que se produce en el caso de unas lesiones y de un homicidio sobre un objeto material único, disminuya las inhibiciones para matar de un modo específico". Es igual de posible que una cuchillada o un disparo que producen únicamente lesiones produzcan la desintegración de la agresión que dio lugar a la acción. De hecho, ninguno de los casos expuestos proporcionaba motivo para que el autor frenase un "deslizamiento hacia el homicidio". Resulta, además, completamente ajena a la ley la idea de premiar la evitación de deslizamientos delictivos ulteriores con la impunidad de los delitos ya cometidos. Desde luego, las lesiones peligrosas ocasionadas siguen siendo punibles en toda su extensión. El que "frena" su deslizamiento –real- hacia el homicidio no será penado por homicidio consumado; no se merece más que este "premio", que es el adecuado. No se puede obtener una protección de la víctima mediante una anulación más amplia de la pena de la tentativa, debido a que generalmente el autor no sabe nada de tal posibilidad. Y, al buscar la protección de la víctima, es preciso incorporar a la reflexión también la perspectiva preventivo-general: si el pendenciero violento, que ha tomado en serio la posibilidad de matar a la víctima, sabe que será penado por tentativa de asesinato o de homicidio, detendrá antes su actuación por esto que por la creencia de que, si la víctima sobrevive, debe temer únicamente una pena por lesiones.

74 c) La objeción más impresionante a primera vista es la **comparación con el autor con dolo directo**. El que se propone matar a otro y no lo logra con el primer disparo o cuchillada, puede, según la doctrina dominante, volverse atrás voluntariamente, mediante la abstención de ulteriores acciones de tentativa de homicidio. Él no ha alcanzado todavía su objetivo, por lo que, a través de la reversión de la puesta en peligro, logra la impunidad de su acción de tentativa. Esta conclusión es cuestionada tan sólo por unos pocos (como *Herzberg* y los defensores de la llamada teoría del acto individualizado –al respecto, nm. 178 s.), con argumentos insuficientes. Pero, si el autor con dolo directo puede volverse atrás simplemente con detener la tentativa, ¿por qué no también el autor con dolo eventual? Según una extendida opinión, el autor con dolo directo merece mayor reproche que el autor que obra

"sólo" con dolo eventual. En tal caso, podría resultar incongruente que a él se le haga más sencillo el desistimiento que a quien actúa con dolo eventual. Así, *Herzberg*[84] habla de una "llamativa y equivocada mejor situación del autor con dolo directo", mientras que *Ulsenheimer*[85] califica el trato diferente de "ni razonable ni justo". También el BGH (NStZ 1989, 317; nm. 49) menciona este punto de vista.

A este argumento hay que oponerse desde dos perspectivas. En primer lu- 75
gar, e independientemente de este grupo de casos, forma parte de la naturaleza del desistimiento el que aquél que tiene unos objetivos más ambiciosos puede volverse atrás durante más tiempo que quien ha alcanzado su objetivo más pronto. Y, en segundo lugar, solamente en el caso del autor con dolo directo que renuncia voluntariamente a alcanzar unos objetivos que le sería posible lograr, existe esa revisión de su decisión delictiva, la "reversión" y el "retorno a la legalidad", que justifican el otorgamiento del privilegio al desistimiento. Revisión que falta cuando el autor que actúa con dolo eventual ha alcanzado en todos sus extremos sus objetivos ajenos al tipo. Así pues, la preservación de la posibilidad de desistimiento en un caso y su desaparición en otro están fundadas en la sustancia de las cosas.

Herzberg[86] ha desarrollado una solución diferente para evitar la supuesta desigualdad de tra- 76
to. Opina que en la intención directa del autor de tentativa subyace siempre también un dolo eventual (en tanto que forma mínima del dolo). La renuncia al dolo directo de matar dejaría la tentativa ya realizada como una tentativa con dolo eventual; en la que no sería posible el desistimiento. Con ello desaparecería la "mejor situación" del autor con dolo directo frente, al que comete la tentativa con dolo eventual. Pero esta no puede ser la solución[87]. Pues la ley no prevé el desistimiento en relación con elementos específicos del dolo: el que renuncia a la intención de consumar el hecho, mediante su reversión de la puesta en peligro, está renunciando al dolo y al delito como totalidad, sin que permanezca un dolo eventual. Además, es evidente que el legislador prevé la desaparición de la pena de la tentativa para los supuestos de desistimiento voluntario, mientras que castigar por una tentativa con dolo eventual justamente se aferraría a dicha punición. Finalmente, del § 24 I 2 se deduce claramente que impedir o esforzarse en impedir, cuando falte el resultado, da lugar a la impunidad. Por lo que resultaría contradictorio que una detención que impide en todo caso el resultado no tuviese dicho efecto.

III. La tentativa fracasada como supuesto de incapacidad para desistir

1. Concepto y fundamento teleológico de la tentativa fracasada

Existe una tentativa fracasada (cfr. nm. 36) cuando el autor reconoce o, 77
cuando menos, acepta que su objetivo se ha vuelto, en el marco del concreto delito, inalcanzable. Así, si el autor ha disparado su única bala y no dispone

---

[84] *Herzberg*, NJW 1988, 1564.

[85] *Ulsenheimer*, JZ 1984, 852, 853.

[86] *Herzberg*, NJW 1988, 1559 ss., 1562 ss.

[87] Lo rechazan también *Rengier*, JZ 1988, 932; *Mayer*, NJW 1988, 2589 s.; *Streng*, JZ 1990, 220; *Weinhold*, 1990, 59 s.

de más instrumentos para matar, ha fracasado. Su tentativa es una tentativa fracasada y ya no cabe desistimiento. Esto se deduce en primer lugar de la concepción del desistimiento como una reversión de la puesta en peligro: no es posible que el autor "revierta" una puesta en peligro que ya no existe. Un alejamiento de la puesta en peligro (que es la que da lugar a la cuestión de la voluntariedad de tal alejamiento) no es posible en estos casos. Pero la tentativa es también una tentativa fracasada cuando el autor acepta la imposibilidad de la consumación delictiva tan sólo a causa de un error: por ejemplo, porque cree equivocadamente haber disparado su última bala. Pues tampoco en este supuesto la abstención de realizar nuevos disparos constituye la reversión del dolo, la revisión de la decisión delictiva, que describe al desistimiento. De este modo se favorece la conexión con la razón de ser del privilegio al desistimiento (cfr. nm. 4 ss.). La cuestión de si ha desaparecido el fundamento de la pena, a causa de la renuncia del autor a la continuación del delito, no se plantea cuando dicha renuncia no existe, porque el autor tiene la continuación por imposible.

78 La explicación expuesta acerca de la tentativa fracasada se apoya en el tenor literal de la ley. Pues el que no puede continuar (o, cuando menos, cree que no puede), ni renuncia ni se vuelve atrás, sino que se ubica en una situación que, desde su punto de vista, parece inmodificable. El que se encuentra vacía la caja fuerte que ha abierto, no renuncia al apoderamiento de las joyas, sino que simplemente le falta cualquier posibilidad de cometer el delito. Puede hacer u omitir lo que quiera: en todo caso, ha fracasado. El concepto de tentativa fracasada es, pues, una descripción sintética de aquellas tentativas en las que, debido a la imposibilidad (real o supuesta) de alcanzar los objetivos, no hay nada a lo que renunciar o que impedir. Dado que la posibilidad de tales tentativas está prevista en el § 24, implícitamente el precepto está reconociendo la tentativa fracasada como una categoría autónoma. Así pues, no resulta concluyente rechazar esta figura con el argumento de que la ley no menciona ningún concepto de tentativa fracasada[88]; por supuesto, la ciencia jurídica puede acuñar conceptos para grupos de casos cuya existencia se deriva de la ley, aunque no sean mencionados en ella.

79 Resumiéndolo en una frase, una tentativa es tentativa fracasada cuando el autor se dice: **"No puedo alcanzar el objetivo, aunque quiera,"** Esta conocida formulación de Frank, que originariamente fue elaborada por su autor para describir el desistimiento involuntario[89], describe en realidad la tentativa fracasada[90].

80 A veces se cuestiona que el sentido literal del término "renunciar" excluya el fracaso. Así, *Streng*[91] opina: "En el significado propio del lenguaje ordinario, alguien renuncia aun si no veía

---

[88] *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 27 I 3; *Borchert/Hellmann*, GA 1982, 44 s.; *Haft*, NStZ 1994, 536, 537; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 41/38; *Ranft*, Jura 1987, 434; *Sonnen*, JA 1980, 159; *Walter*, 1980, 103.

[89] *Frank*, StGB, 18ª, 1931, § 46 II.

[90] *Roxin*, JuS 1981, 2; *Borchert*, JA 1980, 254, 256; *Joecks*, 3ª, § 24, nm. 21; *Kadel*, JR 1987, 119; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 9; *Sonnen*, JA 1988, 297; de otra opinion, *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 41/36 ss.

[91] *Streng*, NStZ 1993, 258.

ya ninguna oportunidad para realizar su objetivo; pues en todo caso, a tenor de ello, él forma la decisión de no seguir actuando". Esto no resulta convincente. El que sabe que no puede continuar actuando, no necesita formar una "decisión, acorde con ello", de no seguir actuando; pues una decisión así carecería de cualquier consecuencia. El ladrón que se encuentra vacía la caja fuerte, no decide abstenerse del apoderamiento: la imposibilidad del apoderamiento hace superflua y absurda tal decisión. Con todo, a veces, cuando la consecución de los objetivos perseguidos era completamente imposible, se puede llegar a renunciar a acciones ulteriores inútiles; ello ocurre, por ejemplo, cuando el autor de una tentativa de robo renuncia a perseguir a la víctima, porque ya no podría alcanzarla. Pero con ello no se ha renunciado al robo fracasado, sino a prolongar una persecución que era inadecuada para alcanzar el fin perseguido.

Mientras tanto, los hasta hace poco numerosos enemigos de reconocer una figura autónoma de tentativa fracasada se hallan a la defensiva[92]. *Gössel*[93], que es el que ha combatido de forma más decidida la opinión defendida aquí, y difundido la conveniencia de evitar "ese concepto tan poco claro", admite, no obstante, que es posible "describir como tentativas fracasadas todos los casos en los que falta (...) un 'abandonar'"[94]. Dado que, por ello, no ve en estos casos tentativas susceptibles de desistimiento, la discusión se reduce entonces a cuestiones meramente terminológicas. *Baumann/Weber*[95] pretenden renunciar al concepto de tentativa fracasada en la aplicación del Derecho, aunque dicen: "Podría suceder que fuese una descripción satisfactoria para un determinado fenotipo de tentativa, en el que no se cumple un elemento del desistimiento". Sin embargo, no queda claro por qué no se debería aplicar una "descripción ajustada". *Heckler*[96] pretende que "el término 'tentativa fracasada' (...), en todo caso, sirva como descripción abarcadora y fenotípica de aquellos supuestos" en los que la tentativa "a resultas de la subsunción, no es capaz de dar lugar a desistimiento". En todo caso, los adversarios del concepto reconocen que en tales supuestos faltan la renuncia y el desistimiento; y esto es lo importante. 81

2. Delimitación entre la tentativa fracasada y la tentativa inidónea

La tentativa fracasada se diferencia de la tentativa inidónea (que, debido a causas objetivas, no puede dar lugar al resultado) principalmente a través del recurso a la evaluación subjetiva del autor. Es posible renunciar, con efecto excluyente de la pena, a una tentativa inidónea mientras no se conozca su inidoneidad (cfr. § 24 I 2: mediante esfuerzos voluntarios y serios); por lo tanto, mientras es susceptible de renuncia, no es una tentativa fracasada. A la inversa, una tentativa fracasada no debe ser inidónea; si, por ejemplo, el 82

---

[92] Siguen teniendo aún el concepto de tentativa fracasada por más o menos superfluo, *Borchert/Hellmann*, GA 1982, 448; *el mismo*, Jura 1982, 661; *Gössel*, ZStW 87 (1975), 3 ss.; *Haft*, NStZ 1994, 536; *Heckler*, 2002, 151 ss.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 41/36 ss.; *Ranft*, Jura 1987, 527; *Sonnen*, JA 1980, 159 ss.

[93] *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 41/4; una replica minuciosa en *Jäger*, 1996, 30 s.

[94] No obstante, habría aún que hacer una delimitación respecto de la tentativa que alcanza su objetivo.

[95] *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 27 I 3.

[96] *Heckler*, 2002, 154.

único disparo de que disponía el asesino no alcanza a la víctima por un pelo, se trata de una tentativa idónea, aunque fracasada. Puede que incluso sea objetivamente idónea, si es únicamente el autor el que cree inalcanzable el objetivo; si él ha contado con que su pistola estaba cargada, pero un tercero le grita valientemente que la pistola está descargada, tras lo cual el tirador, resignado, deja caer la pistola, concurre una tentativa fracasada. Dado que el sujeto actuante no ve ninguna alternativa, arrojar el arma no es ninguna "renuncia" a la decisión delictiva. No obstante, también las tentativas inidóneas representan frecuentemente tentativas fracasadas, cuando el sujeto actuante se percata de la inidoneidad (por ejemplo, del hecho de que la pistola estaba verdaderamente descargada), lo que le impide continuar con su tentativa. Se puede resumir, pues, del siguiente modo: las tentativas fracasadas son frecuentemente inidóneas; pero una tentativa fracasada no tiene por qué ser inidónea, y una tentativa inidónea no tiene por qué ser fracasada.

3. Desarrollo y situación actual de la teoría de la tentativa fracasada

83 La categoría de la tentativa fracasada fue desarrollada, en su concepción actual, en el período de posguerra. Sin embargo, el concepto como tal (aunque con diferentes significados) posee una larga historia. Los Derechos italiano y francés antiguos conocían, bajo las denominaciones de "delitto frustrato" y de "délit manqué", una tentativa acabada en la que faltaba el resultado, debido a un acontecimiento casual ocurrido después de la finalización de la acción típica[97]. Esta es una definición posible del concepto, aunque no cumple ninguna función en el Derecho vigente, por lo que actualmente no es posible remitirse a ella. También en la doctrina alemana, el empleo del concepto se caracterizó, hasta la posguerra, por numerosas oscuridades[98]. Hacia 1970[99], empezó a prestarse por primera vez una mayor atención a la tentativa fracasada, en su configuración moderna. Actualmente, la concepción pergeñada en nm. 77 ss. es utilizada ampliamente[100], si bien sigue discutiéndose qué grupos de casos pueden ubicarse dentro de la tentativa fracasada (al respecto, nm. 85 ss.).

84 **La figura de la tentativa fracasada ha hallado también reconocimiento en la moderna jurisprudencia.** En BGHSt 34, 56[101] se dice de forma resumida, aunque aún temerosa: "El BGH (...) parte en su reciente jurisprudencia

---

[97] Con más detalle, *Gössel*, ZStW 87 (1975), 8 ss.

[98] Al respecto, *Roxin*, JuS 1981, 2; *Gössel*, ZStW 87 (1975), 3 ss.; *Bottke*, 1979, 352 ss.

[99] Los primeros fueron *Otto*, GA 1967, 144 ss.; *Hruschka*, JZ 1969, 495 s.; *Schmidhäuser*, LB AT, 1ª, 1970, 15/81 ss.; 2ª, 1975, 627 ss.; *Roxin*, Heinitz-FS, 1972, 251 (253 s.).

[100] *Bottke*, 1979, 355 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 51 II 6; *Joecks*, 3ª, § 24, nm. 16 s.; *Kindhäuser*, AT, 2ª, 468; *Köhler*, AT, 471 ss.; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 10 ss.; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 8; *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 15/77 ss.; *el mismo*, StuB AT, 2ª, 11/76 ss.; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 7; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 24, nm. 29; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 23 ss.; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 628.

[101] Menciones a la tentativa fracasada se encuentran ya antes: así, en BGHSt 10, 131; 20, 279 s. (donde, sin embargo, la tentativa fracasada es vista todavía como un supuesto de desistimiento involuntario).

(...) de que existe un grupo de casos, fuera del ámbito de aplicación del § 24 del Código Penal, de tentativas fracasadas de realización típica, en las que al autor le está vedada la posibilidad de un desistimiento excluyente de la pena. No está aún aclarado de forma completa y concluyente cómo ha de delimitarse (...) dicho grupo de casos"[102]. Más tarde, BGH 39, 228 (Gran Sala) se manifiesta con mayor concreción, al hablar de los casos de tentativa fracasada, "en los que la causación del resultado –conforme al conocimiento del autor- no resulta ya objetivamente posible, o bien el autor considera que no lo es"[103]. Esto se corresponde plenamente con la interpretación desarrollada aquí.

4. Grupos de casos de tentativa fracasada

a) Imposibilidad para completar el tipo

Las situaciones de esta clase constituyen el supuesto más sencillo y clásico de tentativa fracasada. En ellos, con "imposibilidad" para completar el tipo se quiere decir que el autor, aquí y ahora (es decir, en continuación inmediata de los esfuerzos de ejecución realizados hasta el momento), no puede ya consumar el tipo penal. El hecho de que su plan pueda aún ser realizado en circunstancias posteriores más favorables no impide el fracaso de la tentativa concretamente realizada. La imposibilidad de la ejecución puede deberse a la inadecuación de los medios delictivos, a la incapacidad del autor o a la falta de objeto material de la acción. 85

Hay fallo en los medios delictivos, por ejemplo, cuando el arma no dispara (sea porque no estaba cargada, porque fue secretamente descargada o porque se encasquilla), la bomba no explota, el supuesto veneno resulta ineficaz, la llave no abre o se rompe en la cerradura. Existe incapacidad del autor cuando el asesino se ve incapacitado por un infarto cardiaco, el violador es incapaz de mantener la erección, o el autor es reducido por la víctima, o se da a la huida. Falta el objeto material de la acción cuando la víctima no está o se escapa, cuando se descubre que la persona atacada por detrás, con el fin de violarla, era en realidad un varón, o cuando no se halla el objeto que se pretende hurtar. 86

En la mayor parte de las ocasiones, la situación objetiva y la representación del autor coinciden. Sin embargo, cuando en algún caso no ocurra así, lo decisivo es la representación del autor (nm. 82). Así, si el autor cree equivocadamente que ya no tiene municiones, si no descubre el escondite de la víctima, o si no puede poner en marcha el auto que ha robado, debido a su desconocimiento técnico, su desviación no constituirá desistimiento, sino la consecuencia de su fracaso (nm. 39); para una crítica del concepto objetivo de fracaso, cfr. nm. 40 ss. 87

---

[102] BGHSt 33, 295 dejó abierta la cuestión de la delimitación.

[103] En el mismo sentido, BGHSt 39, 246.

88 Ahora bien, existe tentativa fracasada únicamente cuando el autor cree que la realización del tipo penal está excluida. Si no está seguro de si el delito está acabado, y renuncia a continuar, esto es desistimiento (sea voluntario o involuntario). Así pues, si el ladrón oye ruidos sospechosos y huye por miedo a ser descubierto, se está volviendo atrás. Esto resulta evidente por principio: pues, si no, dado que los planes delictivos llevan consigo en general el riesgo de fracasar, nunca sería posible el desistimiento.

89 También pertenecen al grupo de casos de tentativa fracasada a causa de imposibilidad aquellos supuestos de la denominada **imposibilidad jurídica**. Se trata de situaciones en las que un elemento del tipo sólo puede ser realizado en contra de la voluntad del titular del bien jurídico, por lo que su asentimiento impide completar el tipo[104]. Así, un apoderamiento, en el sentido del § 242 [hurto], es una acción de tomar que se realiza en contra o sin la voluntad de quien ostenta la custodia. Si éste está de acuerdo con que se tome la cosa, jurídicamente el apoderamiento ya no es posible. De este modo, si el propietario de una vivienda sorprende al que ha allanado su vivienda en la fase de tentativa y, en un rapto de romanticismo, le invita a servirse lo que guste, el apoderamiento deja de ser posible (y, por lo demás, también una apropiación antijurídica). No obstante, el ladrón responderá de tentativa (fracasada) de hurto; hay que descartar el desistimiento. También es fracasada una violación cuando la víctima atacada consienta válidamente en la relación sexual (esto es, no a consecuencia de la intimidación, sino por estar interesada por sí misma en el acto sexual). Dado que la relación sexual con una pareja gustosa no es violación, el autor no puede consumar su delito, pero tampoco volverse atrás; por lo que sigue respondiendo por tentativa del § 177.

90 El BGH mantiene, en contra de la doctrina dominante[105], que la "imposibilidad jurídica" no es una tentativa fracasada. En BGHSt 39, 244[106], la víctima, a la que el autor había arrojado al suelo, logró convencerle de "que llegaba 'a punto', ya que ella (...) hacía mucho tiempo que no había tenido un encuentro sexual con un hombre" (loc. cit., 244). La relación sexual que tuvo lugar a continuación fue, desde el punto de vista objetivo, una violación, ya que el asentimiento, meramente fingido, era inválido. Pero al autor, debido a la creencia errónea en la concurrencia de asentimiento, le faltaba el dolo en el momento de realizar el acto sexual[107], por lo que sin duda hay que descartar la existencia de una violación consumada. A pesar de ello, el BGH rechaza que exista un fracaso: "Mientras que, en el caso de obstáculos

---

[104] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [=PG I], § 13, nm. 2.

[105] *Bottke*, 1979, 355 s.; *el mismo*, JZ 1994, 71; *Krey*, AT/2, nm. 473 s.; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 9; *Ulsenheimer*, 1976, 328 ss.; *Vitt*, JR 1994, 199.

[106] Al respecto, *Bauer*, MDR 1994, 132; *Bottke*, JZ 1994, 71; *Jäger*, 1996, 71 s., 74 ss.; *Kudlich*, JuS 1999, 244 (siguiendo al BGH); *Streng*, NStZ 1993, 582; *Vitt*, JR 1994, 199.

[107] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [=PG I], § 13, nm. 13.

de hecho, no existe para el autor la posibilidad de elegir –prevista en el § 24 del Código Penal- entre continuar la ejecución del hecho, con vistas a lograr el resultado perseguido, o bien renunciar a él, sí que existe tal posibilidad en el caso de obstáculos jurídicos. Si la víctima de una tentativa de violación manifiesta, sea seriamente o simulando, su acuerdo en mantener relaciones sexuales con el autor, éste puede (no dejándose influir por el consentimiento) continuar persiguiendo el objetivo de su acción y llevar a cabo (...) el yacimiento" (loc. cit., 246 s.).

Esto, no obstante, es un sofisma. Pues, sin duda, el autor puede –como 91
afirma el BGH- "llevar a cabo el **yacimiento**". Pero ello resulta irrelevante. Lo decisivo es únicamente si puede llevar a cabo una **violación**; y no puede, como lo demuestra el hecho de que el BGH mismo apreciase tan sólo, a pesar de que tuvo lugar el yacimiento, una tentativa de violación. Cuando el BGH afirma que parece "ya partiendo del sentido lingüístico, (...) extraño describir un suceso así como tentativa 'fracasada'" (loc. cit., 247), ello obedece a la errónea equiparación entre yacimiento atípico y violación punible. Desde luego, el yacimiento resulta exitoso, pero no la violación (si no, debería haber sido penada como consumada).

El argumento político-criminal para que el BGH rechace en este caso la 92
concurrencia de una tentativa fracasada es que se pretende dejar abierta al autor la posibilidad de desistimiento voluntario: "El autor puede renunciar a su plan delictivo también por razones que no tengan ninguna relación con el consentimiento, como la vergüenza o el arrepentimiento por su comportamiento anterior. Privarle en situaciones como esas de la posibilidad de un desistimiento excluyente de la pena, a pesar que haya regresado al terreno de la lealtad al Derecho, no resulta compatible con el objetivo político-criminal del § 24 del Código Penal". Pero ésta es una extraña manera de ver las cosas: pues, si la pareja desease el yacimiento (como cree el autor), no habría motivo alguno para que renunciase al mismo por "vergüenza o arrepentimiento". E, incluso si el autor decidiera defraudar a su supuesta pareja, tampoco existiría desistimiento en una tentativa de violación, sino una renuncia a realizar el yacimiento. Resulta incomprensible la razón por la que dicha renuncia debería demostrar la "lealtad al Derecho" y liberar al autor de la pena correspondiente a su anterior acción violenta con fines sexuales.

En el caso concreto, el BGH rechazó la existencia de una "renuncia a la ejecución del hecho 93
planeado", por lo que llegó igualmente al resultado de castigar conforme a los §§ 22 y 177; rechazando también, por lo tanto, el desistimiento. La configuración de una tentativa que no está fracasada, pero que igualmente no es susceptible de consumación, resulta extraña y contradictoria. *Jäger*[108] llega a la misma conclusión, aunque con diferente fundamento: él niega la existencia de fracaso sobre la base de su concepto objetivo de puesta en peligro (nm. 40), pero excluye el desistimiento por falta de reversión de la puesta en peligro. Por el contrario, *Streng*[109] (al respecto, nm. 80) aprecia renuncia y desistimiento, pero niega su voluntariedad.

---

[108] *Jäger*, 1996, 71 s., 74 ss.
[109] *Streng*, NStZ 1993, 582.

b) La identidad del objeto material de la acción no se corresponde con el plan delictivo

94 A este apartado pertenecen los grupos de casos de confusión o error que no excluyen la posibilidad de realización típica, pero que igualmente frustran el plan delictivo. Si A pretende disparar a B, se aproxima a la víctima por la espalda, se da cuenta en el último momento de que quien está ante él es otra persona (C) y, defraudado, vuelve a guardar la pistola, estamos ante una tentativa fracasada. El autor podría, pese a todo, haber completado el tipo penal, disparando a la víctima "equivocada". Pero no concurre desistimiento porque se renuncie a realizar un tipo penal (aunque esta inexacta concepción esté muy extendida, y generalmente resulte suficiente), sino (de acuerdo con el claro –y correcto- tenor literal del § 24 I) porque se renuncia al "hecho". Y de dicho hecho, y del plan del autor dirigido a ejecutarlo, forma parte la identidad de la víctima, dado que la conducta del sujeto va dirigida a esa concreta persona[110]. Pues, en casos como éste, el dolo se refiere a la persona individual, y no a la muerte de cualquier ser humano. Aquella muerte, sin embargo, se vuelve inviable cuando falta el objeto de la acción. No es posible –en nuestro ejemplo- volverse atrás de la tentativa de asesinar a B por medio de la renuncia a matar –aun siendo posible- a C.

95 Esto resulta aplicable también cuando el objeto material es una cosa. En la situación que dio lugar a la sentencia RGSt 39, 37, el autor pretendía robar una pelota roja de un jardín ajeno. Cuando había penetrado ya en el jardín y tenía en sus manos la supuesta pelota, se dio cuenta de que se trataba de una bola de madera, por lo que, decepcionado, la tiró y volvió a abandonar el jardín. Puesto que el RG establece explícitamente (loc. cit., 39, 40) que el autor quería tener "no cualquier cosa ajena, sino justamente (...) la supuesta pelota, es decir, un determinado objeto material", su plan resultó fracasado; pues la existencia de una pelota era el fundamento del mismo. El autor debía haber sido castigado por tentativa de hurto, sin discutir acerca del carácter voluntario o involuntario del desistimiento (que ya no era posible).

96 Sin embargo, el RG apreció desistimiento voluntario. El autor no habría "sido obstaculizado" en la continuación de la acción "por una circunstancia externa, ajena a su voluntad", sino que habría sido movido a detenerse "por un proceso puramente interno, espiritual; concretamente, por una reflexión suscitada por el descubrimiento de la verdadera situación" (loc. cit., 40). Pues bien, es cierto que no hubo ninguna circunstancia externa que impidiese al autor llevarse la bola de madera, así como que un desistimiento que obedece a reflexiones "puramente internas" constituye uno de los supuestos prototípicos de voluntariedad. Pero la sentencia muestra que tales valoraciones inducen a error cuando no existe en realidad ningún desistimiento.

---

[110] Sobre el concepto de plan delictivo, *Roxin*, Würtenberger-FS, 1977, 109 ss.

Hay que apreciar igualmente una tentativa fracasada cuando alguien abre 97
la cartera de otro para robarle documentos secretos, pero, al primer vistazo al legajo, se da cuenta de que se trata de papeles sin importancia, por lo que los deja en su sitio. En este caso no existen ni renuncia ni desistimiento.

A partir de los ejemplos, queda claro que el reconocimiento de la tentativa 98
fracasada no implica únicamente una corrección conceptual y una mejora terminológica, sino también una ganancia en clarificación del Derecho. Pues es cierto que, si, en los casos en los que el verdadero objeto material no es abarcado por el dolo del autor, se aprecia en principio la concurrencia de desistimiento, no necesariamente se ha de concluir –como en el caso de la bola de madera del RG- apreciando su voluntariedad (y, consiguientemente, la ausencia de pena). Sin embargo, en vista de lo discutidos que son los criterios para decidir acerca de la voluntariedad o no voluntariedad, la solución será siempre insegura, mientras que la figura de la tentativa fracasada hace posible una solución clara y convincente. En todo caso, conviene ser claro acerca de que tampoco esta solución puede ser deducida de manera sencilla a partir de un concepto predefinido de fracaso, sino que se deriva de una valoración. Pese a ello, el reconocimiento de la tentativa fracasada tiene, para la aplicación del Derecho, la extraordinaria ventaja de que es posible lograr unanimidad acerca de la valoración que merece la cuestión de la punición o no de estos supuestos, con independencia de las teorías en conflicto en torno a la voluntariedad o no voluntariedad del desistimiento. Si lo que se quiere es otorgar a un autor la exención de pena únicamente porque su tentativa fracasó, ello entraría en contradicción con la punición que en principio merecen tanto la tentativa idónea como la tentativa inidónea; de ello se deduce muy claramente que el legislador pretende penar la tentativa fracasada. Por otra parte, es evidente que una decisión acerca de la punición o impunidad ha de resultar mucho más difícil cuando el autor se abstuvo de continuar su plan, pese a que todavía podía haber alcanzado su objetivo. En este caso, si las circunstancias cambian y, por ejemplo, el riesgo de ser capturado se vuelve mayor (a pesar de que subsista la posibilidad de ejecución), son necesarias complejas ponderaciones, para las que el legislador, con la referencia a la "voluntariedad" del desistimiento, sólo ha proporcionado un vago punto de referencia, lo que casi inevitablemente había de suscitar una enorme multiplicidad de teorías al respecto (cfr. nm. 354 ss.). En el caso de la tentativa fracasada, en cambio, no necesitamos complicarnos en estos problemas.

La doctrina dominante aprecia también una tentativa fracasada cuando 99
el objeto material es distinto del que corresponde al dolo del autor[111]. Sin embargo, esto no es indiscutible. Así, *Feltes*[112] cuestiona que exista tentativa fracasada en el caso de la confusión entre personas, con el atendible argu-

[111] Cfr. tan sólo *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 9.
[112] *Feltes*, GA 1992, 413.

mento de que, cuando se mata a B de un disparo a causa de un error, existe un homicidio consumado. (El *error in persona* no excluye el dolo: cfr. *Roxin*, AT, I, 3ª, § 12, nm. 168 ss. [=PG I, § 12, nm. 163 ss.].) "Por ello, en la tentativa se debe aplicar el mismo criterio". Existe, sin embargo, una diferencia según que el autor conozca o no conozca la verdadera situación: el dolo de disparar a B (supuestamente ante él) se queda sin objeto con el descubrimiento de que se trata de C. *Jäger*[113] opina que A, al no disparar a C tras darse cuenta de su error, revierte "la puesta en peligro referida a la persona que tiene ante sí", y que con ello está renunciando al hecho. Pero, en el instante en que A descubre su confusión, ya no hay nadie que esté en peligro, ni desde el punto de vista objetivo ni desde el subjetivo: ni B, ausente, ni C, contra quien no existe ningún dolo de matar. y que ahora le resulta ya a A tan completamente indiferente como cualquier otra paseante que se halle alrededor y que tampoco está en peligro.

100 En el caso de la bola de madera, en favor de apreciar la concurrencia de desistimiento, *Jäger* aduce que también puede echarse atrás el que tiene el dolo indeterminado "de robar cualquier cosa del jardín", pero no se lleva la inútil bola de madera. Sin embargo, en supuestos así, el dolo suele limitarse a los objetos útiles, por lo que el autor fracasa cuando dichos objetos no existen (cfr. nm. 105). No obstante, si realmente pretende "robar cualquier cosa", sin atender a su utilidad (por ejemplo, para demostrar su preparación para esa labor), cuando renuncie a dicha idea, habrá revisado su plan, y se habrá vuelto atrás. Pero la apreciación de desistimiento en este supuesto no se basa en un "trato desigual", sino en los diferentes objetivos de cada uno de los autores.

c) El objeto material queda por debajo de las expectativas del autor

101 Un grupo de casos muy frecuente es aquél en el que el autor de un delito patrimonial (la mayoría de las veces, un robo o un hurto) halla un botín más reducido del que pensaba: si regresa con las manos vacías, a menudo es difícil valorar jurídicamente si concurre una tentativa fracasada, un desistimiento involuntario o un desistimiento voluntario. El *leading-case* de la jurisprudencia moderna lo constituye la sentencia BGHSt 4, 56: el acusado necesitaba, para la carrera de representante a que aspiraba, un capital inicial de "alrededor de 300 marcos", pero no los tenía. Para conseguir el dinero que necesitaba, asaltó una fonda, pero sólo encontró en la caja entre 20 y 30 marcos, por lo que huyó sin llevarse nada.

102 En este caso, lo correcto es apreciar una tentativa fracasada[114]. Pues, de acuerdo con el plan delictivo, lo decisivo era la obtención de una suma de alrededor de 300 marcos. Una cantidad más reducida no tenía "ningún objeto" para el

---

[113] *Jäger*, 1996, 78.

[114] Esto coincide con la opinión de la doctrina dominante hoy en día: cfr. tan sólo *Bauer*, wistra 1992, 204; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 11; *Roxin*, JuS 1981, 3 s.; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 9; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 11; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 30.

autor; su proyecto, pues, había fracasado, incluso si pudo haberse llevado sin dificultad una cantidad más pequeña. Con un fundamento básicamente idéntico, el BGH acaba apreciando un desistimiento involuntario (quizá tan sólo porque la figura de la tentativa fracasada no había sido empleada nunca anteriormente por la jurisprudencia). Se podría considerar esto como algo irrelevante, y tomar la insistencia en ubicar el caso en la categoría de la tentativa fracasada, en la que no hay capacidad de desistimiento, como mera pedantería terminológica, si no fuese porque aquí también la interpretación del desistimiento podría haber llevado con facilidad justo al resultado contrario. Así, si se parte de que el autor ha "renunciado" a continuar la ejecución, difícilmente se puede evitar el reconocimiento de que el autor omitió voluntariamente la obtención de los 20 ó 30 marcos, los únicos a los que estaba en su mano renunciar, de manera que, desde este punto de vista, habría que aceptar la ausencia de pena, si se parte de que en el dolo de robar entre 200 y 300 marcos está contenido el dolo dirigido a una suma más pequeña, puesto que el autor se habría vuelto voluntariamente atrás en su tentativa de robar 20 ó 30 marcos. Esto, sin embargo, no puede cambiar el hecho de que la tentativa de robo dirigida a los 300 marcos era decididamente inviable y, por ello, fracasada[115].

Por lo tanto, no tiene razón la jurisprudencia antigua cuando, al enfren- 103
tarse al caso de la "defraudación de expectativas", lo veía como un problema de "voluntariedad o no voluntariedad", en vez de como un problema de delimitación entre la tentativa fracasada y el desistimiento voluntario. A este punto de partida equivocado obedece que el RG, al resolver casos de esta índole, mantuviese siempre una posición tan vacilante[116]. En RGSt 24, 222 se apreció un desistimiento voluntario, después de que el autor hubiese dejado las cosas que había encontrado en el arcón que había fracturado, porque no le pareció que tuviesen valor. Del mismo modo, RGSt 55, 66 afirmó la concurrencia de un desistimiento voluntario porque el autor, que había supuesto que había una mayor cantidad de artículos de contrabando, no había tocado los pequeños paquetes con alimentos, cuya sustracción no le pareció que mereciese la pena. Por otra parte, RGSt 70, 1 no concedió el desistimiento voluntario a un atracador callejero que salió corriendo de la muchacha a la que había asaltado para robarla, sin coger la suma que tenía, al darse cuenta de que todo lo que llevaban eran 20 ó 30 pfennigs.

Es cierto que, al examinar el caso expuesto en el nm. 103 desde la perspec- 104
tiva de la tentativa fracasada, son precisas ponderaciones aún más complejas

---

[115] En todo caso, el autor que se hubiese llevado los 20 ó 30 marcos no sería penado por una tentativa de hurto y por un hurto consumado, sino únicamente por hurto consumado. Pero ello no obedece a la ausencia de fracaso en un plan que sigue adelante (así, sin embargo, *Bockelmann*, NJW 1955, 1418, n. 26 = Untersuchungen, 176, n. 26), sino a que, cuando se trata del mismo tipo penal, la jurisprudencia acepta que, en el caso en que el autor se lleva lo que encuentra, existe una transformación del plan delictivo (cfr. también *Bottke*, 1979, 368, n. 43).

[116] Cfr., en relación con las sentencias que siguen, la exposición de los supuestos de hecho en *Bottke*, 1979, 367 s.

que las de los casos analizados más arriba (a), b)), menos problemáticos en comparación. Pues no es posible apreciar el fracaso de la tentativa tan sólo por el hecho de que lo encontrado esté por debajo de lo esperado por el autor. Por el contrario, la cuestión depende más bien de si el plan delictivo había fijado un determinado nivel para el botín. En la sentencia BGHSt 4, 56, debido a la finalidad que el autor buscaba con el dinero, la existencia de un fracaso quedaba clara. Pero, si un ladrón que roba con un objetivo genérico de enriquecimiento, y espera que la caja esté llena, se encuentra con una cantidad muy pequeña y la deja, no existe fracaso, sino desistimiento voluntario. Pues el que no roba motivado por una suma determinada, y no tiene ningún punto de referencia acerca de la magnitud del botín que se va a encontrar, sólo puede tener un plan delictivo poco especificado. Por lo que, si encuentra poco, la defraudación no es, pese a ello, un fracaso. Por ello, resulta demasiado falto de matices afirmar, como hace BGHSt 13, 156: "El que se echa atrás de una tentativa de hurto, porque encuentra menos de lo que esperaba, no desiste voluntariamente". El que podría dar buena cuenta de lo que hay, pero, pese a ello, lo deja, enfadado por la defraudación de sus anteriores esperanzas, se está echando atrás de forma voluntaria. Desde esta perspectiva, es preciso volver a analizar con más detalle los hechos de la sentencia del RG expuesta en nm. 103. En todo caso, la circunstancia de que el autor rechazase, por su insignificancia, un botín que sólo era ligeramente inferior, pude constituir un indicio (y, en este aspecto, BGHSt 13, 156 contiene, al menos, una regla de valoración) de que era *condicio sine que non* de su plan delictivo la existencia de un nivel de magnitud en el botín mucho mayor, por lo que lo más plausible es pensar que, teniendo en cuenta las circunstancias expuestas, se trató de un supuesto de fracaso.

105 Son más fáciles de enjuiciar los casos en los que lo encontrado está por debajo de lo esperado por el autor no en términos cuantitativos, sino en atención a su naturaleza y a su estado. En estos supuestos, se puede partir del principio de que existe tentativa fracasada "cuando el autor, en los casos en que existe una voluntad de apoderamiento genérica e indeterminada, no encuentra nada, o bien, en los casos en los que existe un dolo dirigido al apoderamiento de unas cosas determinadas, o de objetos de un determinado tipo, no encuentra cosas de esa clase"[117]. BGHSt 13, 156 aborda un supuesto especial: el autor pretendía robar "principalmente, dinero en metálico, pero también cualquier otro objeto de utilidad". No encontró dinero, por lo que cogió entonces una cámara fotográfica y un abrigo, renunciando, sin embargo, finalmente a llevárselos, pues temía tener problemas para venderlos y otras dificultades. En este caso existe fracaso si, según el plan delictivo, el dinero y los objetos de valor no se hallaban en una relación de "o lo uno o lo otro", sino que el dinero constituía un elemento esencial del plan delictivo

[117] Así, BGHSt 4, 57, adhiriéndose a la jurisprudencia antigua –pero enfocándolo desde el punto de vista de la ausencia de voluntariedad en el desistimiento.

del hurto. Dado que el BGH estableció que para el autor se trataba "principalmente de dinero", hay que apreciar una tentativa fracasada en relación con el dinero, y un desistimiento en relación con los restantes objetos. Un supuesto más claro de fracaso aparece en el "caso de la ventana de rejilla" (RGSt 45, 6), en el que los autores, en el curso del apoderamiento, dañaron tanto los objetos del hurto (la ventana y una tela metálica), a causa de su torpeza, que quedaron sin valor (o, al menos, inútiles para lo que estaban pensados). Puesto que no pudieron llegar a usar dichos objetos de acuerdo con lo que tenían previsto, el plan fracasó.

Para finalizar, la posibilidad de que el objeto material de la acción quede 106
por debajo de lo esperado por el autor concurre no sólo en relación con el valor de las cosas, sino también cuando son personas las víctimas del delito. Esto ocurre la mayoría de las veces en casos en las que el autor no conoce previamente a la persona a la que agrede. No obstante, la concurrencia de tentativa fracasada en estos supuestos es posible en pocas ocasiones, ya que, en comparación con las cosas, los "objetos" humanos no pueden ser graduados desde el punto de vista cuantitativo y, por lo que hace a su clase y condición, tampoco son tan distintos entre sí como para que una desviación respecto de la representación del autor deba ser calificada, sin más, como fracaso. Si, por ejemplo, alguien abraza por detrás a una mujer, con el fin de besarla a la fuerza (¡coacciones!), pero, al fijarse más en ella, se abstiene de hacerlo, porque no le parece suficientemente guapa o joven, esto no puede ser visto como una tentativa fracasada. Pues, si el autor no conocía a la mujer, no podía (dejando aparte casos extraños) tener ninguna representación que hiciese que ciertas esperanzas formasen parte de su plan. Normalmente, el plan se dirigiría, pues, a besar a una mujer de aspecto desconocido. Este plan no fracasó, por lo que podría concurrir un desistimiento voluntario. Las cosas son, desde luego, distintas si el autor pretende besar a una chica determinada y la deja escapar cuando se da cuenta de que ha cogido a la mujer equivocada. En este caso se trataría, no obstante, de un supuesto de confusión (*supra* b), que, por esta razón, fue ubicado ya entre los de tentativa fracasada.

La sentencia BGHSt 20, 297 s. resuelve uno de los infrecuentes casos en 107
los que, sin haber confusión de personas, concurre un fracaso en relación con un objeto de ataque humano, debido a que la víctima no se corresponde con lo esperado por el autor: el autor había asaltado a la mujer con el fin de violarla, pero se echó atrás cuando se dio cuenta de que "llevaba compresa" y de que "tenía el período". En este caso habla el BGH por primera vez de forma explícita de tentativa fracasada[118]. "La mujer atacada dio muestras al acusado de ser inadecuada, a causa de su situación, para la relación sexual (con una mujer que se hallase en condiciones) a que éste aspiraba" (loc. cit.,

[118] Si bien, al mismo tiempo, concurriría un desistimiento involuntario; cfr., en relación con esta forma de expresarse, ya n. 102.

280). La posición del BGH parece correcta. Pues, si bien puede que el autor no hubiese pensado acerca de la situación de la mujer en el momento de formar su decisión delictiva, en todo caso había partido, como demuestra su reacción, de la "disponibilidad" de la mujer como una condición de su plan implícita, obvia y susceptible de ser concretada suficientemente; cuando falló dicha condición, la finalidad (relación sexual con una mujer "disponible" para ello) se volvió inalcanzable y el plan fracasó. Si, por el contrario, se apreciase desistimiento, y se fundamentase la "renuncia" a la ejecución, en el hecho de que el autor estaba, desde el punto de vista puramente físico, en condiciones de haber seguido adelante con la relación sexual (lo que el BGH reconoce expresamente), la decisión acerca de la voluntariedad o no voluntariedad de dicho desistimiento sería muy difícil de abordar. Este ejemplo muestra, pues, igualmente el valor teórico que posee aceptar la figura de la tentativa fracasada y distinguirla del desistimiento[119].

d) No existe fracaso en los supuestos de desviación en las modalidades del hecho, en los de desaparición de motivos y en los de actos ejecutivos susceptibles de repetición

108 Para acabar, se mencionarán algunos grupos de casos que suelen ser discutidos en relación con la tentativa fracasada, pero en los que es más correcto apreciar la existencia de desistimiento (sea voluntario o involuntario).

aa) Las modalidades del hecho se desvían del plan delictivo

109 Este caso es extremadamente frecuente. Cuando el autor de un robo en casa habitada se siente observado y, en consecuencia, aunque el delito aún le parezca realizable, se echa atrás, para evitar ser, tal vez, capturado, está renunciando al delito. Habrá que aclarar si lo ha hecho de forma voluntaria o involuntaria; pero no existe fracaso, pues el objetivo (el hurto planeado) era considerado alcanzable. A esto se podría objetar que el autor tenía el plan de robar sin ser observado; y que, si esto no resultaba posible, su plan habría fracasado, por lo que la tentativa sería una tentativa fracasada. El error de esta forma de argumentar estriba en que las modalidades de ejecución constituyen circunstancias concomitantes en el camino hacia el objetivo perseguido y, en tanto que tales, forman parte del plan, pero no son el objetivo perseguido, cuya falta de viabilidad para el autor es lo único que fundamenta el fracaso de la tentativa. Esto es formulado muy correctamente por *Schmidhäuser*[120], cuando (en un contexto ligeramente diferente)[121] afirma que, en la tentativa fracasada, "se trata del plan del autor tan sólo en la medida en que dicho plan describe el objetivo que el autor pretende alcanzar".

---

[119] A favor, como aquí, de una tentativa fracasada: *Kampermann*, 1992, 53; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 11; a favor del desistimiento involuntario: *Jäger*, 1996, 79, 112; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 41/113; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm 98; a favor del desistimiento voluntario: *Jakobs*, AT, 2ª, 26/46.

[120] *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 15/78.

[121] Cfr., al respecto, nm. 175 ss., en relación con las acciones ejecutivas susceptibles de repetición.

Por el contrario, *Ulsenheimer*[122] ha defendido la interpretación de que un 110
cambio en las modalidades del hecho daría lugar, si subsiste la posibilidad de alcanzar el objetivo buscado, al fracaso de la tentativa: "Puesto que la clase y el modo de la realización delictiva, los medios de actuar, el lugar y el momento del suceso pueden resultar, en el caso concreto, tan importantes para el proyecto del autor (y, por ello, determinados tan exactamente) como el objeto material del delito que guía el ataque (...) La diferencia (...) estriba únicamente en que lo identificado por el autor como imposible en un caso tiene que ver con **lo que** pretendía, en el otro, tiene que ver con el **cómo** de la ejecución; sin embargo, la motivación de que no continúe con la actuación es el mismo: que ya no ve ninguna oportunidad de aproximarse a su objetivo a través de la continuación de su concepción delictiva, de ahí que no pueda hablarse de una 'renuncia'"[123]. En lo anterior, se están equiparando, dentro del concepto de "concepción delictiva", los medios y vías hacia el objetivo con el objetivo mismo. Que esto no puede ser correcto se demuestra en virtud de la ley misma. Pues, si *Ulsenheimer* tuviese razón, prácticamente todos los casos de desistimiento involuntario constituirían tentativas fracasadas, puesto que la falta de voluntariedad en el desistimiento tiene que ver siempre con que ciertas modalidades del suceso han cambiado, y le hacen parecer aconsejable al autor abstenerse de llevar adelante su plan. Sin embargo, dado que la ley parte obviamente de la existencia del desistimiento involuntario, no es sostenible una interpretación que transforma tales casos en supuestos de tentativa fracasada. Tan equivocado es ver la tentativa fracasada como un desistimiento (casi siempre) involuntario, como lo es el proceso inverso, transmutar un desistimiento involuntario en una tentativa fracasada. *Ulsenheimer* mismo se da cuenta de este peligro[124] e intenta evitarlo, cuando pretende que sólo ciertos casos de "imposibilidad modal" queden ubicados en la tentativa fracasada. Quiere ubicarlos allí solamente "cuando el autor parta de un plan detallado, en el que los detalles tengan relevancia para la causación del resultado, por lo que la consumación típica esté 'viva o muerta' según que se produzcan las circunstancias esperadas o que las mismas estén ausentes; cuando el autor, pues, se ha atado conscientemente a ellas". Por el contrario, "las condiciones de un hecho que en general son completamente autónomas", así como "las expectativas no meditadas, las representaciones genéricas y las esperanzas" no formarían parte del plan delictivo, por lo que, en caso de que no concurriesen, no existiría un fracaso[125]. Sin embargo, estas distinciones no resultan ni convincentes ni practicables, tanto teórica como prácticamente. No son convincentes, porque justamente las condiciones autónomas de la comisión del hecho son elementos necesarios del plan delicti-

---

[122] *Ulsenheimer*, 1976, 320 ss.

[123] *Ulsenheimer*, 1976, 322 s.

[124] *Ulsenheimer*, 1976, 324: se debería tener cuidado "de no extender el ámbito de la tentativa fracasada de forma desmesurada".

[125] *Ulsenheimer*, 1976, 325 s.

vo. No son viables en la práctica, porque, como *Ulsenheimer* mismo percibe, la delimitación entre fracaso y renuncia, de acuerdo con estos criterios, "queda establecida de un modo extraordinariamente complejo y, por lo demás, depende de lo que acepte el autor". Finalmente, tampoco son siquiera viables desde el punto de vista teórico; pues también en los casos de desistimiento involuntario el hecho está "vivo o muerto" según cambien las modalidades de ejecución (de otro modo, el autor no se estaría echando atrás). Así pues, hay que mantener que las desviaciones en la realidad respecto del plan del autor sólo hacen imposible la obtención del objetivo perseguido, y, consiguientemente, fundamentan una tentativa fracasada, cuando tengan que ver con el objeto material del hecho, y no tan sólo con circunstancias colaterales de la ejecución.

bb) La desaparición de los motivos

111 La desaparición de motivos puede volver absurdo un delito, pero no da lugar a una tentativa fracasada. Si A quiere matar a su tío rico, para heredarle antes, y, cuando se hallaba ya en la fase de tentativa, se abstiene de continuar con su delito, debido a que descubre en el último momento que su tío ha perdido toda su fortuna en el juego[126], esto no elimina la posibilidad de asesinar al tío. Por lo que la ejecución del delito es viable, no fracasada. Pues los motivos son razones del delito, pero no parte del plan delictivo. Así pues, existirá desistimiento, cuyos motivos habrá que examinar, a la hora de decidir acerca de su voluntariedad o no voluntariedad. La pérdida de sentido de la continuación del hecho puede dar lugar a la no voluntariedad del desistimiento, mas no da lugar forzosamente a una tentativa fracasada. El criterio decisivo para ésta es la imposibilidad de realización típica, dentro de los límites marcados por el dolo.

cc) El acto ejecutivo susceptible de repetición

112 Concurre este supuesto cuando el autor fracasa en la realización de un acto ejecutivo, pero podría ejecutar otros más, con vistas a producir el resultado: por ejemplo, su primer disparo yerra y, aunque podría volver a disparar, no lo hace. Si se mira exclusivamente al primer disparo, como hace la llamada teoría del acto individualizado, concurriría en este caso una tentativa fracasada, y el desistimiento en la tentativa de homicidio resultaría imposible. Sin embargo, si se toma en consideración también la posibilidad existente de realizar nuevos disparos, el hecho era susceptible de continuación, y la detención por parte del autor constituye una "renuncia"; es decir, un desistimiento. Este grupo de casos resulta muy discutido. Puesto que, de acuerdo con la interpretación que aquí se defiende, no concurre una tentativa fracasada, sino un desistimiento voluntario, su tratamiento detallado puede desarrollarse luego (nm. 175 ss.).

---

[126] Ejemplo de *Jäger*, 1996, 78.

IV. La producción de un resultado objetiva y subjetivamente imputable como supuesto de incapacidad para desistir

Por principio, el desistimiento exige que el delito permanezca sin consumar. Pues el § 24 exime de pena únicamente a la tentativa ("no será penado por tentativa (...)"). El desistimiento fracasado no aprovecha al autor. Si ha herido a la víctima gravemente con un disparo de revolver, con intención directa de matarla, y luego, llevado por el arrepentimiento, la traslada al hospital, responderá, pese a ello, de homicidio doloso consumado si los médicos no logran salvar la vida del herido. El § 24 I 1, caso segundo, lo dice además de forma explícita, al exigir expresamente que se impida el resultado. 113

A pesar de lo claro de estas afirmaciones, no existe un ámbito específico de la teoría del desistimiento que resulte tan discutido como el de la causación del resultado cuando concurren acciones de desistimiento[127]. Pues en la doctrina se ha intentado, en algunos grupos de casos y a partir de diversas construcciones, separar el riesgo de causación del resultado del autor que se está esforzando en desistir. Aun limitándonos a las distinciones más importantes, es recomendable diferenciar entre el riesgo de causación del resultado antes de la finalización de la tentativa, después de la finalización de la tentativa y en los delitos de omisión impropia[128]. 114

1. El riesgo de producción del resultado antes de la finalización de la tentativa

A este grupo pertenece el caso del envenenador, ya tratado anteriormente (§ 29, nm. 64), en relación con la problemática del dolo en la tentativa: el autor se detiene voluntariamente tras administrar la segunda dosis de veneno, a pesar de que inicialmente había contado con hacerlo cinco veces y provocar así la muerte; sin embargo, la víctima muere ya, a consecuencia de las dos primeras dosis. O: el autor de una tentativa de homicidio cree que hacen falta más cuchilladas para matar, pero renuncia, pese a ello, después de la primera, por propia iniciativa; la víctima, sin embargo, muere a causa de la primera puñalada. 115

Ya más arriba (§ 29, nm. 66 ss.) se señaló, en relación con los casos de causación anticipada del resultado (en los que el autor no tiene oportunidad de desarrollar esfuerzos para desistir), que en principio el autor ha de ser hecho responsable por la causación dolosa del resultado típico, en tanto el resultado le sea imputable tanto objetiva como subjetivamente. Esto es aplicable igualmente en los casos en los que el mismo pretende de buna fe 116

---

[127] *Schliebitz*, 2002 ofrece una exposición concreta y una crítica de todas las propuestas de solución, junto con sus ramificaciones.

[128] Esta distinción subyace también al libro de *Schliebietz*, 2002.

volverse atrás, absteniéndose de cualquier actividad ulterior[129]. Pues en tales casos no se permanece en la fase de tentativa, como exige el § 24 I 1.

117 De cualquier modo, la condición para apreciar un delito doloso consumado es que el resultado sea imputable al autor. Si la víctima del envenenamiento ha muerto tan rápido únicamente a causa de una alergia imprevisible, o si el lesionado por la cuchillada lo ha hecho debido a su condición de hemofílico, hay que excluir el homicidio doloso consumado. Pues, en tal supuesto, el resultado no constituye la realización de un riesgo de muerte creado de modo no permitido por el autor, por lo que no le es imputable. Subsistirá una tentativa, de la que el autor se volvió atrás mediante su renuncia (§ 24 I 1, caso primero): mediante su abstención de nuevas actuaciones letales, habrá revertido el peligro, en la medida en que le es imputable.

118 Pero estos son supuestos excepcionales. En el caso normal, el resultado prematuro resulta previsible y, por consiguiente, objetivamente imputable. Aparece (conforme a criterios normativos) como la realización del plan delictivo y, por lo tanto, imputable a título de dolo (como ejemplo de un supuesto excepcional, cfr. § 29, nm. 69 s.). Pues, si alguien quiere matar a otro, resulta irrelevante para la realización del objetivo del autor el que la muerte se produzca antes o después.

119 La opinión contraria, que rechaza la sanción por delito consumado, puede basarse principalmente en dos argumentos[130]. En primer lugar, es posible defender la opinión de que el autor, mientras la tentativa no está acabada, no posee dolo de consumación[131]. De este modo, un resultado originado por una tentativa inacabada no habría sido causado dolosamente. Por lo que sólo quedaría una tentativa, de la que el autor se habría vuelto atrás de forma voluntaria. Esta interpretación fue rechazada ya más arriba (nm. 62 ss.). A ello me remito ahora.

120 El segundo argumento, que se remonta a *Schröder*[132], no deriva la posibilidad de desistimiento y la ausencia de imputación del resultado de la falta de dolo de consumación, sino de la regulación del desistimiento en el § 24 I 1: ésta no exigiría, en los casos de tentativa inacabada, que se impida el resultado, sino únicamente que se renuncie, lo que se daría también en los supuestos de desistimiento fracasado. El legislador habría cargado sobre el autor el riesgo de causación del resultado únicamente en el caso de la tentativa acabada, mientras que, en la tentativa inacabada, "no le fue impuesto un deber de garantía de tal naturaleza en relación con el resultado". Según

---

[129] También en este sentido, la doctrina dominante: *Arzt*, GA 1964, 6 s.; *Borchert/Hellmann*, GA 1982, 442; *Gutmann*, 1963; 109; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 51 III 3; *Krümpelmann*, ZStW Beiheft 1978, 6 s., 24 s.; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 15; *Mayer*, 1986, 83 ss.; *Roxin*, AT I, 2ª, [PG I], §12, nm. 165; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 16; *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 15/76; *Stratenwerth*, AT, 4ª, nm. 283; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 151; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 627.

[130] Más opiniones doctrinales en *Schliebietz*, 2002, 26 s.

[131] Esta interpretación ha sido expuesta y argumentada *supra* § 29, nm. 62 ss.

[132] *Schröder*, JuS 1962, 82: ahí aparece también la cita siguiente.

esto, en la tentativa inacabada sería posible también el desistimiento excluyente de la pena "cuando el autor ha juzgado equivocadamente la eficacia de las acciones realizadas hasta ese momento, y presupone que podrá evitar el resultado de un modo erróneo".

Esta argumentación no puede ser aceptada de ningún modo[133]. Pues el 121
§ 24 regula exclusivamente la punición y la exclusión de la pena de la tentativa, pero no la imputación del resultado. "Por principio, el ámbito de aplicación de las reglas de la tentativa queda superado con la causación del resultado"[134]. Si el § 24 I 1 no habla, en el caso de la tentativa inacabada, de "impedir", sino de "renunciar", ello tiene que ver con la idea (adecuada para el caso normal) de que en la tentativa inacabada impedir el resultado consiste en "renunciar". La renuncia es una conducta de impedir la consumación mediante una omisión, el acto de impedir es lo mismo, pero mediante un comportamiento activo. En ambos supuestos, el acto fracasado de impedir excluye el desistimiento[135]. Pero, incluso si se optase por otra solución, y se afirmase un desistimiento voluntario en las renuncias de buena fe, pero erróneas, ello no cambiaría nada en lo relativo a la imputación del resultado[136]. La eficacia de la renuncia se agota, pues, "en la exclusión de la pena de la tentativa realizada en el transcurso. La consumación resulta inmune a las consecuencias jurídicas del § 24".

Eser[137] defiende una solución distinta. Si el resultado se ha producido ya en 122
el momento de los esfuerzos fracasados para desistir (la víctima ha muerto ya en el momento en el que el autor creyó que, al detenerse después de la segunda dosis, impediría el resultado), aprecia también un delito consumado. Pero la solución sería distinta cuando, en el marco de una tentativa inacabada, el resultado no se había producido en el instante de la actuación de renuncia. Si A se detiene después de la administración de la segunda dosis de veneno, convencido de que la víctima va a sobrevivir, y ésta, sin embargo, fallece posteriormente a consecuencia de la dosis proporcionada, concurriría un desistimiento excluyente de pena en la tentativa inacabada. En el instante de la detención existiría aún (de acuerdo con la representación del autor, que es la decisiva) una tentativa inacabada, de la que se echaría atrás mediante su renuncia.

Sin embargo, esto no es convincente[138]. Pues si, como *Eser* admite, existe 123
un delito consumado cuando el resultado ya se ha producido en el momen-

---

[133] También en este sentido, la doctrina dominante: *Arzt*, GA 1964, 6 ss. (en relación con el antiguo § 46); *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 51 III 3; *Krauß*, JuS 1981, 886; *Kühl*, AT, 3ª, § 16, nm. 79 ss.; *Küper*, loc. cit., 33 ss.; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 15; *Stratenwerth*, AT, 4ª, nm. 715 ss.; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 1, 148 ss., 151; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 627.

[134] LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 151.

[135] Sobre todo ello, con más detalle, *Küper*, ZStW 112 (2000), 33 ss.

[136] *Schliebitz*, 2002, 36 ss. (37).

[137] *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 23 s.

[138] Cfr., en relación con *Eser*, también *Schliebitz*, 2002, 38-40.

to de la "renuncia", en el otro caso tiene que ocurrir lo mismo. Porque, de cualquier modo, en la muerte de la víctima se están realizando un peligro no permitido creado por el autor y el plan homicida original del autor. Es cierto que, en el momento del supuesto desistimiento, existe todavía una tentativa. Pero el § 24 I 1 exige que subsista la tentativa, es decir, que no se haya producido un resultado imputable.

124 *Wolter*[139] ensaya otra vía intermedia. Él rechaza en todos los supuestos la concurrencia de desistimiento excluyente de la pena, ya que el resultado es objetivamente imputable, pero pretende que resulta suficiente la pena de la tentativa, por no darse el desvalor de acción completo que es propio del delito doloso. Sin embargo, esta "solución entre el bando de los partidarios del delito consumado y el de los partidarios de la conducta impune"[140] deja sin explicar, desde el punto de vista dogmático, por qué un cuasi-desistimiento habría de excluir la consumación, pero no afectaría a la tentativa que tiene por objeto[141]. Y olvida, además, que el § 24 I 1 puede excluir, en su caso, la pena de la tentativa, pero no la del delito consumado.

2. El riesgo de producción del resultado después de la finalización de la tentativa

125 La doctrina ampliamente dominante y la jurisprudencia[142] concuerdan en que, en el caso de la tentativa acabada, se responde por delito consumado cuando el autor no tiene éxito en impedir la producción del resultado. Así pues, si el autor ha depositado en el avión una bomba cuya espoleta retardada debía provocar la explosión y la caída del aparato tiempo después, en nada le beneficia el que intente inútilmente salvar a los pasajeros mediante un aviso dado en el último minuto[143]. Responderá por el homicidio doloso de todos los pasajeros. Esta opinión es la adecuada: en primer lugar, se deriva del tenor literal del § 24 I 1 (caso segundo), pues, según el mismo, el autor no sólo no ha podido volverse atrás, sino que tampoco ha impedido la consumación[144]. Se deduce también, en segundo lugar, del hecho de que el peligro no permitido creado por el autor se ha realizado conforme al plan previsto, de modo que concurren todos los requisitos para un delito doloso consumado.

126 Únicamente habría que resolver de otro modo en los casos en los que el autor de una tentativa acabada ha tomado disposiciones para impedir el resultado,

---

[139] *Wolter*, Leferenz-FS, 1983, 560 ss.; también a favor de la punición por tentativa, *Muñoz-Conde*, GA 1973, 40.

[140] *Wolter*, ZStW 83 (1977), 697 ss. (697).

[141] En relación con *Wolter*, cfr. también *Küper*, ZStW 112 (2000), 38 ss.

[142] BGH NJW 1973, 632, 633; *Krauß*, JuS 1981, 886; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 20, con ulteriores referencias; *Lönnies*, NJW 1962, 1950 s.; *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 15/76; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 24, nm. 46; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 645.

[143] Sobre este ejemplo, cfr. ya *Roxin*, AT I, 2ª, [PG I], §12, nm. 76.

[144] *Schliebitz*, 2002, 95.

que fracasan tan sólo debido a que el resultado tiene lugar de un modo no imputable. Así, por ejemplo, A apuñala a B, con dolo de matar, para que se desangre. Pero luego cambia de opinión y llama a una ambulancia. No obstante, en el camino hacia el hospital (donde B con toda seguridad se habría salvado), el vehículo se ve implicado en un accidente, en el que B muere.

En este caso habría que apreciar la concurrencia de un desistimiento vo- 127
luntario en una tentativa acabada. Pues, si A no hubiera realizado ningún esfuerzo para evitar el resultado, y la ambulancia hubiese sido avisada por un tercero, tampoco concurriría un homicidio consumado, ya que el resultado no habría constituido la realización del riesgo creado por A[145]. Por ello, también en el caso del ejemplo existe únicamente una tentativa, de la que A se ha vuelto atrás, al llamar a la ambulancia. A esto no se puede oponer que falte en este supuesto la exigencia de haber impedido el resultado, prevista en el § 24 I 1. Pues esta disposición tan sólo puede exigir razonablemente del autor que impida consumaciones **imputables**. Un resultado no imputable no puede dar soporte ni a la pena del delito consumado ni tampoco (si se ha llevado a cabo una acción adecuada de desistimiento) a la pena de la tentativa[146]. El autor, al transportar al herido al hospital, ha "revertido" el peligro creado por él, y con ello ha impedido que exista una consumación que resulte imputable. Esto debe ser suficiente para un desistimiento que excluya la pena.

Tampoco es imputable el resultado cuando, aun procediendo de un peli- 128
gro no permitido creado por el autor, su imputación se frustra, debido a que el resultado queda dentro del ámbito de responsabilidad de la víctima, que tomó sobre sí el peligro de modo doloso y voluntario[147]. Si, después de administrar el veneno, el asesino hace llamar a un médico y éste pretende darle a la víctima un antídoto, pero la víctima se niega a tomarlo, porque desea dejar este mundo[148], su muerte no será imputable al autor. Éste habrá cometido únicamente una tentativa de asesinato, de la que se volvió atrás (de acuerdo con el razonamiento que se expuso en nm. 127).

Las cosas son diferentes cuando el autor dispuesto a impedir el resultado 129
se ve obstaculizado por terceros en su esfuerzo salvador. Pues en este caso realmente se realiza el riesgo original inherente al plan. No es necesario que el fracaso del desistimiento sea culpable. No cambia la pena del delito consumado "si el autor de un atentado con bomba pretende desactivar la espoleta, pero llega demasiado tarde a causa de una avería en el coche. ¿Por qué debería ser diferente cuando un tercero haya causado la avería mediante un sabotaje, o cuando el autor es obstaculizado por sus cómplices?"[149]

---

[145] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], §11, nm. 34, 59 ss..
[146] Cfr. *supra* nm. 115 ss.
[147] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], §11, nm. 90.
[148] Ejemplo de *Otto*, AT, 6ª, § 19 IV, nm. 78, que lo resuelve igual que aquí.
[149] *Schliebitz*, 2002, 96 s.

130 En los casos de error, conviene distinguir[150]. Si el autor cree que puede desactivar a tiempo la bomba que colocó, pero sin tenerlo previsto desde el momento de su colocación, no se beneficiará del hecho de haber formado posteriormente la decisión de desactivarla, y de haber fracasado luego en realizar dicha decisión. Seguirá respondiendo por delito consumado, ya que el acto de impedir ha fracasado. Las cosas son distintas cuando la evitación del resultado estaba planeada desde un primer momento y el autor confiaba en que saliese bien: el autor azuza un perro contra la víctima, creyendo que podrá controlar al animal antes de haya matado a dentelladas a la persona atacada. Aunque se equivoque en esta creencia, no responderá en virtud del § 212 [homicidio], pues a él le faltaba desde un inicio el dolo de matar. Por el contrario, ha de aplicarse la pena del § 227 [lesiones con resultado de muerte].

131 La creencia de que la causación del resultado ha de dar lugar, en los casos de desistimiento fracasado en una tentativa acabada, a responsabilidad por delito doloso consumado es cuestionada sólo de modo aislado. *Muñoz Conde*[151] considera que castigar por homicidio doloso al sujeto que coloca una bomba y que luego fracasa en desactivarla, constituye una violación del principio de culpabilidad, un regreso a la responsabilidad por el resultado y a la punición del *versari in re illicita*. En vez de ello, propone castigar por una tentativa acabada en concurso ideal con un homicidio imprudente[152]. De forma similar, *Bottke*[153] pretende rechazar el delito doloso consumado, porque la "conexión subjetiva de imputación" queda suprimida por los esfuerzos del desistimiento. Después de la reorientación por parte del autor, el resultado no sería "ya la obra consumada 'conforme al objetivo delictivo' o 'adecuada al plan delictivo' del autor".

132 Sin embargo, no es posible aceptar estas opiniones. Pues la causación del resultado no es obra del azar, sino la consecuencia, adecuada al plan delictivo, de una actuación dolosa del autor. Lo que se reprocha al autor como delito doloso no es el fracaso de su acción salvadora, sino su actuación previa. Que los esfuerzos salvadores del autor no le descarguen del reproche de haber realizado dolosamente el delito, es lo correcto. Pues el daño ha sido causado, por lo que falta la reversión de la puesta en peligro. Aunque la reversión tardía e inútil podrá dar lugar a una atenuación de la pena.

133 *Schliebitz*[154] se aleja de la doctrina dominante en sentido contrario. Pretende apreciar, en el caso de los delitos cometidos a distancia, un delito consumado incluso cuando una acción preparatoria dé lugar al resultado: A

---

[150] *Schliebitz*, 2002, 104 ss.

[151] *Muñoz-Conde*, GA 1973, 33 ss. (35 s.).

[152] *Muñoz-Conde*, GA 1973, 40.

[153] *Bottke*, 1979, 558.

[154] *Schliebietz*, 2002, 110 ss., 128 ss. (en discusión con soluciones semejantes de *Herzberg* y de *Schlehofer*).

envenena la botella de whisky de su compañero de piso X, quien dentro de dos semanas regresará de un viaje, momento en el que se espera que tome la bebida y muera. A continuación, A se va a dormir. Sorprendentemente, X regresa esa misma noche, bebe de la botella de whisky y muere[155]. O: el autor se arrepiente de haber envenenado la botella, intenta cambiarla, pero deja por equivocación la envenenada y, dos semanas después, al "disfrutarla" X tras su regreso, fallece.

Si se sigue la tesis aquí sostenida (cfr. § 29, nm. 195 ss.), en el acto de 134
envenenar la botella no concurre todavía una tentativa de asesinato, ya que el curso causal no ha abandonado todavía el ámbito de dominio del autor. Debido a ello, en cualquiera de las dos variantes del caso, hay que rechazar la existencia de un homicidio doloso consumado. Pues el dolo ha de existir, como mínimo, en el momento en que se entra en la fase de tentativa[156], fase a la que aquí nunca se llegó. Por lo que sólo cabría, en su caso, hacer responder por homicidio imprudente.

Schliebitz, por el contrario, pretende que un dolo respecto de la fase pre- 135
paratoria, que no basta en la fase de tentativa, sea suficiente para la responsabilidad por delito consumado, cuando la preparación haya dado lugar al resultado. Existiría, así, un delito consumado sin tentativa previa. Pero dicha solución es demasiado atrevida. Pues, aun si se deja a un lado lo problemático de la construcción (resulta difícil imaginar una consumación sin haber alcanzado el umbral de la tentativa), en la fase preparatoria falta además la puesta en peligro dolosa (que, a través de la causación del resultado, se convierte en consumación). De acuerdo con la representación del autor todavía "no ha pasado nada", no se ha creado ningún riesgo no permitido doloso, sino que simplemente se está preparando su creación. Esto no es bastante para fundamentar la apreciación de una causación dolosa del resultado.

3. El riesgo de producción del resultado en los delitos de omisión impropia

a) Opiniones doctrinales

La cuestión de si un desistimiento fracasado en un delito de omisión im- 136
propia da lugar a un delito doloso consumado, tan sólo a una tentativa dolosa, o más bien a responsabilidad por imprudencia, resulta discutida, dependiendo esencialmente de si se diferencia o no entre tentativa acabada e inacabada en los delitos de omisión impropia[157]. Una opinión ampliamente extendida hace dicha distinción, y de la misma extrae la consecuencia de que, en el desistimiento de una tentativa omisiva inacabada, el garante no genera ningún riesgo de desviación del resultado. Por lo que también en el

---

[155] Ejemplo de *Schliebitz*, 2002, 113.
[156] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], §12, nm. 165, 75 s.
[157] Con más detalle, § 29, nm. 266 ss.

caso de fracaso de la tentativa de desviación del resultado entraría en juego una responsabilidad por imprudencia[158].

137 Donde mejor se pone de manifiesto esta idea es en el **"caso de la madre desnaturalizada"**[159]. Si una madre, con intención directa de matar, deja que su hijo se vaya muriendo de inanición, según esta teoría, se hallaría todavía en fase de tentativa inacabada mientras ella crea poder mantener al niño con vida volviendo a proporcionarle alimentos. Si un día comienza a dar de comer de nuevo a su demacrado hijo, sin pensar que sean necesarias medidas adicionales, pero el hijo muere, según esta teoría, quedaría excluido el homicidio doloso, así como la tentativa de homicidio. Pues la madre, al reasumir por fin la alimentación, habría renunciado voluntariamente a su tentativa inacabada de homicidio. Tan sólo podría plantearse responsabilidad por un homicidio imprudente, cuando ella hubiera debido darse cuenta de que sus esfuerzos para mantener al niño con vida llegaban demasiado tarde.

138 La opinión contraria (**"teoría de la unidad"**) aprecia en todos los supuestos de desistimiento fracasado un delito omisivo consumado, por lo que, en el caso de la madre desnaturalizada, apreciaría un homicidio doloso por omisión[160]. Esta teoría equipara la omisión del autor a la tentativa acabada. Por ello, al igual que en ésta, el autor sólo queda exento de pena si logra impedir el resultado.

139 En sus líneas básicas, esta opinión es la más aceptable. Puesto que lo más correcto es no distinguir entre tentativa inacabada y acabada en las tentativas omisivas, sino que todas las tentativas omisivas tienen estructura de tentativa acabada (§ 29, nm. 268), ya por esta razón, solamente la evitación del resultado excluirá su imputación. Si la evitación (en el caso de la madre desnaturalizada, mediante la reanudación tardía de la administración de alimentos) fracasa, concurre un delito consumado, al igual que cuando el que coloca una bomba emprende demasiado tarde su intento de desactivarla.

140 Pero es que, incluso si se aceptase como posible una tentativa inacabada en la omisión, las razones aducidas en el caso de la tentativa comisiva inacabada (tampoco muy concluyentes: *supra* nm. 119 ss.), en favor de la posibilidad de apreciar desistimiento pese a la causación del resultado, no resultarían trasladables a los hechos omisivos. Pues en la tentativa omisiva no puede sostenerse nada semejante a la opinión de que, en la tentativa comisiva inacabada, no existe el dolo de consumación que fun-

---

[158] *Freund*, AT, § 9, nm. 48; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 60 III 3; *Köhler*, AT, 482; *Kühl*, AT, 3ª, § 18, nm. 153; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 22 a; *Lönnies*, NJW 1962, 1950 s.; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 27 s.; *Schröder*, JuS 1962, 86; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 142; *Wolter*, 1981, 257 s., 259.

[159] Sobre la historia del caso en la doctrina penal, cfr. *Küper*, ZStW 112 (2000), 12, n. 37. Más sugestivos ejemplos en *Schliebitz*, 2002, 145.

[160] *Freund*, AT, § 8, nm. 67; *Krey*, AT/2, nm. 460; *Gropp*, AT, 2ª, nm. 72; *Herzberg*, MDR 1973, 93; *Roxin*, Maurach-FS, 1972, 232 (n. 54); SK-*Rudolphi*, 7ª, antes del § 13, nm. 56; *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 13/33 y 17/43; *Wessels/Beulke*, 1976, 177 s.; en esencia, también *Küper*, ZStW 112 (2000), 43.

damenta la imputación del resultado, debido a que todavía no existe una situación de peligro a partir de la que pueda desarrollarse autónomamente el resultado[161]. En las tentativas omisivas, la situación de peligro se desarrolla por sí sola siempre. Y la opinión, basada en el tenor literal del § 24 I 1, de que, en la tentativa inacabada, lo único necesario para la exclusión de la pena es (de buena fe) no seguir actuando (renunciar), tampoco vale en el caso de la tentativa omisiva, ya que ésta exige en todas sus etapas un esfuerzo activo para impedir el resultado.

Así pues, el garante omitente, cuando sus esfuerzos para evitar el resulta- 141
do fracasan, responde por el resultado, en la misma medida que el autor de una tentativa comisiva acabada. Por lo tanto, tampoco en la tentativa omisiva es suficiente para la consumación con que exista un resultado no imputable. Si el garante lo dispone todo para la salvación, pero la persona que ha de ser salvada es víctima de un accidente cuando es transportada al hospital, o bien rechaza ser salvada (cfr. nm. 126 ss.), no habrá responsabilidad.

Existirá igualmente una excepción a la imputación del resultado cuando 142
éste no constituye la realización del riesgo específico de la tentativa. Si, por ejemplo, una madre abandona a su bebé en un bosque solitario, para que muera de hambre, concurre ya en ese momento una tentativa de homicidio por omisión (cfr. § 29, nm. 269 ss., 275). Sin embargo, si se arrepiente en seguida de su comportamiento y regresa, pero, de camino a buscar a su hijo, queda inconsciente e incapacitada para actuar, como consecuencia de un derrame cerebral, de manera que el niño no puede ser salvado, hay que rechazar la concurrencia del homicidio consumado. Pues, si la madre hubiese permanecido junto al niño, se habría tratado, hasta el momento en que éste estuviera en una situación crítica, tan sólo de actos preparatorios (cfr. § 29, nm. 271 ss.); y no se podría haber generado ninguna responsabilidad adicional después de que se hubiese producido la pérdida de la capacidad para actuar. Pero, entonces, hay que resolver igual en el caso de que el derrame cerebral tenga lugar en la fase de tentativa. Un curso causal de esta índole queda fuera del riesgo imputable a la tentativa.

En la misma línea, *Schliebitz*[162] sostiene que el riesgo de causación del re- 143
sultado no comienza necesariamente con el comienzo de la tentativa, sino con el inicio del deber de actuar (que, según su opinión, puede producirse, en algunos casos, con posterioridad). Si los padres de un niño enfermo, con dolo de homicidio, le dejan solo en casa, se produciría ya el comienzo de la tentativa, pero todavía no existiría un deber actual de actuar, mientras el niño no estuviese en un peligro agudo. Si los esfuerzos salvadores fracasasen antes del comienzo de un "deber de actuación" así entendido, no se produciría la imputación del resultado[163].

---

[161] *Küper*, ZStW 112 (2000), 40 ss.; *Schliebitz*, 2002, 160.

[162] *Schliebitz*, 2002, 181 ss.

[163] Cfr. el ejemplo de *Schliebitz*, 2002, 183 s.

144 Esta solución resulta satisfactoria cuando la madre sufra un infarto[164], por las razones expuestas en nm. 142. Pero si la salvación fracasa porque la madre, al regresar con el coche, se mete en un atasco, se ve implicada en un accidente, o porque un tercero obstaculiza su intento, habrá que apreciar un homicidio consumado por omisión. Pues en estos supuestos se habrán realizado los riesgos específicos de la tentativa. Si la tentativa se inicia con el comienzo del "tener en las propias manos" el control sobre el curso causal, ello obedece al incremento de la peligrosidad que esta conducta conlleva; pues hay innumerables obstáculos que pueden interponerse a un desistimiento. La evitación fracasada no debe, por ello, ser tratada de modo diferente a como se hace en la tentativa acabada del delito comisivo.

b) La jurisprudencia sobre el desistimiento en la tentativa omisiva

145 Del desistimiento en la tentativa omisiva se ocupan dos sentencias recientes del BGH, ambas sosteniendo la opinión, aquí defendida, de que debe equipararse la tentativa omisiva a la tentativa acabada comisiva.

146 En la primera decisión, una sentencia de la Sala 5.ª[165], el acusado había encerrado a la víctima detrás de un aparato de calefacción, sin dolo de matarla. Cuando a la mañana siguiente se dio cuenta de que la mujer podía morir a consecuencia del calor, la salvación ya no resultaba posible. Unas horas más tarde la mujer fue sacada de su encierro, después de que el acusado, urgido por un tercero, hubiese abierto la puerta de acceso a la vivienda. La mujer falleció la noche siguiente.

147 El BGH aprecia una tentativa inidónea de homicidio por omisión (inidónea, porque la víctima no se iba salvar ya) y rechaza el desistimiento (que podía pensarse que concurría en haber hecho posible la liberación de la víctima). Se rechazó el desistimiento, porque el acusado "ya no podía impedir la consumación del hecho. Tan sólo hasta ese momento es posible plantearse la cuestión de si existe un desistimiento excluyente de la pena en la tentativa de un delito omisivo". Las condiciones para el desistimiento en la tentativa de un delito omisivo serían "las mismas que en la tentativa acabada del delito comisivo", pues el peligro puede "convertirse ya sin más en resultado típico".

148 Tal y como las críticas a la sentencia han puesto de manifiesto, ésta parte de una premisa errónea. Pues, en la tentativa inidónea, el desistimiento sólo es posible no conforme al § 24 I 1, sino conforme al § 24 I 2 (mediante un esfuerzo serio y voluntario). Si bien no pueden considerarse suficientes los esfuerzos tardíos del acusado, por lo que la conclusión de castigar por tentativa resulta correcta. No obstante, dejando esto a un lado, merece aplauso la equiparación entre tentativa omisiva y tentativa acabada del delito comisivo:

---

[164] Con este ejemplo opera *Schliebitz*, 2002, 185.

[165] NStZ 1197, 485; al respecto, *Brandt*-Fett, NStZ 1998, 507 s.; *Kudlich/Hannich*, StV 1998, 370; *Küper*, ZStW 112 (2000), 6 ss.; *Schliebitz*, 2002, 187; *Stuckenberg*, JA 1999, 273 s.

en ambos casos (y a diferencia de la tentativa inacabada), el suceso se desarrolla de forma independiente hacia el resultado, por lo que la imputación de éste sólo puede ser excluida mediante una conducta activa de impedir.

En la segunda resolución, un auto de la Sala 1.ª[166], se trataba de un caso en 149
el que unos padres de acogida habían dejado morir de hambre al niño que acogían. Sin embargo, la noche del fallecimiento habían avisado al servicio de urgencias, que no pudo reanimar al niño.

El BGH toma claramente posición en contra de la teoría de la diferencia- 150
ción y se declara partidario de la solución unitaria. El tribunal opina que, en el caso expuesto, "de acuerdo con una opinión extendida en la doctrina, (...) hay que partir del llamado horizonte de desistimiento del acusado, ya que, en la tentativa inacabada de un delito de omisión impropia, el riesgo de evitación del resultado no es inherente a la acción del autor que aún es conforme a Derecho". Con todo, "los requisitos para el desistimiento en la tentativa del delito omisivo son, en contra de la citada opinión, los mismos (...) que en la tentativa acabada del delito comisivo".

El auto entiende equivocadamente la teoría de la diferenciación[167]. Pues 151
dicha teoría también habría apreciado en este caso una tentativa acabada, y habría atribuido al omitente el riesgo de causación del resultado, puesto que los padres no creían ya poder salvar al niño reanudando simplemente la alimentación, sino, en el mejor de los casos, mediante medidas extraordinarias (llamando al servicio de urgencias). En un caso como éste, pues, no existen diferencias entre la teoría de la diferenciación y la teoría de la unidad, pues concurriría un homicidio consumado por omisión según cualquiera de ambas teorías. No obstante, a pesar de esto, hay que aplaudir el claro rechazo de la solución diferenciadora.

V. La renuncia o abandono como forma de desistimiento en la tentativa inacabada

1. Renunciar o abandonar

Según la doctrina dominante, un "renunciar" (o abandonar), en tanto que 152
primera forma de desistimiento del § 24 I 1, sólo resulta posible en el caso de la llamada tentativa inacabada, y consiste en un simple detenerse (cfr. ya nm. 1), es decir, en el abandono de la decisión delictiva y en la interrupción de las actividades dirigidas a completar el tipo penal (con más detalle, nm. 158 ss.). Según esto, habría que apreciar tentativa inacabada cuando el autor no haya hecho aún todo lo que, desde su perspectiva subjetiva, creía necesario para la causación del resultado. Así, el ladrón que extiende su mano hacia el

[166] NJW 2000, 1730 (1732).
[167] Cfr. *Schlüchter*, 2002, 148.

objeto que quiere robar se hallaría en fase de tentativa inacabada, dado que todavía ha de coger la cosa y apoderarse de ella. Si se detiene, marchándose con las manos vacías, habría renunciado y se habría vuelto atrás.

153 La vinculación del "renunciar" a la existencia de una tentativa inacabada (en el sentido visto) aparece igualmente en una discutible jurisprudencia[168], y la misma doctrina[169] en muchas ocasiones lo exige también como algo evidente, sin cuestionarlo. Por otra parte, la distinción entre tentativa inacabada y tentativa acabada (en la que el autor ha hecho ya todo aquello que, según su representación, resulta necesario para producir el resultado –por ejemplo, ha colocado el artefacto explosivo en el lugar previsto para la explosión) es rechazada ya desde antiguo[170], y de forma creciente en tiempos recientes[171], por superflua y fuente de errores. Se señala que la ley no conoce los conceptos de tentativa inacabada y acabada y que las consecuencias concretas no se derivan de dichos conceptos, sino de una interpretación teleológica de los términos "renunciar" e "impedir".

154 Esta crítica resulta justificada, al cuestionar que la distinción entre tentativa inacabada y acabada posea un contenido material que esté por encima del tenor literal de la ley. Si lo que hay que decidir es si el autor puede desistir mediante un "renunciar" o mediante un "impedir" del § 24 I 1, esto no podrá deducirse, en los casos dudosos, de los conceptos de la tentativa inacabada y acabada, sino únicamente a partir de la interpretación del texto legal. Por ejemplo: hay una tentativa inacabada o una tentativa acabada (basta, pues, para el desistimiento un renunciar o es necesario un impedir), en los casos en los que el autor piensa que ha alcanzado mortalmente a su víctima, pero luego descubre su error y, pese a ello, interrumpe cualquier ulterior esfuerzo –aún posible- por matarla (BGHSt 36, 224)? En este caso, el estado mental del autor se corresponde al principio con el de la tentativa acabada, y más tarde con el de la inacabada. Hacer depender la solución del caso de si una tentativa acabada puede volver atrás y convertirse en una tentativa inacabada, constituiría, desde el punto de vista conceptual, un camino equivocado. Lo único decisivo será si se corresponde con el sentido de la ley conceder al autor un desistimiento (voluntario, en su caso) ya por el simple detenerse, o si, por el contrario, más bien sobre la base de sus esfuerzos para impedir el resultado. Puesto que, frente a una lesión que finalmente el autor se percató de que no era mortal, no resultaba preciso impedir la muerte, lo adecuado es conformarse, para el desistimiento, con un renunciar, y apreciar una tentativa inacabada (el BGH también llega a esta conclusión). Pero esto no se

---

[168] Cfr., entre otras, BGHSt 4, 181; 14, 79; 22, 177, 331; 31, 48; 34, 57; 35, 92.

[169] *Jakobs*, AT, 2ª, 26/9 ss., 14 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 51 II 1; *Köhler*, AT, 469, 473; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 15; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 631.

[170] *Baumgarten*, 1888, 444.

[171] *Heckler*, 2002, 148; *Herzberg*, NJW 1988, 1562; *el mismo*, NJW 1989, 865; *el mismo*, JZ 1989, 120; *el mismo*, JuS 1990, 274; *el mismo.*, NJW 1991, 1633; *el mismo*, JR 1991, 160; *Jäger*, 1996, 65; *Krauß*, JuS 1981, 885; *Palilke*, GA 1993, 111; *v. Scheurl*, 1972, 44; *Ulsenheimer*, 1976, 148 s.

deriva de un concepto previo de tentativa inacabada, sino, al contrario, se aprecia una tentativa inacabada cuando lo más ajustado a la situación es conformarse, para el desistimiento, con un mero renunciar. Esto no es aplicable solamente al ejemplo expuesto, sino a todos los problemas de delimitación entre tentativa inacabada y tentativa acabada (cfr. nm. 166 ss.).

La conclusión desarrollada en el nm. 154 no nos ha de impedir, sin em- 155
bargo, describir las condiciones en las que es posible desistir mediante un renunciar, y sintetizarlas en la caracterización de la tentativa inacabada. **De este modo, una tentativa inacabada es aquella en la que el autor piensa, en el momento de adoptar su decisión de renunciar, que la causación del resultado exige en todo caso una actuación ulterior por su parte** (cfr. al respecto, con más detalle, nm. 166 ss.). La propuesta de *Herzberg*, de hablar más bien de desistimiento "pasivo" y "activo"[172], resulta menos afortunada que la distinción que se acaba de apuntar[173], ya que los conceptos empleados en esta distinción, en su definición normal, designan las condiciones fácticas en las que se puede renunciar, o en las que se debe impedir, mientras que los términos "pasivo" (= renunciar) y "activo" (= impedir) se limitan a parafrasear el tenor literal de la ley.

El concepto de renunciar ha de ser entendido en el sentido de que ex- 156
cluye la tentativa que ha alcanzado sus objetivos (nm. 47 ss.), la tentativa fracasada (nm. 77 ss.) y la tentativa que ha causado un resultado imputable (nm. 113 ss.). Así pues, el delincuente en fuga que ahuyenta a sus perseguidores mediante una tentativa de homicidio con dolo eventual no renuncia a su dolo de homicidio (en realidad, ya extinguido) por el hecho de que se conforme con la tentativa; el carterista que mete la mano en un bolsillo vacío y luego se aleja defraudado no renuncia, sino que fracasa; y el envenenador que causa ya la muerte de la víctima con la segunda dosis, en vez de con la quinta (como esperaba), no puede renunciar ya cuando el resultado se ha producido antes de lo que esperaba. Todo esto ha sido argumentado con más detalle anteriormente (II-IV), y debe tenerse presente en todo momento, al examinar cualquier eventual supuesto de renuncia.

De acuerdo con las reglas expuestas, lo decisivo para que renunciar a una 157
tentativa resulte posible no es la situación objetiva, sino el punto de vista subjetivo del autor, acerca de la posibilidad de desistir mediante una renuncia[174]. Puesto que este predominio del punto de vista subjetivo está previsto expresamente en el § 24 I 2 para la tentativa acabada, cambiar la perspectiva en el caso del renunciar implicaría contradicciones valorativas. Por lo tanto,

---

[172] *Herzberg*, NJW 1988, 1563; es semejante la distinción entre desistimiento "simple" y "activo" de *Schmidhäuser*, LB AT, 2ª, 15/79, 87.

[173] También a favor de mantener la distinción entre tentativa inacabada y acabada, por ejemplo, *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 3; *Otto*, Jura 1992, 423; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 6; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 24, nm. 14; *Wolter*, Leferenz-FS, 1983, 564.

[174] Sobre la teoría objetivadora de *Jäger*, cfr. supra nm. 40-42.

se puede desistir también de una tentativa inacabada inidónea, mientras se desconozca su inidoneidad (en último extremo, concurre en realidad una tentativa fracasada). Así, el envenenador, cuyo polvo pretendidamente mortal era en realidad inofensivo, desiste de la tentativa de asesinato cuando, desconociendo la ineficacia del veneno, se detiene después de administrar una primera dosis que, según su opinión, había de resultar aún insuficiente. De igual modo, también desiste el que, después de administrar una dosis mortal, persiste en la opinión de que la misma no era todavía mortal –siempre que el resultado sea impedido por cualquier otro medio (por ejemplo, por el antídoto administrado por el médico). En ambos supuestos, el autor ha interrumpido la tentativa, a pesar de que aún no había hecho todo lo que, según su punto de vista, era necesario para causar el resultado.

158 **Se discute en qué medida**, para dar lugar a un desistimiento, **la renuncia por parte del autor debe ser definitiva**. El punto de partida para resolver este problema es la idea de que el desistimiento no consiste únicamente en la interrupción de cualquier actividad ulterior dirigida a la producción del delito, sino, sobre todo, en la renuncia a la decisión delictiva. Por ello, el autor que tan sólo se detiene un poco en la ejecución del delito, que hace una pausa, con ello todavía no ha renunciado. Dado que la tentativa se compone de decisión delictiva e inicio de la ejecución, el desistimiento mediante renuncia, en tanto que "reversión de la puesta en peligro que anula la tentativa", consiste en abandonar la decisión delictiva y en interrumpir cualquier actividad delictiva externa.

159 Para ello, basta con que la voluntad de comisión delictiva no caiga dentro de los límites de la decisión tenaz (cfr. ya § 29, nm. 81 ss.). Así, si el autor se detiene porque finamente no se atreve, aunque subsista la disposición a cometer el hecho (el deseo de superar la resistencia interna), habrá desistido[175]. Si se renuncia a la tentativa como tal, la disposición subsistente a –en su caso- volver a intentarlo, es en sí misma tan poco punible como lo es la peligrosidad criminal.

160 Por lo demás, hay que apreciar desistimiento también, no obstante, cuando el autor mantiene su decisión delictiva, pero aplaza la ejecución (al día siguiente, a la semana siguiente, etc.)[176]. Pues, dado que la ejecución ulterior que se ha planeado no forma parte de una unidad natural de acción junto con la tentativa ya existente (como sí que ocurre con la mera interrupción), se está renunciando a la decisión de cometer el hecho en concreto; la voluntad de ejecutarlo con posterioridad constituye únicamente la decisión de cometer un nuevo hecho, para el que falta todavía alguna acción ejecutiva. Cuestión distinta es si dicho desistimiento es voluntario o involuntario (nm. 381, 413 s.).

---

[175] SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 18 a.

[176] *Kölder*, AT, 474 s.; *Krauß*, JuS 1981, 884; *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 320 s.; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 11, nm. 80; de modo similar, *Küper*, JZ 1979, 780; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 80.

Muchos, por el contrario, exigen para el desistimiento la renuncia de- 161
finitiva a la decisión delictiva. Así, BGHSt 35, 187 afirma que "sólo puede desistir, con efecto excluyente sobre la pena, el que renuncia completa y definitivamente a la puesta en práctica de la decisión criminal" (en esta afirmación permanece abierta la cuestión de si, cuando falte ese carácter definitivo, lo que se está poniendo en cuestión es la existencia de desistimiento o la voluntariedad del mismo). *Eser*[177] exige "la abstención del ataque intentado, o de cualquier otro equivalente dirigido contra el mismo objeto material". También *Rudolphi*[178] rechaza la existencia de desistimiento cuando se produce "tan sólo la renuncia a la concreta acción de ejecución, porque el autor cree que puede alcanzar su objetivo más fácilmente, o con menos riesgo, en otro lugar o en otro momento". Sin embargo, los razonamientos, relativos al fundamento de la punición, que se aducen a este respecto, tienen que ver con la voluntariedad, no con el desistimiento. Pues un "ataque equivalente" en "otra circunstancia" constituye un hecho nuevo, y no altera la renuncia a lo que se había proyectado. Cualquier interpretación distinta fracasaría, además, a causa de dificultades de prueba insalvables. Determinar si el plan del que se desiste constituye, en relación con una posterior "reanudación del delito" (que ya de suyo es difícil de probar), una simple inclinación al delito, o más bien una auténtica decisión delictiva, es algo que no puede hacerse en un proceso. Por ello, para el desistimiento debe bastar con el "abandono de la situación de tentativa"[179].

Por otra parte, un mero cambio en las modalidades no constituye, por 162
supuesto, ni una renuncia ni un desistimiento, mientras el hecho siga siendo el mismo. El que saca el revolver porque le parece que matar a cuchilladas lleva demasiado tiempo, no ha renunciado a su concreta tentativa de homicidio, por lo que consuma el mismo delito. El que pasa de una agresión sexual (forzar a una penetración por vía oral) a una violación (tal es el supuesto de hecho de BGHSt 33, 142) no ha renunciado a la agresión sexual (que va incluida también en la violación), sino que la lleva hasta el fin, en forma modificada (y más grave, desde el punto de vista de la tipicidad) (Así lo afirma también el BGH, loc. cit.)

2. La delimitación entre la tentativa inacabada y la acabada

La tentativa inacabada exige que el autor parta, en el momento de abs- 163
tenerse de continuar el delito, de que el resultado no llegará a producirse. Incluso si el autor cree que, tras la última acción ejecutiva, la producción del resultado es segura, sigue habiendo tentativa inacabada cuando, al reconocer su error, se detenga, pese a tener todavía la posibilidad de consumar el

---

[177] *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 40.
[178] SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 18 a.
[179] *Herzberg*, H. Kaufmann-GS, 1986, 723 ss.

hecho (cfr. ya nm. 154). En BGHSt 36, 224[180], el acusado había acuchillado a la víctima con la intención directa de matarla y, luego, se alejó de ella diciendo "¡Ya estás liquidado!", esperando que se produjese el resultado. Cuando la víctima replicó "Todavía estoy vivo, voy a llamar a la policía", el autor supuso que la víctima no había sido herida de muerte, pero, sin embargo, se abstuvo de darle más puñaladas, que podrían haber sido mortales. En este caso, concurre un desistimiento por renuncia (sobre los fundamentos, nm. 154). Lo mismo ocurre en el caso de BGH NStZ 1999, 449[181], en el que la autora creía en principio haber lesionado de un modo mortal a su padre, con las cuchilladas que le había dado, pero (hay que estimarlo así, en virtud del principio *in dubio pro reo*) inmediatamente se convenció de que las cuchilladas no habían sido mortales y, pese a ello, dejó a su padre irse de la casa, "a pesar de que podría haber vuelto a emplear el cuchillo". En supuestos de esta índole tiene lugar, pues, una regresión desde una tentativa acabada hacia una tentativa inacabada.

164 También puede, a la inversa, convertirse una tentativa inacabada en tentativa acabada, cuando el autor, que había creído inicialmente que la actuación realizada hasta ese momento no podía producir el resultado, llega posteriormente a la convicción de que probablemente se produzca. Así ocurría en BGHS NStZ 1998, 614[182], donde el autor, con dolo eventual de matar, clavó un cuchillo en el pecho a un mendigo con el que se había enfadado. A pesar de que no creyó mortal la cuchillada, por lo que la renuncia a ulteriores agresiones podía ser considerada como un desistimiento voluntario en una tentativa inacabada de homicidio, la tentativa, en todo caso, se volvió acabada cuando el acusado vio "cómo el herido se agarraba el pecho, se tambaleaba y caía al suelo". Desde ese momento, había de tener en todo caso como posible un resultado fatal, por lo que sólo habría podido evitar la pena de la tentativa de homicidio mediante acciones activas de salvación (trasladar a la víctima al hospital).

165 Tampoco el hecho de que al autor de una tentativa de homicidio haya (como en el ejemplo propuesto en nm. 163) lesionado ya a la víctima cambia nada en lo que respecta a la existencia de una tentativa inacabada, siempre que no crea que la lesión es mortal. Por el contrario, *Feltes*[183] pretende apreciar en estos casos una tentativa acabada: "Si, por ejemplo, la tentativa de homicidio ha dado lugar al menos a una lesión de la víctima, el autor no puede ya desistir y librarse de la pena tan sólo deteniéndose, sino únicamente si impide el resultado que sigue teniendo en mente, o se esfuerza en impedirlo. A este respecto, no se trata de si la lesión era realmente adecuada para

[180] Con comentario de *Ranft*, JZ 1989, 1128; además, BGHR § 24 I 1, Versuch, unbeendeter, núm. 25; BGH NStE núm. 34 zu § 24; BGHSt 39, 227 s.; StV 1996, 23 y StV 1997, 128.

[181] Sobre este auto, con más detalle, *Otto*, JK 2000, StGB § 24/29; *Puppe*, JR 2000, 72.

[182] Al respecto, *Jäger*, NStZ 1999, 608; *Otto*, JK 99, StGB, § 24/26.

[183] *Feltes*, GA 1992, 418 ss. (418).

causar la muerte, ni de si el autor lo sabía"[184]. Pero esta solución no puede ser apoyada[185]. Pues, por supuesto, la lesión causada sigue siendo punible por sí misma. Pero la acción de evitación de la muerte resulta superflua si la lesión no era "adecuada para causar la muerte" y el autor lo sabía. Es cierto que esta solución concuerda con el tenor literal de la ley, que exige únicamente la evitación de la consumación, pero, por lo demás, el mero renunciar debe bastar para que exista desistimiento.

Por el contrario, no existe **tentativa** inacabada, sino **acabada** cuando el **autor no sabe, en el momento de detenerse, si el resultado se producirá o no a consecuencia de los esfuerzos realizados hasta ese momento**, por lo que cuenta **con cualquiera de ambas posibilidades**. En un caso así, el autor merece que se le reconozca un desistimiento (en su caso, excluyente de la pena) únicamente si no se arriesga a que se produzca el resultado, sino que reacciona activamente para impedirlo. 166

Esta solución coincide también con la de la jurisprudencia discutida[186], donde es fundamentada de modo satisfactorio a partir de la teoría de los fines de la pena y de la razón de ser del privilegio del desistimiento (nm. 4 ss.); también el pensamiento de la protección de la víctima (cfr. nm. 16) apunta en esta dirección. BGHSt 14, 80 afirma: "(...) también el autor que no está seguro de las consecuencias de su actuación (...) se halla condicionado por la representación de que ha hecho lo bastante para alcanzar su objetivo. Únicamente porque se contente con la previsión de un resultado menor, en vez de lograr mayor seguridad de producción del resultado mediante acciones típicas ulteriores, no puede reclamar beneficiarse de la ventaja de la exención de pena únicamente en virtud de la mera omisión (desistimiento). De otro modo, no se estaría atendiendo al sentido de esta disposición, que tiene que ver con que la pena sobre, porque la voluntad delictiva del autor que se vuelve atrás respecto de su tentativa (inacabada) no haya sido tan fuerte como hubiese sido necesario para la realización del delito (...) Tanto el que tiene solamente por posible la producción del resultado como el que está convencido de que se va a producir, de acuerdo con su representación, han puesto en marcha el peligro de realización del resultado delictivo". 167

Esta jurisprudencia posee una gran importancia práctica. Pues, especialmente en los delitos de homicidio, rara vez el autor posee una representación clara de si las lesiones producidas ya son o no mortales; la mayoría de las veces, cuando se trata de disparos o de cuchilladas, incluso un médico sólo 168

---

[184] No obstante, tampoco *Feltes* sigue estrictamente esta concepción, pues en otro lugar (también GA 1992, 418) pretende apreciar tentativa acabada únicamente "cuando la producción del resultado no que de completamente excluida desde el punto de vista del autor".

[185] En este sentido también, SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 15 c.

[186] BGHSt 14, 74; 22, 177, 331 s.; 31, 48, 175 s.; 33, 297 ss.; 35, 92 s.; BGHR § 24 I 1, Versuch, unbeendeter, núm. 4, 6, 11; Freiwilligkeit, núm. 15; BGH NStE núm. 12 zu § 24; BGH MDR (D) 1975, 724; BGH NJW 1980, 195; BGH NStZ 1981, 342.

lo podría establecer después de un examen a fondo. En casos así, es preciso adoptar las precauciones necesarias para la peor eventualidad posible. Por ello, sólo se puede reconocer al autor la existencia de un desistimiento (voluntario, en su caso) si auxilia a la víctima (generalmente, haciendo intervenir a un médico) y ésta permanece con vida. Este grupo de casos muestra también que lo que decide acerca de la finalización o no finalización de la tentativa son las ponderaciones teológicas y político-criminales; la designación como "tentativa acabada" se sigue de la decisión valorativa (cfr. nm. 154 s.).

169 Desde 1994, la jurisprudencia se ha ocupado de **casos en los que el autor**, que actuaba originalmente con dolo de matar, **se detiene tras producir lesiones, sin pararse a pensar sobre las posibles consecuencias de su actuación anterior**. Esto sucedía en el supuesto de hecho de BGHSt 40, 304: el acusado había propinado a su hermano, con dolo eventual de matar, dos cuchilladas en la parte superior del abdomen, y luego se detuvo, sin elaborar ninguna idea acerca de si las cuchilladas podían ser o no mortales. El hermano pudo salvarse sin intervención del acusado.

170 El BGH aprecia en este caso una tentativa acabada[187], considerando que no basta con un mero renunciar: "Si un autor, después de su última acción ejecutiva, no tiene ninguna idea acerca de las consecuencias de su actuación, hay que apreciar una tentativa acabada. En este caso, el autor contó tanto con la posibilidad de que (...) se produjese el resultado, como también de que no tuviera lugar. Sin embargo, si el autor considera posible la producción del resultado, existe una tentativa acabada, y el autor sólo puede pedir la exención de pena si ha actuado para evitar la consumación del delito".

171 Sin embargo, esta argumentación no es convincente. Pues, si el autor no tenía "ninguna idea", no podía, como afirma el BGH, contar con la posibilidad de que el resultado se produjese o no tuviera lugar. Pues contar con ambas posibilidades es ya una representación concreta. Así pues, el BGH está confundiendo el caso del autor sin representación alguna con el del autor que cuenta con la producción del resultado (nm. 166-168). Esto no es aceptable[188]. Por lo demás, tampoco la conclusión resulta convincente: ¿Realmente puede concurrir una tentativa acabada cuando las lesiones causadas eran, en términos relativos, tan insignificantes como para que al autor no se le pasase por la cabeza la idea de que podían resultar mortales?

172 Lo más correcto es distinguir. La solución debe depender de cómo debiera haber actuado el autor, si se hubiese planteado la cuestión de las consecuencias de su actuación. Si hubiese sido necesario un auxilio activo, debido

---

[187] En el mismo sentido, BGH StV 1996, 86.

[188] También en otros pronunciamientos sobre esta resolución se destaca que la argumentación del BGH es "ilógica" (*Stuckenberg*, JA 1999, 752, n. 14): *Heckler*, NJW 1996, 2490 s.; *v. Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29, 33 ss.; *Murmann*, JuS 1996, 590, 592; *Puppe*, NStZ 1995, 403 s.

a que resultase visible que las lesiones eran mortales (al menos, posiblemente), entonces habría que apreciar una tentativa acabada. Esto ocurría en el supuesto de hecho de BGHSt 40, 304 (nm. 169), por lo que la sentencia merece aplauso por lo que hace a su conclusión[189]. Sin embargo, si la lesión era de una naturaleza tal que el autor, reflexionando acerca de las consecuencias de su actuación, debería haber llegado a la conclusión de que la víctima sobreviviría, habría que afirmar la concurrencia de una tentativa inacabada, de manera que una detención voluntaria conllevaría un desistimiento excluyente de la pena. Pues esta clase de autores no debe ser tratada peor que aquél que confía a la ligera en la evitación del resultado, que puede desistir simplemente con detenerse. Si no ha pensado acerca las posibles consecuencias letales de su actuación simplemente porque la situación no da motivo para ello, no existe razón alguna para negarle la posibilidad de desistimiento (y, en su caso, de exclusión de la pena).

Los supuestos de tentativa inacabada son restringidos aún más por la ju- 173
risprudencia, dado que, **según la jurisprudencia del BGH[190], para apreciar que el autor no creyó (todavía) posible la producción del resultado, "hay que imponer estrictas exigencias"**. De acuerdo con esto, también cree posible el resultado "el que desconoce las circunstancias fácticas que, de acuerdo con la experiencia de la vida, guardan relación con dicha producción del resultado". Esta formulación resulta desafortunada, ya que no puede sustituirse sin más la conclusión de que la producción del resultado es posible por el conocimiento de las circunstancias fácticas. Pero lo que se quiere decir es que, como el BGH seguidamente concluye, "en las acciones violentas peligrosas, y en las lesiones graves, cuya peligrosidad es percibida por el autor, es evidente que éste conoce el riesgo para la vida que implican, y la posibilidad de que se produzca el resultado".

Puppe[191] y *Weinhold*[192] mantienen una interpretación aún más restrictiva. 174
Sobre la base de la actuación previa del autor de tentativa, deducen un deber "de examinar concienzudamente si la víctima está en peligro y, en con-

---

[189] Aunque, como el autor había actuado con dolo eventual, desde el punto de vista que aquí se sostiene, aún habría que examinar si no existía ya una tentativa que alcanzó sus objetivos (nm. 47 ss.), en la forma de un caso de "aviso", que excluyese el desistimiento. También los pronunciamientos sobre la sentencia (cfr., además de los citados en la n. 188, también *Th. Schmidt*, JuS 1995, 651), aun con todas las críticas a la fundamentación, apoyan la conclusión del BGH (*Stuckenberg*, JA 1999, 752, n. 14, defiende una "equiparación normativa" con la tentativa acabada, sin profundizar en la distinción que se realiza en el texto –nm. 172).

[190] Con referencias a la jurisprudencia anterior, BGHSt 39, 231 (GrS), de donde son extraídas las citas siguientes. En BGH NStZ 1999, 300 (al respecto, *Stuckenberg*, JA 1999, 751) se repiten literalmente estos argumentos; en el mismo sentido también, BGH NStZ 1999, 299 (columna izquierda). Hace distinciones, BGH NStZ 1999 (columna derecha), donde, pese a la existencia de lesiones con peligro para la vida, se incorporan a la valoración también indicios en contra de la creencia en la posibilidad de producción del resultado (sobre este auto, *Eisele*, JA 1999, 922).

[191] *Puppe*, NStZ 1995, 403, 404; *la misma*, JR 2000, 74.

[192] *Weinhold*, 1990, 129.

secuencia, si aquél está obligado a hacer todo lo que le sea posible para salvarla"[193]. Así, cuando el autor llega al convencimiento de que el resultado no se va producir "de un modo imprudente o incluso irreflexivo", no obtendrá la exención de pena, incluso si el resultado verdaderamente no se produce. Esto, sin embargo, va un poco demasiado lejos: pues, si el autor ha renunciado al dolo de causación del resultado, no existe razón suficiente para equiparar su imprudencia sin consecuencias a una tentativa dolosa. ¿De dónde debería extraer el autor la motivación para esforzarse en impedir el resultado, si ha llegado a la convicción de que no existe ningún peligro de que se produzca? Ambas autoras se mueven en las cercanías de la concepción puramente objetiva del desistimiento de *Jäger* y *Heckler* (cfr. nm. 43-45).

3. El desistimiento de acciones ejecutivas que aún no han tenido éxito, pero que son susceptibles de repetirse, con vistas a producir resultado

175 En este grupo de casos (especialmente discutido, desde la posguerra, y hasta hoy mismo), no se trata de distinguir entre tentativa inacabada y acabada (al respecto, 2, nm. 163 ss.), sino entre tentativa inacabada y tentativa fracasada.

Caso 1 (BGHSt 10, 129, caso de la petaca): Durante un viaje en automóvil, el acusado pidió a su antigua novia, de la que se había separado, que volviera con él. En vista de su negativa, le golpeó en la cabeza, con intención directa de matarla, con una petaca de 3/8 de litro. Esto no dio lugar al resultado, porque, debido a la falta de espacio, no pudo golpear con la suficiente fuerza. A continuación, el acusado pasó a estrangular a la mujer, hasta que ésta perdió el sentido. Finalmente se alejó de ella, porque (debemos apreciarlo así, por ser la hipótesis más favorable) lo pensó mejor. La chica sobrevivió.

176 La cuestión decisiva es si en el golpe con la petaca existe una tentativa fracasada, de la que el autor no pueda volverse atrás, incluso si ha renunciado voluntariamente a estrangular a la víctima, o si, por el contrario, todo el suceso debe ser visto como una tentativa unitaria, que en el momento del estrangulamiento estaba todavía inacabada, por lo que una abstención voluntaria de continuar con él exime al autor de la pena de la tentativa de homicidio. En principio, hay tres respuestas posibles a esta cuestión (a-c), que deben ser expuestas con sus variantes (d), antes de desarrollar en detalle (e) mi toma de posición en favor de una "teoría de la perspectiva global" (c).

a) La teoría del plan delictivo

177 La teoría del plan delictivo distingue: si el plan del autor se dirigía originariamente tan sólo a la causación del resultado a través de un determinado medio (por ejemplo, en el caso de partida: matar mediante golpes con la petaca), el fracaso de dicho medio convierte el delito en fracasado,

[193] Esta cita y lo que se cita a continuación proceden de *Puppe*, JR 2000, 74.

y el desistimiento deja de ser posible. El paso a un nuevo método (estrangular) sería, pues, un nuevo plan, y un nuevo hecho delictivo; el desistimiento de este nuevo hecho no abarcaría, sin embargo, a la tentativa de homicidio anterior. Si, por el contrario, el autor no restringió su plan por principio al medio inicialmente empleado, sino que había admitido un eventual recurso al estrangulamiento, o si en general no se autolimitó a ningún medio concreto de matar, y eligió la botella de manera fortuita, entre los medios que estaban a su alcance, entonces el suceso debería ser valorado como una única acción homicida, y el abstenerse de estrangular a la víctima constituiría un desistimiento de todo el delito. El BGH resolvió en su momento el caso de la petaca de acuerdo con estos principios, que, por lo demás, siguieron dominando en la jurisprudencia hasta 1982 (y, de forma más aislada, hasta 1984)[194].

b) La teoría del acto individual

Según esta teoría, cada acto individual que el autor considera adecuado 178
para la causación del resultado constituye una tentativa autónoma. Su fracaso es una tentativa fracasada, de la que ya no es posible desistir. Así, si el autor creyó que podía matar a la víctima con los golpes de la petaca (nm. 175), concurriría una tentativa fracasada, incluso si desde un principio había previsto recurrir a otro medio, en el caso de el primero fracasase. En el conocido supuesto académico en el que el autor hace seis disparos de revólver, según esto, no sería posible ya el desistimiento de la tentativa de homicidio cuando hubiese fallado el primer disparo; esto sería así siempre, con independencia de cómo fuera el plan del autor. En la jurisprudencia, la teoría del acto individual fue defendida principalmente por el RG[195], pero en la doctrina ha mantenido hasta hoy (con pequeñas variaciones) numerosos partidarios[196].

En la actualidad, la teoría del acto individual es defendida generalmente en una formu- 179
lación más precisa (como "teoría modificada del acto individual")[197], en cuya virtud un acto individual sólo se considera fracasado cuando se ha "independizado completamente", es decir, cuando al autor se le aparece como ya no dominable (como en el caso de los disparos fallidos, o la inyección venenosa que supuestamente es letal de inmediato). Por el contrario, un acto individual, aunque en sí mismo esté finalizado, sigue siendo capaz de dar lugar a desistimiento, por haberse "independizado relativamente", mientras el autor crea todavía poder detener el suceso (el veneno está mezclado ya con la comida, pero el autor aún puede avisar a la víctima antes de que empiece a comer).

---

[194] Vgl. BGHSt 4, 180; 10, 129; 21, 319; 22, 176; 22, 330; 23, 356; BGH MDR 1951, 117; BGH MDR (D) 1966, 22; 1970, 381; 1975, 541; BGH GA 1956, 89; 1966, 208; 1974, 77; BGH NJW 1980, 195; BGH MDR (H) 1980, 628; BGH NStZ 1981, 342; 388; BGH StV 1981, 54; 1982, 70; BGH MDR (H) 1983, 983 s.; BGH NStZ 1984, 116.

[195] RGSt 39, 220; 43, 137; 68, 308; RG JW 1924, 299; 1936, 324; BGH MDR (D) 1956, 394.

[196] *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 351; *Gutmann*, 1963, 92 ss.; *Jakobs*, AT, 2ª, 26/15 s.; *el mismo*, JuS 1980, 715 ss.; *el mismo*, ZStW 104 (1992), 89 ss.; *Kühl*, JuS 1981, 195; *Ulsenheimer*, 1976, 230 ss.; *el mismo*, JZ 1984, 852.

[197] Con más detalle, *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 21; *Jäger*, 1996, 48 s., con ulteriores referencias.

c) La teoría de la perspectiva global

180 Esta interpretación sostiene justamente la posición contraria a la teoría del acto individual. Considera que existe una tentativa inacabada también en el caso de que los actos individuales fracasen, mientras el autor pueda continuar, en conexión inmediata con lo sucedido hasta ese momento, su actividad de tentativa, con vistas a causar el resultado. Detenerse equivaldrá, pues, a renunciar y, en el caso de que haya voluntariedad, elimina la pena de toda la tentativa. Así, en el caso de la petaca (nm. 175), en el estrangulamiento existiría una única tentativa de homicidio, inacabada, de la que el autor se vuelve atrás al detenerse, sin importar qué medios para matar formasen parte de su plan original. Si el autor de una tentativa de homicidio realiza varios disparos fallidos, desistirá, pese a ello, mientras renuncie a la posibilidad (que le permitiría conseguir el resultado) de realizar ulteriores disparos contra la víctima.

181 La jurisprudencia, que hasta ese momento era vacilante y en parte dispar[198], desde BGHSt 31, 170 (y, en el mismo sentido, 33, 295; 34, 53)[199] pasó de la teoría del plan delictivo a la teoría de la perspectiva global y, desde entonces, se ha seguido defendiendo esta última teoría en la jurisprudencia analizada[200]. La teoría de la perspectiva global ostenta también una posición de fortaleza en la doctrina[201], cuya crítica fue decisiva para que se renunciase a la teoría del plan del autor. Esta teoría es aplicada por la jurisprudencia también en los casos en los que el plan original no abarcaba ni por lo más remoto el medio para matar, completamente distinto, que finalmente se empleó.

Caso 2 (BGH NStZ 1986, 265, caso del baño de gasolina): El acusado quería matar a su mujer, desesperado por su intención de divorciarse de él. La roció con un cubo de gasolina e intentó prenderla fuego con unas cerillas. Como esto no sucedió, y ella había huido al jardín, la trasladó al sótano y comenzó a estrangularla, pero acabó por alejarse de ella.

Aunque la estructura de los hechos coincide con la de los del caso de la petaca, el BGH apreció la concurrencia de un desistimiento excluyente de la pena de la tentativa de homicidio. Para ello, no se basaría en la "representa-

---

[198] Detalladas referencias en BGHSt 31, 171–174.

[199] BGHSt 31, 170 es de 3 de diciembre de 1982. No obstante, todavía BGH NStZ 1984, 116 (con comentario en contra de *Ulsenheimer*, JZ 1984, 852) y BGH MDR (H) 1983, 893 resolvieron sobre la base de la teoría del plan delictivo.

[200] Cfr., además de BGHSt 31, 170, también BGHSt 33, 295; 34, 53; 35, 90; BGH NStZ 1986, 264; 1986, 321; 1989, 18; 1993, 433; BGH JR 1986, 423; BGH StV 1987, 529; 1988, 200; 1992, 10, 62; BGH MDR (H) 1988, 99; BGH NJW 1993, 2125.

[201] La teoría de la perspectiva global es defendida en una cantidad casi inabarcable de trabajos. Entre otros, por *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 27 III 1 a, cc; *Busch*, JuS 1993, 307; *Ebert*, AT, 3ª, 131 ss.; *Joecks*, 3ª, § 24, nm. 16 s.; *Köhler*, AT, 478 s.; *Krey*, AT/2, nm. 470; *Otto*, AT, 6ª, § 19 II 1; *el mismo*, Jura 1992, 427 ss.; *Puppe*, NStZ 1986, 16; *Roxin*, Heinitz-FS, 1972, 267 s.; *el mismo*, JuS 1981, 6 ss.; *el mismo*, JR 1986, 425; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 14; *el mismo*, NStZ 1983, 362; *Schall*, JuS 1990, 625; *Schlüchter*, Baumann-FS, 1992, 83 ss.; *Streng*, JZ 1990, 214; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 24, nm. 17; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 629, 630.

ción del autor en el momento de comenzar el hecho"; lo decisivo serían "las representaciones del autor después del último acto ejecutivo" (el llamado horizonte del desistimiento). "En todo caso, no existe una tentativa fracasada punible cuando el autor aún puede –y lo sabe- consumar el hecho, sea mediante los medios de que ya ha dispuesto, o bien mediante los medios que están listos y a su alcance".

Caso 3 (BGHSt 34, 53): El acusado intentó matar a la nueva pareja de su antigua compañera, atropellándole. Al fracasar, debido a que la víctima saltó a un lado, el autor se arrojó sobre él, intentando estrangularle con ambas manos, hasta que éste se desmayó. En ese momento, se dejó convencer de que se detuviese. 182

También en este caso el BGH se inclina por apreciar que sólo existe una tentativa de homicidio, de la que el autor, deteniéndose, puede desistir. A la pregunta de si el conjunto de lo sucedido puede "ser visto como un único fenómeno de la existencia", habría que responder afirmativamente "cuando el acusado no renunció a la decisión de matar al testigo, después del fracaso de su tentativa de atropellarle, sino que, sin interrupción temporal, recurrió al medio de intentar estrangularle. Una configuración de los hechos de esta índole no resulta (...) lejana" (loc. cit., 57). Las cosas serían distintas únicamente cuando el autor no hubiese previsto, tras el fracaso de su plan delictivo original, la posibilidad de continuar, de cara a producir el resultado, empleando otros medios. Sólo en estos casos existiría, en la decisión posterior de estrangular, una nueva tentativa, y el desistimiento se extendería únicamente a la segunda parte de lo sucedido (loc. cit., 58).

No está completamente libre de discusión, entre los partidarios de la teoría de la perspectiva global, la cuestión de cómo ha de ser la conexión espacio-temporal que permite ver todavía el segundo acto como una continuación del primero, y a todo el suceso como una unidad. El BGH exige un "fenómeno existencial unitario" (BGHSt 34, 57, cfr. nm. 182)[202], mientras que en la doctrina[203] se pide más bien una "unidad natural de acción" o una "identidad jurídica de hecho", en el sentido del § 52 [concurso de delitos con unidad de hecho]. En todo caso, cuando los distintos actos individuales tienen lugar en varios días, el BGH viene rechazando la existencia de una acción única y apreciando varias tentativas fracasadas, que han de ser valoradas por separado[204]. 183

d) Soluciones intermedias

Se han propuesto también diversas vías de solución que transitan entre la teoría del acto individual y la teoría de la perspectiva global. Así, *Herzberg* 184

---

[202] Al respecto, el comentario de *Fahrenhorst*, NStZ 1987, 278 s.; el comentario de *Kadel*, JR 1987, 117 ss.; además, BGHSt 35, 94; BGH NStZ 1986, 265; resume la cuestión, BGH NStZ 1994, 535 con comentario de *Haft*.

[203] Cfr. *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 6, con ulteriores referencias; *Schlüchter*, Baumann-FS, 1992, 83 s.

[204] BGH NStZ 1994, 535, con comentario de *Haft*.

(sobre su teoría, cfr. ya nm. 76)[205], aunque reconoce la concurrencia de una "renuncia" a la "intención" en relación con todo el suceso, cuando el autor se abstiene de repetir actos ejecutivos, pretende, sin embargo, que subsiste una tentativa fracasada con dolo eventual, que imposibilita para desistir. De este modo, de cara al autor, el desistimiento operaría, en general, tan sólo en la determinación de la pena. Si, por el contrario, éste, tras el fracaso de uno de los actos, emprende esfuerzos activos para evitar el resultado (por ejemplo, lleva a la víctima al hospital), concurriría un desistimiento en relación con todo el hecho.

185 *Ranft*[206] pretende aceptar desistimiento únicamente cuando se trate de "medios delictivos de la misma clase". Así, el que, después de realizar un primer disparo, renuncia a hacer más, desistiría de toda la tentativa de homicidio. Pero el que después del disparo fallido recurre al cuchillo, y más tarde renuncia a atacar con el cuchillo, seguiría respondiendo por la tentativa cometida con el revólver. De este modo, en los ejemplos del BGH expuestos en nm. 175, 181, 182, *Ranft*, como la teoría del acto individual, llegaría a la conclusión de que existe responsabilidad.

186 *Rudolphi*[207] pretende también, en los casos en los que se emplean medios delictivos de distinta naturaleza, aplicar la teoría de la perspectiva global, pero apreciando la concurrencia de dos hechos diferentes y, por lo tanto, de una tentativa fracasada (no susceptible de desistimiento) en la primera acción, "cuando el medio aún a su disposición para alcanzar el objetivo del delito se aleja de forma relevante del que en un principio empleó, sin obtener resultados, de manera que aquél le resulta –por ejemplo- más arriesgado, o menos adecuado para lograr el objetivo perseguido". De este modo, si fracasa el envenenamiento, que era difícil de probar, no existiría desistimiento por el hecho de abstenerse de emplear un arma de fuego, disponible, pero que podía traicionar fácilmente al autor.

e) La teoría modificada de la perspectiva global como solución preferible

aa) Fundamentos de mi concepción

187 La interpretación que en principio resulta correcta es la teoría de la perspectiva global. Pues dicha teoría tiene en cuenta el hecho que resulta decisivo para la modalidad de renuncia del § 24 I 1: el que se encuentra en vías de causar el resultado y, pese a ello, abandona cualquier ulterior esfuerzo, está desistiendo. Esto es lo que ocurre en los casos 1-3 (nm. 175, 181, 182): tras el fracaso del primer método delictivo (petaca, incendio, atropello), los autores que estaban intentado estrangular a la víctima tenían el "resultado"

---

[205] *Herzberg*, Blau-FS, 1985, 97; *el mismo*, NJW 1988, 1559 ss., 1562 ss.

[206] *Ranft*, Jura 1987, 527.

[207] SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 14; en sentido similar, *Schlüchter*, Baumann-FS, 1992, 86.

de muerte, literalmente, "en sus manos"; no habían, pues, fracasado; y, pese a ello, se abstuvieron de causar el resultado. Existe la **"reversión de la puesta en peligro"** (nm. 33 ss.) que integra el desistimiento. Por ello, detenerse de forma voluntaria justo antes de alcanzar el objetivo constituye una renuncia susceptible de ser recompensada, que puede beneficiarse de la exclusión de la pena de la tentativa: el autor ha interrumpido el delito, que para él todavía parecía susceptible de consumarse, y, con ello, ha omitido (tarde, pero lo ha hecho) la causación del resultado; si esto ha sucedido de forma voluntaria, y en qué casos es así, es una cuestión ulterior, que tendrá que ser discutida más adelante (nm. 354 ss.). Por supuesto, las lesiones causadas ya a la víctima siguen siendo punibles, como delito consumado; lo que ha sucedido y no ha sido reparado puede ser censurado mediante la pena que resulta adecuada para ello.

El punto de vista de la protección de la víctima también constituye un ar- 188
gumento en favor de la teoría de la perspectiva global. Si el autor no queda exento de la pena de la tentativa cuando se detiene voluntariamente (para, por ejemplo, de estrangular), dejar indemne a la víctima sólo le trae desventajas. Pues tendrá que contar con que le denuncie, con un mayor riesgo de ser perseguido penalmente y con la posibilidad de que la pena sea más grave, mientras que matar a la víctima impide la denuncia y, con ello, disminuye significativamente el riesgo de ser descubierto (y el peligro de llegar a ser castigado). En contra de esto, se puede aducir que el pensamiento de la protección de la víctima y la teoría del puente de planta –entre otras- no pueden fundamentar el privilegio del desistimiento, ya que la mayoría de los autores no conocen la regulación del desistimiento, por lo que no pueden verse motivados por ella (nm. 14 ss.). Pero esto no impide reconocer a tales principios, en la formulación negativa de *Feuerbach* (nm. 16, 21), una cierta importancia, al lado de la teoría de los fines de la pena: no es razonable interpretar el § 24 de tal forma que asuste a un autor jurídicamente informado o que se informe (por ejemplo, un jurista, o un delincuente que baraja todas las eventualidades imaginables). Tampoco sería adecuada una jurisprudencia cuyas consecuencias prácticas sólo resultasen sostenibles si nadie las conociera.

En contra de la objeción de que la teoría de la perspectiva global es (es- 189
pecialmente, en el caso de los delitos de homicidio) demasiado favorable al desistimiento, se puede decir que, interpretándola de un modo razonable, hace posible el desistimiento en muy pocas ocasiones, como queda claro en la jurisprudencia. Cuando el autor ha causado ya lesiones graves a la víctima, difícilmente se podrá acreditar que consideraba imposible la causación de la muerte a resultas de lo hecho hasta ese momento (cfr. nm. 168): difícilmente es posible llegar en estos casos al diagnóstico de que las lesiones son no letales con toda seguridad. Y, en tales supuestos, no será posible, no obstante, un desistimiento simplemente con detenerse, sino únicamente mediante la realización de esfuerzos dirigidos a impedir el resultado (nm. 163 ss.).

190 **Caso 4** (BGHSt 33, 295, caso del disparo en la sien): El acusado disparó a la víctima, a la que quería "castigar", a corta distancia en la sien derecha. El proyectil atravesó las partes blandas, por encima del globo ocular derecho y por debajo de la ceja derecha, y volvió a salir junto a la raíz de la nariz. La víctima dijo entonces al acusado algo que éste entendió como "Mierda". El acusado le respondió que no debía decir nada, que ya se arreglaría el asunto, y abandonó el lugar, a pesar que la pistola todavía estaba cargada y de que podría haber matado a la víctima con otro disparo. La víctima sobrevivió, pero se la tuvo que extirpar el ojo derecho.

191 El BGH no se manifiesta en relación a si el acusado había llevado a cabo su acción de matar de forma intencional o únicamente con dolo eventual. Si se tratase de dolo eventual, estaríamos ante un caso del aviso o escarmiento, en el que lo correcto es excluir completamente el desistimiento (nm. 47 ss.). Aunque la opinión dominante en el BGH es otra (nm. 53). Pero, incluso partiendo de la base de que es posible el desistimiento, en este caso no existe desistimiento simplemente por detenerse. Pues el acusado no puede haber creído (aunque la víctima todavía fuese capaz de hablar) que, en una lesión de esta índole, estaba excluida por completo la posibilidad de un desenlace fatal. También el BGH lo ve de este modo (loc. cit., 300): en las lesiones particularmente graves, es evidente que el autor es consciente de la posibilidad de que la víctima no sobreviva a las lesiones. Habría que descartar que el acusado no pudiera darse cuenta "de que un disparo, realizado a corta distancia a una persona en la cabeza, conlleva siempre, sin excepción, un peligro para la vida".

192 Pero no siempre juzga el BGH de un modo tan realista.

Caso 5 (BGHSt 35, 90, caso de la cuchillada en la nuca): El acusado, con intención directa de matar, había clavado profundamente, desde atrás, a B en la nuca un cuchillo de hoja larga y aguda, que penetró hasta 7 centímetros de profundidad, y que quedó clavado en el cuello de B. Después de que B (que estaba sangrando profusamente) se quitase el cuchillo y lo arrojase al suelo, el acusado huyó corriendo.

193 En este caso, el BGH opina que el acusado sabía que su víctima "estaba ante él sin ninguna afectación corporal relevante" (loc. cit., 90), y pretende reconocer al autor un desistimiento excluyente de la pena cuando éste tuviera la posibilidad "de volver a coger el cuchillo que estaba en el suelo" y acuchillar otra vez a la víctima, o cuando "tuviera a su disposición otros medios para matar (por ejemplo, llaves de lucha), que podría haber empleado, pero que conscientemente no utilizó" (loc. cit., 95). Sin embargo, hay que decir que tampoco en este caso el acusado podía excluir la posibilidad de un resultado fatal; pues incluso si la víctima, como ocurría en el caso del disparo en la sien (nm. 190), aún pudiera moverse y hablar, el autor no podía saber si existía peligro de una hemorragia interna, o si habían sido afectados órganos vitales. Por lo que debería haber prestado un auxilio activo[208].

194 Por lo demás, hay que observar que la mera posibilidad de pasar, tras el fracaso de la acción que se creía idónea para causar el resultado, a emplear

[208] Quizá la sentencia esté influida por el hecho de que el acusado estuvo en todo momento dispuesto a ello, pero no hizo nada debido a que la víctima gritó pidiendo auxilio.

otro método, y el hecho de no hacerlo, no es suficiente aún para el desistimiento. Es necesario además (como reconoce también la jurisprudencia: nm. 182) que el autor sea consciente de dicha posibilidad. El que ha hecho ya el único disparo que podía hacer, y no se da cuenta de que podría continuar su tentativa de homicidio golpeando a la víctima en la cabeza con un jarro de cerveza, no está desistiendo, sino que, según su representación, está fracasando.

Más allá de esto, se **puede apreciar**, no obstante, **desistimiento solamente** 195
cuando el autor percibe la existencia de una posibilidad de continuación, que reconoce como adecuada para él y, pese a ello, se abstiene de llevarla adelante. Este requisito se cumple, desde luego, cuando el autor ha pasado ya a un nuevo método (como estrangular: nm. 175, 181, 182) y lo abandona. Y también cuando continúa con el mismo método, es decir, cuando, después del fracaso inicial, podría lastimar a la víctima con más disparos o cuchilladas.

Sin embargo, si la esposa derrama la bebida envenenada que su marido 196
había preparado para ella[209], no existe desistimiento del marido por el hecho de que no recurra el cuchillo de cocina o a un objeto que sirve para golpear. Pues el que prepara un envenenamiento no está dispuesto por ello, sin más, a realizar actos violentos; por lo que su omisión no constituye un ejercicio de reversión. Tampoco estrangular es algo que valga para todos los autores de homicidio. Por lo que, si los autores de nuestros casos 1-3 (nm. 175, 181, 182), después del fracaso de los métodos delictivos que emplearon en primer lugar, no hubieran pasado a intentar estrangular a sus víctimas, debido a que tal método no les iba (por lo que ni siquiera hubiesen llegado a tomarlo en consideración), no existiría desistimiento.

Pues, al menos hipotéticamente, casi siempre existen otras posibilidades. 197
Si su omisión constituyese desistimiento, la tentativa fracasada no resultaría casi nunca posible. "Así, el acusado, después del disparo sin consecuencias, casi siempre podría, por ejemplo, tomar en consideración otra alternativa de acción disponible, y afirmar que omitió estrangular a la víctima, matarla a golpes o (...) atropellarla"[210]. Si se viese ya en ello un desistimiento excluyente de la pena, el § 24 se convertiría "en un campo de batalla de disculpas (...) y de declaraciones exculpatorias, o en la pelota de los abogados hábiles"[211]. Por ello, sólo debe apreciarse un desistimiento cuando exista base para ello en el hecho de que el autor haya renunciado a un medio para continuar el hecho que a él le parecía adecuado. En esto hay una pequeña concesión a la teoría del acto individual, lo que autoriza a hablar de una **"teoría modificada de la perspectiva global"**[212]. Esta modificación es aceptada también por la ju-

---

[209] Ejemplo de *Herzberg*, NJW 1988, 1560.
[210] *Jäger*, 1996, 124.
[211] *Ulsenheimer*, 1976, 235.
[212] *Jäger*, 1996, 126.

risprudencia, cuando afirma que existe una tentativa fracasada mientras "objetivamente todavía existiría la posibilidad de consumación del hecho, pero el autor no conoce, o no puede emplear, los medios que necesitaría para ello (bien sea porque objetivamente no los domina, o bien porque, desde el punto de vista subjetivo, no está en situación de emplearlos)" (BGHSt 34, 56).

198 Esto guarda relación con la objeción de que, entonces, es suficiente con que el autor escenifique una aparente continuación del delito para, interrumpiéndola, crear un desistimiento[213]. Pues una manipulación de esta naturaleza exige el conocimiento jurídico de un experto; además, la mayor parte de las veces, una continuación fingida resultará identificable como tal, por lo que no posibilitará el desistimiento. Tampoco es correcto afirmar que se premia al autor más descuidado, al posibilitar que renuncie mediante un mero detenerse quien ya ha pasado a un método distinto de perseguir el resultado, o quien ve claramente la posibilidad de seguir adelante con los medios adecuados. Pues un autor así no es descuidado, sino que tiene más posibilidades que otro que no percibe las alternativas de continuación que están disponibles para él. Además, la abstención de emplear una posibilidad de continuación ya disponible, o que aparece como adecuada, implica un ejercicio de reversión, ejercicio que falta en quien no renuncia a ninguna oportunidad de continuación que a él le parezca real.

199 A la hora de **ligar la primera y la segunda acción en una única tentativa** no es posible proceder de un modo demasiado estrecho de miras. Debe, pues, existir una estrecha conexión espacio-temporal, pero sería ir demasiado lejos si se excluyese ya la unidad de la tentativa por una breve interrupción temporal, o por un ligero cambio de lugar. Así, si el autor lucha inútilmente con la víctima, a la que pretende acuchillar, y luego se produce un breve momento de tranquilidad antes de que se recurra a un instrumento contundente, sigue existiendo una tentativa única (sobre el problema de la pausa, cfr. ya nm. 158). Igualmente, si la víctima, después de una tentativa de asesinato cometida dentro de la vivienda, huye al jardín, donde el intento de matar es reemprendido con otros medios (cfr. el caso de nm. 181), sigue habiendo una única tentativa, en la que es posible el desistimiento. Que sea o no posible hablar en estos casos de una "unidad natural de acción" depende de la definición que se dé a este concepto, aún no aclarado definitivamente (cfr. § 33, nm. 29 ss.). El concepto, empleado por el BGH, del "fenómeno existencial unitario" (cfr. nm. 182, 183) describe de la mejor manera posible los límites de lo que puede entenderse como "hecho único", en el sentido del § 24. En todo caso, queda excluido agrupar en una unidad con el hecho previo la repetición "en circunstancias distintas". Así, el que fracasa en un robo porque la ganzúa no abre la cerradura, regresa al día siguiente con una llave falsa que funciona y desiste voluntariamente después de abrirla, sigue respondiendo por la tentativa cometida el día anterior.

---

[213] *Jäger*, 1996, 125.

La BGHSt 40, 75 ofrece un buen ejemplo de exclusión de un "hecho conjunto" susceptible de desistimiento. En este supuesto, los autores habían puesto en marcha unas amenazas equiparables al robo* y, después de dos intentos fracasados de lograr una entrega de dinero, renunciaron voluntariamente a un tercer intento. El BGH rechazó agrupar los tres intentos de entrega en un solo hecho, susceptible todo él de desistimiento, basándose en la necesidad de un "fenómeno existencial unitario". Lo que no habría existido, ya que los intentos de entrega habían sido ejecutados en días sucesivos y en lugares distintos. 200

bb) Discusión de otras interpretaciones divergentes

De entre todas las interpretaciones alternativas, puede excluirse desde un principio la teoría del plan delictivo (nm. 177), ya que hoy no es defendida ya por nadie. Existen tres argumentos en contra de dicha teoría[214]: en primer lugar, desde el punto de vista político-criminal, carece de sentido negar al autor la posibilidad de desistir tan sólo porque inicialmente creyese poder alcanzar su objetivo con un acto individualizado. Pues, de acuerdo con la teoría del plan delictivo, el que no ha pensado sobre el número de actos individuales necesarios, o el que incorporó desde un inicio a su plan la necesidad de varias acciones, podría aún desistir, sin que la diferencia de tratamiento se justifique por una distinta necesidad de pena. En segundo lugar, desde el punto de vista jurídico, resulta incongruente hacer depender la cuestión de si el autor puede o no desistir después del resultado fallido inicial, en parte de sus representaciones acerca del hecho y en parte de reflexiones posteriores. Si no se quiere incurrir en contradicciones valorativas, es preciso apoyarse únicamente bien en el punto de vista del autor antes del primer acto (como hace la teoría del acto individual), o bien en el de después de dicho primer acto (como hace la teoría de la perspectiva global). En tercer lugar, la teoría del plan delictivo hace depender la solución, en muchos casos, de declaraciones del autor que resulta imposible comprobar: incluso cuando pretendiera lograr su objetivo con una acción, le bastaría con afirmar que no había pensado acerca del número de actos individuales necesarios, o que no había tomado en consideración la eventual necesidad de varios actos, para mantener viva la posibilidad de desistimiento, que de otro modo no tendría. 201

Por el contrario, se presenta un argumento muy digno de atención en favor de la teoría del acto individual[215], cuando se concibe el fundamento del privilegio del desistimiento en conexión con la teoría de los fines de la pena (nm. 4 ss.). Se puede señalar que el autor ya con el primer acto habría dejado salir el suceso de sus manos, y que no ha sido mérito suyo, sino una suerte inmerecida, el que el disparo fallase el blanco, el golpe con la petaca (nm. 175) no diese resultado, la gasolina no diese lugar a un incendio (nm. 181) y el atropello no tuviera éxito (nm. 182). Ya con el primer acto, el autor habría causado una perturbación social grave, que no puede ser eliminada por la omisión de ulteriores acciones dirigidas a causar el resultado; por lo que, desde la perspectiva de la prevención general, existiría una necesidad de pena. Tampoco desde el punto de vista de la prevención especial podría negarse la existencia de necesidad de pena. Pues en ningún caso le habría faltado al autor la tenacidad en 202

---

* *Räuberische Erpressung* (§255 del Código Penal alemán). [N. del T.]

[214] *Roxin*, JuS 1981, 7.

[215] Sobre esta teoría, en general, *Bottke*, 1979, 407 ss., 449 ss.

la realización del hecho. Antes al contrario, al disparar la pistola, y en las otras acciones adecuadas para causar el resultado, habría probado que se hallaba en situación de llevar el delito hasta el fin. La evitación casual del resultado no disminuiría la necesidad de actuar sobre él mediante la pena[216].

203 De lo que se acaba de decir, es cierto que este grupo de casos se distingue del supuesto normal de tentativa inacabada, y lo hace en un sentido perjudicial para el autor. El que ha disparado una pistola, ha causado una perturbación social más relevante, y se ha mostrado como más peligroso, que aquél que deja caer la pistola antes de disparar. Pero, al tiempo, hay que reconocer que la situación se diferencia también de forma relevante de la tentativa fracasada, ahora en favor del autor. El que puede aún (mediante disparos sucesivos) provocar el resultado, y renuncia a ello voluntariamente, da lugar a un ejercicio de reversión que reduce la necesidad de pena (tanto la preventivo-general como la preventivo-especial), mientras que el que ha fracasado definitivamente no posee mérito alguno que pueda valorarse.

204 El caso se encuentra, pues, entre la renuncia en un curso causal aún no dejado a su libre desenvolvimiento y el fracaso definitivo. En ello estriba la razón de la duradera polémica entre la teoría del acto individual y la teoría de la perspectiva global. Cada una de las dos interpretaciones tiene razones que la apoyan, sin que sea posible contradecir las que apoyan la solución contraria. Sin embargo, a la hora de decidirse en favor de uno o de otro punto de vista, lo decisivo no puede ser el sentimiento jurídico de cada juzgador, sino el punto de partida de la ley; y éste se inclina en favor de la teoría de la perspectiva global. **Pues, dado que, de acuerdo con el § 24 I, en la tentativa acabada es posible un desistimiento excluyente de la pena, impidiendo el resultado o mediante el mero esfuerzo en impedirlo, esto demuestra que un disparo, una cuchillada o un golpe que podrían dar lugar al resultado, cuando se añada un acto de reversión, no implica, para el legislador, una necesidad suficiente de pena.** Y debemos conformarnos con esta valoración. Una base legal adicional se halla en el hecho de que el § 24 I vincula el desistimiento mediante la detención únicamente a la **renuncia a una ulterior ejecución**, sin tomar en consideración cuanto eventualmente hubiese tenido lugar con anterioridad. "El § 24 enfoca su perspectiva hacia delante, no hacia atrás"[217].

205 Así pues, la teoría del acto individual fracasa a causa de la ley[218]. *Herzberg*[219] cuestiona esta conclusión (cfr. nm. 184, 76). Para él, después de la realiza-

---

[216] Cfr., al respecto, con diferentes énfasis, *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 344; *Burkhardt*, 1975, 93; *Geilen*, JZ 1972, 338; *Heckler*, 2002, 196 ss.; *v. Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 ss. (51); *Herzberg*, Blau-FS, 1985, 97 ss.; *Jakobs*, AT, 2ª, 26/16; *el mismo*, JuS 1980, 716 s.; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 18 a; *Ulsenheimer*, 1976, 233.

[217] *Jäger*, 1996, 123.

[218] Cfr. *Bergmann*, ZStW 100 (1988), quien, aunque se inclina por la teoría del acto individual, habla de un "dilema irresoluble".

[219] *Herzberg*, NJW 1988, 1564.

ción de un acto, el desistimiento sólo resulta posible mediante una conducta activa. Existiría una diferencia relevante en si alguien salva "la vida de su enemigo dejando de disparar o trasladándole a un hospital". En el primer caso, existiría un desistimiento "más débil y fácilmente afirmado" (y, por ello, no excluyente de la pena); en el segundo, uno "más fuerte y probado a partir de los hechos" (y, por ello, excluyente de la pena). Esto no resulta convincente. Pues, ¿por qué se debería reconocer el desistimiento al que "casi ha matado a tiros a la víctima y negárselo por principio al que, aterrado, erró el tiro?"[220] ¿Por qué debería estar en mejor situación el que ha lesionado gravemente a la víctima que el que todavía no ha causado ningún daño?[221] Del hecho de que exista la amenaza de un daño se deriva la necesidad de esforzarse en impedirlo, pero no que el que quien, debido a su disparo fallido, carece de motivo para una actuación activa ya no pueda desistir. Y tampoco es cierto que el desistimiento mediante detención sea "afirmado fácilmente" y resulte, por ello, "débil". Pues, si alguien, hallándose en una situación prometedora, ha renunciado a seguir actuando y a causar el resultado, esto es un hecho y no una afirmación rebuscada.

206 *Herzberg* invoca en favor de su punto de vista el § 306e [arrepentimiento activo en delitos de incendios] y otros delitos de peligro consumados, en los que también sólo es suficiente para el desistimiento una conducta activa. No obstante, es comprensible que el legislador no quiera, en los delitos consumados, otorgar al autor la exención de pena si éste deja las cosas como están, en la fase de consumación. Pero ello no autoriza a extraer conclusiones en el caso del § 24, que trata de igual modo el desistimiento activo y el pasivo. Dejando aparte, además, que, en el § 306e, es posible también entender el no avivar nuevos focos de fuego como un "extinguir" (= dejar que se extinga).

207 En contra de la teoría del acto individual pesa además la perspectiva de la protección de la víctima, que, aunque sólo resulte relevante desde el punto de vista práctico en una pequeña parte de los casos, no puede ser dejada de lado por completo (cfr. nm. 188). Un argumento adicional en contra de la teoría del acto individual resulta polémico[222]: el que con el término "hecho", del que, según el § 24, se puede desistir, se haga referencia a aquel evento que sería visto como un hecho unitario también en caso de consumación. Si alguien que, después de tres disparos, mata a la víctima con el cuarto, sólo es condenado por un homicidio consumado (y no por tres tentativas fracasadas adicionales), entonces tampoco es posible, en los casos de desistimiento, considerar cada acto parcial como un hecho autónomo. En contra de este argumento, se aduce que la teoría de la tentativa puede elaborar el concepto de hecho de acuerdo con sus propias finalidades y, consiguientemente, ver cada acto como un hecho autónomo, aun si, en el sentido de la teoría del concurso, sería tan sólo una parte de dicho hecho autónomo. Ciertamente, sería posible un concepto de hecho construido específicamente para la teoría del desistimiento. Pero parece improbable que el legislador tenga un

[220] *Roxin*, JR 1986, 425.
[221] *Roxin*, JR 1986, 425; *Puppe*, NStZ 1986, 16; *Rengier*, JZ 1986, 965.
[222] *Roxin*, JuS 1981, 7 s.

concepto de hecho distinto para la tentativa que para la consumación, máxime cuando el tenor literal del § 24 (que habla de la renuncia a la "ejecución ulterior **del hecho**") está orientado hacia una perspectiva de futuro y parte de la existencia de un único hecho que podría ser "ulteriormente ejecutado".

208 Los partidarios de la teoría del acto individual han aducido frecuentemente que la teoría de la perspectiva global privilegia injustamente al autor cauteloso frente al menos prevenido[223]; el que, prudentemente, lleva consigo un revolver con seis balas podría seguir desistiendo después de realizar varios disparos fallidos, mientras que el que sólo dispone de una bala, no tendría ya posibilidad de desistir. Pero este argumento es fácil de refutar[224]. Pues el que planea con cuidado tiene oportunidades más prolongadas y frecuentes para desistir que el fracasa justo al principio, no sólo en el caso de acciones de ejecución susceptibles de ser repetidas, sino en todos los casos. Además, esto no es injusto: pues el que puede seguir actuando de un modo que promete causar el resultado, retorna a la legalidad mediante su detención voluntaria, mientras que el que ha fracasado de forma definitiva no hace tal cosa, por lo que no existe ninguna motivo para que su tentativa quede exenta de pena.

209 La solución aquí sostenida ha de prevalecer también frente a las soluciones intermedias (cfr. nm. 184 ss.), pues el impulso adicional que estas poseen procede de la teoría modificada de la perspectiva global (nm. 187 ss.). Ya se ha tomado posición en relación con la concepción de *Herzberg* (nm. 205 ss., 184, 76). Cuando *Ranft* pretende admitir el desistimiento mediante la omisión de ulteriores acciones de ataque únicamente en caso de continuación o de posibilidad de continuar con "medios delictivos de la misma naturaleza", a ello subyace la idea, correcta, de que la renuncia a alternativas de acción remotas, que desde un inicio al autor no le pareciesen adecuadas, no puede fundamentar el desistimiento (cfr. nm. 195 ss.). Sin embargo, no resulta convincente la creencia de que cualquier cambio en favor de otro método delictivo ha de excluir el desistimiento. "De este modo, resultaría decisivo para la exención de pena un criterio muy formal, dando demasiada importancia en la ejecución del delito al método empleado"[225]. No puede resultar decisivo para el reconocimiento del desistimiento el que el autor de una tentativa de homicidio, después de una primera cuchillada infructuosa, haya pasado a dar nuevas puñaladas o a estrangular, con tal de que finalmente renuncie al homicidio y evite el peligro que aún subsistía.

210 En la solución intermedia de *Rudolphi* (nm. 186), resulta satisfactoria la idea de que abstenerse de emplear medios delictivos "relevantemente diferentes" o "generadores de riesgo" generalmente (y de acuerdo con los principios expuestos en nm. 195) no fundamenta un desistimiento, cuando su empleo, tan sólo hipotéticamente posible, no se le aparece al autor como

---

[223] Cfr. *Roxin*, JuS 1981, 8; *el mismo*, JR 1986, 425; *Herzberg*, Blau-FS, 1985, 97 ss. (116), en donde se indica en concreto quiénes defienden este argumento.

[224] *Herzberg* opina, a pesar de que él mismo defiende la teoría modificada del acto individual, que "este argumento debe ser retirado sin más del debate" (Blau-FS, 1985, 110).

[225] *Kühl*, AT, 3ª, § 16, nm. 36; así también, *Rengier*, JZ 1988, 932 s.; en contra de *Ranft*, también BGHSt 40, 77.

una posibilidad realista. Sin embargo, si el autor ha pasado ya a otro método delictivo relevantemente distinto (por ejemplo, del atropello al estrangulamiento –BGHSt 34, 53, caso 3, nm. 182- o del apuñalamiento al atropello –BGHSt 35, 184), la abstención de seguir con el mismo debe considerarse como un desistimiento de todo el hecho delictivo. Pues las razones en favor de preservar la posibilidad de desistimiento (nm. 187 ss.) subsisten, con independencia de con qué métodos se ha continuado el delito. Si hay un método distinto del que resulte fácil disponer (por ejemplo, un revólver, tras una cuchillada infructuosa) y, sin embargo, el autor no lo emplea debido a su mayor riesgo (¡el ruido que facilita el ser descubierto!), debe apreciarse, pese a ello, la existencia de desistimiento, aunque calificándolo (como siempre que el riesgo aumente de forma relevante) como involuntario.

VI. La evitación de la consumación como desistimiento en la tentativa acabada

1. Introducción

En la tentativa acabada, el desistimiento exige que el autor impida la consumación del hecho (§ 24 I). Si el autor tomó en consideración la posibilidad de que su comportamiento pudiese producir el resultado, ya no es suficiente con detenerse voluntariamente para obtener la exención de pena, sino que debe actuar de un modo activo y eficaz para impedir la realización típica (con más detalle, nm. 163 ss.). 211

Se discute si la evitación del resultado exige como mínimo una conexión causal entre el autor de la tentativa y la evitación del resultado. Tal conexión faltaba en el caso del disparo en la sien (BGHSt 33, 295, *supra* nm. 190). En dicho supuesto, el autor dijo a los empleados que habían oído el disparo, y que se dirigían hacia la oficina, que "deberían cuidar de su jefe". Puesto que estos pretendían hacerlo así en cualquier caso, las palabras del autor no tuvieron influencia sobre el curso de los acontecimientos, por lo que no constituyeron un acto de evitación. Es errónea, en cambio, la opinión del BGH (NJW 1986, 1001, al respecto, nm. 226) de que el autor que pasa a su padre herido una guía telefónica que le ayuda a llamar a Emergencias y salvarse no tiene relevancia causal para la evitación del resultado si el padre herido podría haber cogido la guía por sí mismo. Un curso causal hipotético como éste no puede cambiar nada en la conexión causal real de la conducta del hijo. Cuestión distinta es si una conexión causal de esta naturaleza es suficiente para aceptar la existencia de desistimiento (nm. 260-262). 212

La evitación exige, sin embargo, además de causalidad, la posibilidad de imputar la evitación del resultado. Si alguien coloca a la víctima a la que ha herido en un lugar solitario, donde es encontrada por casualidad y salvada, esto no puede ser imputado objetivamente al autor como obra suya, ya que *ex ante* él no abrió ninguna posibilidad de salvación. La jurisprudencia resuelve 210

generalmente estos casos negando la existencia de un dolo que vaya dirigido a la evitación del resultado (que, por supuesto, también es necesario)[226]. Si alguien, con el único fin de ocultar su delito, llama a la policía, y con ello da lugar sin quererlo ("por inadvertencia") a actuaciones policiales dirigidas a salvar a la víctima, no estará en ningún caso desistiendo voluntariamente, por faltar el dolo de evitación (BGH NJW 1986, 1002).

214 Yendo aún más lejos, *Jakobs*[227] aboga por "restringir drásticamente la posibilidad de desistimiento" en la tentativa acabada. Pretende aceptar desistimiento únicamente cuando el autor mantenga aún completamente en sus manos el suceso después de concluir la acción delictiva, por lo que en cualquier momento podría impedir la producción del resultado. "El autor sólo puede desistir en aquellos supuestos de tentativa acabada en los que el curso que va de la creación del peligro a su realización depende todavía de manera cierta de su conducta"[228]. Así pues, si el autor dispara con dolo de matar a la víctima, pero ésta sólo resulta herida, la salvación voluntaria y exitosa de la víctima "en nada cambia el fracaso del inmediato intento de matar, pues dicho fracaso ya tuvo lugar en el pasado". En su opinión, en estos casos se trata de un comportamiento posdelictivo, que ha de ser examinado en el marco del § 46 [criterios de medición de la pena]; el desistimiento exige una modificación del hecho, que no resultaría posible ya después de una tentativa fracasada.

215 *Sancinetti*, partiendo de una teoría subjetivista del injusto[229] (vinculada a Armin Kaufmann y a sus discípulos)[230], reinterpreta el punto de partida de *Jakobs*, interpretando los casos en los que el autor aún no ha dejado escapar de sus manos el curso causal como tentativas inacabadas, de manera que, en general, no cabría el desistimiento en la tentativa acabada. "Solamente existe desistimiento en la tentativa inacabada y no fracasada (...) La finalización de la tentativa se alcanza cuando el autor ha contado con la posibilidad de una pérdida de control sobre la evitación de la consumación. Después de ese momento sólo es posible tomar en consideración un 'comportamiento posdelictivo genérico' (...)"[231].

216 Sin embargo, estas interpretaciones resultan ya, para empezar, poco compatibles con el tenor legal. Pues, de acuerdo con el mismo, se excluye la punición por tentativa cuando el autor impide voluntariamente la consumación del hecho. Esto ocurre también en los casos en los que el resultado habría podido ser causado de otro modo. La decisión legal resulta además adecuada, si se entiende –de acuerdo con la interpretación de la tentativa

---

[226] BGHSt 31, 49; BGH NJW 1989, 2068; 1990, 3219.
[227] *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 89.
[228] *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 93; de aquí proceden esta cita y la siguiente.
[229] *Sancinetti*, 1995, passim (cfr., sobre todo, § 11 y el resumen en 281 s.).
[230] *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 10, nm. 94 ss.
[231] *Sancinetti*, 1995, 281.

aquí defendida- como reversión de la puesta en peligro (nm. 34 ss.), y se acepta, en el caso de las acciones ejecutivas aún sin éxito, pero que son susceptibles de ser repetidas con vistas a causar el resultado, que en la renuncia voluntaria a ulteriores esfuerzos dirigidos a la consumación existe un desistimiento (cfr. nm. 175 ss.). En una palabra: en la salvación voluntaria de la víctima existe un regreso a la legalidad, que, de acuerdo con la teoría de los fines de la pena aquí sostenida (nm. 4 ss.), justifica la exclusión de la pena para el autor de la tentativa. Además, es útil también para la protección de la víctima el que al autor no se le aparte de salvar a la víctima, al subsistir una pena para su tentativa (cfr. nm. 21).

Si se contemplan la tentativa y la acción salvadora como una unidad, la 217
evitación del resultado no constituye un comportamiento posdelictivo, sino una parte de un hecho más complejo, que no parece ya merecedor de pena en tanto que tentativa, por lo que es posible renunciar a sancionarlo. Es cierto que si, como hace *Sancinetti*, se ve "en el final de la tentativa también el final del delito"[232], de manera que la producción o la ausencia del resultado no tengan, en tanto que obra del autor, ninguna incidencia en el injusto y en la responsabilidad, entonces la solución que él propone resultaría consecuente. Pero no es posible aceptar el punto de partida[233], con lo que decaen también las consecuencias que del mismo se derivan.

Así pues, hay que afirmar, con la doctrina absolutamente dominante, que 218
la evitación voluntaria del resultado excluye la pena de la tentativa. No obstante, resulta muy **discutido si, además de la causalidad y de la posibilidad de imputación, hay que añadir otras exigencias en cuanto a las características de la conducta de evitación.** A este respecto, existen principalmente dos corrientes de opinión enfrentadas. Una de ellas considera bastante para la evitación que el autor de la tentativa acabada desencadene, con dolo de evitación, un curso causal que dé lugar (de modo imputable) a la ausencia de resultado (resultando, pues, cuando menos un factor co-causante de dicha ausencia). La otra exige, además de lo anterior, que el autor emplee, de entre todos los métodos que posiblemente impedirían el resultado, el que desde su punto de vista resulte mejor; es decir, que realice una actuación óptima.

Caso 1 (BGHSt 31, 46, caso del hospital): El autor había intentado matar a su mujer me- 219
diante maltratos peligrosos realizados con dolo eventual. Luego se arrepintió y la condujo, con el fin de salvarle la vida, hasta unos 95 metros de una entrada lateral del hospital, ya que no quería ser identificado como autor. Allí la bajó y la dejó sola. Inmediatamente la mujer se desplomó inconsciente en unos matorrales, donde fue descubierta por unos paseantes, que la llevaron al hospital. Sin dicha ayuda, habría muerto, aunque finalmente pudo salvarse.

En este caso, el autor ha causado la salvación de su mujer de un modo 220
imputable. Pues, al trasladarla al hospital, le abrió una oportunidad de sal-

---

[232] *Sancinetti*, 1995, 282.

[233] *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 10 VII, nm. 88 ss.

vación, que se llegó a realizar. De acuerdo con la primera opinión (**"teoría de la apertura de oportunidades"**), es suficiente esto para el desistimiento voluntario. De acuerdo con la segunda (**"teoría de la actuación óptima"**)[234], en cambio, no existe desistimiento, pues el autor no habría realizado la actuación óptima que se esperaba de él (llamar a emergencias o ingresar a la mujer en el hospital). El prematuro "dejar en el suelo" a la mujer hace temer que muera por no ser tratada a tiempo y, por ello, no puede ser suficiente para el reconocimiento del desistimiento. La discusión entre ambas interpretaciones atraviesa la doctrina y la jurisprudencia.

2. La evitación en la jurisprudencia moderna

a) La teoría de la apertura de oportunidades

221 En el supuesto de la sentencia BGH StV 1981, 396 (Sala 4.ª), el autor había disparado a su mujer con dolo de matar, habiéndola lesionado de manera peligrosa para su vida. A continuación, informó telefónicamente a la policía de lo sucedido, pidiendo el envío de una ambulancia. La mujer se salvó. El BGH apreció un desistimiento voluntario: "Si la tentativa voluntaria de salvación del autor da resultado, su comportamiento es suficiente para aplicar el § 24, apartado 1 del Código Penal. Carece de relevancia para la aplicación de este precepto el que pudiese o no hacer más de lo que hizo". La fuerza de esta afirmación queda debilitada, no obstante, por el hecho de que en este caso el autor, al mandar buscar una ambulancia, desplegó ya unos esfuerzos óptimos, por lo que la restricción no era necesaria en el caso concreto.

222 En el caso BGH StV 1981, 514 (Sala 4ª), el acusado se lanzó, con intención directa de matar, contra el automóvil de su (anterior) pareja, pero, mediante un frenazo en el último instante, atenuó el choque, de manera que ésta salió ilesa. También en este caso el BGH piensa que es bastante para el desistimiento (voluntario). El autor estaría impidiendo el hecho "cuando desencadena voluntariamente un nuevo curso causal que, cuando menos, resulta ser co-causante de la no consumación del hecho". "La posibilidad de hacer algo distinto o algo más para impedir la consumación del hecho con mayor seguridad" (desviarse, por ejemplo) no excluiría tampoco el desistimiento.

223 **Caso 2** (BGH NJW 1985, 813, caso del incendio, Sala 2ª): El autor había prendido fuego a la casa de su cónyuge M. Entonces, sintiendo remordimientos a causa de los niños que dormían en la casa, llamó, sin dar su nombre y sin referirse al incendio, a la señora M., que se encontraba en un restaurante, y le dijo: "Si está ahí la Sra. M., por favor, que vaya a casa". La señora M. se fue a casa y avisó a los bomberos, que extinguieron el incendio antes de que se extendiese a la casa.

224 En este caso el BGH apreció también un desistimiento voluntario, en aplicación de la fórmula del desencadenamiento voluntario de un curso causal co-causado. No obstante, se hace referencia detallada al hecho de que el

---

[234] Estas "teorías" no son descripciones acuñadas, sino denominaciones que yo he elegido, con el fin de hacer más fácil la exposición que sigue.

autor se cercioró en el servicio de extinción de incendios de si el incendio había sido sofocado. Esto, sin embargo, nada cambia en cuanto a que en ningún caso realizó una actuación óptima: esta habría consistido –en vez del incierto recurso a la intervención de la señora M.- en avisar inmediatamente a los bomberos.

En el caso del disparo en la sien (BGHSt 33, 295, 301, *supra* nm. 190), la Sala 4.ª volvió a sintetizar rotundamente la teoría de la apertura de oportunidades que mantiene (a pesar de que en este supuesto no venía a cuento, ya que de todas formas el autor no era causante de la ausencia del resultado, nm. 212): "Impide el hecho el que, hasta el momento en el que ya no es posible evitar el resultado, (...) desencadena un nuevo curso causal que es co-causante de la no consumación del hecho (...) Resulta irrelevante a este respecto si el acusado habría podido hacer aún más (...), o si otras circunstancias independientes de la voluntad del autor favorecían la evitación del hecho". 225

En otra sentencia posterior de la Sala 4.ª (BGH NJW 1986, 1001: caso de la guía telefónica) existe una situación en la que el acusado ha clavado un cuchillo de cocina en el pecho a su padre con dolo eventual de matar. Mientras el padre, gravemente herido, pedía que se avisase a una ambulancia, el hijo hojeó durante un rato la guía telefónica, explicando que no era capaz de encontrar el número, y le pasó luego el teléfono a su padre. El padre llamó al teléfono de emergencias, pidió ayuda médica y se salvó. El BGH pretende distinguir, según que el padre fuese aún capaz de llegar al teléfono, a pesar de sus heridas, o si, por el contrario, ya sólo era posible que llamase el hijo. En el primer supuesto, faltaría la relación causal de los esfuerzos para impedir (cfr. nm. 212), por lo que sólo podría tomarse en consideración el § 24 I 2 ("esfuerzos serios"). En cambio, en el segundo supuesto, habría que afirmar la existencia de un desistimiento consistente en impedir: "No se podría objetar al acusado (...) que pudiese haber realizado aún más actuaciones salvadoras" 226

BGH NStZ 1999, 238[235] debe ubicarse también dentro de la teoría de la apertura de oportunidades. En este caso se trataba de la cuestión de si los responsables de la colocación de minas en la frontera de la antigua República Democrática Alemana, que eran responsables, en calidad de autores mediatos, en el caso de fallecimiento de fugitivos (BGHSt 40, 218), podían invocar un desistimiento excluyente de la pena cuando, de acuerdo con la regulación de la RDA, hubiesen rescatado a un fugitivo gravemente herido y lo hubieran puesto a salvo en un hospital. El BGH afirma (tesis): "Si, en el ámbito de una disposición que, dentro del marco de un sistema organizado, ordena matar, se establece, para el caso de la tentativa de homicidio, una instrucción de que la víctima de la tentativa (acabada) de homicidio, si es posible, sea salvada, una salvación exitosa conforme a dicha instrucción generalmente favorecerá, (...) en tanto que desistimiento de la tentativa, al 227

[235] Al respecto, *Kudlich*, JA 1999, 624; *Otto*, JK 99, StGB § 24/27; *Rotsch*, NStZ 1999, 239; *Schroeder*, JR 1999, 297.

acusado como autor mediato". En el caso concreto lo que sucedió es que el herido había sido abandonado inicialmente, sin ayuda alguna, en la situación de peligro para su vida, y sólo hora y media después fue transportado, en la caja de carga de un camión. Esto se debía a que únicamente ciertos médicos militares (que tardaban bastante en llegar al lugar) estaban autorizados para adoptar las medidas de rescate. Se tomó en cuenta el hecho de que los retrasos ocasionados por ello podían dar lugar a la muerte del herido. Si, pese a ello, el BGH afirma la concurrencia de desistimiento, ello es porque se contenta con una causación imputable de la salvación, sin exigir la adopción de las mejores medidas posibles para salvar a la víctima.

228 Una sentencia dictada poco después por la misma (5ª) Sala (NStZ 1999, 128)[296] contiene también un reconocimiento (al menos, en lo que dice) de la teoría de la apertura de oportunidades. En este caso, el autor sorprendió *in fraganti* a su rival con su antigua amada y (conformándose con la posibilidad de matar a la víctima) le golpeó en la cabeza tan violentamente con un bate de béisbol que dio por supuesto que le había matado. A continuación, abandonó la casa, arrastrando consigo a la mujer al coche. Sin embargo, después de conducir durante dos minutos, y por deseo de ella, regresó, permitiéndole que llevase a su rival al hospital. Éste se salvó, gracias a una operación de urgencia. El BGH afirma la concurrencia de desistimiento voluntario por haber impedido la consumación. La ausencia inicial de voluntad de salvar y el alejamiento del lugar de los hechos serían irrelevantes. Como lo sería igualmente "que el autor hubiera podido esforzarse más para salvar a la víctima de lo que efectivamente lo hizo".

b) La teoría de la actuación óptima

229 Aún bajo la vigencia del antiguo § 46, la Sala 3ª resolvió un caso (BGH MDR (D) 1972, 751) en el que el acusado "dio a su mujer, con dolo de matar, una cuchillada" y a continuación abandonó el lugar, "pidiendo en ese momento a su madre que hiciese todo lo que fuera necesario". En virtud de esta petición, el administrador de la pensión se ocupó de que la mujer fuese trasladada al hospital, donde fue salvada. El BGH no consideró suficiente esto como acto de evitación, a pesar de que el hijo hubiese desencadenado el curso causal salvador. El hijo había expresado la petición a su madre justo en el momento de abandonar el lugar, "es decir, sin dejarse detener por ello, ni conferir a su petición un particular énfasis". Tampoco había descrito "ninguna medida en concreto", ni había metido prisa, ni había prestado ningún primer auxilio o dado instrucciones de que se prestase. Las exigencias que el BGH establece en este supuesto se corresponden, pues, con las de la teoría de la actuación óptima.

230 No obstante, el alegato decisivo en favor de la teoría de la actuación óptima lo proporciona el ya mencionado caso del hospital (nm. 219). El BGH rechaza

[296] Al respecto, *Otto*, JK 99, StGB § 24/28.

en este supuesto que se haya impedido el resultado, debido a las insuficientes medidas adoptadas por el acusado, a pesar de que éste causó de un modo imputable la salvación de la mujer. La evitación exige acciones del autor que "objetivamente o, cuando menos, desde su punto de vista, resulten suficientes (...) No puede conformarse con adoptar medidas que, hasta donde él conoce, resulten (probablemente) insuficientes, cuando tenga a su disposición posibilidades de evitación mejores. Debe agotar tales posibilidades de evitación. En lo que pueda evitar, no le está permitido dar juego al azar". Puesto que faltan tales requisitos, no se puede reconocer el desistimiento del acusado.

Caso 3 (BGH NStZ 1989, 525, caso del E-605, Sala 2ª): La acusada administró a su marido una dosis del veneno E-605 que, a falta de atención médica inmediata, le habría provocado la muerte. Mientras se iba produciendo el efecto del veneno, llamó (ante las insistentes peticiones de su esposo) al Arbeiter Samariter-Bund* y pidió que enviasen una ambulancia, pues su marido estaba empeorando y "se tambaleaba" en la cocina. El médico de emergencias que acudió pudo salvar la vida del marido, a pesar de que la mujer ocultó que le había envenenado y sólo declaró que él había tomado café y un medicamento de color azul. 231

El BGH opina que la acusada en un comienzo hizo, tanto objetivamente como desde su punto de vista, lo necesario para salvar a su marido, al avisar al médico y describir la situación de aquél de tal forma que inmediatamente se pusieron en marcha medidas para salvarle. Sin embargo, tras la llegada del médico, ella habría "vuelto a renunciar a la voluntad de salvación" en el momento "en el que era necesario, y posible, contribuir más a impedir el resultado dañoso". Ella silenció la existencia del envenenamiento, pese a creer que, si se quería salvar la vida del hombre, debía informar al médico acerca de la administración del veneno. Aunque el rechazo del desistimiento, por falta de voluntad de salvación, resulta discutible, puesto que en todo caso la mujer abrió conscientemente a su marido una oportunidad de salvación (que efectivamente se realizó), y la mantuvo, la sentencia se corresponde en su sustancia con la teoría de la actuación óptima. Pues, en último extremo, la denegación del desistimiento se fundamenta en que la mujer omitió "contribuir más a impedir el resultado dañoso". 232

3. Argumentos en favor de la teoría de la apertura de oportunidades

La teoría de la apertura de oportunidades fue antiguamente la doctrina unánime y aún hoy sigue siendo la interpretación dominante[237]. En su favor, es posible aducir fundamentalmente tres argumentos. 233

---

* Institución similar Den lo que aquí interesaD al programa de intervención en emergencias de Cruz Roja. [N. del T.]

[237] *Bloy*, JR 1989, 70; *Freund*, AT, § 9, nm. 61 ss., 64; *Gropp*, AT, 2ª, § 9, nm. 50; *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 715; *Jäger*, 1996, 94 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 51 IV 2, alrededor y en la n. 41; *Joecks*, 3ª, § 24, nm. 25; *Köhler*, AT, 475 s.; *Kühl*, AT, 3ª, § 16, nm. 64 ss., 70 ss. (70); *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 41/88; *Otto*, AT, 6ª, § 19 II 3; *Puppe*, NStZ 1984, 489; *Rudolphi*, NStZ 1989, 508; *el mismo*, in SK, 6ª, § 24, nm. 27 s.; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 59; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 11, nm. 90 s.; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 24, nm. 32 ss., 35; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 644.

a) El argumento del tenor literal

234 Al menos en los casos en los que alguien evita el resultado de propia mano y de modo imputable, no se puede negar que se ha impedido el resultado, aun si ello no ha ocurrido de la mejor manera posible. ¡Piénsese en el caso más sencillo, en el que el autor ha acuchillado a la víctima con dolo de matar y, luego, salva su vida vendando la herida! Lo hace como un aficionado, por lo que un médico al que se hubiera avisado (lo que era fácil) habría podido prestar una ayuda mucho mejor. Lo mismo ocurre si, por ejemplo, un envenenador evita la muerte de la víctima mediante un vomitivo, aunque un auxilio profesional habría ofrecido mucha mayor seguridad de salvación[238]. O el autor que desactiva una bomba que él mismo colocó, usando un método que resulta más arriesgado que otros que también conoce y que podría haber empleado[239]. En todos estos supuestos, cuando la salvación tenga éxito, no sería compatible con el tenor literal de la ley (y, por consiguiente, con el principio de legalidad penal) pretender poner en cuestión que el autor ha impedido la consumación. Se puede discutir si este argumento relativo al tenor literal es válido también cuando para la salvación se emplea a terceros (cfr. nm. 246). Pero, en todo caso, parece lógico (si no se discute que ello resulte suficiente en el caso de evitaciones del resultado de propia mano) extraer la consecuencia de que la apertura de una oportunidad de salvación que se llega a realizarse debe bastar en todos los supuestos para hablar de evitación.

b) El argumento de la protección de la víctima

235 Se puede argumentar también que se beneficia a la víctima cuando se le ofrece al autor un puente de plata y no se le exige, para utilizarlo, que sus actuaciones sean óptimas, lo que tal vez le disuadiría de realizar actuaciones salvadoras[240]. Pues la práctica (por ejemplo, en el caso del hospital, nm. 219, en el caso del incendio, nm. 223, en el caso del E-605, nm. 231) demuestra que el autor renuncia frecuentemente a desarrollar actuaciones de salvación óptimas, debido a que no quiere descubrir su previa tentativa. Si se le obliga a realizar la mejor actuación posible y, por lo tanto, a entregarse, renunciaría –se argumenta- a una actividad que realiza sin gran entusiasmo y que para él resulta inútil, con lo que la víctima estaría perdida.

c) El argumento derivado de la imputación objetiva

236 Para la realización del resultado típico es suficiente con que se cree un peligro no permitido para el objeto material de la acción[241]. Esto resulta congruente con exigir, para la evitación de la consumación, únicamente la creación de una oportunidad de salvación que se realice en la evitación del resultado[242].

---

[238] Ejemplo de *Rudolphi*, NStZ 1989, 512.
[239] Ejemplo de *Bloy*, JuS 1987, 531, n. 22.
[240] *Puppe*, NStZ 1984, 490.
[241] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I], § 11.
[242] Así, por ejemplo, *Bloy*, JuS 1987, 533; *Rudolphi*, NStZ 1989, 511.

Cuando se argumenta así, subyace la idea de que para la evitación de un resultado deben regir los mismos criterios de imputación que para su causación.

4. Argumentos en favor de la teoría de la actuación óptima

En favor de esta teoría existen también tres argumentos principales[243].

a) El argumento del dolo eventual

El que (como ocurre en el caso del hospital, nm. 219, o en el caso del incendio, nm. 223) de modo consciente emplea únicamente métodos mediocres para la evitación del resultado ha de tener claro que la probabilidad de evitar el resultado con su proceder es significativamente más reducida que si realizase el mejor intento de evitación que le fuese posible. Así pues, se conforma con la posibilidad de producción de un resultado evitable. Pero el que actúa con dolo eventual, no lleva a cabo –habría que concluir- un acto de reversión que sea suficiente para el desistimiento, pues, como en cualquier otro supuesto, el dolo eventual basta para la imputación del hecho consumado doloso. 237

Bloy[244] cuestiona la existencia de dicho dolo eventual: "En cuanto las inciertas medidas salvadoras hacen fracasar de un modo imputable la producción del resultado, en dicha acto de reversión se manifiesta un cambio de actitud interna que excluye el dolo (...)". Sin embargo, esto no es correcto. Pues el que tiene por posibles ambas posibilidades, cuenta también con un resultado dañino, y necesariamente se conforma con él. Su esperanza de que tenga lugar la salvación no excluye el dolo eventual. 238

El argumento del dolo eventual puede apoyarse en la comparación entre casos. Por lo que se refiere a la delimitación entre tentativa inacabada y tentativa acabada, existe unanimidad acerca de que hay una tentativa acabada (con la consecuencia de que sólo se puede aceptar el desistimiento cuando haya evitación del resultado) si el autor se limita a contar con la posibilidad de que el resultado se produzca sin ulterior intervención por su parte (con más detalle, nm. 166 ss.). Esta solución es fundamentada en que debe ocurrir todo lo que sea imaginable en interés de la víctima, y en que el autor sólo ha merecido la exención de pena si ha excluido toda posibilidad de que se produzca el resultado. Si esto es correcto, entonces constituiría una contradicción inadmisible otorgar el privilegio del desistimiento a un autor que continúa activo, únicamente por la realización de unos esfuerzos mediocres. 239

Jakobs[245] y *Puppe*[246] han propuesto, por lo demás, una instructiva comparación con los esfuerzos mediocres de evitación que son realizados antes de 240

---

[243] *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 27 III 1 a, bb; *Blei*, AT, 18ª, § 69 III 2 a; *v. Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 53; *Herzberg*, NJW 1989, 867; *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 89; *el mismo*, AT, 2ª, 26/21; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 19 b; *Schmidhäuser*, AT, 2ª, 15/89 ss.

[244] *Bloy*, JuS 1987, 532.

[245] *Jakobs*, AT, 2ª, 26/21.

[246] *Puppe*, NStZ 1984, 489 s.; crítico con *Puppe*, *Herzberg*, NJW 1989, 867 ss.

comenzar el hecho delictivo. *Jakobs* objeta a la teoría de la apertura de oportunidades: "El incendiario que, con el fin de evitar un resultado mortal, avisa al morador **antes** del hecho (y con éxito), comete una tentativa de homicidio si, pese al aviso, sigue juzgando que no es improbable que el resultado tenga lugar; sin embargo, podría desistir si, en idéntica situación subjetiva, avisa **después** de iniciar el incendio". *Puppe*[247] pretende contrarrestar este argumento renunciando a la punición de la tentativa con dolo eventual. Sin embargo, esto es imposible, por las razones ya vistas (§ 29, nm. 59 ss.).

b) El ejemplo de la tentativa inidónea

241 La teoría de la actuación óptima puede aducir a su favor el ejemplo de la tentativa inidónea[248]. En ésta, el § 24 II 2 exige un "esforzarse voluntaria y seriamente", como condición para el desistimiento excluyente de la pena. Generalmente, en este caso tan sólo se aprecia la existencia de un esfuerzo "serio" cuando el autor hace lo que, desde su punto de vista, es lo mejor para impedir el resultado. Y esto lleva a nuestro argumento: ¡Si ya en la tentativa inidónea se exige para el desistimiento que el autor haga una aportación óptima, tanto más (y, en todo caso, nunca menos) ha de valer para la tentativa idónea! Esto se muestra de forma particularmente evidente en el grupo de casos que aquí nos interesa, en los que el autor ha causado a la víctima lesiones relevantes: cuando dichas lesiones, sin intervención del autor, hubiesen dado lugar a la muerte, de acuerdo con la tesis contraria, en los casos de evitación, bastaría para el desistimiento con la adopción de medidas mediocres. ¡Pero, si posteriormente (y en contra de las expectativas del autor) se demuestra que las lesiones no podían resultar en ningún caso mortales, sería exigible la mejor actuación posible! Esto constituye una contradicción difícilmente comprensible.

c) El argumento de la omisión

242 *Jakobs*[249] ha puesto de manifiesto que la teoría de la apertura de oportunidades "se frustra en virtud de la responsabilidad por injerencia". Efectivamente, en el ámbito de los delitos de omisión, al garante que tiene el deber de evitar el resultado se le exige que haga lo más que pueda. De ello se podría deducir que no es posible exigir menos del autor de una tentativa acabada, que tendría también una posición de garante, en virtud de su injerencia. "El que da una paliza tal a su víctima que no considera improbable que fallezca en caso de que no sea auxiliada", de acuerdo con la teoría de la apertura de oportunidades, podría –argumenta *Jakobs*- "desistir de la tentativa de homicidio mediante un actuar, con tal de que hubiese iniciado un auxilio que finalmente se revela efectivo; y no podría, sin embargo, desistir

---

[247] *Puppe*, NStZ 1984, 491.

[248] *Herzberg*, NJW 1989, 863.

[249] Sobre esto y lo que sigue, *Jakobs*, AT, 2ª, 26/21.

de una tentativa de homicidio por omisión si su acción no constituye un empleo óptimo de las oportunidades de defensa disponibles".

5. La teoría de la diferenciación como solución más correcta

a) Evitación de propia mano del resultado

Lo más correcto es distinguir entre evitación del resultado de propia 243
mano y mediante actuaciones ajenas. Al autor que lleva a cabo la actuación salvadora por sí solo y con sus propias manos se le debe tratar conforme a la teoría de la apertura de oportunidades, y se le debe considerar como quien ha impedido la consumación. Esto se deriva del argumento relativo al tenor literal, que en este aspecto resulta irrefutable, y que ya fue expuesto más arriba (nm. 234), al hilo de varios ejemplos. También desde el punto de vista político-criminal, está justificado reconocer un desistimiento voluntario en los casos de evitación del resultado de propia mano y realizados por el autor en solitario, incluso cuando el autor haya renunciado a emplear los métodos óptimos de evitación. Pues el compromiso del autor con la salvación es, pese a ello, tan evidente y tan fructífero que no es difícil ver en ello una manifestación suficiente de su voluntad de retornar a la legalidad. "Al autor individual de un acto de evitación le da la razón el resultado; difícilmente se preguntará el juez si podría haberse esforzado más aún"[250]. La conclusión se corresponde, además, con la regla –aún por desarrollar- aplicable a la evitación del resultado a través de la actuación de terceros (nm. 255), a tenor de la cual la autoría de la salvación debe ser reconocida siempre como evitación del resultado.

Esta conclusión no puede ser cuestionada mediante los argumentos de la teoría de la actua- 244
ción óptima. Dicha teoría falla en relación con el tenor literal de la ley y, por lo demás, no resulta tampoco irrefutable en los casos de evitación de propia mano. Pues puede que subsista el dolo eventual en el sujeto salvador que actúa de propia mano y de forma mediocre; pese a ello, el legislador no tiene vedado valorar más en estos casos la persistente voluntad de evitación, y juzgar la tendencia a la reversión que se expresa en ella como un desistimiento. Tampoco la comparación con la tentativa inidónea, con sus mayores exigencias a la hora del desistimiento, resulta aquí de ayuda; pues en ésta falta una acción de salvación realizada personalmente, de propia mano, que fundamente la apreciación del desistimiento a pesar de que el autor no atendiese a las mejores posibilidades de evitación existentes. Y, en relación con las omisiones, hay que reconocer, en los casos de acción salvadora realizada en solitario por el autor, que ha existido una evitación del resultado por parte del garante, por lo que, si se hace una interpretación razonable en este aspecto, no existe la contradicción valorativa que la teoría de la actuación óptima invoca.

La única sentencia del BGH en la que se trataba de una evitación del resul- 245
tado de propia mano es aquella en la que el autor quería inicialmente matar a su antigua pareja atropellándola con el coche, pero lo impidió en el último instante mediante un frenazo (BGH StV 1981, 514, nm. 222). La apreciación por parte del BGH de que concurría desistimiento es correcta y, de acuerdo

[250] *Herzberg*, NJW 1989, 867.

con lo dicho, también es correcto cuando el BGH opina que no es relevante si el acusado habría podido elegir una vía mejor para impedir el resultado (por ejemplo, desviándose).

b) Evitación del resultado mediante actuaciones de terceros

246 Por el contrario, cuando el autor de la tentativa cuenta con que el resultado sea impedido por actuaciones de terceros, debe exigirse, para poder hablar de evitación de la consumación, que el autor haya utilizado las mejores posibilidades de salvación cognoscibles para él. El tenor literal no obliga en estos casos a hacer una interpretación en el sentido de la teoría de la apertura de oportunidades[251], pues, cuando hay varios sujetos actuando, cada co-causante no tiene por qué ser visto necesariamente como el que impide la consumación. Así, se puede decir que en el caso del hospital (nm. 219) no ha sido el marido quien ha impedido la muerte de su mujer, sino el paseante que la llevó al hospital y el médico que la salvó. En el caso del incendio (nm. 223) resulta más plausible atribuir la evitación del resultado a la madre que regresa a casa y a los bomberos que al que los avisó de forma anónima.

247 Desde el punto de vista político-criminal, no existe en estos supuestos ningún argumento suficiente para ignorar el dolo eventual de quien permite que, con sus actuaciones poco entusiastas, subsista un peligro para la víctima mayor que el necesario. La idea de que el autor entonces no hará nada, por miedo a estarse entregando, por lo que sería preferible premiar también con el privilegio del desistimiento los esfuerzos insuficientes (nm. 235), no resulta convincente. Con un razonamiento similar, también se podría decir que cuanto más fácil es que el autor obtenga un desistimiento excluyente de la pena, antes se dejará arrastrar éste a realizar acciones peligrosas para la vida. Hay que tener en cuenta, además, que para la protección de la víctima las actuaciones óptimas resultan más útiles que los esfuerzos mediocres. Tampoco existe necesariamente una ligazón entre los esfuerzos óptimos de salvación y entregarse. El marido del caso del hospital (nm. 219) habría hecho todo lo posible trasladando a la mujer hasta dentro del hospital, aun si se hubiese hecho pasar por un paseante anónimo que se había encontrado a la víctima. El incendiario del caso del incendio (nm. 223) habría podido dar la alarma a los bomberos sin descubrirse; etc.[252]

248 La comparación con las exigencias de actuación en la omisión (nm. 242) apuntan también de forma decisiva, en el caso de la salvación mediante acciones

---

[251] Al respecto, *Herzberg*, NJW 1989, 865 s.; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 19 b; *Rudolphi*, NStZ 1989, 513. *Kühl*, AT, 3ª, § 16, nm. 70, parece creer que el argumento del tenor literal resulta también en este caso insuperable.—

[252] También el BGH destaca con razón que esforzarse en disimular la propia autoría no tienen por qué impedir la existencia de un desistimiento voluntario. "La intención (...) de disimular el delito (...) no excluye ni el esfuerzo por salvar a la víctima ni la seriedad y la voluntariedad del desistimiento" (NJW 1986, 1002). Una voluntad de disimular el delito "en general, no impediría apreciar la existencia de una (aún subsistente) voluntad de salvación" (BGH NStZ 1989, 525).

de terceros, en favor de la teoría de la actuación óptima. Si alguien atropella imprudentemente a otro de un modo que ponga en peligro su vida, su posición de garante por injerencia le obliga a ocuparse de la mejor manera posible de la atención médica al accidentado. Por consiguiente, no es posible que, si le ha atropellado con dolo, obtenga la exención de pena (en virtud de un desistimiento que ha impedido la consumación) gracias a contribuciones de salvación que sean insuficientes. A este respecto, es irrelevante si omitir el desistimiento constituye un delito de omisión, o si se engloba en el hecho comisivo. Pues, en cualquier caso, resulta insostenible que se pretenda que el autor doloso logre la exención de pena con menos esfuerzos que el que actúa imprudentemente[253].

Frente al argumento de que no es posible imponer requisitos más exigentes para el desistimiento en la tentativa inidónea que en las actuaciones de evitación en la tentativa idónea (nm. 241), se puede aducir que en la tentativa inidónea falta cualquier contribución real a la evitación del resultado y que, precisamente por ello, el autor debe esforzarse, desde el punto de vista subjetivo, más que en la tentativa idónea[254]. No obstante, carece de sentido exigir más a los esfuerzos objetivamente innecesarios del autor que allí donde los mismos son necesarios. 249

Finalmente, tampoco resulta concluyente el argumento de que toda evitación imputable del resultado deba ser reconocida como un "impedir", y de que para ello sea suficiente con la realización de una de las oportunidades de salvación abiertas para la víctima (nm. 236). Pues, aunque para la imputación del tipo completo sea suficiente con la realización de un riesgo no permitido, esto no implica aún que para la imputación de la evitación de la consumación baste ya, eventualmente, con la apertura de oportunidades de salvación. Se trata más bien de una cuestión político-criminal, que el legislador ha resuelto en el sentido de la teoría de la actuación óptima, como la comparación con los ejemplos de la omisión (nm. 248) y de la tentativa inidónea (nm. 249) ha dejado ya suficientemente claro. Hay que pensar, además, que, de acuerdo con las reglas de imputación del delito comisivo, a aquel autor que sólo se esfuerza de un modo mediocre se le deberían imputar las oportunidades subsistentes de que el resultado llegue a producirse[255]. No es posible, sin embargo, en una especia de "doble imputación", valorar al sujeto que actúa de un modo insuficiente al mismo tiempo como el que evita y como el que no evita. 250

c) Grupos de casos de evitación del resultado mediante actuaciones de terceros

En la mayoría de los casos resueltos por la jurisprudencia, es posible distinguir entre un mero **hacer posible las conductas salvadoras de terceros** y 251

[253] En este sentido, *Bloy*, JuS 1987, 531 s.
[254] Cfr., por ejemplo, *Puppe*, NStZ 1984, 490; al respecto, críticamente, *Herzberg*, NJW 1989, 863 s.
[255] Cfr. *Jakobs*, AT, 2ª, 26/21, n. 39.

la intervención pluripersonal en dichas conductas, en la forma de coautoría, de autoría mediata, de inducción o de cooperación.

252 En el caso del hospital y en el caso del incendio (nm. 219, 223) existe un mero hacer posible[256]. En general (y también en los dos casos resueltos por el BGH), no es suficiente para la evitación del resultado con que el autor abra la posibilidad de que una persona (o incluso –como en los supuestos de hecho de las dos sentencias- una institución profesionalmente dedicada a ello) intervengan para llevar a cabo la salvación. Es decir: únicamente si el marido hubiese llamado al servicio de urgencias o hubiera trasladado a su mujer al hospital, y si el incendiario hubiese avisado a los bomberos, se les reconocería a ambos el desistimiento voluntario. En este sentido, la resolución de BGHSt 31, 46 (nm. 219) es correcta, mientras que hay que rechazar la de BGH NJW 1986, 813 (nm. 223). Una actuación óptima que garantiza el desistimiento concurre, por ejemplo, en la sentencia BGH StV 1981, 396 (nm. 221), en la que el autor de una tentativa de homicidio avisó inmediatamente después a la policía, identificándose como autor y pidiendo el envío de una ambulancia.

253 No obstante, no es posible realizar exigencias excesivas en relación con la actuación óptima que posibilita el desistimiento, sino que se deben reconocer como de igual valor las actuaciones aproximadamente equivalentes; tan sólo se debe excluir el reconocimiento del desistimiento cuando el autor se conforme con una probabilidad de fracaso que resulte clara e indudablemente más alta, tal y como ocurría en el caso del hospital y en el caso del incendio (nm. 219, 223). Del mismo modo, en el supuesto de salvación de un herido en la frontera de la antigua RDA (nm. 227), no es posible considerar suficientes las medidas adoptadas, ya que, en caso de que resultase necesaria una ayuda inmediata, el herido quedaba expuesto a morir. Por el contrario, es posible ignorar pequeñas diferencias. Así, en el caso del hospital (nm. 219), se podría considerar que la mejor medida posible era llamar al servicio de urgencias, pues transportar a la mujer gravemente herida en el automóvil podía dar lugar a una agravación del peligro[257]; pero también puede considerarse como actuaciones equivalentes la de llevarla al hospital, e incluso la de dejar a la herida justo delante de la entrada principal, ya que ambas aseguran con mayor probabilidad una rápida puesta del herido en manos de un médico especialista. Igualmente, en el caso del bate de béisbol (nm. 228), a pesar de que el BGH argumentó a partir de la teoría de la apertura de oportunidades, podría apreciarse, desde la perspectiva que aquí se sostiene, la existencia de un desistimiento voluntario. Pues el autor se aseguró de que se produjera el necesario traslado al hospital, y el retraso ocasionado por su

---

[256] *Puppe*, NStZ 1984, 488 y *Bloy*, JuS 1987, 528, están específicamente dedicados al caso del hospital; el trabajo de *Bloy* trata además el caso del incendio. Ambos autores están a favor de la teoría de la apertura de oportunidades.

[257] *Kolster*, 1993, 116.

conducta inicial era (al contrario de lo que ocurre en el caso de los fugitivos de la RDA gravemente heridos por las minas) tan insignificante que no tiene importancia decisiva.

Hay que apreciar también la existencia de una salvación mediante actua- 254
ciones de terceros cuando el autor deja a cargo de la víctima misma la adopción de medidas de salvación, siempre que dichas medidas constituyan una actuación autónoma de evitación, y no sean tan sólo la aceptación de una oferta de salvación (de la medicina curativa, del antídoto, etc.). Así, si, en el caso de BGHSt 31, 46 (nm. 219), la mujer hubiese alcanzado el hospital por sus propios medios, la conducta del marido no habría sido tampoco una conducta de impedir.

La motivación de la víctima para salvarse a sí misma nos lleva a los supues- 255
tos, frecuentes, en los que el autor contribuye a la salvación por parte de un tercero de un modo que, según su sentido, podrían ubicarse dentro de las formas de intervención pluripersonal del Derecho vigente: como autor mediato, como coautor, como inductor o como cooperador. Existe **autoría mediata**[258], por ejemplo, cuando el autor de la tentativa obliga, con su pistola, a llevar a la persona gravemente herida al hospital a un conductor que no lo habría hecho voluntariamente; si la víctima se salva, esto constituye, desde luego, una evitación. Concurre una **cuasi-coautoría** cuando el autor, junto con otra persona, saca del agua a la persona que no sabe nadar y que antes se había arrojado al río. En principio, estos supuestos de coautoría deben ser considerados como de desistimiento, pues generalmente cumplen tanto las exigencias de una actuación óptima como con el criterio de la actuación de propia mano.

En los casos de **"inducción"**, es preciso distinguir. Existe **evitación** (y, por 256
consiguiente, desistimiento) **cuando el autor hace venir a un profesional de la salvación (médico, bombero, socorrista, etc.)**[259] y le proporciona, en el caso de que sea pertinente, toda la información precisa (por ejemplo, sobre la naturaleza de la dolencia, sobre la situación del foco del incendio), prestando además a la víctima, en su caso, un primer auxilio hasta que aquél se presente. Conforme al criterio expuesto en nm. 253, la existencia de pequeños diferencias respecto de este óptimo no excluye el desistimiento.

Herzberg[260] exige que "el que desiste debe (co-)dominar el acontecimiento de la evitación, 257
por ejemplo, no puede escaparse después de avisar al médico, sino que debe cuidar a la víctima y facilitar las ulteriores acciones salvadoras". Esto concuerda con la opinión que aquí se mantiene, en la medida en que tales acciones adicionales resulten necesarias para que, dada la situación, la salvación sea casi segura. Pero, si hacer venir al médico es en sí mismo suficiente, bastará con dicha inducción sin "co-dominio". De acuerdo con *Jäger*[261], "es claro

---

[258] Al respecto, *Bloy*, JuS 1987, 534.

[259] Aparentemente, *Bloy*, JuS 1987, 534 s., pretende que baste con avisar (sin seguridad alguna respecto de los efectos).

[260] *Herzberg*, NJW 1989, 866.

[261] *Jäger*, 1996, 97.

que el que avisa (...) al experto en salvamento co-controla el proceso de salvación, pues es él quien desencadena y orienta el 'si' y el 'cómo' del proceso efectivo de salvamento, por lo que aparece como cuasi-coautor del curso salvador (..)". Es cierto que en estos supuestos existe una evitación del resultado. Pero, si se quiere recurrir a la teoría de la participación, se trata de casos claros de inducción, no de coautoría. *Rudolphi*[262] se manifiesta, con razón, en contra del carácter decisivo del principio del dominio del hecho. Pues ello da lugar a una extensión excesiva del criterio del dominio, y a desconocer el dato de que la "inducción" a profesionales del salvamento es el supuesto más frecuente de evitación de la consumación. ¡Hay que pedir al autor le mejor actuación que le resulte posible, pero no necesariamente el dominio del hecho durante la evitación!

258 El punto neurálgico del supuesto de hecho del caso del E-605 (resuelto por BGH NStZ 1989, 525, nm. 231) estriba en la omisión de información[263]. Es cierto que la acusada, autora de una tentativa de asesinato mediante veneno, había llamado al servicio de urgencias, pero les ocultó que había dado a su marido E-605; adujo más bien que él había tomado un medicamento azul. Aquí, lo decisivo es si esta declaración (que en todo caso apuntaba hacia un envenenamiento) proporcionaba al médico de urgencias un punto de partida suficiente para una intervención inmediata y efectiva. En el supuesto de que fuera así, habría que considerar dicho comportamiento como el equivalente a la mejor actuación posible (una información completa), pues no es necesario que el autor se descubra (cfr. nm. 247, n. 252). Es una cuestión de hecho determinar si tal era el caso. De cualquier modo, lo que no resulta convincente es la solución del BGH, a tenor de la cual la mujer, al haber silenciado su autoría, habría renunciado *a posteriori* a su voluntad de salvación, por lo que no habría desistido. Pues el hecho de que el autor, para no quedar expuesto a la persecución penal, se mantenga por debajo de la actuación óptima, no permite deducir por sí solo que falta la voluntad de salvación.

259 **Por el contrario, la mera exhortación (="inducción") a no profesionales a que salven, sin adoptar controles que aseguren el efecto, no basta para que exista evitación.** Por ello, BGH MDR (D) 1972, 751 no consideró, con razón, suficiente para el desistimiento que el autor de una tentativa de homicidio, que había acuchillado a su mujer, se alejase diciendo, dirigiéndose a su madre, que debía ocuparse de "disponer lo que sea necesario". Pues, en un caso así, el autor no puede saber si la destinataria de sus palabras va a hacer algo y, en todo caso, si va a hacer lo que es necesario y correcto. El hijo debería, pues, haber pedido específicamente a su madre que avisara a un médico y a una ambulancia, y no debería haberse alejado hasta que ambos llegasen y ya no se le necesitase[264].

260 En los casos en los que el **autor de tentativa aparece solamente como "cooperador" del salvador**, la mayoría de los autores rechazan que se trate de una evitación[265]; pero, sin embargo, también aquí es conveniente hacer distinciones, para las que el caso de la guía telefónica (BGH NJW 1986, 1001, nm. 226) proporciona un buen ejemplo. **Cuando la aportación de cooperación**

---

[262] *Rudolphi*, NStZ 1989, 513.

[263] De esta decisión se ocupa el artículo de *Rudolphi*, NStZ 1989, 508 ss., quien, partiendo de la perspectiva de la teoría de la apertura de oportunidades, llega a apreciar la existencia de desistimiento.

[264] A favor, sin embargo, de la existencia de desistimiento, *Bloy*, JuS 1987, 535; *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 715, n. 48; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 27 b ss.

[265] Cfr. *Bloy*, JuS 1987, 535; *Rudolphi*, NStZ 1989, 514; *Jäger*, 1996, 96.

es fácilmente sustituible, no puede ser vista como actuación de evitación, pues no resulta necesaria para la evitación llevada a cabo por el tercero. Así, cuando el hijo que ha acuchillado a su padre (nm. 226) se limita, para conseguir ayuda, a alcanzarle una guía telefónica que el padre habría podido coger por sí mismo, esto no es impedir. Con mayor razón, tampoco bastará con que alguien preste su automóvil para que aquél a quien hirió de un modo que ponía en peligro su vida pueda ser trasladado al hospital por un tercero, si había muchos vehículos más disponibles para ello.

Sin embargo, merece una valoración diferente el **caso en el que la cooperación constituye una aportación insustituible a la salvación.** ¡Piénsese en el caso del autor de una tentativa de asesinato mediante veneno que dispone del único antídoto eficaz, y lo pone a disposición del hospital al que se ha trasladado a la víctima! En este supuesto, el que proporciona el antídoto es tan sólo "cooperador" de la "autoría" de evitación de la consumación, llevada a cabo en el hospital. No obstante, dado que ha realizado una aportación decisiva y óptima a la salvación de la víctima, la misma ha de ser reconocida como evitación y como desistimiento. La importación de conceptos procedentes de la teoría de la participación a las situaciones de desistimiento no puede prejuzgar la solución que merecen los problemas. Estos deben ser abordados conforme a sus propias reglas, a tenor de las cuales el autor de una tentativa desiste cuando hace lo mejor que le es posible para la evitación y la logra. 261

Así, en el caso de la guía telefónica (BGH NJW 1986, 1001, nm. 226), y a pesar de que el hijo es tan sólo un cooperador en la salvación del padre (salvación que, en realidad, está en manos de éste), podría ciertamente plantearse la existencia de desistimiento si el padre, gravemente herido, necesitase la guía para lograr ayuda y, debido a su estado, no pudiese alcanzarla. Pues, en tal caso, el hijo habría realizado una aportación insustituible a la salvación del padre. No obstante, no es posible aceptarla por sí misma como una actuación óptima, y como acción de evitación, sino únicamente si el hijo había retrasado previamente la salvación de su padre hojeando sin éxito la guía, y siempre que hubiese esperado a la llegada de la ambulancia y condujese a sus ocupantes hasta su padre. Si esto ocurrió o no, es una cuestión de hecho, en la que el BGH no entra, ya que en esta sentencia acepta, equivocadamente, como acto suficiente de evitación, una actuación de menor calidad. 262

Kolster atribuye a la **"teoría de la compensación"**, fundada por él, una posición intermedia[266] entre la teoría de la apertura de oportunidades y la teoría de la actuación óptima. De acuerdo con la misma, las exigencias en cuanto a la evitación de la consumación deberían "constituir un contrapeso suficiente a la conducta de tentativa", debiendo manifestarse en ellas la voluntad de salvación "en una medida que resulte adecuada para la salvación, teniendo en cuenta la situación fáctica y las capacidades personales". Éste es un criterio muy vago. Con todo, las 263

[266] Esta cita y la siguiente: *Kolster*, 1993, 112.

consecuencias prácticas a las que el autor[267] llega muestran que se halla muy cerca de la teoría de la actuación óptima, al aceptar (tal y como aquí se ha hecho –nm. 254) actuaciones diferentes, pero aproximadamente equivalentes, aún como actuaciones óptimas. Así, al igual que en la interpretación que aquí se mantiene, rechaza que exista una evitación de la consumación en el caso del hospital y en el caso del incendio (nm. 252)[268].

264 *Boß* defiende otra forma de solución intermedia. No exige una "actuación óptima", sino que se basa en "la **adecuación de la acción salvadora** y de la consiguiente previsibilidad del efecto salvador"[269]. Esto, en "algunos infrecuentes supuestos excepcionales", otorga importancia propia a la exigencia de que el efecto aparezca "como obra" del autor[270]. Esta solución parece también demasiado imprecisa. Pues un efecto de salvación resulta previsible siempre que se abra una oportunidad para ello. Pero esto no es lo que quiere decir *Boß*, pues él rechaza también la existencia de "evitación" en el caso del hospital y en el caso del incendio[271], a pesar de que el autor creó una posibilidad seria de salvación, aunque insuficiente, que además se realizó efectivamente. No es posible hallar una delimitación manejable de una "adecuación" que exija más que una oportunidad efectiva y menos que la actuación óptima aquí exigida. En todo caso, los resultados prácticos a los que *Boß* llega muestran que está muy próximo a la solución aquí defendida.

VII. El esfuerzo voluntario y serio en un desistimiento sin efecto

1. Razón de ser y origen del precepto

265 El § 24 I 2 se ocupa del desistimiento sin efecto: "Si el delito no llega a consumarse sin la intervención del sujeto que desiste, éste quedará impune si se ha esforzado voluntaria y seriamente en impedir la consumación". El precepto incluye principalmente la tentativa inidónea: si A quiere matar a B con un veneno, pero, desconociendo su eficacia, le administra una dosis demasiado pequeña, objetivamente inocua, si lo piensa mejor, puede desistir voluntariamente, llamando al médico, a pesar de que el resultado no se iba a producir en ningún caso. Sin embargo, el precepto es aplicable también cuando la tentativa resulta en sí misma idónea, pero no da lugar al resultado, debido a las medidas adoptadas por la víctima, a la intervención de un tercero o a cualquier otra circunstancia: el que ha colocado una bomba con una espoleta de tiempo, puede desistir llamando a la policía para avisarla de lo que ha hecho, incluso cuando la policía ya ha descubierto la bomba (siempre que él no lo sepa).

266 La razón de ser del precepto, que se introdujo por primera vez en el Código en la reforma penal (1975), debe ser aprobada. Si la representación subjetiva del autor puede fundamentar por sí sola una tentativa, también debe hacer posible, siempre que no exista resultado, un desistimiento. Sería una contradicción valorativa insostenible que quien ha administrado a la

---

[267] *Kolster*, 1993, 115 ss.
[268] *Kolster*, 1993, 115-121.
[269] *Boß*, 2002, 158.
[270] *Boß*, 2002, 161.
[271] *Boß*, 2002, 187 ss.

víctima una cantidad de veneno suficiente para matarla pudiese desistir de la tentativa, pero no aquél cuya acción de envenenamiento era desde un inicio inocua, pese a lo que él pensase (cfr. nm. 265). Por eso, el BGH, en contra de la jurisprudencia del RG, había reconocido ya, en un supuesto de esta naturaleza (BGHSt 11, 324; caso del Luminal), con el Derecho vigente hasta 1975 (cuyo § 46 núm. 2 exigía una evitación del resultado producida por el autor de la tentativa), un desistimiento en la tentativa inidónea cuando existiera un esfuerzo serio de evitación por parte del autor (entre otras razones, invocando el razonamiento jurídico ya entonces subyacente al § 49a IV, el actual § 31 II [desistimiento en la tentativa de intervención pluripersonal]). El BGH había restringido su solución al caso de la tentativa inidónea, dejando abierta la cuestión de cómo había que resolver cuando, en los supuestos de tentativa idónea, el resultado no tuviese lugar con independencia de los esfuerzos del autor. Hoy, el § 24 I 2 ha equiparado dichos casos (cfr. nm. 265) a los de tentativa inidónea.

2. Esforzarse

La condición para un desistimiento sin efectos es igualmente que el autor 267
haya creído que el hecho era susceptible de consumarse: "Si es consciente del fracaso, ya no puede desistir, sino que en todo caso lo que puede es renunciar a una nueva tentativa" (BGH MDR 1969, 494). Esto es correcto: nadie puede esforzarse en impedir un resultado si, según su representación, no puede llegar a producirse y, por lo tanto, no es necesario impedirlo. En cambio, si se ha esforzado ya seriamente, y se da cuenta luego del fracaso, esto no altera ya la existencia de desistimiento.

Así pues, es una cuestión importante determinar desde qué momento se 268
puede decir que el que tiene voluntad de impedir se ha "esforzado" en lograrlo. Desde luego, la mera declaración de querer esforzarse no constituye todavía un esfuerzo. Pero, ¿cuánta actividad es necesaria? BGH NJW 1973, 632 s. abordó un caso en el que ambos autores habían abandonado a la víctima después de una tentativa acabada de homicidio. Luego les entraron escrúpulos y se pusieron en camino hacia un bar, desde donde pretendían llamar a un médico. En estas, pasaron por el lugar de los hechos y observaron que otras personas se estaban ocupando ya de la víctima. Por ello, renunciaron a hacer venir la ambulancia y estuvieron ayudando allí, sin revelar su implicación en lo sucedido.

El BGH rechazó que en este supuesto hubiese un "esforzarse". Para ello 269
debería existir "más que un mero querer hacer algo y ponerse en camino para ello. Como mínimo, es preciso –sin que con ello se pretenda haber fijado ya los límites- que el autor haya desencadenado el curso de acción que debe evitar el resultado, de tal modo que su proyecto pueda ser reconocido claramente desde fuera. De otra manera, él podría siempre aducir haber tenido tal intención". Esta posición ha encontrado apoyo generalizado en la

doctrina y se reconduce mayoritariamente a la fórmula de que encaminarse hacia la cabina telefónica no significa todavía "esforzarse", pero sí elegir el número de un médico o de un socorrista[272].

270 No obstante, esta solución resulta poco convincente[273]. El BGH, al basarse en la posibilidad de probar la voluntad de evitación, mezcla categorías procesales y materiales. Ciertamente, la mera afirmación por parte del autor que se aleja del lugar de los hechos, de que iba camino del médico, no es suficiente para reconocer un "esforzarse" cuando no existe ningún apoyo para dicha afirmación y, por ejemplo, habría sido posible avisar al médico, más rápido y más sencillamente, desde el lugar de los hechos. En este caso, la excusa no resulta creíble. La concurrencia de hechos internos sólo puede deducirse –como ocurre siempre- a partir de los indicios objetivos, que no existen por un mero "irse", pero que, en el caso que estaba resolviendo el BGH, se desprendían de otras circunstancias. El regreso a las proximidades del lugar de los hechos (que conlleva siempre el riesgo de ser descubiertos) y el posterior auxilio prestado en dicho lugar volvían la excusa de los autores, de que habían querido avisar al médico, lo suficientemente plausible como para partir de ella, en virtud del principio *in dubio pro reo*. Por lo tanto, no es posible rechazar, únicamente por razones probatorias, que dirigirse en busca del médico tenga la naturaleza propia del "esforzarse". Pues el autor puede, eventualmente, haber comunicado a los presentes o a la víctima su decisión de buscar un médico.

271 Desde el punto de vista material, a la resolución del BGH subyace una distinción entre una tentativa de evitación del resultado (que, en su caso, exime de pena) y una preparación de dicha evitación, que sería aún insuficiente. Por lo que se debería exigir "que el autor se disponga inmediatamente a evitar el resultado en el momento en el que se dé cuenta de la inidoneidad o del fracaso de la tentativa, es decir, que haya puesto en marcha ya su decisión de desistir, en la forma de una 'tentativa' inacabada"[274]. Según esto, el "ponerse en camino" no sería todavía esforzarse. Pero incluso la llamada al médico tampoco sería una tentativa de evitación, sino tan sólo una tentativa de inducción a dicha evitación. ¿Debería ser esto bastante, a pesar de que la tentativa de inducción, en el fondo, es tan sólo un acto preparatorio? Esto valdría también para la mera elección del número de teléfono del médico. En una concepción así, que se limita a las tentativas de evitación, quedarán muy pocos supuestos de desistimiento excluyente de la pena. Pues cuando alguien ha iniciado la evitación, sólo unas pocas tentativas habrán fracasado por otras razones, o sólo con posterioridad se percibirá la inidoneidad de las mismas. Si la tentativa no puede consumarse, el autor –generalmente en el

---

[272] Cfr., entre otros, *Kühl*, AT, 3ª, § 16, nm. 87; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 71; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 137.

[273] Crítico también, *Rönnau*, 1987, 77 ss.

[274] SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 30.

lugar de los hechos- se dará cuenta justo antes del comienzo de la acción de evitación, y entonces ya no podrá desistir. Una restricción tan intensa contradice el fundamento del § 24 I 2, que es equiparar el desistimiento sin efecto al desistimiento con efecto.

Por lo tanto, lo más correcto es aceptar también como un "esforzarse" la 272
preparación de la evitación del resultado. En favor de esta interpretación habla, en primer lugar, el tenor literal de la ley, que abarca también la preparación. Si alguien recopila bibliografía para una monografía que va a escribir, se está esforzando en dicha obra, incluso si sólo está preparando la monografía. De la misma manera, se está esforzando también en salvar a la víctima el que, con intención de ayudar, se apresura en buscar al médico o en llegar al lugar del accidente. En favor de esta interpretación puede aducirse también el argumento político-criminal de que una fatigosa carrera hasta el médico o el hospital puede exigir un esfuerzo de personalidad mayor que elegir un número de teléfono. En todo caso, no resulta convincente que, en algún caso, la posibilidad del desistimiento pueda depender de si hay o no un teléfono a mano. Por ello, hay que aceptar como "esforzarse" todas **aquellas acciones que, desde el punto de vista del autor, aumentan las oportunidades de evitar el resultado**. Tal supuesto se da también cuando el autor se pone en camino para salvar a la víctima.

En el caso concreto, el "esforzarse" excluyente de la pena puede consistir 273
incluso en una omisión: en concreto, cuando el omitente parte de la base de que sin su actuación el resultado no tendrá lugar. En estos casos, quedará exento de pena en virtud de su omisión, aun si el resultado no se habría producido de todas formas, por causas distintas. "Si la continuación del hecho planeado no es posible sin la contribución comprometida por parte del que desiste, o si éste puede partir con certeza de la base de que el hecho no tendrá lugar sin su co-realización, entonces, al no realizar su aportación, esto es, comportándose de un modo pasivo, habrá hecho lo que, desde su punto de vista, era necesario para impedir el delito"[275]. De todas formas, en los supuestos de "esforzarse por omisión" generalmente nos hallamos en casos del § 31 II, no del § 24 I 2[276]. No obstante, es posible pensar en algunos supuestos de esfuerzo serio de evitación mediante omisión. Así, cuando alguien ha instalado una bomba inútil, pero que él cree que puede explotar, y omite conscientemente ahuyentar al perro que está devorando la mecha[277].

El descubrimiento del autor por parte de la víctima o de un tercero no impide sus esfuerzos 274
de salvación cuando, a los ojos del autor, dicho descubrimiento no excluya la posibilidad de consumar el delito. Sin embargo, el descubrimiento puede dar lugar a la no voluntariedad del desistimiento, si, por ejemplo, el autor lleva a cabo los esfuerzos de evitación únicamente por

---

[275] BGH GA 1973, 243.

[276] En este sentido, también BGH GA 1973, 243, en donde se trataba del antiguo §49a IV (=hoy, §31 II).

[277] Ampliamente, *Maiwald*, E. A. Wolff-FS, 1998, 351 ss.; de él procede también el ejemplo empleado en el texto.

miedo a la denuncia. No se trata, pues, en estos supuestos de un problema del "esforzarse", sino de su voluntariedad, que deberá ser examinado con más detalle al discutir este elemento (cfr. nm. 395 ss.).

3. La seriedad del esfuerzo

275 De acuerdo con la interpretación mantenida aquí, la "seriedad" del esfuerzo exige que el autor emplee el método que, desde su punto de vista, sea mejor para impedir el resultado. Las razones para dicha exigencia han sido expuestas ya más arriba (nm. 237 ss., 246 ss.), en relación con la exigencias de la evitación de la consumación en la tentativa acabada, y son de aplicación también en este caso. Si el autor, incluso cuando haya causado la evitación del resultado, sólo queda exento de pena cuando haya hecho lo mejor que a él le sea posible para la evitación, esto mismo debe aplicarse también, y con más motivo, en los casos de actuaciones que objetivamente no producen efecto. La restricción que, en relación con la tentativa acabada, había que hacer en el caso de la evitación de propia mano del resultado (nm. 243 ss.) no halla ningún supuesto similar en este ámbito, pues no existe aquí un desistimiento que implique causación. Además, la solución defendida aquí da lugar a una armonización[278], muy deseable, de los requisitos del desistimiento en la tentativa acabada (§ 24 I 1, segundo inciso) y en la tentativa inidónea y en la fracasada (§ 24 I 2). Ya sólo por esto, dado que puede haber dudas acerca de si ha de aplicarse uno u otro precepto (es decir, acerca de si el resultado se habría o no producido sin los esfuerzos del autor), es conveniente imponer las mismas exigencias en uno y en otro supuesto.

276 A diferencia de lo que ocurre en el caso de la tentativa acabada, en los supuestos del § 24 I 2, la doctrina y la jurisprudencia exigen siempre, para aceptar los esfuerzos como "serios", que el autor haga aquello que, desde su punto de vista, sea lo mejor. "El autor debe", se afirma en BGHSt 31, 50, "agotar una posibilidad de evitación que se le presente, bien objetivamente o bien, cuando menos, desde su punto de vista, como suficiente". "El autor debe hacer todo lo que esté en sus manos y, de acuerdo con su convicción, sea necesario para evitar el resultado" (BGHSt 33, 302)[279]. Así, cuando la autora, tras una tentativa de asesinato mediante veneno que era objetivamente inidónea, pero que, a sus ojos, parecía ser una tentativa acabada, asiente "sin mucha convicción" y "permite" que un tercero avise a la Cruz Roja, no estaríamos ante unos esfuerzos serios (BGH MDR (D) 1969, 532). Si el autor ha dado a su mujer, con intención de matarla, una cuchillada en la espalda que piensa que posiblemente sea mortal, no constituye un esfuerzo serio para impedir el resultado el que le ponga en la espalda un montón de ropas de bebé, con el fin de detener la hemorragia (BGH MDR (D) 1978, 279). Si el autor pretende ir a buscar ayuda a una cabina que permita conferencias, pero abandona dicho esfuerzo por no llevar monedas, y, para no descubrir-

[278] Sobre la armonización de las disposiciones acerca del desistimiento, *Rõmer*, MDR 1989, 945.

[279] Adhiriéndose a BGH MDR (H) 1978, 279.

se, omite avisar a otra persona o a la estación de la Cruz Roja que había enfrente, no se habrá esforzado seriamente (BGH MDR 1978, 985). Del mismo modo, tampoco existe un esfuerzo serio cuando el autor no se preocupa de si aquél a quien llamó para que fuese a prestar auxilio actúa o no realmente (BGH JR 1986, 423).

La opinión contraria, de que pueden considerarse "serios" los esfuerzos que desde el punto de vista del autor resulten insuficientes, sólo de forma aislada es sostenida en la doctrina. Así, *Grünwald*[280] opina que no sería exigible que el autor "de entre las varias posibilidades de salvación existentes, elija aquella con mayor probabilidad de producir efecto". El autor no tendría que hacer todo lo que le fuese posible, no habría que imponer condiciones tan estrictas. Fundamenta esta opinión mediante una comparación con la evitación del § 24 I 1, inciso segundo: "La opinión contraria sería tratarle peor que al autor de una tentativa con perspectivas de éxito, al que se le puede otorgar la exención de pena ya con que adopte contramedidas que *ex ante* resulten inseguras". Pero esto no es correcto (*supra* nm. 237 ss., 246 ss.), por lo que, al decaer la premisa, decae también la conclusión. 277

No obstante, el autor puede, sin perder la posibilidad de desistimiento, elegir una medida que, desde su punto de vista, sea menos adecuada, pero más cómoda, o que conlleve un menor riesgo de ser descubierto, siempre que, faltando el resultado, suponga que está escogiendo una posibilidad mejor[281]. Además, al igual que ocurre en la evitación del resultado (nm. 253) del § 24 I 1, bastará con que el autor adopte las medidas de evitación que se correspondan con la conducta óptima tan sólo de un modo aproximativo[282]. Por otra parte, el autor, cuando vea que el método elegido no da resultado, debe emplear otras posibilidades de salvación, si quiere seguir beneficiándose del privilegio del desistimiento[283]. Así pues, si el médico al que se ha llamado, A, no está en casa, el autor sólo se estará esforzando seriamente si después consulta al médico B. 278

Se discute la cuestión de si la seriedad del esfuerzo exige no sólo que el autor inicie el procedimiento de salvación que, subjetivamente, le parezca más adecuado, sino que, además, debe exigirse que la acción del autor, desde el punto de vista objetivo, hubiese evitado efectivamente el resultado (en el caso de que su creencia en la posibilidad de producción del resultado hubiese sido correcta); o, cuando menos, *ex ante*, hubiese sido adecuada para evitarlo. Por ejemplo, A quiere matar a B con arsénico, pero, debido a un error, le echa aspirina, en lugar de arsénico, en el café. Al momento, se lo piensa mejor y avisa al servicio de urgencias; el dictamen pericial establece que dicho servicio no habría podido salvar a B, en el caso de que éste hubiese tomado realmente arsénico[284]. En este supuesto, desde el punto de vista subjetivo, el autor se ha esforzado seriamente en lograr la salvación; ésta, sin 279

---

[280] *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 715, al alrededor y en la n. 38.

[281] *Gores*, 1982, 209 s.; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 30.

[282] Lo rechaza *Römer*, 1987, 59 ss. En cambio, al igual que en nuestro texto, *Maiwald*, E. A.-Wolff-FS, 1998, 341, 359, sostiene que es suficiente un esfuerzo en desistir "que sea un *second best*".

[283] *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 716; le siguen BGH MDR (H) 1978, 279 y el resto de la doctrina.

[284] Ejemplo de *Römer*, 1987, 67.

embargo, si se parte de la imagen que él tenía de la realidad, objetivamente no habría tenido éxito. Y tampoco puede considerarse, en un caso así, avisar al médico como el método adecuado, en una consideración objetiva, para evitar el resultado[285].

280 Se aduce, como argumento en favor de la **exigencia de una conexión causal objetivo-hipotética**, que no se debería privilegiar al autor de una tentativa inidónea o fracasada frente al autor de una tentativa idónea. Así como éste ha de impedir la producción del resultado, aquél debería poner en marcha una conexión causal hipotética con la evitación, o –en una versión menos radical- cuando menos adoptar medidas que objetivamente resulten idóneas para la evitación[286]. "En tanto el autor crea que aún puede alcanzar el resultado o que éste pude llegar a producirse a consecuencia del curso causal puesto en marcha, es razonable, a la hora de que se esfuerce en la protección, exigirle exactamente lo mismo que al delincuente que aporta condiciones idóneas. Así como éste debe alejar la concreta puesta en peligro del bien jurídico, aquél debe combatir la puesta en peligro abstracta, si es que han de decaer las razones preventivas para sancionar la tentativa inidónea"[287].

281 Pese a ello, los mejores argumentos se inclinan en favor de **la opinión contraria, que es la dominante[288], a tenor de la cual basta con que el autor emplee el método que considere, subjetivamente, mejor para la evitación.** Pues, en la tentativa idónea acabada, la seriedad del esfuerzo de evitación no sustituye a la evitación efectiva, sino que se añade a la misma (cfr. *supra* nm. 237 ss.; 246 ss.); por ello, no es posible basarse en una conexión causal hipotética con la evitación[289]. A este respecto, hay que decir: si en la tentativa inidónea son exclusivamente las representaciones subjetivas equivocadas del autor las que dan lugar a una perturbación de la paz que conlleva la necesidad de pena, resulta consecuente considerar también que sus esfuerzos de salvación subjetivamente óptimos son suficientes para la eliminación de dicha perturbación de la paz. Por lo demás, el § 24 I 2 abarca también supuestos de tentativa idónea y objetivamente fracasada (malograda). Pero, si, en el caso de la tentativa inacabada, detenerse, teniendo la creencia subjetiva, y errónea, de que el resultado no se producirá, exime de pena (siempre que el resultado, por alguna otra causa, no llegue a aparecer), no se comprende

---

[285] Aparentemente en este sentido, sin embargo, *Rönner*, 1987, 67, quien menciona, como ejemplo de la ausencia total de adecuación de la evitación, el caso en el que autor da por error una dirección falsa al médico al que telefonea.

[286] Los principales defensores de esta interpretación son *Arzt*, GA 1964, 1, y *Bottke*, 1979, 532 ss. (con una ulterior diferenciación, loc. cit., 537).

[287] *Bottke*, 1979, 536.

[288] *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 715 s.; *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 298; *Maiwald*, ZStW 88 (1976), 714, 726; *Rönner*, 1987, 66 ss. Les siguen sin excepción todos los manuales y comentarios,; cfr. tan solo *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 27 III 1 b; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 51 III 2, n. 34; *Joecks*, 3ª, § 24, nm. 33; *Maiwald*, E. A. Wolff-FS, 1998, 341 ss.; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 30; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 71; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 136.

[289] Cfr. *Rönner*, 1987, 69.

por qué, en el caso de la tentativa acabada, no debería, en concordancia, ser suficientes las medidas subjetivamente adecuadas, siempre que el resultado permanezca, sin intervención del autor, ausente. Desde la perspectiva político-criminal, se pueden resumir todas estas reflexiones en una frase: si objetivamente no ha tenido lugar el resulado y el autor, desde el punto de vista subjetivo, se ha esforzado hasta donde llegaban sus fuerzas en impedirlo, no existe ninguna necesidad de pena.

Por esta razón, tampoco es correcto exigir, para la seriedad del esfuerzo, 282
un examen cuidadoso por parte del autor, de si el método de evitación elegido por él era en realidad objetivamente el mejor[290]. Pues, de este modo, mediante un rodeo se vuelve a convertir el enjuiciamiento objetivo, antes criticado (nm. 281), en una condición de la seriedad: si el autor ha adoptado una vía para la salvación que, desde su punto de vista es la mejor, pero que objetivamente no lo es, o no en la medida suficiente, se le podría denegar el privilegio del desistimiento a causa de un examen insuficiente. Y esto, por las razones mencionadas en nm. 281, no debería suceder.

Es preciso, no obstante, hacer una concesión a la interpretación objetiva: 283
si el autor se sirve, en sus esfuerzos de salvación, de medios irreales que él, sin embargo, cree adecuados, esto no basta como esfuerzo serio[291]. Así, no quedará exento de pena si se limita, para salvar a la víctima, a prácticas mágicas o a "oraciones por la salud". Pues el empleo de métodos irreales carece de significado desde el punto de vista jurídico: al igual que la tentativa supersticiosa no implica una perturbación suficiente de la paz, por lo que queda impune (*supra* § 29, nm. 8, 371 ss.), los esfuerzos irreales de salvación no pueden suprimir la necesidad de pena, ya que no son tomados en serio por nadie. Por el contrario, puesto que no hay que basarse en la posibilidad hipotética de evitación, también los esfuerzos de evitación burdamente irracionales deben bastar, siempre que el autor parte de su óptima adecuación[292].

4. El desistimiento en caso de producción no imputable del resultado

En principio, los esfuerzos serios de evitación del autor no dan lugar a 284
desistimiento cuando, pese a ellos, se produce el resultado. Esto coincide con la regla que rige toda la regulación del desistimiento (cfr. *supra* nm. 113 s.), y también con el tenor literal del § 24 I 2 ("si el hecho no se consuma"). Sin embargo, existe una (aparente) excepción en el caso en el que la producción del resultado no es imputable al autor (cfr. ya *supra* nm. 113 ss.). Si

---

[290] En este sentido, sin embargo, LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 140. En contra, con razón, *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 215 s.; *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 299; *Römer*, 1987, 63 ss.; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 30; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 72.

[291] *Bottke*, 1979, 534 s.; *Herzberg*, Jura 1990, 19; *Jakobs*, AT, 2ª, 25/22; *Maiwald*, E. A. Wolff-FS, 1998, 343 ss.; *Römer*, 1987, 75 ss.; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 30; de otra opinion, sin embargo, *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 298, n. 43.

[292] Ampliamente en este sentido, *Maiwald*, E. A. Wolff-FS, 1998, 342 ss.

A acuchilla a B con dolo de matarle y, a continuación, y con intención de salvarle, regresa al lugar de los hechos, en donde mientras tanto un tercero, con completa independencia de A, ha matado a B a cuchilladas[293], A puede quedar exento de pena en virtud del § 24 I 2[294]. Pues la muerte de B no es la realización del riesgo creado por A y, consiguientemente, no se le puede imputar. Para él, lo sucedido constituye tan sólo una tentativa de asesinato, de la que él ha desistido conforme a lo dispuesto en el § 24 I 2. Es preciso leer el § 24 I 2 en el sentido de que el hecho no se haya consumado, o se haya consumado de un modo no imputable al autor; por lo que, en estos supuestos, el § 24 I 2 es aplicable directamente, no sólo por analogía[295]. La consecuencia práctica más importante de la exigencia de la posibilidad de imputación es que la víctima exime de pena al autor cuando rechaza y frustra sus esfuerzos para salvarla[296]. Pues, si la víctima muere entonces, su muerte no será imputable al autor[297]. Éste inició tan sólo una tentativa, de la que desistió voluntariamente mediante su esfuerzo serio de salvación.

VIII. El desistimiento de un delito cualificado por el resultado

1. Jurisprudencia y doctrina dominante: el desistimiento es posible

285 El desistimiento en un delito cualificado por el resultado fue objeto de una resolución del BGH por primera vez en 1996 (BGH JZ 1997, 261 = BGHSt 42, 158). La misma se basaba en el siguiente supuesto de hecho:

> Para realizar un robo con fractura, los acusados se habían armado con una pistola; la misma debía ser empleada para quebrar cualquier eventual resistencia. En caso necesario, se debía apuntar con ella a las personas; pero el plan incluía únicamente disparar al suelo o al aire. Cuando los acusados fueron sorprendidos por B, A, uno de los acusados, le apuntó con la pistola. Entonces, se escapó involuntariamente un disparo, que mató a B. A estaba muy asustado; los demás participantes le hicieron amargos reproches. Todos ellos (incluyendo a A) interrumpieron seguidamente el resto de la ejecución del delito y abandonaron el lugar sin botín alguno.

286 En este caso existía, en la muerte de B, una tentativa de robo con resultado de muerte (§§ 249 I, 251, 22). Puesto que en la misma el riesgo típico estriba en la acción de coacción (violencia o intimidación), y no en el apoderamiento, es suficiente ya la tentativa del § 249 [robo] para dar lugar a la consecuencia jurídica prevista en el § 251 [robo con resultado de muerte]. Si se parte de la base de una causación negligente de la muerte, la pena será de prisión perpetua o no menor de diez años, pena a la que se podrá aplicar la atenuación facultativa propia de la tentativa del § 49 I [atenuación legal

---

[293] Ejemplo de *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 27 III 1 b.

[294] Cfr. tan sólo *Kühl*, AT, 3ª, § 16, nm. 82; *Otto*, JA 1980, 645; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 28; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 134.

[295] A favor de la analogía, *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 41/95.

[296] Al respecto, cfr. tan sólo LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 117.

[297] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], §11, nm. 95.

de la pena]. Se plantea, en todo caso, si, en el caso expuesto, existe un desistimiento de la tentativa de robo, incluyendo la cualificación por el resultado. Si se aceptase, subsistiría únicamente la pena, mucho menor, del § 222 [homicidio imprudente].

El BGH aceptó la posibilidad de desistimiento, teniendo de su parte a 287
la jurisprudencia antigua[298] y a la doctrina dominante[299]. Se adujeron tres argumentos en favor de la posibilidad de desistimiento. En primer lugar, el tenor literal del § 24 I no autorizaría a negar al autor la posibilidad de desistimiento en la tentativa; el límite constituido por el tenor literal (art. 103 II GG [Ley Fundamental]) es aplicable también en la Parte General (BGH loc. cit., 656). En segundo lugar, al negar el desistimiento, el tipo básico de robo se transformaría, en contra de la ley, en un delito de emprendimiento (BGH loc. cit., 262)[300]. En tercer lugar, la cualificación por el resultado estaría ligada a una "accesoriedad de la tentativa respecto del tipo básico"[301]. El tipo cualificado se construiría sobre la tentativa del tipo básico; con el desistimiento en la tentativa del tipo básico decaería "el fundamento para la aplicación a dicha tentativa de la cualificación 'consumada'". Subsistiría únicamente la coacción con resultado de muerte, que por sí sola no implica una conminación penal agravada[302].

2. La opinión minoritaria: se excluye el desistimiento

La opinión contraria, que excluye la posibilidad de desistimiento[303], se apo- 288
ya igualmente en tres argumentos (interrelacionados y que se superponen entre sí). El primero procede de *Ulsenheimer*, que es quien en la posguerra fundamentó la teoría de la exclusión del desistimiento[304]. Según él[305]: "La circunstancia que da lugar a la elevación de la pena está incorporada ya como una consecuencia específica del peligro típico, y con ello la agravación de la pena se ha perfeccionado". "Desde el punto de vista técnico-legislativo", faltaría, sin embargo, todavía la última pieza del robo, por lo que "observando en términos

---

[298] Ésta, sin discutir los argumentos en contra, partía de la posibilidad de desistimiento: cfr. RGSt 75, 54; RG HRR 1941, Nr. 521; BGH NJW 1955, 1328. Al respecto, con más detalle, *Ulsenheimer*, Bockelmann-FS, 1979, 405 ss.

[299] Cfr., recientemente, tan sólo *Anders*, GA 2000, 64 (72–76); *Beinecke*, JuS 1997, 1151; *Hardtung*, 2002, 256; *Jakobs*, AT, 2ª, 26/49; *Joecks*, 3ª, § 251, nm. 14; *Kindhäuser* AT, 2ª, 478; *Kudlich*, JuS 1999, 355; *Küper*, JZ 1997, 229 (232); *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 22; *Martin*, JuS 1997, 178; *Rengier*, 1986, 244 s.; *Schmidhäuser*, AT, 2ª, 15/103; *Sowada*, Jura 1995, 644 (653); LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 143 s.; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 653 a.

[300] Adhiriéndose a AK-*Paeffgen*, § 18, nm. 111, 127; *el mismo*, NK, § 18, nm. 130.

[301] Sobre esto y sobre lo que sigue, *Küper*, JZ 1997, 232.

[302] *Jakobs*, AT, 2ª, 26/49, n. 89.

[303] *Bacher*, 2000; LK-*Herdegen*, 11ª, § 251, nm. 16; *Jäger*, NStZ 1998, 163; *Tröndle/Fischer*, 49ª, § 18, nm. 4; ahora, *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 18, nm. 4 sigue a la jurisprudencia y a la doctrina dominante; *Ulsenheimer*, Bockelmann-FS, 1971, 405 ss.; *Wolter*, JuS 1981, 178.

[304] *Ulsenheimer*, Bockelmann-FS, 1979, 405 ss. Sobre sus predecesores, *Thomsen*, 1895, und *Glaeser*, 1933, cfr. *Ulsenheimer* loc. cit., 410 s.

[305] *Ulsenheimer*, Bockelmann-FS, 1979, 415.

formales", concurriría un "caso de tentativa", aunque, desde el punto de vista material, "desde la perspectiva de la realización del peligro y por lo que respecta a la *ratio legis* de la cualificación por el resultado", en dicha tentativa existiría ya un delito consumado. En segundo lugar, se aduce que el desistimiento de la tentativa ha de entenderse como "reversión de la puesta en peligro"[306]. El autor solamente puede desistir de una puesta en peligro real creada por la tentativa en la medida en que desvíe dicha puesta en peligro. Esto falta cuando, en el caso del delito cualificado por el resultado, el resultado está incorporado ya como realización de un peligro específico de dicho tipo penal. La renuncia a la consumación del tipo básico no puede hacer que desaparezca la grave perturbación de la paz que implica el resultado cualificante. En tercer lugar, este punto de vista preventivo-general puede ser completado con el argumento preventivo-especial de que, según la doctrina dominante, el autor (siguiendo con el caso de nuestro ejemplo), mediante la renuncia al apoderamiento, se libra de la pena del § 251 tan sólo si dicha renuncia se deriva del cálculo de intentar evitar de ese modo la sanción por la causación del resultado de muerte. Sin embargo, garantizar una exención de pena de tan amplio alcance resulta contraindicado desde un punto de vista preventivo-especial, pues carece de cualquier relación con los méritos del autor. Lo justo es recompensar al autor por la omisión del apoderamiento con la atenuación de la pena propia de la tentativa, pero no con la eliminación de la pena que, de acuerdo con el § 251, era aplicable ya a la cualificación por el resultado.

3. Preferencia por la opinión minoritaria

289 Los mejores argumentos se inclinan en favor de la opinión minoritaria, esto es, en favor de la exclusión del desistimiento. Que la conclusión a la que llega la jurisprudencia resulta insatisfactoria, es reconocido incluso por sus partidarios. También el BGH opina (loc. cit., 262) que la interpretación que ha rechazado "en casos concretos, podría evitar resultados insatisfactorios", pero que para aplicarla sería necesaria una modificación legal. Se remite también a *Radbruch*, , quien ya en 1906[307] había propuesto un precepto a consecuencia del cual, en los delitos cualificados por el resultado, la tentativa sólo quedaría impune en caso de desistimiento "cuando estuviera ausente cualquier resultado, o el mismo no resultase punible". Por lo demás, se siguen encontrando hoy también referencias a las consecuencias poco felices de la doctrina dominante[308].

290 Resulta, pues, decisivo determinar si el tenor literal verdaderamente sólo puede ser interpretado en el sentido de una "aplicación obligada, aunque insatisfactoria, del § 24"[309]. Cuestión a la que hay que responder negativa-

---

[306] Cfr. *supra* nm. 24, siguiendo a *Jäger*, 1996.

[307] *Radbruch*, VDA, tomo 2, 236.

[308] Cfr., por todos, *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 22; SK-*Rudolphi*, 7ª, § 18, nm. 8 a.

[309] *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 22.

mente. El § 24 vincula el desistimiento en la tentativa a la condición de que el autor "renuncia a la ejecución ulterior del hecho". De este tenor literal no se deduce que, en el caso de un delito cualificado por el resultado, por "hecho" se haga referencia exclusivamente al tipo básico[310]. Resulta más plausible y, en todo caso, es también posible desde el punto de vista lingüístico, entender por "hecho" todo el delito, es decir, la tentativa del tipo básico que incluye también el resultado cualificante. Pero, entonces, no se está renunciando a la ejecución del hecho si el resultado cualificante se ha producido ya. *Küper*[311], en el análisis hasta ahora más fundamentado del argumento del tenor literal, destaca, con razón, que se puede decir sin más que el "hecho" "con la producción del resultado más grave, se ha ejecutado o consumado ya en lo esencial, por lo que ya no es posible tomar en consideración una renuncia a la ejecución ulterior". Y advierte acertadamente en contra de evitar una decisión sobre el fondo a base de invocar un tenor literal que, en realidad, es susceptible de varias interpretaciones distintas.

Tampoco resulta satisfactoria la creencia del BGH de que, con la exclu- 291
sión del desistimiento, el tipo del robo se transformaría en un delito de emprendimiento[312]. Un delito de emprendimiento es un tipo penal en el que aparecen equiparadas la tentativa y la consumación (cfr. § 11 I núm. 6). Aquí no se trata de esto, pues el autor no es penado por delito consumado, sino por tentativa de un delito cualificado por el resultado.

Finalmente, tampoco resulta concluyente el argumento de que la "acce- 292
soriedad de la tentativa respecto del tipo básico" excluye la punición, de manera que con el desistimiento en el tipo básico debería decaer también la sanción por la cualificación por el resultado. Pues, de acuerdo con la opinión que aquí se mantiene, el tipo básico (o la tentativa del mismo) constituye un "hecho" único junto con el resultado cualificante, hecho del que no es posible ya desistir después de la producción del resultado más grave, por lo que la tentativa punible del tipo básico permanece en todo momento como anclaje para la cualificación. Así pues, no es verdad que subsista únicamente una coacción con resultado de muerte. Por lo demás, incluso aceptando la premisa del desistimiento en la tentativa de robo, el injusto de la tentativa seguiría siendo aún el punto de anclaje para el resultado[313].

Küper[314] opina que, cuando el autor de una tentativa de robo haya puesto en peligro la vida de 293
la víctima (es decir, cuando se haya realizado la cualificación por el resultado del § 250 II núm. 3 [robo con peligro contra las personas]), una vez se haya renunciado al apoderamiento, tampoco sería posible ya "volver a buscar" dicha cualificación, por lo que, pese a todo, sería aceptable apreciar un desistimiento en la tentativa de robo; lo mismo valdría también para el § 251 [robo con resultado de muerte]. Pero la admisión del desistimiento es también errónea en el caso del § 250 II

---

[310] Acertadamente, *Jäger*, NStZ 1998, 163.

[311] *Küper*, JZ 1997, 231 s. (232); para la observación en este sentido, loc. cit., 231.

[312] Al respecto, *Jäger*, NStZ 1998, 163.

[313] Cfr. *Jäger*, NStZ 1998, 164.

[314] *Küper*, JZ 1997, 332.

núm. 3, letra b), dado que el autor no ha neutralizado por sí mismo la peligrosidad de su conducta. "No se puede entender por qué el autor de una tentativa de robo peligroso (...) debería poder desistir cuando elimina únicamente la parte no peligrosa de la misma"[315]. Las cosas son distintas en el caso del § 250 I núm. 1, letra a). Cuando el autor regresa a casa con el arma antes de tomar el botín, él mismo ha desviado la peligrosidad de su actuación, por lo que el desistimiento excluyente de la pena se vuelve posible (cfr., al respecto, con más detalle, nm. 295 ss.).

4. Relevancia práctica de este grupo de casos

294 La relevancia práctica del desistimiento en la tentativa cualificada por el resultado no se limita al robo. Los más importantes de los restantes tipos penales que hay que tomar en consideración son los §§ 177 III y IV [agresión sexual con uso de armas], 178 [agresión sexual o violación con resultado de muerte], 179 IV [abuso sexual contra persona indefensa con peligro para su vida o su salud], 218 II núm. 2 [aborto con peligro para la vida o salud de la embarazada], 239a III [secuestro con resultado de muerte], 239b II [toma de rehenes con resultado de muerte] y 316c III [secuestro de naves o aeronaves con resultado de muerte][316]. A veces, sin embargo, el problema no se suscita, pues la muerte de la víctima hace imposible el desistimiento ya por otras razones. Si, por ejemplo, en una tentativa de violación, la víctima muere, a consecuencia de las llaves de sujeción del autor, antes de que tenga lugar el yacimiento, existirá una tentativa fracasada, dada la imposibilidad de la realización típica (cfr., al respecto, *supra* nm. 85 ss.). En otros casos, es posible excluir la voluntariedad del desistimiento. No obstante, si la víctima ha quedado tan sólo inconsciente, y el autor renuncia a la violación únicamente por miedo a que la mujer fallezca (lo que, de hecho, se produce un poco más tarde), nos encontraremos, por lo que hace a la punición conforme al § 178, con el mismo problema que en el ejemplo del § 251 del que partimos. Lo mismo ocurre con el § 218 II núm. 2, cuando "el curandero que ha puesto la vida de la embarazada en grave riesgo renuncia a sus manipulaciones, por miedo a matar a la mujer"[317], o con el caso en el que la víctima de un secuestro con fines extorsivos (§ 239a) muere ya durante el secuestro, tras lo cual el autor la abandona y pone los pies en polvorosa.

IX. El desistimiento parcial

295 Con el concepto de "desistimiento parcial" se describe el supuesto en el que el autor en fase ejecutiva renuncia voluntariamente a una circunstancia cualificante ya realizada, pero consuma el tipo básico. Este grupo de casos comenzó a ser discutido más vivamente desde que el BGH resolvió, en el año 1983[318], un supuesto de este tipo.

---

[315] Para esto y para lo que sigue, *Jäger*, NStZ 1998, 164, n. 31.

[316] *Ulsenheimer*, Bockelmann-FS, 1979, 412.

[317] Este ejemplo y el siguiente proceden de *Ulsenheimer*, Bockelmann-FS, 1979, 412.

[318] BGH NStZ 1984, 216.

El acusado, en la fase de tentativa de una extorsión equiparable al robo (§§ 255, 250 I núm. 1 –en su redacción anterior-, 22), había llevado consigo un arma. De repente, le sobrevino un "sentimiento de asco". Arrojó el arma, con el fin de no realizar ya su plan delictivo con ayuda de la misma. Pero, por lo demás, continúo pretendiendo apoderarse del dinero.

La primera instancia vio en este caso un desistimiento voluntario parcial 296
y condenó al acusado únicamente por tentativa de extorsión equiparable al robo no cualificada (§§ 255, 249, 22). Por el contrario, el BGH no admite dicho desistimiento parcial. La cualificación exigiría únicamente que el ladrón (o extorsionador) "lleve consigo un arma. Esto no significa que tenga que tener consigo el arma desde el comienzo del hecho hasta su consumación. Es suficiente con que la haya tenido consigo en algún momento del proceso de ejecución, de tal modo que pudiese servirse de ella en cualquier instante". Habría que apreciar, pues, una cualificación cuasi "consumada" en cuanto el autor tuviese consigo un arma en cualquier momento durante la ejecución; y ya no es posible desistir de dicha consumación. En una resolución posterior (BGHSt 33, 145), el BGH dejó abierta la cuestión: "Puede dejarse aquí de lado la cuestión de cómo hay que resolver cuando el autor, después del comienzo de la tentativa, renuncia a modalidades que podrían dar lugar a la aplicación de un tipo cualificado".

Por el contrario, en la doctrina[319] predomina de forma generalizada la 297
interpretación de que es posible un desistimiento parcial respecto de un elemento cualificante, incluso cuando éste se haya realizado ya. Frecuentemente no resulta claro cómo es posible elaborar esta idea desde el punto de vista conceptual. A esto se agarra la crítica a la doctrina dominante. Así, *Otto*[320] opina que, después del comienzo de la tentativa, "resulta difícil fundamentar desde el punto de vista conceptual" el desistimiento respecto de elementos en particular, "pues habría que cuartear el delito único". De modo similar, *Küper*[321] destaca que un desistimiento de la "parte consumada" de la tentativa cualificada no puede "ser fundamentada de modo concluyente",

En parte debido a ello, se ha propuesto una solución intermedia. *Zaczyk*[322] 298
pretende determinar de manera diferenciada el comienzo de la tentativa en el tipo básico y en el tipo cualificado. El elemento de llevar consigo un arma de fuego no se habría realizado aún cuando el autor en posesión del arma entra en la fase de tentativa del tipo básico, sino únicamente "cuando, cuando menos, el peligro inherente al arma de fuego **podría** volverse real, es decir, cuando el arma de fuego entra en contacto con la esfera de la víctima". En el caso del que partimos, no se habría llegado aún a esa etapa, por lo que sería posible un desistimiento tan sólo de la tentativa cualificada. Por el contrario, después de entrar en contacto con la esfera de la víctima, ya no

---

[319] *Jakobs*, AT, 2ª, 26/13 a, 23, 49; *Streng*, JZ 1984, 652 ss., 654 ss.; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 208; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 643.

[320] *Otto*, JZ 1985, 27.

[321] *Küper*, JZ 1997, 233.

[322] *Zaczyk*, NStZ 1984, 217.

sería posible el desistimiento (parcial); tan sólo podría tomarse en consideración la aplicación del § 250 II (en su redacción anterior: hoy, III). *Küper*[323] se inclina también por esta solución.

299 Sin embargo, las mejores razones están a favor de la doctrina dominante, que admite el desistimiento parcial hasta el momento de la consumación del tipo básico. Pues existe una reversión de la puesta en peligro (limitada, en todo caso, al § 250; es decir, que no afecta al § 249) siempre que el autor desvía el peligro inherente a la cualificación (en este caso: el uso del arma de fuego) antes de la consumación del tipo básico; pero es, precisamente, esta reversión de la puesta en peligro el elemento esencial del desistimiento (cfr. nm. 24). Su admisión queda amparada por la fundamentación del privilegio del desistimiento desde la perspectiva de la teoría de los fines de la pena (cfr. nm. 4 ss., 7). Pues "no existe una necesidad de pena más elevada (un robo "más grave", según lo formula el § 250 I núm. 1a)" que venga motivada por razones preventivo-generales o preventivo-especiales, "puesto que el autor ha renunciado a una ejecución más peligrosa de su intención de robar, al desembarazarse del instrumento peligroso"[324]. En contra de ello no se puede aducir que, con la posesión del arma durante la tentativa de robo, se haya producido ya un peligro abstracto (y, con el contacto con la esfera de la víctima, eventualmente, un peligro más concreto) que excluye el desistimiento. Pues, sin perjuicio del "peligro concomitante", lo cierto es que el robo agravado sigue siendo un delito de resultado. Y, en esta clase de delitos, el legislador admite también el desistimiento incluso cuando exista una puesta en peligro tan intensa de la víctima, siempre que el autor se preocupe de que la puesta en peligro no se convierta en resultado (§ 24 I 1).

300 También "desde el punto de vista conceptual" es posible fundamentar el desistimiento sin mayor dificultad. La cuestión decisiva a este respecto (por desgracia, no abordada por el BGH en este contexto) es el concepto de hecho del § 24[325]. Si por "hecho" se entiende un concreto tipo legal[326], es posible desistir de la realización de dicho tipo mientras el resultado (que ciertamente es también un elemento del tipo cualificado) no se haya producido. A la misma conclusión se llega si, como *Streng*[327], se piensa que "en los casos en los que hay una reducción relevante en el contenido de desvalor, (...) existen dos hechos, en el sentido del § 24". Dado que el robo simple presenta, en relación con el robo con armas, un contenido de desvalor relevantemente menor, el robo agravado es un hecho autónomo respecto de él, del que se puede desistir igualmente cuando se ha completado el tipo

---

[323] *Küper*, JZ 1997, 233 s.

[324] *Kühl*, AT, 3ª, § 16, nm. 48.

[325] La cuestión del "hecho", en el sentido del §24, cumple un papel esencial en relación con la "voluntariedad" del desistimiento, por lo que será abordada con más detalle en relación con dicho problema; cfr. nm. 413 ss.

[326] Cfr. *Günther*, Armin Kaufmann-GS, 1989, 541 ss.

[327] *Streng*, JZ 1984, 652 ss. (654); al respecto, también *Kudlich*, JuS 1999, 356.

básico. Esto se corresponde con la opinión (discutida, pero correcta) de que también en la inducción a algo más grave existe una inducción a un nuevo hecho, cuando el inductor, mediante su influjo, incrementa de un modo esencial el contenido de injusto del hecho ya decidido por el autor (cfr., con más detalle, § 26, nm. 102 ss.).

X. El desistimiento en los supuestos de intervención de varios sujetos

1. Visión de conjunto

La regulación del § 24 II no resulta fácil de entender y suscita numerosas 301
cuestiones dudosas. El punto de partida para interpretarlo ha de ser el reconocimiento de que se refiere únicamente al desistimiento en la tentativa, y no a la preparación ni a la consumación.

Caso 1: El cerrajero S prestó al ladrón E, para su plan delictivo, una ganzúa, pero luego se lo pensó mejor y la fue a buscar antes de que fuese utilizada. E llevó a cabo el robo con fractura con instrumentos que le habían sido proporcionados en otra parte.

Éste no es un supuesto del § 24 II. Pues la contribución de S al hecho (la ganzúa) no ha tenido efecto en la fase de tentativa. Por lo que S queda exento de pena, sin que sea preciso que concurran los restrictivos requisitos del § 24 II.

Caso 2: Antes de la comisión del hecho, S pide inútilmente a E que le devuelva la ganzúa; 302
éste comete el robo empleando el instrumento.

Tampoco aquí resulta pertinente el § 24 II, pues el hecho ha ido más allá de la fase de tentativa. Existe una cooperación en un hurto con fractura consumado. El § 24 II 2, segundo inciso (cuando el hecho "sea cometido con independencia de su aportación previa") no viene a cuento, ya que el hecho fue cometido empleando la aportación de S.

Caso 3: S aparece en el lugar de comisión del hecho y le arrebata a E la ganzúa cuando 303
éste la estaba empleando para manipular la cerradura de la puerta. E comete, pese a todo, la fractura, forzando la puerta con una palanqueta que había llevado por si acaso.

Aquí nos hallamos ante el grupo de casos regulado por el § 24 II. La contribución de S ha tenido efecto en la fase de tentativa, por lo que, en cuanto E inició la realización del hecho, existía una cooperación punible en la tentativa de hurto. S se ha esforzado en desistir de esta cooperación en la tentativa, al retirar su aportación. Sin embargo, de acuerdo con el (muy polémico) aumento en los requisitos necesarios para el desistimiento que ha introducido (en comparación con la práctica anterior) el § 24 II, no es suficiente, para el desistimiento en la tentativa, con la anulación de la propia contribución. Por el contrario, de acuerdo con el § 24 II 1, el cooperador debe, además, impedir el hecho, si quiere quedar libre de pena. Dicha evitación no concurre en este caso: E cometió el hecho con independencia de la contribución de S. Por ello, de acuerdo con el § 24 II 2, S (más allá de la

retirada de la ganzúa) cuando menos se habría debido esforzar voluntaria y seriamente en desviar a E de su plan de robo. Incluso si no hubiera tenido éxito en ello, habría podido obtener así la exención de pena. Pero, dado que faltó tal esfuerzo, la conducta de S seguiría siendo punible.

304 No obstante, el precepto sólo puede entenderse correctamente si se tienen cuenta tres circunstancias que pueden, pese a todo, limitar la sanción de S o, llegado el caso, incluso excluirla. En primer lugar, S, en el caso 3, sólo puede ser castigado como cooperador en una tentativa de hurto con fractura, no en un delito consumado[328]. Pues no resulta procedente una imputación del hecho consumado, ya que S, debido a la anulación de su contribución, no ha contribuido causalmente a éste, y tampoco lo ha "fomentado", en el sentido que le da la jurisprudencia (cfr., al respecto, § 26, nm. 186). Así pues, lo que no queda exento de pena es la cooperación en la tentativa que haya sido realizada de un modo imputable. En segundo lugar, incluso el § 24 II 2 introduce un matiz, al reconocer la exención de pena cuando el autor haya creído que E no podría llevar a cabo el hecho después de que le fuese arrebatada la ganzúa. Pues, en este caso, existirá el requerido esfuerzo serio para impedir el hecho. Finalmente, en tercer lugar, el apoderamiento de la ganzúa puede dar lugar ya por sí solo a la impunidad, si se ve en la subsiguiente fractura, mediante el forzamiento de la puerta, un "hecho" (en el sentido del § 24 II) nuevo y diferente. Pues, en tal caso, el hecho original (fractura por medio de una ganzúa) habría sido impedido por S. Resulta muy discutido cuándo existe un "hecho nuevo" (al respecto, nm. 345 ss.); pero, en este supuesto concreto, hay que partir de que se trata de la continuación del mismo hecho (nm. 347).

2. Sujetos afectados por el § 24 II

305 El § 24 II habla del supuesto en el que "varias personas intervienen en el hecho". Así pues, el precepto admite en su tenor literal también los casos de un autor individual que es inducido o apoyado. De hecho, varias voces en la doctrina[329] pretenden considerar aplicable el § 24 II al desistimiento de dichos autores individuales. Así, si estos abandonan la ejecución, ello debería interpretarse como un impedir, en el sentido del § 24 II.

306 Sin embargo, ésta es una interpretación demasiado artificiosa[330]. Pues, si resulta obvio que un autor individual a quien nadie induzca o apoye sólo puede desistir conforme a los criterios del § 24 I, no se comprende por qué esto dejaría de ser así únicamente porque exista un inductor o un cooperador, que no tienen que ver lo más mínimo con el desistimiento del autor. En favor de que este desistimiento se trate conforme al § 24 I apunta también la

---

[328] Cfr. *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 708; *Otto*, JA 1980, 710.

[329] *Haft*, AT, 8ª, 236 s., 241; *Herzberg*, NJW 1991, 1638, quien considera que basarse en el § 24 I 1 es "hablando estrictamente, (...) incorrecto"; *Weber*, Jura 1983, 547.

[330] Una discusión y crítica detenida en *Mitsch*, Baumann-FS, 1992, 89.

comparación con el supuesto del § 31 I núm. 2 [desistimiento en la tentativa de intervención pluripersonal], que se conforma, para el desistimiento del inducido durante la fase preparatoria, con un "renunciar".

Por lo tanto, cuando el autor inducido o favorecido renuncia a la ejecu- 307
ción, o cuando, después de acabada la tentativa, desvía el resultado, se trata de casos del § 24 I 1. El § 24 II se refiere, pues, únicamente a los intervinientes, cuya responsabilidad se fundamenta en la contribución causal al hecho de otro o, en todo caso, no sólo en su propia conducta. El desistimiento de un inductor, de un cooperador o de un coautor está regulado, pues, por el § 24 II. "El § 24, apartado 2, se relaciona con el § 24, apartado 1, en la medida en que abre una vía adicional hacia el desistimiento excluyente de la pena, para aquellos participantes en el hecho que no pueden verlo reconocido a través del § 24, apartado 1"[331].

Según esto, el § 24 II rige para el inductor y para los cooperadores, pero 308
especialmente para los coautores. Así pues, un coautor no puede lograr la exención de pena simplemente apartándose en la fase de tentativa, sino que ha de llevar a cabo, para lograrlo, aquellas actuaciones ulteriores establecidas en los §§ 24 1, 2. Por el contrario, en relación con la autoría mediata, el § 24 II es aplicable únicamente cuando el autor inmediato responda (es decir, en el caso del "autor detrás de un autor responsable", cfr. § 25, nm. 40, 76 ss., 105 ss.)[332]. Pues sólo en este supuesto existen varios intervinientes punibles; y es de la responsabilidad de los intervinientes de lo que se trata, ya que, en el ámbito de aplicación del § 24 II, es el hecho de estos lo que ha de ser impedido. Así, el que, por ejemplo, se sirve de un enfermo mental, es un autor individual, y puede desistir conforme al § 24 I (lo que, en todo caso, después una invitación al mediador del hecho que haya dado resultado, exigirá también un impedir)[333]. Podrá apreciarse también un "renunciar" del § 24 I 1 cuando haya un desistimiento común de todos los participantes. Pues, en tal caso, ya no hay nada (en el sentido del § 24 II) que "impedir".

3. El "desistimiento" en la fase preparatoria

Se indicó ya (nm. 301) que el interviniente queda impune cuando vuelve 309
ineficaz su contribución durante la fase preparatoria (el cooperador recupera antes del comienzo del hecho el instrumento para fracturas que había prestado). En estos supuestos, no se trata de un caso de desistimiento (el desistimiento exige siempre la existencia de una tentativa), sino de actos preparatorios, que en general son impunes, y que sólo excepcionalmente, de acuerdo con los

---

[331] *Mitsch*, Baumann-FS, 1992, 100; le sigue, *Loos*, Jura 1996, 518.

[332] En sentido similar, *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 50/79, en relación con 48/122.

[333] Con frecuencia se aplica a los supuestos de autoría mediata únicamente el §24 I (así, entre otros, *Baumann/Weber*, AT, 10ª, § 27 III 3; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 50/79; LK-*Vogler*, 10.ª, § 24, nm. 145; *el mismo*, ZStW 98 [1986], 346) o el § 24 II (SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 36; *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 24, nm. 79). Estas diferencias no tienen ninguna consecuencia práctica.

criterios del § 30 [tentativa de intervención pluripersonal] (al respecto, *supra* § 28), pueden resultar punibles. El que proporciona al ladrón una ganzúa, en tanto el autor potencial no dé pasos hacia la ejecución, está cometiendo una tentativa de cooperación (todavía) impune. Y sigue siendo impune incluso si, sin su intervención, el autor no habría recurrido a una ganzúa. En este caso, por supuesto, sigue siendo impune únicamente si recupera la ganzúa. Es irrelevante si esto sucede de forma voluntaria; sigue siendo impune incluso cuando retira su aportación, por ejemplo, por la amenaza de una previsible denuncia. Si el autor elige por sí solo otro instrumento, la impunidad del que le proporcionó la ganzúa no depende tampoco de que se esfuerce en impedirlo[334]. En resumen: el § 24 II no resulta aplicable en este caso.

310 Los ejemplos procedentes de la jurisprudencia proporcionan casos como el de alguien que incita a un testigo a un falso testimonio, pero luego renuncia a proponerle como testigo (BGHSt 4, 200), o el de la esposa que, de acuerdo con lo acordado, debe llevar a su marido al lugar donde van asesinarle, pero no lo hace, por lo que el hecho no puede ser ejecutado (BGH GA 1974, 243). Los casos de esta naturaleza quedan fuera del ámbito de aplicación del § 24 II, puesto que no han llegado a ser tentativas. La sanción y el desistimiento de los participantes se guía por los §§ 30 y 31 (cfr., sobre todo ello y sobre las sentencias mencionadas, § 28, en especial nm. 92, 111).

311 Todo esto no resulta discutible y merece ser destacado únicamente porque, en las deliberaciones de la Comisión Especial para la Reforma Penal[335], se mencionó el caso de la retirada del instrumento, y se citó esta situación como ejemplo de una anulación de la propia aportación, que no bastaba para la exención de pena conforme al § 24 II. Estas afirmaciones sólo son correctas con la condición (que pocas veces concurre) de que el hecho se halle ya, en el momento de la retirada del instrumento, en fase de tentativa (cfr. nm. 303 s.). En otro caso, la exención de responsabilidad se produce con independencia de los requisitos del § 24 II.

312 Más aún, tampoco existe un supuesto del § 24 II cuando el autor vuelve inidónea su aportación durante la fase preparatoria[336]; por ejemplo, cambia el veneno letal que había proporcionado por un polvo inocuo. En este caso, la contribución de cooperación ha sido anulada también durante la fase preparatoria. Pues la suplantación por el polvo inofensivo no es una acción (intentada) de cooperación, ya que ésta exigiría la existencia de dolo de consumación en el cooperador (cfr. 26, nm. 271). Si quien proporciona un medio que desde un primer momento resulta inidóneo no responde como cooperador (cfr. § 26, loc. cit.), no puede tratarse de otro modo al que con posterioridad, pero

---

[334] Cfr., sobre todo ello, *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 706; *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 283; SK-*Rudolphi*, 6ª, § 24, nm. 36; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 79.

[335] Protokolle V, 1757, 1762 (*Corves, Dreher*).

[336] Al respecto, *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 284 s.; *Otto*, JA 1980, 708; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 83; discr. *Gores*, 1982, 23 ss., 83 ss., 179 ss.

todavía durante la fase preparatoria, vuelve inocua su contribución. Por ello, no hay por qué considerar la voluntariedad; aunque el cooperador potencial haya sido obligado a hacer el cambio, seguirá quedando impune.

Existe ausencia de responsabilidad incluso en el caso de que el cooperador potencial cambie por error el veneno por otro que él cree inocuo, pero que en realidad es siempre mortal. Pues, en este grupo de casos, cuando el asesinato sea ejecutado usando el veneno en cuestión, faltará igualmente, para la cooperación, la voluntad de consumación. Si el pretendido cooperador hubiese querido desde un comienzo proporcionar un polvo inofensivo, pero ofreciese por error al autor un veneno, no existiría cooperación; y no puede ser relevante si la confusión durante la etapa preparatoria se ha producido un poco antes o un poco después[337]. 313

4. No existe desistimiento cuando una aportación de un interviniente produce efecto hasta la fase de consumación

Tampoco existe un desistimiento conforme al § 24 II cuando el interviniente no puede, retractándose del hecho e incluso esforzándose en hacerlo fracasar (sea en la fase preparatoria o en la fase de tentativa), impedir que el delito se consume haciendo empleo de su contribución al hecho. 314

Caso 4 (BGHSt 28, 346): A, habiendo concertado con dos mujeres la comisión de un atraco a un banco, participó en su preparación (explorando el lugar y robando una bicicleta, con la que una de las mujeres debía ir hasta el banco). Cuando debía dirigirse a ejecutar el hecho, le entraron dudas. Hizo un inútil intento verbal de apartar del delito al menos a una de las mujeres, que debía amenazar a los clientes del banco con una pistola de aire comprimido. Tampoco realizó su propia aportación al delito (debía llenar una bolsa de plástico con el dinero). Antes al contrario, se alejó sin haber entrado en el banco. De todas formas, las dos mujeres llevaron a cabo el atraco con éxito sin él.

Éste tampoco es un supuesto del § 24 II. Pues A ha renunciado ya durante la fase preparatoria al delito. Si hubiese anulado completamente su aportación, quedaría impune (nm. 309)[338]. Pero sólo lo ha logrado en parte (en lo relativo a que, según lo planeado, debía coger el dinero). Otras aportaciones (la planificación, la exploración, el robo de la bicicleta) siguen produciendo efecto hasta la consumación, de la que, en consecuencia, A ha de responder. El BGH hace valer en su favor su "retirada" tan sólo en la medida en que se inclina a condenarle únicamente por cooperación (en vez de por la coautoría, que habría que apreciar si hubiese continuado co-ejecutando). 315

Esta solución es cuestionada por *Backmann*[339]. Éste pretende apreciar en el que se aparta la existencia de un desistimiento excluyente de la pena, 316

---

[337] Al respecto, también *Leuckner*, Gallas-FS, 1973, 284 en contra, *Schröder*, MDR 1949, 716.

[338] También en este sentido, BGHSt 28, 347 y –bajo la vigencia del Derecho anterior– RGSt 47, 358 (359); 54, 177 (178); igualmente, *Gores*, 1982, 23 ss., 72 ss., 106 ss.; *Hafi*, JA 1979, 309; *Jakobs*, AT, 2ª, 26/29; *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 28; *Otto*, JA 1980, 707; *Tröndle/Fischer*, 50ª, § 24, nm. 38; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 162; *el mismo*, ZStW 98 (1986), 344 s.; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 653.

[339] *Backmann*, JuS 1981, 336.

cuando el mismo tenía el "dominio sobre el peligro", es decir, cuando "hasta el momento en que se detuvo" podía partir de la base de que, "sin su ulterior intervención en el hecho, no se llegaría en ningún caso a ejecutar el hecho", por lo que "la decisión última y definitiva" sobre la ejecución del plan estaba aún en sus manos[340]. En este caso, se afirma la concurrencia de dicho requisito. Pues lo que habría ocurrido sería únicamente que a A "le fue arrebatada de manera imprevista" la última decisión, decisión que "fue entregada al azar"[341].

317 Sin embargo, esta tesis no puede ser aceptada. Pues, de acuerdo con los §§ 24 II y 31 I (con las restricciones –que aquí no concurren- de los §§ 24 II 2 y 31 II), la ley exige siempre, tanto en la tentativa como en los actos preparatorios punibles, la evitación del resultado, y no un mero esfuerzo para evitar creyendo en la propia capacidad para lograrlo. El criterio del dominio del peligro resulta ajeno a los §§ 24 y 31. Pero, dejando esto aparte, el criterio tampoco resulta aplicable. Pues si, después del abandono de uno de los participantes, el hecho sigue, pese a todo, adelante, no queda claro por qué el que se retira debería estar autorizado a presuponer la creencia contraria. Esto se demuestra también en nuestro caso. ¿Por qué debería emprender A un intento de redirigir el hecho si asumiese, y tuviese derecho a asumir, que ambas mujeres en ningún caso podrían ejecutar el hecho sin él? La inutilidad de su intento de redirección le muestra también que no tenía todo el dominio del peligro.

318 Por lo demás, si se parte del principio de evitación como directriz político-criminal del legislador (cfr., sin embargo, sobre la valoración *de lege ferenda*, nm. 330), tampoco resulta adecuada la apreciación de un desistimiento excluyente de la pena. Pues A habría podido impedir el hecho. Sólo habría tenido que retener a la fuerza a sus compañeras, o avisar a los empleados del banco, y advertirles de que las mujeres estaban armadas tan sólo con pistolas de aire comprimido, relativamente poco peligrosas. ¿Por qué debería el legislador desperdiciar la oportunidad de que, mediante los esfuerzos enérgicos de A, se impida un atraco, al garantizarle la exención de pena ya por el mero hecho de apartarse, aunque en la práctica ello no produzca efecto? La reducción de la pena de la autoría (en la que habría incurrido en caso de haber participado plenamente) a una pena de cooperación[342] resulta más adecuada al debilitamiento de su contribución al hecho que ha llevado a cabo A.

319 **Caso 5** (BGHSt 37, 289): A se había concertado con D para que, en caso necesario, cada uno de ellos disparase a los policías que les estaban buscando, con el fin de posibilitar la huida. Cuando fueron interceptados por la policía, D disparó contra dos policías e intentó matar a otros dos, aunque no les alcanzó. A no disparó, levantó los brazos desde el principio y, finalmente, se echó al suelo, sin sacar el arma. D no se dio cuenta de la conducta pasiva de A, sino que creyó tener en A un cómplice, que le protegería en el caso de que fuese necesario.

---

[340] *Bademann*, JuS 1981, 338.

[341] *Bademann*, JuS 1981, 341.

[342] Y, en ciertos casos, *de lege ferenda*, también la atenuación de dicha pena, cfr. nm. 330.

Tampoco en este supuesto es aplicable el § 24 II. Pues el apoyo psíquico 320
a D por parte de A sigue siendo efectivo hasta el final, por lo que se le ha de imputar lo sucedido. Aunque se debe premiar a A por su inactividad (como en el caso 4), apreciando una mera cooperación, pese a que el BGH apreció erróneamente una coautoría (cfr., al respecto y críticamente, § 25, nm. 201 ss.). Si, cuando D empezó a disparar, A hubiese dejado abiertamente de secundarle, habría deshecho su contribución al hecho. Pero tampoco en este caso existiría un desistimiento excluyente de la pena del § 24 II, pues A no habría impedido la consumación por parte de D, y tampoco se habría esforzado en lograrlo. Respondería, no obstante, únicamente por cooperación en la tentativa (en vez de en el delito consumado).

Erb[343] cuestiona que exista incluso cooperación. Opina que el dolo de A 321
estaría dirigido, en el momento del concierto, únicamente a una "protección mutua". Pero, en realidad, el concierto habría producido únicamente el apoyo psíquico a la ejecución, asumida en solitario por D. Con ello se produciría una desviación del curso causal, que no estaría abarcada por el dolo de A, y que tampoco podría ser dejada de lado como una desviación no esencial. Por esta razón, el apoyo psíquico no podría serle imputado a A como cooperación. Frente a esto hay, que aducir, sin embargo, que la promesa de apoyo recíproco incluye por principio el apoyo psíquico al otro sujeto; los tiradores han de sentirse envalentonados al pensar que no están solos y que, en caso necesario, recibirán ayuda. Este efecto tuvo lugar efectivamente, tal y como estaba planeado. Esto no queda alterado por el hecho de que no se llevase a cabo, adicionalmente, el uso del arma de fuego (que, en su caso, habría dado lugar a coautoría), aunque merecería una atenuación relevante de la pena.

Caso 6 (RGSt 55, 105): A da a B la llave de entrada a la tienda de su patrón, para que pueda 322
falsificarla con el fin de robar. Más tarde se arrepiente. Se hace prometer por B que no intentará nada. Sin embargo, B había hecho su promesa sólo para disimular; y ejecuta el hurto con ayuda de la llave falsa.

También en este caso la contribución al hecho de A sigue produciendo 323
efecto hasta la ejecución del delito, por lo que el RG condenó a A por cooperación en el delito consumado. En la doctrina, por el contrario, se han alzado numerosas objeciones. En el caso de *Vogler* y de *Backmann*[344], ello tiene que ver con la opinión, ya discutida (nm. 316 ss.), de que la exención de pena surge ya "cuando el participante tiene derecho a estar convencido de que, a consecuencia de sus esfuerzos, el hecho no tendrá lugar". En contra de esta opinión es posible hacer valer las objeciones expuestas en los nm. 317 s. *Otto*[345] elige otro punto de partida para su argumentación. De acuerdo con él, la conexión de imputación queda interrumpida cuando un tercero (aquí: el autor) excluye, mediante engaño, al cooperador del dominio sobre

---

[343] *Erb*, JuS 1992, 200 s.
[344] *Vogler*, ZStW 98 (1986), 345; *el mismo*, LK, 10[3], § 24, nm. 163; *Backmann*, JuS 1981, 336 (339).
[345] *Otto*, JA 1980, 711.

el suceso. Pero, por diversas razones, esta construcción no resulta sostenible (cfr., al respecto, con más detalle, nm. 327 s.). Pues, de acuerdo con los principios generales[346], la imputación se fundamenta en la realización de un riesgo no permitido. Dicho requisito se da en este supuesto, ya que la entrega de la llave es justamente lo que hizo posible el resultado.

324 *Lenckner*[347] confiesa su "malestar" con el hecho de penar a A, y se pregunta qué más debería hacer realmente el cooperador o el inductor que cree haber persuadido al autor, puesto que tampoco avisar a la víctima o informar a la policía proporciona una absoluta seguridad de evitación. Pero esta no es la pregunta correcta. Pues la exención de pena no se vincula a que el autor haya hecho todo lo aparentemente necesario, sino a que haya revertido la puesta en peligro, es decir, a que haya impedido el resultado. Puesto que en esto no ha tenido éxito, seguirá respondiendo exactamente igual que quien llama a la policía o avisa a la víctimas, sin lograr con ello evitar el delito. Frente a esto, *Lenckner* vuelve a objetar que, en los casos de desistimiento "en la fase previa", no es preciso ser tan estrictos como cuando se trata de una reversión en la fase de tentativa (§§ 24 I 1; II 1). Sin embargo, la ley exige también, en el caso de los actos preparatorios punibles, un "evitar" o "impedir", en aquellos supuestos en los que subsista el peligro de una consumación a manos de terceros (§ 31 I). Ello se justifica en que el que se queda fuera, en cuanto ha realizado ya su contribución y el acontecimiento ha salido de sus manos, depende siempre, en sus esfuerzos de reversión, de la suerte y la mayoría de las veces, además, de la buena voluntad del autor, por lo que debe soportar igualmente el riesgo de fracaso[348].

325 De acuerdo con la jurisprudencia y con la doctrina absolutamente dominante[349], únicamente existe exclusión de la pena cuando –como queda demostrado en el supuesto de hecho del caso 6- B se deja persuadir realmente, renuncia a su plan de hurto y comete posteriormente el hecho, empleando la llave, a consecuencia de una nueva decisión. En este supuesto, la exclusión de la pena obedece a que, tras la renuncia a la decisión delictiva por parte del autor potencial, no existe ya ningún suceso que resulte relevante a efectos delictivos (tampoco en la forma de un acto preparatorio aún atípico). La decisión posterior de llevar a cabo el delito da lugar a un nuevo hecho, en el que A ya no ha intervenido.

326 **Caso 7:** Los coautores A, B y C, con la finalidad de cometer un atentado terrorista con bomba, habían colocado la bomba fabricada por A. Posteriormente, a A le entraron dudas, y

---

[346] Ampliamente, *Roxin*, AT I, 3ª [=PG I], § 11.

[347] *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 288, adhiriéndose a *Maurach*, AT, 3ª, § 50 III C 2 c, aa; duda igualmente *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 84, quien, adhiriéndose a *Lenckner*, loc. cit., 284 s., llama la atención, con razón, sobre la subsistencia de la posibilidad de responsabilidad por imprudencia.

[348] Así, también –aunque vacilante– el mismo *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 290.

[349] RGSt 20, 259; 47, 358 (361); RG HRR 1933, 1898; BGH NJW 1956, 30 (31); BGH MDR (D) 1966, 22. A favor de la responsabilidad por cooperación, únicamente *v. Scheurl*, 1972, 84 ss. (en contra, acertadamente, *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 287, n. 19).

quiso desmontar la bomba o desactivarla, lo que fue impedido por B y por C, encadenándole. El plan tuvo éxito[350].

En este caso, A responde también como coautor del asesinato[351]. No puede 327
tomarse en consideración la existencia de desistimiento, pues no ha tenido éxito en neutralizar su contribución. Tampoco puede argumentarse de modo plausible la degradación de su conducta a mera cooperación (como se debía hacer en los casos 4 y 5), ya que A ha proporcionado durante la fase ejecutiva una contribución decisiva, y no ha sido capaz de apartarla. No obstante, *Otto*[352] defiende una solución distinta. Según él, A no es responsable por el resultado, pues la conexión de imputación resultaría excluida (cfr. ya nm. 323): "La necesaria conexión de imputación entre la conducta del autor y el resultado queda interrumpida cuando el participante es excluido del dominio sobre el evento por una persona que es consciente del riesgo en toda su extensión, con el resultado de hacer imposible para el participante la inocuización de su contribución". Siguiendo esta opinión, subsistiría una tentativa, de la que A –según *Otto*– habría desistido, conforme al § 24 II 2. Pues el hecho habría sido cometido, con independencia de su contribución, "después de que él se hubiera esforzado seriamente en impedir la consumación".

Sin embargo, partiendo de la base del Derecho vigente, esta solución no 328
resulta convincente. Pues constituye un principio general (válido también para el caso del autor individual) el que el desistimiento sea imposible cuando tiene lugar un resultado imputable (cfr., con más detalle, nm. 113). En este caso, el resultado es imputable, ya que el mismo obedece a un peligro creado por A[353]. Tampoco se comprende por qué habría que premiar, en este supuesto, los esfuerzos fallidos para desistir, mientras que, en el resto de los casos, los mismos carecen de efecto. Si A, debido a un desmayo, y sin ninguna intervención de terceros, hubiese sido incapaz de desactivar la bomba, como había planeado, respondería en todo caso del resultado. ¿Por qué deberían ser las cosas distintas. tan sólo porque haya sido inmovilizado por la intervención de un tercero?

Pero, igualmente, la apreciación de un desistimiento en la tentativa (supo- 329
niendo que sólo existiese una tentativa) resulta poco convincente. Pues no se entiende cómo podría hablarse de que el hecho se consumó con independencia de la contribución de A, cuando en realidad se trata de una bomba

---

[350] El caso fue elaborado por *Schlee*, en las deliberaciones de la Comisión Especial para la Reforma Penal (Prot. V, 1771).

[351] Ampliamente al respecto, *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 291 ss. El caso fue solucionado así también en el seno de la Comisión Especial para la Reforma Penal (Prot. V, 1771).

[352] *Otto*, JA 1980, 777; cfr., además, *el mismo*, Maurach-FS, 1972, 101 ss.; *el mismo*, AT, 6ª, § 19 IV.

[353] Bien es cierto que la conexión de imputación quedará interrumpida, pese a la existencia de una creación no permitida de peligro, cuando, por ejemplo, la víctima rechace ser salvada, o impida dolosamente la salvación. Sin embargo, esto tiene que ver con la idea de la impunidad de la co-causación de una autopuesta en peligro (cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], §11, nm. 86 ss.), que no se puede decir que exista en este caso.

construida por él. No es posible que la "independencia" exigida por el § 24 II 2 tenga que ver únicamente con el "esforzarse seriamente" de A, puesto que, en tal caso, el § 24 II 2 lo habría nombrado al lado de dicho requisito, como un elemento autónomo de la exención de pena.

330 Por otra parte, en todos los casos de esta clase (casos 4, 6 y 7) resulta muy insatisfactorio que los esfuerzos de evitación puestos en marcha con la mayor energía, que quizá fracasen tan sólo por mala suerte, queden completamente sin recompensa, de acuerdo con el Derecho vigente. Resultaría más acertado que se incorporase al § 24 II una regulación que facultase al juez para atenuar la pena, o eximir de ella, en los casos en los que el autor no haya tenido éxito en impedir la consumación, pero se haya esforzado de manera seria y voluntaria en lograrlo[354]. En tal hipótesis, en el caso 4, lo adecuado sería una atenuación de la pena, y en los casos 6 y 7, incluso la exención total. El legislador ha elaborado una regulación como la que se acaba de exponer en los §§ 84 V [desistimiento en la dirección de partidos políticos declarados inconstitucionales], 85 III [desistimiento en la dirección de partidos y asociaciones ilícitas] y 129 VI [desistimiento en la constitución de organizaciones criminales], para los casos de desistimiento sin efecto en el delito consumado; existe, no obstante, unanimidad acerca de la imposibilidad de extraer de dicha regulación específica un principio general que sea trasladable al § 24. Por lo que, conforme al Derecho vigente, la cuestión sólo puede ser tomada en consideración en la medición de la pena. En el supuesto de autoría de asesinato (como el caso 7), para el que está prescrita de forma obligatoria la prisión "perpetua", se debe admitir, recurriendo a la "solución en el ámbito de las consecuencias jurídicas" (BGHSt 30, 105), una posibilidad de atenuación, conforme al § 49 I [atenuaciones legales de la pena].

5. Las posibilidades de desistimiento excluyente de la pena

a) La agravación de la punición en el Derecho vigente

331 Si el delito alcanza la fase de tentativa, de acuerdo con el § 24 II 1, para el desistimiento excluyente de la pena de un participante, se exige la evitación de la consumación. No basta, pues, con deshacer la propia aportación (cfr., con más detalle, ya nm. 303), tal y como se venía aceptando de forma general hasta la entrada en vigor de la nueva Parte General. Se discute mucho si este incremento en los requisitos del desistimiento (que, no obstante, resulta suavizado de forma significativa por el § 24 II 2: cfr. nm. 304) resulta satisfactorio desde el punto de vista político-criminal. La doctrina dominante cuestiona, con razón, la legitimidad político-criminal de esta regulación[355].

---

[354] Al respecto, con más detalle, *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 293 ss.

[355] Cfr. *Roxin*, 2ª, 1975, 23 s.; *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 305 s.; críticos también, *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 701; *v. Scheurl*, 1972, 76; *Stratenwerth*, AT, 4ª, § 12, nm. 168.

En la argumentación de la Comisión Especial para la Reforma Penal[356] se 332
dice: "Decisivo para esta opción ha sido la valoración de que un hecho en el que intervienen varios autores generalmente resulta más peligroso que el que es realizado por una persona sola, y de que, con deshacer la propia contribución, no se elimina esa superior peligrosidad. Puesto que el coautor ha contribuido a que los otros autores hayan iniciado su actividad, hay que exigirle por principio que impida la consumación del hecho".

Aquí subyacen dos ideas. La primera, de la "peligrosidad mayor", es erró- 333
nea. Pues, en contra de lo que dice el argumento, si un participante en el hecho anula su contribución, ha "eliminado" la cantidad de peligrosidad aportada por él, y ya no puede servir para justificar las mayores exigencias para el desistimiento. La segunda es la finalidad político-criminal de configurar el privilegio del desistimiento de tal forma que los delitos sean impedidos en la mayor medida posible. Sin embargo, la vía empleada aquí para lograr dicho objetivo resulta ajena al sistema de la teoría del delito. Pues la exención de pena del interviniente o participante se hace depender de que impida un acontecimiento en el que ya no tiene parte. Y solamente en supuestos muy especiales se vinculan consecuencias penales desventajosas a la no evitación de delitos ajenos (§§ 138 [omisión de denuncia de delitos futuros], 323c [omisión de socorro]).

Tampoco la teoría de los fines de la pena (que fundamenta el privilegio 334
del desistimiento: cfr. nm. 4 ss.) da cobertura a la denegación de la exención de pena en los casos en que se deshace la propia aportación. Pues el participante, en lo que se refiere a sí mismo, ha regresado a la legalidad, y la puesta en peligro procedente de él (o el efecto perturbador del Derecho que intentó provocar) ha sido alejada, por lo que, ni desde el punto de vista preventivo-especial, ni tampoco desde el preventivo-general, resulta necesaria la punición[357].

En todo caso, es preciso respetar la decisión legislativa. Puesto que el le- 335
gislador en absoluto está obligado a derivar una completa exención de pena del desistimiento voluntario, también puede hacer depender la exención de requisitos aumentados. Desde la perspectiva de la razón de ser del desistimiento, a dicha decisión subyace una conexión entre la teoría del puente de plata y el pensamiento de la protección de la víctima, que, en esta formulación, resulta extraña tanto para la ley como para la jurisprudencia, pero que hay que rastrear detrás el Derecho vigente.

Es preciso ser conscientes, además, de que, en contra de lo que parecería 336
desprenderse del § 24 II 1, lo que se pide para la exención de pena, junto con la necesidad (que nadie cuestiona) de que se anule la propia contribución, no es la evitación del hecho, sino tan sólo un esfuerzo voluntario y serio

[356] BT-Drucks. V/4095, 12.
[357] Sobre todo ello, cfr. también *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 305 s.

para lograrlo. Pues si, pese a la eliminación de la contribución de alguno de los intervinientes, el delito es cometido, se habrá iniciado "con independencia" de dicha contribución, en cuyo caso basta con un "esforzarse", en el sentido del § 24 II 2.

b) La evitación

337 Todo lo que más arriba (nm. 211-264) se dijo en relación con la evitación en el ámbito del § 24 I 1 puede ser razonablemente trasladado al caso del § 24 II 1. Allí donde el participante, sin ayuda de otros, frustra el hecho de uno o de varios terceros (sea mediante la retirada o la omisión de una contribución propia que era imprescindible, mediante la persuasión, o amenazando con recurrir a la policía, defendiendo a la víctima, o posibilitando su huida), existirá siempre una evitación del hecho, que excluye la pena. Si el que intenta evitar se sirve de la ayuda de terceros, es necesario diferenciar, conforme al criterio expuesto en nm. 246 ss.: la mera exhortación a cualquier persona a que frustre el delito, en la medida en que el sujeto que intentar evitar no se asegure del efecto y, en caso necesario, contribuya a lograrlo, no es suficiente, como tampoco lo es un mero apoyo accesorio (sustituible) a las personas que se esfuerzan en lograr la evitación. Sí que basta, no obstante (aunque pocas veces ello resulte posible durante la fase de tentativa), con hacer intervenir a funcionarios competentes para la evitación, sobre todo de la policía, o con una evitación casi en régimen de coautoría (por ejemplo, actuando conjuntamente, dividiéndose el trabajo, con un encargado de salvar que haya acudido).

c) El esfuerzo voluntario y serio

338 Aquí es de aplicación todo lo que sobre este concepto se dijo más arriba (nm. 265-284), al explicar el § 24 I 2. La primera alternativa, en la que el hecho no se consuma sin que haya habido intervención alguna de quien pretende impedirlo, se da, por ejemplo, cuando el que ha hecho el encargo revoca su inducción, o cuando el cooperador se esfuerza en deshacer su contribución, sin saber que el autor ya ha renunciado por sí mismo a la decisión durante la fase preparatoria, que el hecho ya ha fracasado o que la tentativa se ha revelado como inequívocamente inidónea.

339 La segunda alternativa, en la que el hecho es cometido con independencia de la contribución previa del que intenta impedirlo, en la práctica sólo resulta relevante para la cooperación y para la coautoría. Pues, si el inductor no ha logrado persuadir al autor, y tampoco consigue impedir el hecho, es decir, si su incitación sigue produciendo efecto, entonces el hecho no habrá sido cometido con independencia de la misma. En el caso de los cooperadores y de los coautores, es posible hallar dos grupos de casos: la anulación de la propia contribución y el supuesto en el que el autor finalmente no hace uso de la contribución aportada por el otro sujeto (por ejemplo, la herramienta que se le proporcionó) durante la fase de tentativa.

En estos supuestos, se puede plantear la cuestión de si, aun existiendo es- 340
fuerzos serios de evitación, una influencia psíquica continuada, procedente de una aportación al hecho de naturaleza psíquica que ha sido anulada o que permanece sin ser empleada, puede excluir, pese a todo, el desistimiento, debido a que el reforzamiento en la decisión delictiva que se produjo inicialmente, o el concierto para delinquir, siguen produciendo su efecto hasta el momento de la consumación[358]. Pero, por regla general, hay que rechazar esta opinión. Pues si, como suele ocurrir casi siempre, los esfuerzos de evitación son de naturaleza verbal, o de cualquier otro modo resultan reconocibles para el que (o los que) siguen adelante (no ocurre así, por ejemplo, en BGHSt 37, 289, *supra* nm. 319), estos elementos de contrarresto neutralizarán igualmente el inicial favorecimiento psíquico (a menos que en el concierto para delinquir exista ya una inducción). Cualquier otra interpretación vaciaría aún más de contenido esta alternativa del § 24 II 2, efecto que el legislador, que quería limitar de este modo el mayor nivel de exigencia propio de la nueva regulación, no puede haber pretendido.

La "seriedad" del esfuerzo exige, conforme al criterio expuesto en nm. 341
275 ss., que el que desiste emplee aquel método que, desde su punto de vista, esté más cerca de ser el mejor, pero no necesariamente tiene que ser el objetivamente adecuado para la evitación del resultado, ni hay por qué comprobarse cuidadosamente su idoneidad. Esto, en cualquier caso, quiere decir que el que intenta evitar no logra ya la exención de pena con pedir a su o sus cómplices que desistan. Si ve que esta exhortación no produce efecto, tiene que emplear otros métodos de evitación que resulten obstruyentes, saboteando, por ejemplo, la ejecución, o amenazando con denunciarles. El límite en la magnitud del esfuerzo ha de fijarse, basándose en el principio contenido en el § 35 [estado de necesidad exculpante], allí donde cualquier ulterior esfuerzo de evitación conllevaría ya un peligro para la vida, para la integridad corporal o para la libertad de quien desea desistir. Éste no tiene, pues, por qué emplear la fuerza contra los cómplices que están dispuestos a continuar adelante, si corre peligro de que estos le disparen, le maltraten gravemente, le aten o le encierren. A la hora de elegir método, basta con el que, evitando dichos peligros, resulte más adecuado desde su punto de vista.

No obstante, todo esto no ha sido todavía investigado a fondo desde el 342
punto de vista teórico, y no es aceptado de forma general. Así, en los debates de la Comisión Especial para la Reforma Penal se defendió la opinión (en todo caso, no de forma unánime) de que es suficiente para un "esfuerzo serio" con que el que pretende impedir intente apartar a los demás intervinientes de cualquier acto comisivo ulterior[359]. Se intentarían rebajar de este modo las objeciones en contra del incremento en las exigencia en relación

---

[358] LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 190, con ulteriores referencias; *el mismo*, ZStW 98 (1986), 351.

[359] Deliberaciones de la Comisión Especial para la Reforma Penal V, 1759–1765. *Dreher*, sobre todo, votó en este sentido. Cfr., al respecto, también *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 716 s.

con el Derecho vigente hasta entonces (nm. 331 ss.). Pero una interpretación así no parece posible. Pues, en muchos supuestos, el sujeto mismo que pretende impedir sabe que es inútil intentar apartar a los demás participantes de su proyecto. Sin embargo, una actuación que desde el principio se sabe que es inútil no puede entenderse como un esfuerzo de evitación (y menos aún como uno serio). Esto resulta indiscutible, por lo que tampoco puede tratarse de otro modo el caso en el que el que intenta impedir se da cuenta de la inutilidad de sus esfuerzos de persuasión al ver la reacción de sus cómplices. Si, en tal situación, ve alguna otra posibilidad de evitación, debe esforzarse con la misma, exactamente igual que si le hubiese quedado claro desde el principio la inutilidad de dar buenos consejos. Pues el que omite acciones de evitación que ha considerado prometedoras, no se está esforzando seriamente en impedir el hecho. En todo caso, no es infrecuente que, después de fracasar un intento de persuasión que *ex ante* parecía prometedor, no esté disponible ningún método más de evitación que resulte exigible; en cuyo caso, el que pretende evitar habrá hecho todo lo posible y habrá desistido, con un efecto excluyente sobre la pena.

343 En la doctrina, *Grünwald*[360] aboga por "prescindir del requisito de que el participante, cuando fracase una contramedida, esté obligado a emplear otras". Opina que, puesto que hay "disponibles casi siempre modos efectivos de impedir", la necesidad de recurrir a ellos dará lugar, en la mayor parte de las ocasiones, a evitaciones efectivas, por lo que el esforzarse tendrá "relevancia autónoma únicamente en muy pocos casos". Pero, aun dejando aparte lo cuestionable de la premisa, de que el que pretende evitar un hecho "casi siempre" pueda impedirlo, esta solución da la vuelta por completo a las intenciones del legislador: si éste ha introducido unos requisitos más exigentes, con el fin de que se impidan tantos delitos como sea posible (cfr. nm. 333), de acuerdo con este planteamiento, habrá que reservar la exención de pena únicamente para los casos en los que el que pretende evitar emplea también, dentro de los límites de lo exigible, todos los métodos de evitación que le sean conocidos.

344 Tampoco resulta convincente la idea adicional de *Grünwald*, de que el requisito del esfuerzo tiene únicamente la finalidad de mostrar "que el participante, más allá de anular su propia contribución, se distancia del hecho mediante un acto positivo que confirma la norma, con lo que compensa el efecto perturbador del Derecho de la infracción de la norma cometida". Pues, por un lado, en el hecho de deshacer la propia contribución tiene lugar ya una "compensación" total, y también una toma de distancia respecto del hecho. Y, por otra parte, como muestra el tenor literal del § 24 II 2, el legislador no se basa primordialmente en la toma de distancia, sino justamente en la evitación.

---

[360] *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 717.

6. Desistimiento excluyente de la pena en la ejecución de un hecho distinto

Si el sujeto que pretende evitar impide el hecho planeado al que original- 345
mente contribuyó, queda exento de pena cuando el o los restantes sujetos ejecutan un hecho diferente. Si, por ejemplo, A frustra el robo con fractura en régimen de coautoría que había concertado con B, al no llevar al lugar de comisión la aportación que le correspondía, o al retirarla, su exención de pena persiste incluso aunque, al día siguiente, B obtenga, mediante una estafa, el dinero que perseguían. Pues A ha impedido el hecho que habían convenido; todo lo demás no tiene que ver con él.

Sin embargo, una cuestión difícil, y que aún no ha sido definitivamente 346
resuelta, es la de cuándo la desviación del delito cometido, respecto del plan original, es tan grande que hay que hablar de un hecho nuevo y distinto. El problema surge también cuando el autor individual adopta nuevas disposiciones, y será tratado con más detalle en relación con la cuestión de la voluntariedad (cfr. nm. 413 ss.). Por ello, aquí se discutirán únicamente de manera detenida los aspectos del problema que tienen más que ver con las particularidades de la intervención pluripersonal.

El punto de partida evidente a este respecto es el **reconocimiento de que, en** 347
cualquier caso, la supresión de la contribución que debería haber realizado el sujeto que pretende evitar no convierte, sin embargo, el hecho realizado en uno diferente. Pues, si no, el requisito legal de la evitación carecería de sentido, porque ya la anulación de la propia contribución daría lugar a la exención de pena. Tampoco las ligeras desviaciones respecto del plan original alteran la identidad del hecho[361]: si, después de que el sujeto que pretende evitar el hecho ha vuelto a arrebatarles la ganzúa que inicialmente puso a su disposición, sus cómplices ejecutan el robo con fractura echando abajo la puerta o entrando por la ventana, se tratará únicamente de una adaptación del viejo plan a las nuevas circunstancias (tal y como resulta obligado casi siempre, cuando se suprime una contribución con la que inicialmente se contaba). Por ello, si es que la regulación ha de tener algún sentido, hay que entender que el legislador parte de la consumación del delito original. Por las mismas razones, tampoco existe un hecho nuevo cuando un vigilante, el conductor del automóvil para la huida o cualquier otro coautor (como, por ejemplo, en el caso 4, nm. 314) se alejan, y los demás modifican el reparto de tareas y la ejecución, de manera que sea posible consumar el hecho prescindiendo de la contribución originalmente esperada del que se marcha. Ha de tratarse, pues, de una situación en la que el autor pueda decir: "Lo hemos conseguido también sin él –el que suprime su aportación".

Por el contrario, es evidente que existe un **hecho diferente cuando el que** 348
es abandonado por su coautor o cooperador realiza un tipo penal diferente

---

[361] Cfr. también los ejemplos tratados en la Comisión Especial para la Reforma Penal (Prot. V, 1759 s.) y, sobre ello, *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 300.

(por ejemplo, una estafa en vez del hurto inicialmente planeado –nm. 345–, una violación en vez de un incendio, etc.). Pues, en estos casos, ya no se trata de la ejecución del hecho en el que había contribuido el sujeto que abandona. También la existencia de excesos cambia la naturaleza del hecho (cfr., en relación con los excesos, la exposición en el ámbito de la inducción, § 26, nm. 109 ss.)[362]. Así, si tras la supresión de uno de los participantes y de su contribución, los restantes cometen un robo en lugar de un hurto, o un asesinato en lugar de unas lesiones peligrosas, el que abandona no puede ser castigado por tentativa de los §§ 242 [hurto] ó 224 [lesiones gravemente peligrosas]. Pues si el exceso no puede ser cargado a cuenta del inductor, de ello se deduce que ya no se trata del hecho al que había inducido. Y, entonces, también en relación con el § 24 II hay que considerar que existe un hecho distinto.

349 Los retrasos forzados por el abandono de uno de los participantes constituyen un problema importante. ¡Piénsese en el caso en que A vuelve a arrebatar a B el medio (por ejemplo, el veneno) o la herramienta (por ejemplo, la llave falsa) imprescindibles para la ejecución que le había proporcionado! B interrumpe primero la actividad delictiva, pero anuncia luego que llevará a cabo el hecho, en cuanto haya conseguido otro veneno u otra llave falsa. ¿Tendría que evitarlo A, o esforzarse en evitarlo, si quiere quedar libre de pena?

350 Lo más correcto es responder negativamente: **un hecho es el mismo tan sólo si, a partir de la fase de tentativa, es llevado hasta el final *in situ*.** Ciertamente, su identidad no es puesta en cuestión por el hecho de que, cuando un cómplice falla y elimina su contribución, los autores se detengan y se pongan de acuerdo acerca de si pueden, y de qué manera, llevar a cabo el hecho en las nuevas circunstancias. Si, en tal situación, se deciden por seguir adelante, continúan ejecutando aún el mismo hecho, Por el contrario, si, en el ejemplo de partida (nm. 349), B decide irse a casa y cometer el delito otro día, A habrá impedido el hecho en concreto, y quedará exento de pena.

351 Hay dos argumentos decisivos en favor de esta solución: en primer lugar, no existe otro criterio plausible de delimitación que el de la estrecha conexión espacio-temporal (siempre que haya identidad en cuanto al tipo penal realizado). Si se quisiera entender que, después de una interrupción de tres días, se está realizando todavía el mismo hecho, no estaría claro por qué no debería pensarse lo mismo después de tres semanas o de tres meses. Esto, sin embargo, llevaría a consecuencias desmesuradas. Y, en segundo lugar, sólo cuando tenga lugar una continuación de la ejecución *hic et nunc*, es posible aplicar con sentido el § 24 II. Éste dice que el que elimina su contribución, al apartarse, debe intentar cuando menos alejar también a el otro u

[362] También en este sentido, *Otto*, JA 1980, 710; *Sch/Sch/Eser*, 26ª, § 24, nm. 92; LK-*Vogler*, 10ª, § 24, nm. 174; *el mismo*, ZStW 98 (1986), 349; cfr. también *v. Scheurl*, 1972, 120; *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 713.

otros del delito, o ponerse en trance de impedirlo. Sin embargo, lo que pueda suceder en momentos posteriores, generalmente desconocido por parte del que abandona, se sustrae por principio a sus posibilidades de dominio. Pues él no tiene ni el derecho ni la posibilidad de ir vigilando paso por paso el curso de la vida de sus antiguos cómplices. Ni siquiera una denuncia sería de ayuda, puesto que hasta ese momento no ha sucedido nada punible o, cuando menos, nada susceptible de prueba.

En la doctrina, frecuentemente se equipara la exigencia de proximidad 352
espacio-temporal con el criterio de la unidad natural de acción[363]. Esto es correcto, en tanto que los criterios decisivos para definir el "hecho", en el sentido del § 24 II, y la "unidad natural de acción" se parecen. Sin embargo, cada uno de ambos conceptos afronta un problema distinto, por lo que no son idénticos[364]. Así, el BGH ha resuelto que una renuncia temporal a la decisión delictiva por parte del autor no tiene por qué impedir la concurrencia de una unidad natural de acción (BGHSt 4, 219; cfr., al respecto, con más detalle, § 33, nm. 48), mientras que una persuasión, también temporal, de los demás participantes implica la evitación del hecho, incluso si luego retoman el plan (cfr. nm. 325).

Otto[365] exige "una enfoque valorativo, en el que se debe tomar en consi- 353
deración la continuidad espacio-temporal del curso delictivo, pero también la identidad del objeto de ataque y la similitud en las formas de ataque". Sin embargo, en ello lo único irrenunciable (con la condición de que se trate del mismo tipo penal) es la continuidad espacio-temporal. Pues *Otto* pretende también entender que una alteración esencial de las modalidades del hecho (por ejemplo, entrar por la ventana, en vez de mediante fractura) contra la misma víctima no es todavía un "hecho nuevo". Por otra parte, la identidad de víctima y de objeto material constituyen también la base para la existencia de un hecho único, primero intentado y luego consumado. Pero esto no es completamente obligatorio[366]: si una "banda" de carteristas, a consecuencia del abandono de uno de los participantes, pierde el tren en el que debía llevar a cabo su siguiente golpe, sigue concurriendo el mismo hecho, mientras el delito sea llevado a cabo, del modo planeado, contra los viajeros del siguiente tren que llegue. Por ello, el que abandona deberá esforzarse en impedir también dicha "continuación", si quiere quedar exento de pena. La identidad en el objeto material de la acción y en la víctima es, pues, tan sólo un criterio para la existencia del hecho en el caso de que los participantes se

---

[363] *Leuckner*, Gallas-FS, 1973, 303; *Küper*, JZ 1979, 780 le sigue en principio, aunque, en los casos de identidad en el objeto material del ataque y en el modo de ejecución, pretende renunciar a la necesidad de un estrecho contacto espacio-temporal.

[364] En este sentido, con razón, *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 714.

[365] *Otto*, JA 1980, 710; le sigue *Vogler*, ZStW 98 (1980), 349.

[366] *Leuckner*, Gallas-FS 1973, 304. Por el contrario, para *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, 713 está "fuera de toda duda que hay que negar la existencia de identidad (...) cuando (...) tenga lugar un cambio en el objeto material del hecho".

dirijan contra una víctima individual o contra un objeto individualizado. Si tal es el caso (como suele suceder), dicho criterio constituye, junto con la estrecha conexión espacio-temporal (que hay que exigir siempre), un elemento bastante seguro para determinar la unidad del acontecimiento delictivo.

C. La voluntariedad del desistimiento

I. Teorías psicológicas y normativas

354 El efecto liberador de pena del desistimiento está ligado en todas sus formas de manifestación a la "voluntariedad". En su totalidad las cuatro hipótesis del § 24, cada una de las cuales contiene a su vez distintas configuraciones de casos, se refieren a ella; lo mismo rige para el desistimiento de la tentativa del partícipe según el § 31. El elemento de la voluntariedad requiere por tanto un tratamiento independiente y unificado en referencia a las diversas constelaciones de desistimiento.

355 Sigue existiendo, hoy como ayer, una controversia no resuelta sobre la determinación de la voluntariedad. El inabarcable y disperso estado de la discusión permite señalar, sin embargo, dos concepciones fundamentales contrapuestas entre las que discurre el debate. Según **la teoría psicológica**, el desistimiento es voluntario cuando el autor ha actuado sin coacción psíquica; por el contrario, es involuntario si las circunstancias ejercieron tal presión anímica sobre el autor, que no podía hacer otra cosa más que desistir. Según las **teorías normativas**, que se presentan de numerosas formas, no sólo se trata del estado psíquico, sino de una valoración del motivo del desistimiento: el desistimiento sólo se considera "voluntario" cuando se manifiesta como una "vuelta atrás", como expresión de un cambio de actitud y en esa medida como "retorno a la legalidad".

356 Ambas concepciones conducen al mismo resultado en el grupo de casos más significativo desde el punto de vista práctico, en que el riesgo de la ejecución del hecho se hace demasiado grande: el autor desiste, por ejemplo, porque se siente observado y en caso de realizar el hecho ha de contar con su rápida detención y procesamiento. La teoría psicológica negará aquí la voluntariedad, con el argumento de que el autor se encontraba en una situación de coacción psíquica y prácticamente no tenía más opción que desistir. Las teorías normativas rechazarán igualmente la voluntariedad porque el desistimiento no se basa en un cambio de actitud del autor, sino únicamente en una adaptación a la situación adecuada al delito y por eso no merece liberación de pena alguna.

357 Mientras en la jurisprudencia domina la teoría psicológica, en la doctrina predominan las concepciones normativas, aunque no de forma unánime. La contraposición de opiniones cobra importancia práctica sobre todo allí donde puede llevar a resultados distintos y esto es lo que sucede especial-

mente en tres constelaciones que deben aclararse mediante ejemplos de la jurisprudencia.

La primera constelación se refiere al **supuesto en que el autor, si bien no puede llevar a cabo su plan delictivo por completo, lo realiza en la medida de lo posible, pero dejando de lado objetivos secundarios.** 358

Caso 1 (BGHSt 35,184):

El acusado (A) quería matar a su ex-esposa (E) y al nuevo amigo de ésta (F). Los espió en un aparcamiento, y a F, que apareció primero, le hirió ya gravemente y le impidió que huyera. Pero luego lo soltó, porque entretanto había aparecido E y temía que ella se le pudiese escapar si "seguía entreteniéndose" más tiempo con F. Como "consideraba preferente la muerte de su ex-esposa" a la de F, mató entonces a E de 17 puñaladas, mientras que el amigo F siguió con vida.

La pregunta de si A ha desistido voluntariamente de la tentativa de asesinato de F hay que contestarla afirmativamente desde el punto de vista de la teoría psicológica[367]. Pues A también podría haber matado a F en lugar de a E, y ha optado, en una "elección libre", por la muerte de E, sin ser motivado a ello por una fuerza externa. Y efectivamente, el BGH llega también a la aceptación de un desistimiento voluntario. Para él resulta decisivo "si la circunstancia en cuestión se presenta para el autor como un 'obstáculo constrictivo'...Pero no era de esta índole, sin embargo, el motivo por el cual el acusado desistió de una persecución posterior del testigo ... El renunciar a ello se muestra, más bien, como el resultado de una ponderación serena" (loc. cit. 186). Por el contrario, desde el punto de vista de las teorías normativas tendrá que rechazarse la voluntariedad del desistimiento[368]. Pues si alguien no lleva a término un asesinato únicamente porque en el marco de su plan del hecho le es aún más importante otro asesinato, no existe en ello ninguna marcha atrás en el camino de sus objetivos criminales, ningún cambio de actitud sobre el hecho y ningún retorno a la legalidad; no merece la liberación de la pena por tentativa. 359

La segunda constelación de casos en que las concepciones teóricas divergentes llegan a resultados distintos, **es aquella en la que el autor desiste solamente porque puede alcanzar el objetivo pretendido de otra manera, mejor y menos peligrosa.** 360

Caso 2 (BGHSt 7, 296):

El acusado (A) había abrazado y tirado al suelo a su víctima (V) con la finalidad de violarla. Como V, que estaba en inferioridad física, no veía ninguna posibilidad de defenderse con éxito, intentó utilizar la astucia. Le dijo a A que no tenía por qué "intentarlo con violencia. Que primero podrían descansar un poco y que si luego aún quería tener relaciones con ella, podría conseguirlo sin violencia". De este modo ella esperaba ganar tiempo y descubrir a alguien a

---

[367] A favor de la voluntariedad, aparte del BGH, se manifiestan: *Jäger*, 1996, 104 s.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 51 III 2; *Lampe*, JuS 1989, 610; tendencialmente también *Lackner*, NStZ 1988, 405; crít. sin embargo *el mismo*, *Lackner/Kühl*, 24ª, § 24, nm. 17.

[368] En contra de la voluntariedad: *Bloy*, JR 1989, 70; *Jakobs*, JZ 1988, 519; *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 24, nm. 56; *Tröndle/Fischer*, 49.ª, § 24, nm. 6 d; esta posición ha sido definitivamente abandonada en *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 24, nm. 20.

quien pedir ayuda. Y así ocurrió: A la soltó y cuando se acercaron dos personas que iban paseando, V pidió ayuda y A huyó.

361 El BGH pretende aceptar aquí, desde el punto de vista de la teoría psicológica, un desistimiento voluntario de la tentativa porque el autor no se ha visto obligado a tener que esperar y a renunciar al forzamiento inmediato del acto sexual. "Aquí, la agredida le propuso a A, para entretenerle, entregarse voluntariamente. La consecución de su objetivo le parecía por tanto al hombre =según su representación=, por así decirlo, como una fruta madura que caía en su regazo". No está demostrado, sin embargo –añade–, que esta expectativa fuera para A "un motivo tan apremiante para renunciar a delito, que no le quedaba otra elección. La ... suposición de que iba a poder llegar también a la relación sexual sin gran riesgo no le privaba, sin más, de la libertad de decisión"[369]. Una concepción normativa del desistimiento llegará aquí a otro resultado. Ya resulta muy dudoso (y más bien habría que negarlo) si es que acaso existió un desistimiento; pues incluso una posterior relación sexual con éxito no se habría basado en una decisión libre de V, sino que habría resultado obligada por el uso de la violencia inicial, de modo que todavía se la podría seguir considerando como consumación de la violación sólo brevemente "interrumpida". Pero aun aceptando un desistimiento, éste no podrá considerarse voluntario desde un punto de vista normativo[370]. Pues no se manifiesta en él ninguna "vuelta atrás", ningún cambio de actitud, sino sólo la circunstancia de que un delincuente sexual ha escogido para lograr su objetivo la vía más cómoda, que ya se le abría a raíz de su intento de acciones violentas.

362 **Caso 3** (BGH NJW 1980, 602, hechos simplificados):

A indujo a T a contraer un seguro de riesgo y robo para su barco, que él le gestionó. Posteriormente le sugirió esconder el barco y declarar que había sido sustraído, y querían repartirse la suma asegurada. Cuando se retrasó el pago, se le ocurrió otra idea: le comunicó a la compañía de seguros que T había escondido el barco y que él les indicaría el escondite si le pagaban una determinada suma de dinero (la que correspondía al beneficio pretendido por la estafa de seguro). Así sucedió.

363 De nuevo el BGH llega, con ayuda de la concepción psicológica, a admitir que A ya ha desistido voluntariamente de la inducción a tentativa de estafa de seguro[371]. Según la sent. hay que partir, en favor de A, de "que ya no quería ejecutar el hecho tal y como lo había planeado, aunque su ejecución le seguía pareciendo todavía totalmente posible, y, por lo tanto, desistió voluntariamente de la tentativa... Tampoco cambiaría nada si A hubiese desistido de su plan del hecho únicamente porque quería aprovechar la situación generada por la acción intentada" y conseguir por otra vía la suma del seguro.

---

[369] Tomas de posición doctrinales a favor de la voluntariedad: *Jescheck*, MDR 1955, 563; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 51 III 2; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 24, nm. 18; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 41/122; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 15/84; LK-*Vogler*, 10.ª, § 24, nm. 90; *Wessels/Beulke*, AT 31.ª, nm. 651.

[370] En contra de la voluntariedad: *Bottke*, 1979, 528; SK-*Rudolphi*, 6.ª, § 24, nm. 25; *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 24, nm. 56; *Ulsenheimer*, 1976, 329 s.

[371] A favor de la voluntariedad igualmente: *Jakobs*, AT, 2.ª, 26/35 con n. 70; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 24, nm. 18; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 41/116; LK-*Vogler*, 10.ª, § 24, nm. 90.

En cambio, una concepción normativa rechazará aquí la voluntariedad[372], pues no merece la impunidad el autor si pasa de una modalidad de daño engañoso a otro engaño algo distinto. (En la alegación de haber descubierto el barco escondido por T el BGH ve una nueva tentativa de estafa, que considera como un acto posterior impune por motivos que aquí no interesan). No puede hablarse de ninguna manera de un retorno a la legalidad.

La tercera constelación de casos en que la interpretación psicológica y la normativa pueden llegar a resultados discrepantes **se refiere al desistimiento por inhibiciones o impedimentos internos difícilmente superables** (remordimientos de conciencia, representación de la propia culpa, compasión, vergüenza, entre otros). 364

Caso 4 (BGH NStZ 1994, 428)

A apuñaló a su mujer con intención de matarla, cuando, de repente, aparecieron en la puerta del dormitorio los dos hijos de la pareja, que se habían despertado por "la riña". "A soltó a su mujer como consecuencia de ello, porque no quería seguir cometiendo su delito ante los ojos de sus hijos y porque emocional y psíquicamente tampoco era capaz, y echó a los niños de la habitación. Pero a pesar de que de nuevo volvía a estar solo con la mujer, siguió igualmente "sin ser ya capaz, por razones psicológicas, ... de apuñalarla ante la proximidad de los niños que se habían dado cuenta del terrible acontecimiento".

El BGH se ve aquí obligado por su concepción psicológica del desistimiento a aceptar un desistimiento involuntario[373]. La conmoción psíquica que provocó en A la aparición de los niños según la sent. seguía existiendo incluso después de echarlos fuera y le hizo incapaz de consumar el hecho. Con una apreciación normativa habría que llegar, por el contrario, a la voluntariedad del desistimiento[374]. Pues el ver a los niños le cambió su actitud al sujeto, por lo que ya no pudo ni quiso seguir actuando y retornó a la legalidad. Aquí concurre la rectificación o vuelta atrás interior que justifica una liberación de la punibilidad por tentativa de homicidio. En una constelación así, el enjuiciamiento normativo favorece al que desiste, mientras que en los demás grupos de supuestos (casos 1-3) trata al que desiste más severamente que la teoría psicológica.

II. La insostenibilidad del enfoque psicológico

La teoría psicológica[375] fracasa sobre todo a causa de dos objeciones: su incompatibilidad con la ratio del privilegio del desistimiento (1) y su inviabilidad práctica (2). 365

---

[372] En contra de la voluntariedad: *Bottke*, JR 1980, 442; *el mismo*, JA 1981, 63; SK-*Rudolphi*, 6.ª, § 24, nm. 25; *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 24, nm. 56; *Walter*, GA 1981, 403.

[373] A favor de la involuntariedad seguramente también *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 24, nm. 57; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 652.

[374] A favor de la voluntariedad también *Jäger*, 1996, 101 s.

[375] Entre sus partidarios en la doctrina se incluyen *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 27 II 4; *Blei*, AT, 18.ª, § 69 III 1; *Gropp*, AT, § 9, nm. 73; en Gropp, AT, 2.ª, § 9, nm. 73, se une sin embargo al punto de vista normativo; *Heinitz*, JR 1956, 249; *Küpper*, 1990, 179 ss.; *Lackner*, NStZ 1988, 405; *el misma*, *Lackner/*

1. La incompatibilidad de la teoría psicológica con la *ratio* del privilegio del desistimiento

366 Si, como aquí se sostiene (nm. 4 ss.) y como también lo viene haciendo la jurisprudencia desde BGHSt 9, 48 (nm. 4), con la teoría de los fines de la pena se ve la *ratio* del privilegio del desistimiento en que no requieren un castigo ni las necesidades de prevención general ni especial, ni tampoco la necesidad de una retribución justa (si es que se reconoce este fin de la pena), entonces sólo tiene sentido establecer como criterio de la voluntariedad el "retorno a la legalidad", la "rectificación o vuelta atrás interior". Pues sólo bajo ese presupuesto desaparecen los motivos que fundamentan la punibilidad de la tentativa. Cuando el autor realiza su plan en la medida de lo posible con la mayor energía criminal (caso 1), cuando debido a la violencia empleada consigue su objetivo finalmente de una forma más cómoda (caso 2), o cuando consigue el enriquecimiento ilícito y el daño a la víctima mediante una modificación de su plan del hecho (caso 3), sólo se adapta a la situación como lo hará cualquier delincuente que calcule racionalmente. Por qué un comportamiento así, puramente utilitario a los efectos de la realización del delito, puede llevar a la impunidad, es algo que no puede entenderse desde puntos de vista teleológico-políticocriminales. Dado que se mantiene la necesidad de pena para el autor, la impunidad no queda cubierta por la *ratio* del privilegio del desistimiento.

367 El propio BGH manifestó esto claramente por primera vez en la BGHSt 35, 187 (caso 1, nm. 358) con respecto a la crítica de las teorías normativas: "El Senado (la Sala) no ignora que la interpretación defendida por la jurisprudencia no siempre conduce a resultados satisfactorios. Esto explica también por qué una parte considerable de la doctrina se ha vuelto contra el punto de vista 'psicologizante' de la jurisprudencia y considera necesaria una valoración normativa del motivo del desistimiento ... Ciertamente, con esas teorías se tiene en cuenta, más que con el punto de vista defendido por la jurisprudencia, la idea fundamental de la regulación del desistimiento. Pero no son compatibles con el tenor literal de la ley...". El BGH apoya, por tanto, únicamente por las supuestas exigencias del tenor legal, una concepción que él mismo reconoce improcedente (cfr. sobre ello nm. 406 s.). ¡Esto no puede convencer!

2. La impracticabilidad de la teoría psicológica

368 A la pregunta, decisiva para la jurisprudencia, de si "la coacción emocional incapacita al autor para ejecutar el hecho" (BGHSt 21, 316 s.), si el motivo del

---

Kühl, 24.ª, § 24, nm. 18; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2.ª, 11/83; *Schröder*, MDR 1956, 321; *el mismo*, JuS 1962, 83; LK-*Vogler*, 10.ª, § 24, nm. 86, 88; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 651; en parte también *Jäger*, 1996, 98 ss., quien, sin embargo, acomete el reciente intento de determinar la voluntariedad según el principio de responsabilidad que decide en la autoría mediata para, de esta forma, aproximar más a la ley el enfoque psicológico (cfr. respecto a ello *infra*, nm. 442 ss.).

desistimiento fue "una razón apremiante para el abandono del delito", de tal manera que al autor "no le quedaba otra alternativa" (BGHSt 7, 299 f.), o si la circunstancia que da lugar al desistimiento se presenta para el autor como "impedimento u obstáculo constrictivo"[376], realmente no es posible darle respuesta[377]. Porque si la realización del tipo es imposible o también aunque sólo se vea como imposible por el autor, la tentativa ha fracasado (nm. 85 ss.), de modo que desde un principio queda excluido un desistimiento. Más bien, éste sólo es posible si el autor parte de la idea de que todavía podía llevar a cabo la realización del tipo. Sin embargo, si admite esto, no puede creer al mismo tiempo que se lo impide una coacción interna o externa.

Cuando, por ejemplo, un sujeto se siente vigilado, pero aún podía sustraer 369
fácilmente la cosa que quería hurtar, y sin embargo desiste por el alto riego de una detención posterior, no opinará que se ha rendido ante una coacción irresistible, sino que ha renunciado a seguir con la ejecución porque no le merecía la pena, dadas las circunstancias. Lo mismo se aplica cuando el autor es descubierto y desiste entonces por temor a la denuncia y al castigo; aquí no concurre impedimento u obstáculo coactivo alguno, sino que el desistimiento es una cuestión de ponderación entre probabilidad de éxito y riesgo.

Naturalmente, sobre el autor de un desistimiento involuntario pesa una 370
presión psíquica, pero eso ocurre también en desistimientos que, generalmente y con razón, se consideran voluntarios: por ejemplo, cuando un miedo infundado o temores supersticiosos le mueven a desistir o cuando vencido por la compasión renuncia a su intención. Como muestran los ejemplos, no es materialmente adecuado ni posible distinguir entre "voluntario" e "involuntario" según la intensidad de la presión psíquica Porque, en primer lugar, esta presión no se puede medir ni es susceptible de reconstrucción forense posterior; y en segundo lugar porque no se puede indicar punto alguno a partir del cual una voluntariedad todavía existente se convierte en involuntariedad. Sobre el último punto de vista ya anticipadamente llamó la atención *zu Dohna*[378], cuando sobre ello observa que la coacción psíquica se escalona "en matices infinitos, sin que sea posible a esa escala ... efectuar una cesura".

La inoperancia de una delimitación "psicométrica" resulta especialmente 371
clara allí donde el desistimiento no se basa en una presión externa, sino en una conmoción anímica. Así sucedió en el caso 4 (nm. 364). Cuando en el mismo, tras la aparición de los niños, que no constituían objetivamente motivo alguno de impedimento y fácilmente fueron echados fuera, el autor ya no

---

[376] Los pasajes citados remiten todos ellos a testimonios idénticos o de tenor similar de otras sentencias.

[377] En este sentido también *Bockelmann*, DR 1942, 432; *el mismo*, NJW 1955, 1418; *Bottke*, 1979, 184; *zu Dohna*, ZStW 59 (1940), 541; *Gutmann*, 1963, 190; *Jäger*, 1996, 98 ss.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 26/33; *el mismo*, JZ 1988, 519; SK-*Rudolphi*, 6.ª, § 24, nm. 24; *Ulsenheimer*, 1976, 300 ss.

[378] *zu Dohna*, ZStW 59 (1940), 541 ss. (544).

"quiso continuar el hecho, ni tampoco podía emocional ni psíquicamente", queda claro en la propia dicción de la sentencia que en tales situaciones "no querer" y "no poder" (es decir, voluntariedad e involuntariedad) no pueden separarse el uno del otro. Si se acepta aquí, con el BGH, la involuntariedad, al negarle el privilegio del desistimiento se castiga al autor por la intensidad de su conmoción anímica, a pesar de que precisamente ésta prueba que se lo pensó mejor y volvió a la legalidad[379]. ¡Paradójicamente, la circunstancia que permite suprimir la necesidad de pena desde puntos de vista políticocriminales se utiliza precisamente para sostener la punibilidad!

372 Un contraejemplo puede mostrar hasta qué punto llegan a ser casuales e incontrolables los resultados en el intento de una delimitación psicológica.

Caso 5 (BGHSt 21, 216) [380]:

A, con intención de matarla, lesionó a la víctima poniendo en peligro su vida, pero llamó a continuación a un médico, que salvó a la víctima. Según las conclusiones del juez del caso, la contemplación de la mujer lesionada fue "demasiado para él ..., simplemente, él ya no pudo más", "no quería ya que la mujer se desangrara en el sótano".

373 Aquí también se trata de que el autor, como consecuencia de una intensa conmoción anímica, ya no quería y ya no podía más. Pero al contrario del caso 4, a partir de este diagnóstico el BGH deduce aquí la voluntariedad del desistimiento. Según él, no se puede inferir de las conclusiones del tribunal del instancia "que la conmoción anímica mental provocada en A por la contemplación de la lesionada fuese para él una razón coactiva para disuadirle de la muerte de su víctima que podía temerse... El acusado únicamente se vio impulsado interiormente a salvar a la mujer que había lesionado, sin que por ello fuese incapaz de decidirse o no sobre las acciones necesarias para ello" (loc. cit. 217). La aceptación de un desistimiento voluntario es sin duda correcta en el resultado. Pero sigue siendo inexplicable, sin embargo, por qué la intensidad de la presión psíquica y la libertad de decisión de A deban juzgarse de forma distinta que en el caso 4. Que en un caso él no fuera capaz de consumar el hecho y, sin embargo, sí en el otro, sigue siendo una pura afirmación gratuita. Los resultados a los que conduce la teoría psicológica en tales constelaciones son, por tanto, arbitrarios y contradictorios.

374 Parecidos resultados diferentes se ponen de manifiesto también en otros casos. En la sentencia BGH MDR (D) 1958, 12, el autor había golpeado en la cabeza al propietario de una tienda con una barra de hierro para poder apoderarse de la caja. Luego desistió con el argumento de que "la mirada quebrada de su víctima al desplomarse le había recordado a un animal en el tajo del matadero y le había causado miedo. Por eso no había sido capaz de llevarse el dinero". El BGH vio en ello un obstáculo constrictivo y declaró involuntario el desistimiento. Por el contrario, según el BGH MDR (D) 1952,

---

[379] Cfr. también *Freund*, AT, § 9, nm. 59.

[380] A favor de la voluntariedad en este caso también *Jäger*, 1996, 106.

530/31 debe apreciarse un desistimiento voluntario en el sujeto que desistió de su intento de homicidio porque, después de varios hachazos en la cabeza de la víctima, ante la escena de la chica inconsciente y bañada en sangre había tomado conciencia de las consecuencias de su acción. Por qué, cuando la visión de la escena lastimosa de la víctima impulsa al autor al desistimiento, debe ser en un caso voluntario y en otro involuntario, no se puede considerar plausible ni psicológicamente ni de ninguna otra manera.

La impracticabilidad e inviabilidad del enfoque se manifiesta también 375
en que la jurisprudencia a menudo hace caso omiso del mismo sin más argumentación cuando tendría que llevar a resultados completamente insostenibles. Así, por ejemplo, en un desistimiento debido a objeciones de conciencia insuperables, desde el punto de vista psicológico se tendría que aceptar (o por lo menos parecer lógico) que es un desistimiento involuntario. Si el sujeto en su declaración se manifiesta en el sentido de que le ha resultado sencillamente imposible consumar el delito actuando en contra de su conciencia, la "coacción psíquica" tendría que excluir la voluntariedad. Pero no obstante, se dice ya en una antigua sentencia del RG (RGSt 14, 19 ss., 22), que desde entonces sigue la jurisprudencia: "Presionado por su conciencia, ... por tanto voluntariamente, ... desistió el testigo...". Este es, naturalmente, un resultado correcto, porque la decisión en conciencia elimina para el Derecho la necesidad de pena. Sin embargo, una teoría que atienda únicamente a la presión psíquica no puede ofrecer ninguna fundamentación plausible de ello.

No pocas veces se encuentran también normativizaciones disfrazadas. 376

Caso 6 (BGHSt 9, 48):

A había asaltado por detrás a una mujer y la había derribado con la finalidad de violarla. Sólo entonces se dio cuenta de que la víctima era una conocida suya. Acto seguido y en vista de ello soltó a la mujer después de que ésta le prometiera no poner ninguna denuncia. De las conclusiones de la primera instancia resulta "que A se había avergonzado ante la testigo, que le había reconocido, y que el sujeto temía que esa testigo le fuera a denunciar. Si uno de estos motivos fue por sí solo decisivo para el desistimiento o no, es algo que la sentencia [del tribunal de instancia] ... no deja entrever..."

El BGH acepta que existe involuntariedad si para A la certeza de ser de- 377
nunciado y castigado en caso de continuar con su acción, le hubiese bastado por sí sola para desistir de continuarla. Es suficiente que "de manera razonable no pudiera asumir ese peligro y que por ello tuviera que abstenerse de la ejecución del hecho" (loc. cit. 50). El autor puede verse impedido en su acción –según la sent.– también por circunstancias tales "que se se interponen en su camino, pero que no lo hacen imposible" (loc. cit. 51). Y añade que únicamente la aceptación de la involuntariedad posibilita "sentencias justas", pues quien renuncia a la continuación del hecho sólo porque le ha engañado su esperanza de no ser declarado culpable, sigue siendo "peligroso y merecedor de pena" (loc. cit. 51/52).

378 Esto es indudablemente correcto, pero al mismo tiempo es un claro recurso a la teoría de los fines de la pena como *ratio* del privilegio del desistimiento y con ello una normativización que ya sólo se sirve de fórmulas psicológicas de una manera no vinculante en absoluto. Pues tan sólo se exige que cualesquiera circunstancias se opongan a una continuación, pero no, sin embargo, que actúen psíquicamente de forma apremiante y constrictiva. Lo mismo sucede con la opinión del BGH, de que concurre voluntariedad si el sujeto había dejado a su víctima "sustancialmente también" por vergüenza, pues según la sentencia entonces no se encontraba en una situación "que determinara forzosamente su voluntad y en la cual no pudiera optar razonablemente por ninguna otra opción" (loc. cit. 53). Sin embargo, sigue sin quedar claro por qué la vergüenza no pueda ser un impedimento suficiente desde el punto de vista psicológico. Cualquiera puede observar (incluso en sí mismo) que la vergüenza provoca efectos inhibitorios psíquicos muy fuertes. La decisión de la sent. tan sólo resulta plausible si se tiene en cuenta que alguien que desiste de una tentativa de delito por vergüenza se muestra a fin de cuentas como fiel al Derecho y por eso no necesita pena alguna. Pero esto es un punto de vista normativo.

III. Sobre la fundamentación de la concepción normativa de la voluntariedad

1. El retorno a la senda del Derecho por la renuncia al delito contraria al plan o impidiendo el resultado

379 Cómo hay que llevar a la práctica la ineludible normativización del criterio de la voluntariedad es muy discutido en sus detalles[381]. Sin embargo, se impone cada vez más "el *topos* rector"[382] del "retorno a la legalidad"[383] o "a la senda del Derecho"[384]. Como criterio más importante para el cumplimiento del requisito del desistimiento hay que admitir el de la contrariedad a su plan en el comportamiento del autor[385].

380 Si, por ejemplo, el autor desiste porque tiene compasión de su víctima o porque siente un miedo infundado y pierde el valor, se trata entonces de un comportamiento contrario al plan e incompatible con la motivación para el hecho concreto, a través del cual, sin embargo, en relación con el caso concreto, el autor se manifiesta como una persona que en última instancia actúa

---

[381] Muy amplias exposiciones ofrecen la monografías de *Ulsenheimer*, 1976, y *Bottke*, 1979. Un buen resumen también sobre el desarrollo posterior lo facilita *Jäger*, 1996, 21 ss.

[382] *Bottke*, JR 1980, 444.

[383] *Roxin*, Heinitz-FS, 1972, 256 [= en *Roxin*, problemas básicos del DP, 1976, 254]; similar *Köhler*, AT, 479.

[384] *Ulsenheimer*, 1976, 314 y pass.

[385] Así p.ej. también *Jakobs*, AT, 2.ª, 26/30: "Voluntaria es, por tanto, una motivación para el desistimiento que es incompatible con la motivación para el hecho concreto".

legalmente. Por eso el legislador ve que no procede la necesidad de pena: no se requiere –si es que se reconoce este fin de la pena– ninguna retribución justa, puesto que el propio autor ya ha "suprimido" su delito, lo ha hecho desaparecer del mundo. No existe una necesidad preventivogeneral de pena porque después de todo las exigencias del Derecho han prevalecido frente al plan del delito del autor. Ni tampoco se genera una necesidad preventivoespecial de pena por el comportamiento delictivo en concreto porque el autor ha respetado finalmente el Derecho.

De esta forma se hace compatible la interpretación de la voluntariedad con la 381
teoría de los fines de la pena como *ratio* del privilegio del desistimiento (nm. 4 ss.). A este respecto aquí hay que estar en guardia desde el principio ante dos errores. En primer lugar, la voluntariedad no exige ningún motivo de desistimiento de elevado valor moral. Con razón, también es ésta la opinión del BGH[386]. Sin embargo, eso no es un argumento contra una concepción normativa del desistimiento, pues tampoco ésta exige una cualidad ética del fundamento del desistimiento. Es indiferente si el motivo, como en el caso de la compasión, merece un reconocimiento moral. Si el autor desiste porque sin ninguna razón externa tiene miedo, porque ya no le compensa el esfuerzo inicialmente asumido, o porque por otros motivos cualesquiera ya no tiene ganas, entonces también eso es voluntario, porque no se exige nada más que un comportamiento legal. En segundo lugar, el retorno a la legalidad no presupone que el autor tampoco vaya a cometer más delitos en el futuro. Es suficiente con que, en atención al concreto hecho intentado, haya vuelto a la legalidad (cfr. sobre ello ya nm. 6). Por tanto, si el sujeto que desiste por compasión o miedo se propone luchar contra su "debilidad" y, dado el caso, cometer aún el delito más tarde, entonces –con independencia de la imposibilidad de demostrar tales reservas– su desistimiento sigue siendo pese a todo voluntario: pues el legislador sólo toma en cuenta el desistimiento del hecho concreto; los planes del autor en relación con su conducta futura son irrelevantes para ello (cfr. además sobre ello nm. 413 s.).

Si el autor, por el contrario, se ve descubierto y sin embargo aún podía 382
consumar el hecho, pero debiendo contar con una denuncia y un castigo, o si, en contra de la expectativa original del autor, resulta que la cantidad de dinero, tiempo y esfuerzo necesarios para la consumación es desproporcionada en relación con el beneficio que puede obtener, entonces el desistimiento es involuntario. Pues en este caso no altera su actitud hacia el delito, no se comporta de forma contraria al plan, sino que "conforme al objetivo del hecho"[387] se adapta a la modificada situación. No retorna a la legalidad, sino que sólo hace lo que también haría el delincuente más tenaz en vista de la situación. No hay motivo alguno para recompensar tal comportamiento con la impunidad. La necesidad de pena sigue existiendo en toda su amplitud.

---

[386] BGHSt 7, 296, 299; 9, 48 ss.; 33, 145 s.; 35, 184 ss., 186; BGH NJW 1980, 602.

[387] *Bottke*, JA 1981, 63.

383 Hace ya décadas intenté concretar esta concepción mediante **la teoría del denominado criterio de la razonabilidad o lógica del delincuente**[388]. Esta teoría se remonta a una constante jurisprudencia ya del RG[389] según la cual un desistimiento es involuntario "si, según las circunstancias en su conjunto, el peligro de un pronto descubrimiento y castigo del acusado se impuso de tal modo que no podía asumirlo **razonablemente**..." (BGHSt 9, 50). Con esta atención a lo "razonable" la jurisprudencia ha abandonado, sin darse cuenta, el punto de partida psicológico y ha girado hacia un criterio normativo. Pues, ¿en qué "razón" se piensa aquí?. Yo he expuesto entonces[390] que es la razón "de un empedernido delincuente, que pondera fríamente el riesgo y las posibilidades de éxito del concreto plan del hecho. Quien se ve descubierto y entonces desiste, actúa 'razonablemente' en ese sentido, a cuyos efectos ciertamente se debe partir del plan individual del hecho, pero sobre esa base se debe determinar de modo general el criterio a aplicar al desistimiento. Naturalmente, tal obediencia a las reglas de la profesión criminal no merece la recompensa del ordenamiento jurídico, por lo que hay que valorar ese desistimiento como involuntario. En cambio, aquel a quien de repente le entra un intenso miedo sin un motivo concreto en medio de su actuación como ladrón y sale huyendo, procede 'irrazonablemente' según los criterios de su oficio, (pues un delincuente 'ordenado' no se atemoriza sin causa alguna. El desistimiento es, por tanto, voluntario, porque el ordenamiento jurídico recompensa la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente".

384 Con la aplicación de estos baremos, los casos 1-4 (nm. 358, 360, 362, 364) hay que resolverlos de forma distinta a como lo hizo el BGH. El que quiere matar a dos personas (E y F), pero a una (E) con más urgencia que a la otra (caso 1), actúa conforme a la finalidad del hecho y de forma adecuada a la situación; con otras palabras, "lógica o razonablemente" según su plan del hecho, si ante la alternativa de sólo poder matar, o bien a F, ya herido de gravedad, o a E, mata a E. ¡Por eso su desistimiento es involuntario! El que quiere violar a su víctima (V), habiendo empleado ya violencia, y renuncia a más violencia sólo porque V le promete la entrega voluntaria después de un breve "respiro" (caso 2), procede de acuerdo con el plan si accede a ello. Precisamente desde el punto de vista de un violador sólo es "razonable", lógico, escoger el camino más cómodo hacia su propósito, de modo que también un desistimiento así motivado es involuntario. Lo mismo rige para la modificación del plan en el caso 3, donde el autor eludió mediante una oferta distinta la temida negativa de pago por parte de la compañía de

---

[388] Por primera vez en ZStW 77 (1965), 97; repetido textualmente en Heinitz-FS, 1972, 256 [= en Roxin, Problemas básicos del Derecho Penal, 1976, 253 s.]; análogo también ZStW 80 (1968), 708; Kriminalpolitik, 1970, 2.ª 1973, 36-38 [Política criminal y sistema del DP, 1972, 71-74]. Igualmente SK-*Rudolphi*, 6.ª, § 24, nm. 28.

[389] RGSt 37, 402 (406); 47, 74 (79); 65, 145 (149); igualmente, de nuevo BGHSt 9, 48 (50).

[390] En el año 1965; cfr. n. 388 [= en Roxin, Problemas básicos del Derecho Penal, 1976, 253 s.].

seguros. Por el contrario, en el caso 4 hay que aceptar, en contra del BGH, un desistimiento voluntario. Pues si alguien decide matar a su esposa, pero se deja disuadir por la conmoción anímica que le provoca el pensar en los niños comunes de ambos, actúa "de forma contraria al plan", es decir, en palabras de *Jackobs*[391], sobre la base de una motivación "que es incompatible con la motivación para el hecho concreto". Porque las consecuencias del hecho para los niños ya eran evidentes en el momento de tomar la decisión. Cuando un uxoricida pasa por encima de ellas sin respetarlas al tomar su primera decisión, es "irracional, irrazonable" desde la perspectiva de su plan del delito que luego en el estadio de la tentativa se abstenga de la consumación en atención a los niños[392]. Pero justamente en esta "irracionalidad" se muestra el prevalecimiento final de una actitud conforme a Derecho y con ello un retorno a la legalidad que desde puntos de vista normativos justifica una exención de pena respecto de la tentativa de asesinato.

La teoría de la "lógica del delincuente" ha recibido críticas de toda clase, que en parte se refieren al hecho de que no existe ningún conocimiento empírico seguro de cómo se comportan los "típicos" homicidas, violadores, estafadores, etc., y en parte también censuran la inseguridad del criterio[393]. En ello hay una interpretación errónea de mi intención. Para mí no se trata de comprobaciones empíricas, sino de un principio normativo que debe ayudar a determinar qué puede considerarse como retorno a la legalidad, contrario al plan[394]. Además, tal medio de ayuda interpretativo no es ninguna llave maestra que encaje igual de bien dondequiera que sea y haga innecesarias otras comprobaciones normativas (cfr. además sobre ello nm. 387 ss.). "De todos modos, la expresión es muy pegadiza y fácil de retener como 'imagen especular invertida de la moral jurídica' y se refiere en todo caso a un *typus* de desistimiento que debe evaluarse de manera uniforme"[395]. 385

Otros defensores de la teoría normativa se dan por satisfechos con atender a un "retorno ... a la senda del Derecho"[396], o llevan a un primer plano componentes aislados de la teoría de los fines de la pena. Así, destaca *Walter*[397] el punto de si en el desistimiento se manifiesta "una solución del conflicto conforme a la norma" y con ello una "suficiente disposición al cumplimiento de la norma". Eso es básicamente correcto. Quien se decide en contra de su plan del delito actúa conforme a la norma y en esa medida retorna a la legalidad. Pero con ello se abarca únicamente el lado preventivoespecial del privilegio del desistimiento, el cual sólo desempeña un reducido rol en el desistimiento, porque "tendencias dañinas" también pueden seguir existiendo en caso de desistimiento voluntario[398]. *Schünemann*[399], por otra parte, admite un desistimiento voluntario si el autor anula de nuevo la impresión o sensación jurídicamente conmocionante de la tentativa. Aquí se abarca correctamente el aspecto preventivogeneral del 386

[391] *Jakobs*, AT, 2.ª, 26/30.

[392] Cuando *Jäger*, ZStW 112 (2000), 794 objeta a esto que el evitar a los niños que presencien la muerte de su madre se corresponde con el "plan y la racionalidad paternos", confunde la racionalidad de un padre normal con la de un padre uxoricida, que es el único que aquí nos interesa; con total independencia de que así y todo, tras expulsarlos fuera de allí, se les hubiese ahorrado a los niños el espectáculo del asesinato.

[393] Cfr. sólo p. ej. *Jäger*, 1996, 24, 102; *Ulsenheimer*, 1976, 306 ss.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 11, nm. 87.

[394] Cfr. respecto a ello la valoración de *Bottke*, 1979, 1988 ss.

[395] *Krauß*, JuS 1981, 887, ≈ n. 16.

[396] *Ulsenheimer*, 314; similar *Bottke*, 1979, 496 ss. y pass.

[397] *Walter*, 1980, 70 ss.

[398] Cfr. sobre ello también *Jäger*, 1996, 25 s.; *Schäfer*, 1992, 55.

[399] *Schünemann*, GA 1986, 323.

desistimiento, pero el mero recurso al fin de la pena sigue siendo demasiado impreciso porque da muy pocas indicaciones para responder a la pregunta de bajo qué condiciones la generalidad de las personas considera que desaparece la necesidad de pena.

2. Grupos de casos de desistimiento voluntario

a) El autor desiste por motivos internos

387 Los casos más claros de desistimiento voluntario son aquellos en los que las circunstancias externas no cambian, pero el autor revisa sin embargo su decisión. Esto puede suceder por motivos loables[400]. El autor se siente acusado por su conciencia; se avergüenza de su proceder anterior; tras disiparse el primer ataque de cólera, vuelve a entrar en razón; tiene compasión de la víctima, etc. Pero los motivos también pueden ser indiferentes. Quien desiste porque en el momento crucial le falta la fuerza de decisión, o porque sin causa externa se representa hipótesis que le provocan miedo, o porque pierde el interés por el delito y le resulta aburrida su ejecución ulterior, o porque por "rabia, disgusto y despecho sobre lo acontecido hasta entonces"[401] ya no tiene ganas, sigue actuando voluntariamente. Pues el autor actúa en todos los casos en contra del plan, por motivos que son incompatibles con la motivación original del hecho y que, a partir del plan original, revelan el desistimiento como "ilógico, no razonable". Si al mismo tiempo se encontraba bajo una mayor o menor presión interna, es indiferente. Bien es verdad que también la jurisprudencia, desde el punto vista de la teoría psicológica, llegará generalmente a la voluntariedad en tales casos; sin embargo, en caso de impedimentos internos invencibles hay en esa solución una inconsecuencia (cfr. ya nm. 371–374), que en cambio una concepción normativa evita cometer.

388 El límite se encuentra tan sólo allí donde el autor, sin que cambie la situación de hecho, llega a ser físicamente incapaz de consumarlo. Por ejemplo, la excitación y la tensión en la situación del hecho llevan a un colapso circulatorio que imposibilita seguir con la ejecución posterior; o el violador, para su irritación, se encuentra impotente en el momento crucial. En tales casos existe una tentativa fracasada (nm. 77 ss., 86), en la que de antemano no entra en consideración un desistimiento. Pero incluso aquí deben considerarse las interacciones entre *psique* y *physis*: Donde la incapacidad corporal sea sólo la consecuencia de una conversión interior, el desistimiento sigue siendo voluntario. Quien bajo la presión de su conciencia sufre un shock nervioso y entonces ya no puede, tampoco físicamente, seguir adelante, ha desistido de un modo que sigue siendo voluntario. Y quien en la tentativa de violación es presa de la vergüenza y el remordimiento, y como consecuencia de ello ya no está en condiciones, tampoco físicamente, de consumar el acto sexual, debería mantener el privilegio de la exención de pena. "La evitación

[400] Respecto a ello *Bottke*, 1979, 497 ss.
[401] BGH MDR (H) 1989, 857.

de la tentativa con cuerpo y alma no puede aportar menos que la evitación de aquélla sólo con el alma"[402].

b) El autor se ve impulsado al desistimiento por circunstancias externas que no aumentan en nada, o sólo de forma insignificante, el riesgo de fracaso o de posterior punición

Entran aquí, en primer lugar, supuestos como los descritos en los casos 4 (nm. 364) y 5 (nm. 372). La aparición de los niños en el caso 4 significaba, en efecto, un "estorbo", pero no era un impedimento real para el asesinato planeado de la esposa, mientras que la contemplación de la mujer lesionada en el caso 5 no ejercía ninguna influencia en absoluto sobre el riesgo de la realización del hecho. Lo mismo rige cuando el autor desiste porque la vista de la víctima lesionada, o por otros motivos, le horroriza o le asusta[403], o porque el niño, de quien quiere abusar sexualmente el autor, llora en silencio (RGSt 69, 140) o le pregunta al autor en tono temeroso qué es lo que quiere de él (RGSt 47, 76). El desistimiento es voluntario en todos estos casos (cfr. ya nm. 39, 380 ss.), porque es incompatible con el plan del hecho y no es razonable ni lógico desde el punto de vista de un autor decidido a su consumación; pues el sufrimiento de la víctima estaba incluido en el plan del hecho y por lo tanto no constituye ningún impedimento conforme al fin del hecho. Precisamente, la inconsecuencia que existe en los sentimientos humanos del autor y que motiva el desistimiento fundamenta el retorno a la legalidad y la eliminación de la necesidad de pena. 389

Siempre es voluntario un desistimiento por motivos religiosos, incluso aunque sea provocado por circunstancias externas. Por tanto, si el autor desiste porque le presentan frente a él la imagen de un santo (RGJW 1934, 486) o porque empiezan a sonar las campanas de la iglesia, entonces la tentativa pasa a ser, con razón, impune. El autor se comporta, como delincuente, de forma no razonable; pero precisamente el cambio interior hace desaparecer el fin de la pena. Tampoco rige nada diferente en el desistimiento por superstición. Quien desiste en el estadio de la tentativa porque ulula una lechuza o porque se le cruza un gato negro en la calle, se comporta de forma no razonable según las reglas del oficio de delincuente. Por ello debe beneficiarle el privilegio del desistimiento al igual que a un autor medroso por otros motivos. 390

También desiste voluntariamente quien para ello se deja persuadir por la víctima, por un testigo del hecho (BGH NStZ 1989, 69) o por una persona allegada. Pues también en ese caso, si bien de modo ilógico o irrazonable desde la perspectiva de su plan del hecho original, regresa a la senda del 391

---

[402] Así, muy bien *Jakobs*, AT, 2.ª, 26/45; similar *Köhler*, AT, 481. En la doctrina y jurisprudencia. (RG DR 1943, 910; BGH LM § 177 Nr. 6) generalmente esto no se comprende correctamente.

[403] RGSt 68, 238; RG DR 1943, 910; BGH MDR (D) 1958, 12; BGH LM § 177 a.F. Nr. 6. RGSt 68, 238; RG DR 1943, 910; BGH MDR (D) 1958, 12; BGH LM § 177 (versión antigua) nº. 6.

Derecho. Cosa distinta es, si detrás de la "persuasión" hay una amenaza de denuncia: si ésta eleva considerablemente la posibilidad de ser detenido, también resulta "razonable" incluso para un autor que quiera consumar el hecho posteriormente, rendirse ante ello, de modo que queda excluido un desistimiento voluntario. En cambio, un desistimiento vuelve a ser voluntario si la amenaza de denuncia no incrementa el riesgo asumido desde un principio. Si A decide golpear a B, tiene que contar con su eventual denuncia posterior. Si B le advierte de ello en el estadio de la tentativa, el desistimiento es entonces incompatible con la motivación original, y en esa medida no razonable; por tanto, voluntario.

392 Si la ejecución del hecho se hace más difícil de lo que se pensaba en un principio, entonces el desistimiento sigue siendo aún voluntario si el riesgo no se incrementa considerablemente. Si el autor descubre un sistema de alarma que, sin embargo, puede anular con facilidad gracias a sus conocimientos técnicos, entonces puede aún desistir voluntariamente; pues un ladrón "racional o razonable" no se deja disuadir del hecho por dificultades fácilmente superables[404]. Sin embargo, por regla general en caso de complicaciones del hecho la situación es diferente: cuando hay que derribar violentamente la puerta que se creía abierta, o matar al perro guardián, o drogar y maniatar a un vigilante nocturno que aparece inesperadamente, eso trae consigo tan elevados riesgos para el éxito del plan, que un abandono sería adecuado a la situación ("razonable") y con ello involuntario[405]. Si mediante la superación del obstáculo se cambiara el carácter del delito –hubiera que emplear violencia, la cual convierte en robo el hurto planeado–, entonces la imposibilidad de desistimiento se deriva ya, además, de que ha fracasado el delito menos grave planeado.

3. Grupos de casos de desistimiento involuntario[406]

a) El temor, basado en una modificación de las circunstancias externas, de que la consumación del hecho podría resultar impedida.

393 Este caso se produce cuando el autor ve aparecer a la policía o a personas que acuden en ayuda de la víctima, cuando se activa la alarma o un perro ataca un perro y el autor se echa por ello atrás como medida de precaución. Si asume que se ha hecho imposible la realización del tipo, ya hay una tentativa fracasada, de manera que ya no se plantea en absoluto la cuestión del desistimiento (nm. 85 ss.). Pero lo que sucede la mayoría de las veces es que el sujeto no sabe si el hecho es todavía factible. Entonces, todavía no hay que

---

[404] Al parecer de otra opinión *Jakobs*, AT, 2.ª, 26/46, para quien el desistimiento es involuntario si la superación del obstáculo aumentara el injusto y la culpabilidad.

[405] En eso existe nuevamente coincidencia con *Jakobs*, AT, 2.ª, 26/46.

[406] El copioso material jurisprudencial se expone detalladamente en *Ulsenheimer*, 1976, 253-279, 348-376; *Bottke*, 1979, 502 ss.; *Walter*, 1980, 881 ss.; y –restringido a la jurisprudencia del BGH– en *Jäger*, 1996, 10 ss.

admitir un fracaso, sino un desistimiento (cfr. ya nm. 88). Es involuntario si, sobre la base de la representación mental que se ha hecho el autor, un abandono del hecho es en una apreciación objetiva adecuado a la situación y "razonable". Si, como tiene que admitir la jurisprudencia, la libertad de decisión del autor se ve menoscabada con tanta fuerza que no tiene otra opción, será dudoso en muchos casos. Pues el desistimiento puede ser el resultado de una fría deliberación y de una libre decisión del autor, pero de todos modos no se basa en un cambio de actitud, sino en una utilidad práctica conforme al delito, que deja intacta la necesidad de pena.

Un caso habitual de este grupo radica también en la contradefensa o en 394
la petición de auxilio por parte de la víctima. Si el riesgo se hace tan grande para el autor que, en una valoración objetiva, la renuncia es razonable incluso desde el punto de vista de un autor que quiere consumar el hecho, el desistimiento ha de ser calificado de involuntario. La situación es diferente si la resistencia es débil y fácilmente superable, o si en un paraje solitario o fuera de un espacio cerrado no pueden oírse los gritos de socorro de la víctima. Si a pesar de ello el autor toma estas circunstancias como ocasión para desistir, actúa de forma no razonable desde la perspectiva de su plan del hecho, y justo por eso voluntariamente. Lo mismo rige para el descubrimiento por la víctima. Si, por ejemplo, el ladrón sorprendido por el propietario de la vivienda teme que quien va a ser robado le va a impedir eficazmente la sustracción, su desistimiento es entonces involuntario. Si, por el contrario, el propietario mismo, preso de pánico, le proporciona al ladrón el dinero buscado, un desistimiento que no obstante se produjera, sería voluntario.

b) El temor, basado en una modificación de las circunstancias externas, de ser detenido y castigado tras la consumación del hecho, o de ser privado del botín

Estos casos son muy frecuentes en la práctica[407] y deben ser tratados igual 395
que los del primer grupo de casos. Si el temor, basado en circunstancias externas, de ser detenido inmediatamente o de que le vuelva a ser quitado el botín, está justificado en una valoración objetiva, el desistimiento es entonces adecuado a la situación y razonable desde el punto de vista de un experimentado delincuente, y por consiguiente involuntario.

Esto también lo admite de forma constante la jurisprudencia, al partir, so- 396
bre la base de su teoría psicológica, de que al autor no le queda otra opción. Sin embargo, eso es aún más dudoso que en el anterior (a) grupo de casos tratados: pues el autor también podría –cierto que de forma poco inteligente– dejar que las cosas llegasen al extremo, y algunos incluso lo hacen. Así efectivamente, *Maurach/Gössel*[408] relegan todas las consideraciones de lo que

---

[407] Cfr. solamente BGHSt 9, 52; BGH JR 1952, 414; BGH NStZ 1984, 116; 1992, 536; 1993, 77, 279; BGH MDR (H) 1993, 1038; 1994, 127.

[408] *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 41/118, 120.

sucedería después de la consumación del hecho "al campo de la ética. Las mismas no pueden excluir el privilegio ni siquiera cuando no se trate de una transformación interior del autor". Por lo tanto, según ellos habrá desistido voluntariamente quien se detuvo para que no se le cortase el camino de huída (de otra opinión RG DJ 1938, 596) o para evitar una denuncia a la policía (de otra opinión BGHSt 9, 49).

397 Pero, justamente desde el punto de vista de la política criminal que invocan estos autores[409], ese es un resultado completamente absurdo. Pues tanto si el autor ya no llega en absoluto a la consumación, como si es detenido momentos después, o aunque sólo tenga que abandonar el botín: continuar actuando carece de sentido para él, exactamente igual en todos los casos. Políticocriminalmente, es de cualquier manera un error premiar con la impunidad la omisión de acciones que incluso para un sujeto motivado por el delito han dejado de tener sentido. A ello se añade además la circunstancia de que los casos de los grupos a) y b) a menudo se mezclan entre sí y ni el propio autor sabe si ha de temer ser detenido antes o después de la consumación del hecho. También por este motivo sería un error vincular a dicha diferenciación consecuencias jurídicas distintas.

c) El autor desiste a causa de otras complicaciones

398 Este grupo de casos ya ha sido discutido (nm. 392) desde el punto de vista de que se incrementa el riesgo de fracasar o de ser detenido. Pero todavía hay que tratar aquí el caso en que el autor desiste porque le resultan excesivos la carga de trabajo, la inversión en tiempo o los medios económicos que debe procurarse. El falsificador profesional comprueba, por ejemplo, que la carga de trabajo es mucho mayor de lo que suponía en un principio, de manera que el esfuerzo requerido es desproporcionado con los honorarios que le va a pagar el cliente. Si como consecuencia de ello no continúa su trabajo, eso es consecuente y "razonable" desde el punto de vista "profesional" de un falsificador y no hay razón alguna, desde los puntos de vista de los fines de la pena, para premiarlo con la impunidad. El desistimiento es, por tanto, involuntario. Lo mismo sucede si, por ejemplo, en una tentativa de inducción a un falso testimonio con perjurio, la suma de dinero que hay que pagar para conseguir al sujeto es mayor que la ganancia que se logra con la ayuda del perjurio. Por el contrario, el desistimiento es voluntario si, desde la perspectiva de los objetivos del delincuente, la consumación aún le habría valido la pena en una valoración objetiva[410]. La teoría psicológica, en una aplicación consecuente, debería admitir seguramente voluntariedad en todos los casos de este grupo; pero el criterio de la libertad de elección se maneja de forma tan flexible que el resultado no puede predecirse con seguridad.

---

[409] *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 41/118.

[410] Los casos de "renuncia propia del hombre de negocios", que *Herzberg* adjudica a la voluntariedad sin distinción de clases (Lackner-FS, 1987, 330 s.), hay que enjuiciarlos por tanto de forma diferenciada.

d) El autor desiste a causa de la inesperada amenaza de consecuencias secundarias

Ciertamente, apenas se presentan en la práctica casos de este tipo, pero 399
se discuten mucho en la doctrina como casos límite realmente interesantes. Muy controvertido es el caso del terrorista que pone una bomba[411], el cual, cuando va a encender el explosivo que ha colocado, ve que sus padres se encuentran en la sala y por eso prescinde de provocar la explosión. *Bottke*[412] quiere admitir aquí un desistimiento voluntario porque el autor muestra que en él "al menos en parte, aún surten efecto los valores socialmente aceptados". *Herzberg*[413] y *Jäger*[414] rechazan la voluntariedad invocando el § 35, pues señalan que del precepto del estado de necesidad se infiere que el legislador valora como no libre la acción de salvar a un pariente o allegado.

Lo más correcto –en contra de *Bottke*– es que habrá que admitir un desisti- 400
miento involuntario también desde el punto de vista de una teoría normativa. Pues quien quiere detonar una bomba, todavía no es, por ello, un asesino de sus padres. Si sólo puede llevar a cabo su plan matando a sus padres, el desistimiento es adecuado a la situación y por ello involuntario. Que el autor haya sido indulgente por lo menos con sus padres, no puede eliminar la necesidad de pena con respecto a la explosión intentada. La involuntariedad también se deriva del hecho de que la muerte de los padres elevaría esencialmente el injusto y la culpabilidad del autor y, dado el caso, su pena (cfr. ya nm. 392). Por eso también es involuntario el desistimiento si el autor que quiere volar un edificio vacío desiste porque en el último momento descubre en la casa a una persona que no conoce. Pues el autor, que sólo quería volar un edifico, asumiría un riesgo incalculable si a la ejecución de ese plan se uniera un asesinato.

Ya esta variante pone de manifiesto que la referencia al § 35 constituye 401
ciertamente un argumento de apoyo, pero no acierta a dar en el núcleo de la cuestión. Pues si se abandona el hecho porque sólo puede lograrse el objetivo con la ayuda de un asesinato, el desistimiento es involuntario, con absoluta independencia del § 35. Lo mismo se aplica al discutido caso en el que un ladrón desiste del robo para salvar su propia casa en llamas. Aquí un sector admite la voluntariedad[415], y otro defiende la involuntariedad[416]. Lo correcto es afirmar la existencia de un desistimiento involuntario, aunque el motivo de salvar la propiedad no excluya la responsabilidad según el § 35. Pues el desistimiento procede de un cálculo sereno y, por lo tanto, también

[411] *Jäger*, 1996, 99 s.; muy similar *Bottke*, 1979, 395 s., que plantea el caso en que un terrorista desactiva en el último minuto el mecanismo de explosión ya puesto en marcha cuando ve a su padre entrar en el edificio.

[412] *Bottke*, 1979, 399.

[413] *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 352 s.

[414] *Jäger*, 1996, 100.

[415] *Jäger*, 1996, 100; LK-*Vogler*, 10.ª, § 24, nm. 103.

[416] *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 24, nm. 49.

es razonable según las "reglas de un ladrón profesional" si el provecho de la consumación del hecho es menor que el daño que se originaría por el incendio de la casa. Si, por el contrario, alguien desiste porque en caso de consumar el delito no llegaría a tiempo para la retransmisión televisiva de un partido de fútbol que le interesa, entonces actúa voluntariamente. Pues bajo el punto de vista de la finalidad del robo esa es una motivación manifiestamente ilógica, no razonable, e incompatible con el plan original.

402 Asimismo hay que aceptar la involuntariedad cuando el delincuente (sólo) desiste de la consumación porque su esposa, que llega en el estadio de la tentativa, le amenaza con suicidarse en caso de que él cometa el delito[417]. Ciertamente, desde el punto de vista de la teoría normativa se ha propuesto[418] admitir la voluntariedad si el autor ha desistido por amor a su mujer; la involuntariedad, por el contrario, si le ha guiado el miedo a perder el dinero de su mujer o el ser castigado por omisión de socorro del § 323 c. Pero esto lleva a sutilezas que no son ya justiciables[419]. Para la perspectiva tipificadora, que en el Derecho es inevitable, la muerte de la esposa es siempre una gran pérdida (por el motivo que sea)[420], de modo que también desde el punto de vista de un delincuente es adecuado interrumpir el hecho si éste sólo se podría consumar a ese precio.

e) El autor desiste porque desaparece su motivo del delito

403 La mayoría de los casos de este tipo, que por parte de la jurisprudencia antigua y en parte todavía también por la doctrina moderna[421] se enjuician bajo el punto de vista de un desistimiento voluntario o involuntario, son según la opinión arriba expuesta (nm. 94 ss.) formas de manifestación de tentativa fracasada, de modo que aquí ya no necesitan ser tratadas. Se incluye aquí la interrupción del hecho porque la identidad del objeto de la acción no se corresponde con el plan del hecho (RGSt 39, 37: el balón que iba a ser sustraído resulta ser una bola de madera) o porque el objeto del hecho no satisface las expectativas del autor (BGHSt 4, 56: el botín encontrado resulta ser inservible).

404 Por consiguiente, como ejemplos de "tentativa sin sentido"[422] para la problemática de la voluntariedad sólo quedan los casos en los que es posible sin más la realización del tipo; el objeto de la acción, también según su identidad y características, es el que el autor se ha representado, pero de repente desaparece el motivo (cfr. ya nm. 101): el autor ya ha comenzado a llevar a

---

[417] Este caso se remonta a *Schröder*, MDR 1956, 323. En contra de la voluntariedad también *Schröder*, loc. cit.; *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 352; *Jäger*, 1996, 101.

[418] *Roxin*, Heinitz-FS, 1972, 264 [= en *Roxin*, Problemas básicos del DP, 1976, 261]; *Bottke*, 1979, 514.

[419] Correcta la crítica de *Jäger*, 1996, 101.

[420] Tampoco el § 35 hace tales distinciones, sino que exculpa el salvamento de los parientes sin analizar el motivo del salvador.

[421] P. ej. *Jäger*, 1996, 77 ss., 109 ss.

[422] Así el término de *Bauer*, wistra 1992, 204.

cabo el homicidio del supuesto asesino de sus hijos, del amante de su mujer que ha destrozado su matrimonio, del denunciante infame, etc., cuando resulta que todo se basa en un error y que la víctima es inocente. Si como consecuencia de ello el autor lo deja escapar, el desistimiento es involuntario, pues incluso desde el punto de vista del mantenimiento de un objetivo delictivo no tiene sentido la consumación del homicidio intentado *hic et nunc*, siendo por tanto razonable el desistimiento y por ello involuntario.

La constelación muestra de una forma especialmente clara cuán indispen- 405
sable es una concepción normativa del desistimiento y qué poco se puede conseguir aquí con un enfoque psicológico[423]. Pues no existían circunstancias externas que obligaran al autor a desistir; sólo desistió porque después de la aclaración del error ya no tenía motivo alguno para el delito. Pero si se desiste únicamente porque ha dejado de tener sentido seguir con la acción, eso no merece la impunidad. El grupo de casos pone de relieve además que la delimitación de la tentativa fracasada respecto del desistimiento tiene ciertamente, sobre la base de una concepción psicológica de la voluntariedad, un gran significado práctico (cfr. nm. 111), pero es menos significativa para un entendimiento normativo de la voluntariedad. Pues en la medida en que no se reconozca como un fracaso una tentativa sin sentido, en todo caso será un desistimiento involuntario porque desde la perspectiva del plan del hecho únicamente es razonable interrumpir tentativas que carecen de sentido.

4. La objeción del tenor literal

Los grupos de casos y ejemplos expuestos muestran que una delimitación 406
normativa, como aquí se defiende, logra por lo general resultados más plausibles y de mejor compatibilidad con la *ratio* del privilegio del desistimiento que un enfoque "psicométrico", irrealizable en el sentido estricto de la palabra, que atienda a la fuerza de la presión psíquica. Y efectivamente la opinión contraria generalmente no niega las soluciones teleológicamente más correctas de una interpretación normativa, pero afirma, sin embargo, que el sentido literal del concepto voluntario obliga a una interpretación psicológica. Esto fue expuesto en primer lugar por *Lackner*[424] y acogido después por la sent. BGHSt 35, 187 (cfr. ya nm. 367)[425]. Según esta objeción, una interpretación puramente normativa del criterio de la voluntariedad es, "por rebasar la barrera del tenor literal garantizada constitucionalmente,... inadmisible, en la medida en que ... califica como punibles con consideraciones teleológicas casos claros de desistimiento voluntario, es decir, no basados en presión externa o en inhibición interna"[426].

---

[423] Esto ya ha sido demostrado (nm. 98) incluso en los casos de tentativa fracasada.

[424] *Lackner*, actualmente en *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 24, nm. 18.

[425] Sobre esto de nuevo *Lackner*, NStZ 1988, 405; dando la razón a *Lackner* y al BGH: *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 328 ss.; *Otto*, AT, 6.ª, § 19 II 2 b, bb; abandonando su opinión anterior, ahora también *Bottke*, BGH-FG, t. IV, 169 ss.

[426] *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 24, nm. 18.

407 Pero no se puede refutar de esta forma la interpretación normativa desarrollada como hemos visto. Un sector discute ya que el principio de precisión o determinación legal (Art. 103 II GG) y con ello la restricción de la interpretación al sentido literal posible según el lenguaje cotidiano o coloquial[427] realmente rija para los requisitos del desistimiento. *Bottke*[428] lo niega con la argumentación de que el § 24 no va dirigido a los delincuentes potenciales, de modo que no llega a su horizonte de comprensión; y *Lampe*[429] opina que la función de garantía de la reserva de ley se limita a la clarificación verbal de lo que "debe o lícitamente puede ser, pero no sin embargo a qué exculpantes excepciones del mandato de fidelidad al Derecho rigen para determinados autores o grupos de autores". Pero tales excepciones del principio nullum-crimen siguen siendo problemáticas, pues a través de toda interpretación que rebase el tenor literal se amplía la punibilidad en perjuicio del autor; y esto no debe suceder por mor de la seguridad jurídica, siendo indiferente tanto si el precepto desempeña un papel en el proceso de motivación del sujeto, como si no.

408 De otro modo argumenta *Jakobs*[430]: "la determinación del comportamiento libre a través de lo conforme a la norma responde a una larga tradición filosófica y por eso, como determinación usual, no sobrepasa los límites de la interpretación". *Lackner*[431] le objeta que semejante tesis filosófica se sitúa "en un plano totalmente diferente" y no tiene "lo más mínimo que ver con el sentido coloquial del concepto voluntariedad". A este respecto es correcto en cualquier caso que no se puede lícitamente anular la significación del sentido literal coloquial mediante conceptualizaciones especializadas propias de lingüistas profesionales[432], pues esto abriría en tal medida los límites de la interpretación que no quedaría apenas nada de la seguridad jurídica que debe garantizar el principio de precisión y certeza. Lo que importa por tanto es si el concepto idealista de libertad puede ser válido al menos como variante del uso general del lenguaje. Y eso puede ser dudoso.

409 Sin embargo ello no es lo que importa, porque la concepción normativa del concepto voluntariedad, como fue desarrollada anteriormente, puede ser compatible perfectamente con una comprensión no técnica de voluntariedad. Ya *Schünemann*[433] ha señalado al respecto que "el límite del significado imaginable en el lenguaje cotidiano nunca se supera en los casos controvertidos". Así, en el caso 1 (nm. 358), en el cual el BGH apoya el rechazo de

---

[427] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 5, nm. 26 ss.

[428] *Bottke*, JR 1980, 443.

[429] *Lampe*, JuS 1989, 613.

[430] *Jakobs*, AT, 2.ª, 26/33, n. 62. Similar *el mismo*, JZ 1988, 520, remitiéndose a "una larga tradición en la Filosofía práctica: "No es libre quien sigue sus intereses, sino quien sigue la intelección de lo correcto".

[431] *Lackner*, NStZ 1988, 406.

[432] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 5, nm. 37.

[433] *Schünemann*, GA 1986, 323.

un entendimiento normativo de la voluntariedad exclusivamente en el argumento del tenor literal, muy bien puede decirse que el autor tuvo que dejar a F para poder matar a E sobre la base de su plan del hecho; y que desistió por tanto involuntariamente de la consumación del asesinato de F. O, con la formulación de *Grasnick*[434], "El deseo de matar a su ex esposa generó la presión psicológica bajo la cual ... interrumpió la tentativa de asesinato, porque ya no podía más". Quien en el caso de una estafa sustituye un determinado engaño, que probablemente no va a tener éxito, por otro más prometedor, de acuerdo con el uso general del lenguaje está declarando: "Tenía que actuar así si quería lograr mi objetivo con la máxima seguridad". En este sentido el desistimiento de la primera tentativa de estafa fue involuntario según la comprensión usual de esta palabra.

Prescindiendo de los casos particulares, que no es posible interpretar lin- 410
güísticamente aquí en su totalidad, se puede decir en general: si alguien, como consecuencia de una **variación de las circunstancias externas** se encuentra ante una situación en la cual **racionalmente no tiene otra elección** más que desistir sobre la base de su plan del hecho, su desistimiento puede denominarse involuntario sin violar las reglas del uso normal del lenguaje. Esto se aplica no sólo a un empeoramiento de la situación –el autor ha de temer que se le impida el resultado o ser detenido después– sino también al supuesto de una mejoría. Si el autor quiere obtener por la fuerza la relación sexual y la mujer, para evitar mayor violencia, le promete entregársele voluntariamente tras una pequeña pausa de descanso, que de todos modos ya venía indicada por la situación, el autor no tiene lógica o racionalmente otra elección más que tomar el camino más cómodo para el logro del objetivo. Calificar el desistimiento de forzado por la situación y por consiguiente de involuntario es lingüísticamente admisible. A ello no se puede objetar que el autor sí que habría podido actuar también de forma irrazonable e ilógica y que podría haber insistido en la violación inmediata, mucho más dificultosa y dudosa en sus perspectivas de éxito, y que por tanto ha sido libre en su decisión. Pues la libertad de actuar de forma irrazonable se da en todos los casos (de lo contrario se produce un fracaso –tentativa fracasada–) y de ninguna manera impide la involuntariedad del desistimiento: quien se ve observado y teme con razón ser detenido tras la consumación del hecho también tiene la libertad de arriesgarse irracionalmente, y sin embargo desiste involuntariamente si se retira.

Por tanto, la concepción normativa de la voluntariedad también tiene una 411
base empírica. Para la admisión de la involuntariedad tiene que darse una situación que haga que de forma razonable al autor le parezca lógica y evidente una interrupción de la tentativa sobre la base de su plan del hecho. Este previo diseño o configuración del desistimiento mediante las circunstancias dadas de la situación es suficiente para hablar de la involuntariedad.

---

[434] *Grasnick*, JZ 1989, 829.

Otros matices según la intensidad de las presiones emocionales, como los que pretende llevar a cabo la teoría psicológica, no son ni útiles ni factibles y tampoco obligados por el uso del lenguaje.

412 Dudas lingüísticas pueden estar justificadas a lo sumo allí donde obligaciones de conciencia insuperables o conmociones anímicas impiden al autor seguir actuando (cfr. nm. 371 ss.). Pero incluso si no se quisiera seguir la concepción, que en caso de tales cambios internos también ha pasado al lenguaje popular, según la cual siempre es libre la decisión, debida a motivos internos, de actuar conforme a la norma, sería lícita sin más una interpretación teleológicamente indicada que sobrepase los límites del tenor literal en favor del autor[435].

5. La objeción del fracaso de la teoría de los fines de la pena en caso de reserva o de intención de una repetición posterior

413 Ya se ha expuesto que no afecta en nada a la voluntariedad de un desistimiento que no ha sido motivado por ninguna circunstancia externa si el autor se reserva llevar a cabo todavía el hecho en caso de tener una ocasión posterior (nm. 381, 6 ss.). Esto debe aplicarse también aun cuando en el desistimiento el autor tenga incluso el firme propósito de repetir su intento en otro momento. Pues con respecto al hecho concreto el que desiste ha restablecido la situación legal sin que la situación externa hubiese ofrecido para ello un motivo razonable. La motivación del desistimiento es incompatible con el plan original, cometer el hecho *hic et nunc*, luego el desistimiento es voluntario. Qué quiere hacer el autor en el futuro es algo que no es explorable; y como disposición de ánimo que primeramente permanece en el interior no puede ser un punto de partida de distinción dogmática para un Derecho penal del hecho. El aspecto preventivo-especial de la teoría de los fines de la pena debe liberarse por tanto de las consideraciones de prognosis sobre la futura peligrosidad del autor y limitarse a la cuestión de si lo que ha sucedido hasta el momento fundamenta una necesidad de intervención penal sobre el autor. También se infiere esto claramente de la ley, pues se requiere el abandono voluntario del "hecho" y no de un modo de conducción de la vida inclinado a la delincuencia.

414 Esto no lo ha percibido correctamente el BGH (nm. 4 s.) y también lo pasan a menudo por alto los partidarios de un concepto normativo de voluntariedad. Así configura *Ulsenheimer*[436] el caso de un sujeto "que renuncia al intento de incendio de un granero porque quiere quemar junto con el mismo la cosecha, aún no recolectada". Cree que el desistimiento es involuntario porque "no se puede hablar de una motivación 'jurídica' del sujeto". Con razón critica *Herzberg*[437] esta solución y afirma acertadamente que hay un desistimiento voluntario, pero yendo más lejos pretende derivar de ahí un re-

---

[435] Como aquí también *Freund*, AT, § 9, nm. 56.

[436] *Ulsenheimer*, 1976, 341. Inventor del ejemplo es *Oppenhoff*, 5.ª, 1867, quien admite la voluntariedad.

[437] *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 328 ss.

chazo de toda la teoría de los fines de la pena como fundamento de una concepción normativa de la voluntariedad. Pero eso es consecuencia del mencionado desconocimiento del enfoque preventivoespecial en el marco de la teoría del desistimiento. Si se extendiera ese enfoque a los planes futuros del autor, entonces podría en efecto no tratarse de un "retorno a la legalidad" y el aplazamiento también podría considerarse razonable y concordante con la motivación original. Pero eso es falso. Sólo cabe (en este caso) plantear la cuestión de si el autor ha retornado a la senda del Derecho con respecto al hecho intentado "hic et nunc". Con otras palabras: la "racionalidad" o lógica delictiva y con ello la involuntariedad del desistimiento sólo puede derivarse de la situación del hecho en el momento del desistimiento y no del posible comportamiento futuro. Con gran claridad se formula esto en *Jakobs*[438]: "No se trata de enjuiciar nuevos planes del autor, sino de la renuncia del intento delictivo en cuestión ... El retorno a la senda del Derecho tiene lugar según ello únicamente a través del abandono de ese intento y no se produce sólo a través de ese abandono *plus* renuncia a otros delitos".

Hasta qué punto no se puede hacer depender la voluntariedad de la prognosis jurídicopenal del autor, se pone de manifiesto también en el caso inverso en que el autor desiste, por ejemplo, porque aparece la policía y no puede menos que temer ser detenido[439]. Puede ocurrir perfectamente que esta experiencia le sirva de escarmiento y ya no vuelva a reincidir, y en esa medida retorna, pues, a la senda del Derecho. Pero, naturalmente, por eso es involuntario el desistimiento, ya que de las circunstancias del desistimiento adecuado a la situación no se deduce ningún cambio de motivación; y sólo de eso se trata. Si la decisión del autor de comportarse posteriormente de modo fiel al Derecho no opera en su favor en un desistimiento condicionado por la situación, tampoco la voluntad de cometer posteriores delitos puede hacer involuntario su desistimiento por lo demás voluntario. 415

6. La objeción del fracaso de la teoría de los fines de la pena en el caso de cambio de delito

Lo mismo se aplica para el caso en que el autor desiste, no a causa de la intención de una repetición posterior sino por motivo de un delito distinto. *Herzberg*[440] elabora el caso en que alguien renuncia a su intento de robo con fuerza "porque le seduce más seguir furtivamente a una chica y violarla en un lugar solitario". Acertadamente admite aquí un desistimiento voluntario, pero piensa que una teoría normativa que se asiente sobre el regreso o retorno a la legalidad debería llegar aquí a la calificación de involuntariedad. Pero añade que, dado que no es compatible con el tenor literal de la ley calificar de involuntario el desistimiento[441], la teoría de los fines de la pena queda rebatida mediante casos de este tipo. 416

Aquí reina, sin embargo, el mismo malentendido que en el desistimiento con intención de repetición. Pues también según la teoría normativa arriba 417

[438] *Jakobs*, AT, 2.ª, 26/34 a.
[439] Cfr. sobre esto *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 340.
[440] *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 352.
[441] *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 328 ss.

desarrollada es voluntario el desistimiento de la tentativa de robo, dado que la chica que pasaba por allí –el motivo del desistimiento, proveniente del exterior– no incrementó el riesgo de ser detenido antes o después del robo (cfr. nm. 389 ss.). Por tanto, a partir de la situación del hecho, que es de lo que únicamente se trata, no se daba razón alguna para el desistimiento; es más, desde el punto de vista de un plan del hecho tendente a un robo con fuerza incluso es absolutamente irrazonable, ilógico renunciar a él por una chica que pasaba por allí. Pero lo que el autor quiera hacer con la chica ya no tiene nada que ver con el desistimiento y su voluntariedad o involuntariedad. El ejemplo confirma por tanto la "teoría modificada de los fines de la pena" en lugar de refutarla.

418 La aceptación de un desistimiento voluntario de la tentativa de robo es sólo la correcta también políticocriminalmente (es decir, bajo los aquí decisivos puntos de vista de los fines de la pena). Pues el autor se ha mostrado en el caso concreto como no suficientemente capaz de decidirse a la ejecución de un robo, de manera que con la renuncia a ese plan se elimina en esa medida la necesidad de pena. Si el plan de la violación tampoco llega a ejecutarse, el autor queda impune. Si no obstante comete la violación, se le castigará por ello. De este modo se abarca acertadamente el contenido criminal de su conducta.

419 Ya en mi primera manifestación sobre el tema[442] defendí la concepción normativa de la voluntariedad en el sentido expuesto y no defendí las consecuencias mediante las cuales quiere rebatirla *Herzberg*, y así escribí: "... el sujeto que va a cometer un atentado y que en el último minuto se deja comprar para no realizar el asesinato por una elevada suma de dinero de la víctima, desiste voluntariamente, a pesar de su actitud vituperable, porque desde el punto de vista de un sujeto decidido a cometer un atentado es irrazonable que el plan se deje frustrar de esa manera". Sin embargo, es cierto que algunos representantes de la concepción normativa defienden una decisión diferente[443]. Así, *Ulsenheimer*[444] aprecia como desistimiento involuntario el caso paralelo en que alguien se deja disuadir por 100 marcos de una tentativa de violación. Y *Walter*[445] considera involuntario un desistimiento de una tentativa de robo con fuerza si esto ocurre porque el autor prefiere apalear a su enemigo. El mérito de *Herzberg* es haber señalado con toda claridad que estas soluciones no son correctas.

420 La crítica no puede afectar sin embargo a la concepción aquí defendida, sino sólo a la errónea tesis de que la involuntariedad se puede deducir de lo

---

[442] *Roxin*, ZStW 77 (1965), 98.

[443] También el ejemplo configurado por mi en Heinitz-FS, 1972, 262 [= en *Roxin*, Problemas básicos del DP, 1976, 259] es acertadamente criticado por *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 329 como "solución de compromiso".

[444] *Ulsenheimer*, 1976, 341.

[445] *Walter*, 1980, 78.

que el autor hace o quiere hacer, en lugar del hecho al que ha renunciado[446]. Correctamente y en la forma más aguda lo ha formulado *Günther*[447]: "La ratio del desistimiento encaja bien en todas su formas de juego si se la aplica sólo a la realización intentada del correspondiente tipo penal. Incluso el autor que renuncia voluntariamente a los daños que tenía como objetivo y en vez de romper el cristal de la ventana mata ahí mismo a su dueño, desde el punto de vista del respeto de la propiedad ajena contra la destrucción retorna al terreno del ordenamiento jurídico, da en esa medida un buen ejemplo, etc.".

7. Hecho y plan del hecho en la teoría del desistimiento

Con ello se ofrece a la vez una clara determinación del concepto del hecho 421
en la teoría del desistimiento, que durante mucho tiempo no estuvo nada claro[448] a pesar de ser prejudicial para la solución del problema del cambio de delito. Pues sólo si el delito que el autor quiere realizar en lugar del desistido es un nuevo "hecho" entra en consideración un posible desistimiento voluntario de la primera tentativa. *Günther*[449] se adhiere a una determinación que marcaba la dirección normativa por parte del BGH (BGHSt 33, 144):

"**Hecho, en el sentido del §24 StGB, es un hecho punible en el sentido de un tipo penal jurídico-material.** De no ser así, el autor que empieza a realizar mediante una y la misma acción diversos tipos penales –por ejemplo, robo mediante asesinato– únicamente podría desistir si abandonara en su totalidad la ulterior ejecución del plan criminal. En el mencionado ejemplo sólo sería posible, por tanto, el desistimiento de la tentativa de asesinato si el autor desistiera al mismo tiempo de consumar el robo –con una menor violencia o con amenaza contra la integridad o la vida–. Tal resultado no sería compatible con el § 24 StGB".

La solución convence[450] y también demuestra y acredita su eficacia en los 422
ejemplos arriba (6., nm. 416 ss.) citados (pasar de la tentativa de robo a una violación o a unas lesiones, de asesinato a un chantaje, etc.), en los cuales el nuevo "hecho" realiza en cada caso otro tipo[451]. Una pequeña modificación

---

[446] Totalmente correcto por consiguiente *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª], 26/35, quien considera un desistimiento de la tentativa de puesta en peligro del tráfico rodado también voluntario aun cuando se realice únicamente para poder violar a la pasajera. La anticrítica de *Herzberg*, H. Kaufmann-GS, 1986, 717 s., pasa por alto que la violación es otro hecho delictivo, al que no se puede recurrir para el enjuiciamiento de la cuestión de la voluntariedad.

[447] *Günther*, A. Kaufmann-GS, 1989, 552.

[448] Cfr. p. ej. *v. Scheurl*, 1972, 120: según él se trata de "uno de esos conceptos que se sustraen a una definición aproximadamente exacta"; *Küper* (JZ 1979, 779) vio en la determinación del hecho "un problema aún absolutamente abierto y que apenas ha sido abordado"; *Otto* (JA 1980, 710) remitió a una "valoración en el caso concreto". Hasta ahora, pensaba en 1984 *Streng* (JZ 1984, 652), el concepto hecho en la teoría del desistimiento "sorprendentemente se ha tomado poco en serio".

[449] *Günther*, A. Kaufmann-GS, 1989, 552.

[450] Cfr. sobre el desistimiento parcial ya *supra* nm. 295 ss.

[451] Una convincente defensa del BGH en polémica con sus críticos (*Streng*, NStZ 1985, 359; *Herzberg*, H. Kaufmann-GS, 1986, 709) nos proporciona *Günther*, A. Kaufmann-GS, 1989, 541 ss.

(no pasada por alto por el BGH) se aplica sólo al caso en que el autor pasa del delito base intentado a una cualificación o a un tipo cualificado autónomo, al emplear, por ejemplo, violencia en un inicial hurto (§ 242) y realizar con ello el tipo de robo (§ 249). Aquí existe un único hecho y no, por ejemplo, un desistimiento de la tentativa de hurto. No obstante, eso no es una excepción propiamente dicha de la referencia al tipo del concepto "hecho", porque en el robo está incluido un hurto, y en la medida en que es así el tipo permanece, pues, idéntico.

423 Por lo tanto, si conforme a lo dicho el cambio de tipo (con la modificación señalada) siempre fundamenta un nuevo hecho, en cambio la identidad del tipo que se va a realizar e incluso la de la forma de comisión no garantizan aún en modo alguno la existencia del mismo hecho. Pues también ha desistido quien abandona un intento con la intención de cometer aún el hecho en una ocasión posterior y eventualmente en otro lugar (cfr. 5., nm. 413 ss.). La realización posterior es otro hecho. De ahí surge el problema de cómo ha de ser de grande la distancia temporal o, en su caso, espacial para que del aplazamiento surja un nuevo hecho. Si, por ejemplo, los autores de una tentativa de robo con fuerza se esconden por un breve tiempo ante la aparición de la policía para llevar a cabo el hecho tras su desaparición, como habían planeado de antemano, habrá que admitir un único robo con fuerza y, por tanto, el esconderse no puede estimarse como desistimiento. Lo mismo se aplica si el autor de una coacción sexual desiste de la tentativa de forzamiento al sexo oral sin causa externa que lo impida, pero la víctima, bajo hostigamiento constante en el transcurso de las horas que siguieron, es arrastrada al salón y allí finalmente violada (así las circunstancias en BGHSt 33, 142). También aquí se trata de un hecho único; por tanto queda descartado un desistimiento de la primera acción.

424 No se puede decir que el problema de la unidad del hecho carezca de importancia en la práctica con el argumento de que el autor también sería condenado por delito consumado en el caso admitir que hay un desistimiento voluntario de la primera parte del acto, y que en definitiva, por tanto, la cuestión poco importa. Pues si bajo la premisa de los dos hechos el segundo se queda atascado en la preparación, la cuestión del desistimiento decide sobre la punibilidad. Si un ladrón, por ejemplo, después de haber entrado en el estadio de la tentativa regresa a casa porque no quiere perderse la emisión de un partido de fútbol (cfr. nm. 401), pero se propone ejecutar el hecho al día siguiente, en el que, sin embargo, se ve entonces impedido de llevarlo a cabo por ser detenido ese mismo día por otro delito distinto, es impune en caso de admitir que hay dos hechos, pues ha desistido voluntariamente del primero y el segundo aún no ha sido intentado. Pero si la acción en su conjunto se considera un hecho, éste se habrá quedado en una tentativa punible.

425 **Cómo hay que determinar en caso de idéntico tipo la unidad del hecho desde puntos de vista espacio-temporales es algo que es discutido. La mayo-**

ría de las veces se recurre a la existencia de un hecho único desde el punto de vista de la teoría del concurso. En la jurisprudencia, a menudo (cfr. BGHSt 33, 146, con más referencias) se ha atendido a la relación de continuación o continuidad, y también en la doctrina se encuentra este enfoque cuando se requiere uniformidad del objeto de ataque y de la forma de ejecución y además se exige que el autor ya haya previsto concretamente el tiempo y el lugar de la actuación posterior[452]. Desde el abandono por la jurisprudencia de la figura jurídica de la acción continuada (BGHSt 40, 138) este camino ya no es viable. La BGHSt 33, 146 se basa en la fórmula de *Lenckner*[453], que admite un hecho único "cuando los actos posteriores están en una conexión temporal y espacial tan estrecha con la tentativa iniciada en primer lugar que los actos se presentan como unidad". Pero eso es poco expresivo porque no permite reconocer en qué condiciones una conexión "se presenta como unidad".

Por eso es preferible la solución de *Herzberg*[454], según la cual sólo importa 426
"si el desistimiento lleva de nuevo al autor fuera de la situación de la tentativa" En tal caso ya no existe tentativa, y precisamente eso caracteriza al desistimiento. Por lo tanto, si el ladrón interrumpe la tentativa de robo con fuerza, pero quiere realizar el hecho al día siguiente, hay que afirmar que hay un desistimiento (nm. 424), pues el ladrón que está sentado en casa viendo la televisión no se encuentra en el estadio de la tentativa. Si por el contrario el ladrón se esconde sólo por un breve momento de la policía, para continuar con el hurto inmediatamente después de su desaparición (nm. 423), no existe desistimiento alguno, sino un único acto porque también durante la interrupción aún sigue existiendo un "disponerse a" en el sentido de una tentativa de robo con fuerza. Lo mismo ocurre con el autor de la coacción sexual (BGHSt 33, 142, nm. 423) que finalmente viola a su víctima tras una larga opresión. A pesar de que ha abandonado la idea inicial de forzarla al sexo oral, en ello no existe desistimiento alguno porque no ha abandonado nunca el estadio de la coacción sexual intentada.

Por lo tanto rige lo siguiente: existe un desistimiento a pesar de la reserva 427
de o la intención de comisión de un delito posterior cuando el autor, o bien cambia el tipo (salvedad hecha del paso a cualificaciones), o bien abandona el estadio de la tentativa en el caso de querer continuar realizando el mismo tipo. Tal desistimiento puede ser voluntario o involuntario. Sin embargo, la involuntariedad sólo puede deducirse de las circunstancias del cometido de la tentativa y no de la voluntad de repetición posterior del hecho intentado o de cometer el hecho de otra manera.

Con ello se resuelve también la cuestión, muy discutida durante mucho 428
tiempo, de **si el "carácter definitivo" del abandono es presupuesto de un desistimiento voluntario.** Naturalmente, sólo en el sentido de que con todo de-

---

[452] Cfr. las referencias en *Herzberg*, H. Kaufmann-GS, 1986, en n. 25 y su texto.
[453] *Lenckner*, Gallas-FS, 1973, 304.
[454] *Herzberg*, H. Kaufmann-GS, 1986, 723 ss. (725).

sistimiento se abandona definitivamente el hecho intentado hasta entonces; la voluntad existente en el desistimiento de, por ejemplo, realizar el mismo tipo en un momento posterior o incluso otro tipo inmediatamente, es la decisión a un nuevo y diferente hecho y no impide el carácter definitivo del desistimiento respecto del hecho intentado hasta entonces. Para el caso de cambio de delito también el BGH lo ha declarado recientemente[455]: en efecto, este alto tribunal "repetidas veces ha señalado (cfr. BGHSt 7, 296, 297; BGH NJW 1980, 602), que sólo puede retroceder o desistir con efecto liberador de pena quien en su conjunto y de forma definitiva renuncia a llevar a cabo la decisión criminal. No obstante, estas consideraciones conciernen siempre a la decisión de abstenerse de la realización de un determinado delito o falta en el sentido de un tipo penal circunscrito legalmente". Para el caso –que probablemente incluso sigue estando cubierto por la formulación del BGH–de que el autor, en el abandono del estadio de la tentativa, decida realizar aún el mismo tipo más tarde, debe aplicarse lo mismo; pues aquí tampoco se prosiguió ya la tentativa anterior, sino que finalmente se la abandonó.

429 De todo ello se desprende **que el criterio del "carácter definitivo" no puede pretender tener ningún significado autónomo en la teoría del desistimiento.** Ya se halla , en la medida en que es procedente, incluido en el concepto del desistimiento del hecho, en el cual falta si el autor quiere continuar el intento sin abandono del estadio de la tentativa. Es cierto que a menudo habrá un desistimiento involuntario si el autor quiere repetir más tarde la tentativa abandonada: se ve, por ejemplo, observado y decide "largarse", pero para renovar el intento otro día. Ahora bien, en tales casos la involuntariedad no se puede admitir, pero no por la falta de firmeza y carácter definitivo del abandono, que se manifiesta en la decisión de la repetición, sino debido a las circunstancias del desistimiento*, que se presenta como conforme a la situación bajo el aspecto de la motivación del delito. El desistimiento sigue siendo involuntario en ese caso aunque el autor no quiera repetir nunca tal intento.

430 Así pues, mientras que según esto el desistimiento se refiere al "hecho" en el sentido expuesto, la voluntariedad se orienta al "plan del autor", como más arriba (nm. 379 ss.) ya se ha explicado en detalle: sólo un desistimiento contrario al plan, que está en contradicción con la motivación original, es voluntario. Si el autor, por tanto, renuncia por la aparición de un riesgo posterior objetivamente demasiado alto, ha desistido (definitivamente), sea como sea lo que quiera hacer en vez de esto o en el futuro. Pero el desistimiento es involuntario porque no es provocado por un abandono del plan original, sino que solamente representa una adaptación "razonable", lógica, a la situación modificada. Asimismo ha desistido quien renuncia a una concreta tentativa de homicidio o de violación (casos 1 y 2, nm. 358, 360). Pero el desistimiento es involuntario si, como fue el

---

[455] BGHSt 33, 145.

* O sea, debido a que el autor en mitad de la tentativa se ha visto observado y puede ser capturado [N.del T.].

caso en estas situaciones, las circunstancias del desistimiento permiten realizar el plan original del autor de la mejor manera posible. Por el contrario, un nuevo plan adoptado en el momento del desistimiento o después de él, no se opone, incluso aunque tenga contenido delictivo, a una voluntariedad basada en la propia situación del desistimiento.

IV. Otras opiniones sobre la voluntariedad

1. La fórmula de *Frank*

La fórmula de *Frank*[456] fue ampliamente difundida durante mucho tiempo 431
e incluso todavía hoy encuentra partidarios aislados[457]: "Es voluntario ... el desistimiento únicamente en el caso de un motivo autónomo, autoimpuesto, con otras palabras, si el autor se dice: yo no quiero alcanzar la meta, aunque podría ... En todos los demás casos el desistimiento es involuntario, y en particular cuando el autor se dice: no puedo alcanzar la meta incluso aunque quisiera". A este respecto *Frank* quería adjudicar a la involuntariedad los casos en los que el autor no sabe con exactitud si todavía era posible la realización del tipo: "Si el autor aprecia el hecho de ser descubierto en el sentido de que teme la imposibilidad de consumación, entonces su desistimiento es involuntario. Pero si ese hecho le induce al desistimiento únicamente porque prevé la denuncia y el castigo, entonces su desistimiento sigue siendo voluntario.

Si dejamos de lado la idea de autonomía, que merece una valoración in- 432
dependiente, se infiere de lo ya expuesto que la fórmula de *Frank* es impracticable. En la medida en que abarca el caso en que el autor parte de que el tipo ya no se puede realizar, concurre un caso de fracaso o tentativa fracasada (nm. 85 ss.); la aceptación de un desistimiento involuntario únicamente es explicable por el hecho de que la figura jurídica de la tentativa fracasada todavía no era reconocida en el significado actual en la época de *Frank*. En la medida en que *Frank* incluye también los casos en que el autor sólo teme el impedimento de la consumación, concurre en efecto un desistimiento involuntario (nm. 393), pero la ulterior consecuencia de que es voluntario el desistimiento por temor fundado a una denuncia y castigo subsiguientes conduce a una diferenciación totalmente impracticable y politicocriminalmente sin sentido.

2. La distinción entre motivos autónomos y heterónomos

La tesis de que un desistimiento voluntario se decide "autónomamente", 433
mientras que el involuntario se determina "heterónomamente" se encuentra

---

[456] *Frank*, StGB, 18.ª, 1931, § 46 II.

[457] Sobre todo *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 41/118, 120; LK-*Vogler*, 10.ª, § 24, nm. 87; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 197, admite la fórmula, de todos modos, como "burda regla general y aproximada".

ya en *Frank* (nm. 431), pero por otra parte ha emprendido una carrera independiente de la fórmula de *Frank* y goza todavía hoy de tanta popularidad que esa pareja de conceptos se recoge –al menos frente a otros criterios– en la mayoría de Manuales y Comentarios. Sin embargo esta diferenciación es inadecuada porque se pueden vincular con ella significados tan diferentes que carece de todo contenido enunciativo autónomo. Con razón habla *Schünemann*[458] de una "palabra huera".

434 Para *Frank* (cfr. nm. 431) seguía siendo autónomo incluso un desistimiento por amenaza de denuncia y castigo, de manera que tampoco debía menoscabar la voluntariedad una presión psíquica muy fuerte como motivo de desistimiento. *Schröder*[459], quien en la postguerra hizo de nuevo popular la diferenciación, considera en cambio voluntario un desistimiento "si se origina por motivos autónomos del autor, por tanto si el autor se decide a desistir sólo sobre la base de deliberaciones internas, sin un cambio de la situación perjudicial para él". Esta es una posición exactamente opuesta a la anterior, en cuanto que conforme a ella cualquier presión externa conduce ya a la heterónoma involuntariedad. *Wessels*[460] llena de contenido el criterio que para él es decisivo para la determinación de la voluntariedad, "el de la propia decisión autónoma del autor", con ayuda de la teoría psicológica del BGH. En total oposición con ello *Eser*[461] deduce de estos conceptos una concepción normativa de la voluntariedad que es semejante a la defendida aquí: según él puede mantenerse "la diferenciación –no psicológica en primera línea, sino valorativa– entre causas o razones autónomas y heterónomas ... como base para la determinación del contenido de la voluntariedad..., y cierto que precisamente porque un retroceso motivado autónomamente remite a 'lo meritorio' del desistimiento, o a la actitud interna finalmente fiel al Derecho del sujeto que desiste...". Ya estos pocos ejemplos ponen de manifiesto que con el criterio autonomía/heteronomía todo –y con ello, nada– se puede demostrar. No tiene valor alguno por sí mismo.

3. El criterio de los intereses, de *Schmidhäuser*

435 *Schmidhäuser* expone[462]: "El autor abandona 'voluntariamente' la ejecución si para él todavía sigue siendo interesante el hecho concreto en sí mismo y también en atención a las consecuencias; se distancia sin embargo de su interés –involuntariamente– si ha dejado de ser interesante para él como tal o en atención a las consecuencias esperadas". Los ejemplos que acto seguido pone este autor son resueltos plausiblemente en la mayoría de los casos, pero queda poco claro cómo va a ayudar en su solución el concepto

---

[458] *Schünemann*, GA 1986, 323.
[459] *Schröder*, JuS 1962, 83; también ya *el mismo*, MDR 1956, 321.
[460] *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 651 s.
[461] *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 24, nm. 43.
[462] *Schmidhäuser*, StuB AT, 2.ª, 11/83.

de intereses arriba descrito[463]. No parece convincente que el hecho "todavía siga siendo interesante" para el autor que desiste voluntariamente. Si alguien por pensarlo mejor y por arrepentimiento sobre su errada conducta desiste de pronto, el hecho precisamente ya no es "interesante" para él, pero el desistimiento es evidentemente voluntario. E incluso también sigue siendo voluntario si el autor desiste de un hecho iniciado de forma espontánea e irreflexiva exclusivamente porque, por ejemplo, ha perdido el interés por el objeto del hurto que inicialmente le parecía tan tentador.

Tampoco es acertada la opinión de *Schmidhäuser*[464] de que el desistimiento 436
es involuntario si el hecho ha "perdido todo aliciente para el autor". Según *Schmidhäuser* es voluntario un desistimiento si el autor "ha desistido por una toma de consciencia de la posibilidad de pena que no ha sido motivada por un cambio concreto de la situación del hecho"[465]. Pero ¿cómo que no ha perdido con ello el interés si en el caso del miedo al descubrimiento y castigo que fundamenta el desistimiento originado *Schmidhäuser* le niega tener cualquier interés ulterior, con la consecuencia de que se le atribuye –acertadamente– un desistimiento involuntario? También se podría afirmar perfectamente que todo desistimiento, tanto el voluntario como el involuntario, presupone que el autor ha perdido el interés (bien por el hecho en sí o en atención a sus consecuencias). En cualquier caso, el criterio de los intereses, interpretable de múltiples maneras, no es apto para la delimitación.

4. La propuesta de *Herzberg* del apoyo en el Derecho civil

La "teoría del cumplimiento o saldo de la deuda o culpa", orientada al Dere- 437
cho civil, con cuya ayuda quiere explicar *Herzberg* el privilegio del desistimiento, ya ha sido valorada críticamente (nm. 25 ss.). Aunque él mismo recurre a los puntos de vista de los fines de la pena para la determinación de la involuntariedad (nm. 27), en su concreción intenta sin embargo, de forma distinta a como aquí se lleva cabo, invocar las categorías jurídicociviles como "ayuda valiosa"[466]. No obstante coincide, con la opinión aquí defendida, en el rechazo de todas las concepciones psicológicas del desistimiento. La involuntariedad según él "se mide en todos los casos según criterios normativos; de ninguna manera tenemos necesariamente que recurrir a un planteamiento psicologizante, aun cuando rechacemos las propuestas de la teoría de los fines de la pena".

Las "propuestas" propias que ofrece *Herzberg* consisten en que quiere hacer 438
operativas para la determinación de la voluntariedad las figuras jurídicociviles de la ruptura del contrato y de la desaparición de la base del negocio. En caso de "ruptura del contrato" el desistimiento sería voluntario; por el contrario sería involuntario ante una "desaparición de la base del negocio".

---

[463] Cfr. sobre la crítica, también *Walter*, 1980, 64; *Jäger*, 1996, 22 s.

[464] *Schmidhäuser*, StuB AT, 2.ª, 11/84.

[465] *Schmidhäuser*, StuB AT, 2.ª, 11/87.

[466] Aquí y en lo que sigue: *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 359.

"Si, por ejemplo, A, por 10.000 Marcos, se ha declarado dispuesto ante M a matar a F, la mujer de M, en su casa a última hora de una tarde concreta, el abandono del plan por miedo o por motivos de conciencia es entonces una ruptura del contrato espontánea (aquí loable) y por eso hay que atribuir a A el desistimiento como voluntario (§ 31 I Nr. 2 StGB). Sin embargo, si debido a las circunstancias A renuncia porque, por ejemplo, inesperadamente no encuentra a F sola sino celebrando una fiesta con invitados, o porque M le comunica que ahora sólo puede pagarle 5.000 marcos, entonces desaparece la base del negocio y A puede alegar que bajo esas circunstancias no se le puede exigir la realización del hecho según lo pactado; su desistimiento es involuntario".

439 El recurso al Derecho civil para solucionar tales casos produce efectos muy rebuscados y poco razonables. Pues, por una parte, los contratos son nulos, de manera que hay que excluir ya por tal motivo un "incumplimiento del contrato"; y por otra parte, el intento del "deudor" de conseguir una corrección posterior del precio, o la presencia de otra gente en la vivienda de la víctima, según los baremos civiles –aparte de que sin más no son apropiados– no es lo mismo que una desaparición de la base del negocio. Pero sustancialmente, tras los correctos resultados de *Herzberg* no se esconde otra cosa que el criterio aquí desarrollado del irrazonable o ilógico abandono del hecho, contrario al plan, como presupuesto de la voluntariedad. Quien por miedo o motivos de conciencia no ejecuta un encargo de asesinato actúa de forma contraria al plan y desde el punto de vista de un "asesino" profesional, de forma ilógica, irrazonable: pero su "loable" retorno a la senda del Derecho legitima que se vea libre de pena. Quien, por el contrario, desiste como asesino profesional a causa de una recompensa insuficiente o por excesivo riesgo (debido a la presencia de numerosos invitados), se comporta de modo acorde con la situación así como lo exigiría "la razón o lógica del delincuente"; por eso el desistimiento es involuntario.

440 Hasta qué punto la concepción de la voluntariedad de *Herzberg* le debe mucho a las "propuestas de la teoría de los fines de la pena", pretendidamente rechazadas por él, se manifiesta aún con mayor claridad en los –con mucho– más numerosos casos en los que el sujeto que desiste, incluso con la interpretación más generosa, no había contraído ninguna obligación cuasicontractual de realizar el delito. En estos casos, opina *Herzberg*, se trata de "que circunstancias externas que surgen o varían de forma inesperada colocan bajo presión de tal manera a quien se compromete (a hacer alguna cosa) que un observador neutral 'no espera otra cosa' de ello sino que se aleje del intento. También allí donde falta toda participación ajena hay que averiguar interpretativamente qué concierta consigo mismo el autor de la tentativa, es decir, qué se ha propuesto, si concurre un error esencial sobre el motivo, si las inversiones pasan a ser desproporcionadas (¡incremento del riesgo!), si la consumación del delito ha perdido sentido".

441 Cuando *Herzberg* interpreta aquí el desistimiento voluntario como ruptura de un pacto que el autor ha concluido consigo mismo, mientras que en la desaparición del motivo, en el inexigible incremento del riesgo, etc., no procede el autocompromiso debido a la eliminación de la base del negocio, entonces la

vestimenta de su tesis en términos jurídicociviles es aún más artificial que en caso de acuerdos delictivos entre varias personas. Sin embargo eso no cambia en absoluto el hecho de que bajo esa extraña envoltura aparezcan con gran claridad los contornos de la teoría de los fines de la pena pretendidamente abandonada. Pues si un "observador neutral" no esperaba del autor otra cosa que un distanciamiento de la tentativa, entonces, según la concepción aquí defendida, el desistimiento es lógico en un enjuiciamiento objetivo desde el punto de vista del plan del hecho y por ello involuntario. Efectivamente, *Herzberg*[467] cita en sentido aprobatorio a *Stratenwerth*, quien admite la involuntariedad si "los inconvenientes ... a la vista del autor ... tienen una importancia tan gravemente desproporcionada que sería manifiestamente irrazonable aceptarlos". Por consiguiente aquí se acepta sin más el criterio de la racionalidad o razonabilidad. *Herzberg*[468] coincide también totalmente con la concepción aquí defendida en que él remite al "prioritario carácter decisivo del plan del autor". Así pues puede decirse en conclusión que su teoría ciertamente ha liberado la concepción de la voluntariedad teóricamente de la teoría de los fines de la pena respecto de las excesivas interpretaciones extensivas preventivo-especiales propias del Derecho penal de autor (13 ss., 416 ss.), pero que por lo demás sin embargo coincide materialmente con ella. Los pretendidos paralelismos jurídicociviles no aportan nada nuevo.

5. La propuesta de *Jäger* del apoyo en la autoría mediata

Jäger[469] acomete el novedoso **intento de delimitar la voluntariedad de la involuntariedad según los criterios que han sido desarrollados para la autoría mediata.** Donde un ejecutor actuaría de forma no libre bajo los presupuestos de la autoría mediata, su desistimiento será según él involuntario. Si, por ejemplo, alguien es impulsado a desistir mediante una amenaza de muerte[470], su desistimiento –dice– es involuntario; pues cuando una amenaza semejante determina a un instrumento (intermediario) a la comisión de un delito, resulta exculpado según el § 35 y el sujeto de atrás es autor mediato. De este modo, "ni psicológicamente ni normativamente, sino con los baremos previamente dados por el legislador" quiere llenar *Jäger* el concepto de voluntariedad. Lo problemático en ello es que los "baremos previamente dados" por el legislador para la determinación de la voluntariedad difícilmente pueden encontrarse en la teoría de la responsabilidad y de la autoría; hay que buscarlos en la ratio del privilegio del desistimiento (esto es, en la teoría de los fines de la pena)[471]. Efectivamente, así se pone de manifiesto que el 442

---

[467] *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 362, n. 54.

[468] *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, 362.

[469] *Jäger*, 1996, 98 ss.

[470] Aquí y en la siguiente cita: *Jäger*, 1996, 99 (similar *Köhler*, AT, 472).

[471] En ZStW 112 (2000), 794 ss., *Jäger* ha restringido su concepción original y acentúa ahora "que una transposición de los principios de la autoría ha de ~~debe~~ tener en cuenta las peculiaridades del desistimiento".

original punto de partida de *Jäger* fuerza, por una parte, a llegar a resultados muchas veces insatisfactorios (a) y por otra parte tampoco es practicable en todos los correspondientes grupos de casos (b).

443 a) Absolutamente insatisfactoria es, por ejemplo, la consecuencia de que si alguien desiste de un tentativa de hurto para apagar su casa en llamas (nm. 401) o para evitar una destrucción inminente, debida a otras causas, de la base económica de su existencia, se sostenga que la razón para considerar que ha desistido voluntariamente es sólo porque la salvación de valores económicos no forma parte de las causas de exculpación del estado de necesidad del § 35[472]. Pues el que desiste actúa en virtud de una ponderación de bienes en la cual el bien que hay que salvar supera en mucho en su valor al que pretende conseguir con el robo. Ningún dato previo legislativo lingüístico ni teleológico nos obliga a calificar de voluntario un desistimiento que tenga lugar en semejante "estado de necesidad" cuasi-justificante. Quien cesa en su actuación porque una continuación le acarrearía más perjuicios que beneficios, únicamente sigue las reglas de la racionalidad delictiva y por eso actúa involuntariamente.

444 Políticocriminalmente tampoco es convincente la tesis de que un sujeto responsable según los principios de la *actio libera in causa* no va a poder ya desistir voluntariamente cuando en estado de inimputabilidad renuncia a la ejecución posterior por ejemplo por sentir compasión de la víctima[473]. Pues el § 20 está para producir una exculpación y resulta tergiversado convirtiéndolo en lo contrario si se interpreta que debe dar lugar a no conceder una liberación de pena sólo porque el sujeto de atrás es autor mediato si se vale de un inimputable. Las valoraciones jurídicas están situadas aquí en un plano totalmente diferente. Tampoco convence que *Jäger* pretenda admitir un desistimiento voluntario[474] si el autor desiste sólo porque el riesgo de continuar el hecho se hace demasiado grande debido a un cambio de las circunstancias externas (el perro guardián no come la salchicha envenenada, la iluminación de las calles se enciende de repente, o hay clientes en el lugar del atraco). ¡Puesto que tales causas no exculpan, por ello no es preciso sin

---

[472] *Jäger*, ZStW 112 (2000), 796, n. 53, también acepta ahora la involuntariedad con la argumentación de que se podría recurrir a la "idea" del § 35 [estado de necesidad disculpante] "también en los casos de amenazas existenciales de ese tipo". Dejando aparte el hecho de que tal ampliación del § 35 hay que rechazarla cuando menos en los delitos dolosos (*Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 22, nm. 23), hay que admitir la involuntariedad del desistimiento ya con independencia de toda amenaza existencial, siempre que el interés del autor en la conservación del bien a salvar excede a su interés en el botín.

[473] *Jäger*, 1996, 106. En ZStW 112 (2000), 799, *Jäger* se aviene con la interpretación aquí defendida, al admitir en un desistimiento en estado de embriaguez "en la duda imputabilidad".

[474] *Jäger*, 1996, 110. En ZStW 112 (2000), 804, *Jäger* tiende ahora a la aceptación de la involuntariedad con el argumento de que los motivos del desistimiento muestran ya una intensidad de presión jurídica en el sentido del § 35 StGB, porque en tales casos, de continuar con su proyecto, el autor tiene que contar con la captura o el menoscabo corporal". Pero el desistimiento también es ya involuntario cuando –todavía– no existe un peligro actual en el sentido del § 35 y es sólo el riesgo, razonablemente no asumible, de fracasar lo que motiva al autor a desistir.

embargo que hagan aparecer como voluntario un desistimiento adecuado a la situación y racional desde el punto de vista del delincuente! Un desistimiento es involuntario cuando aparece lógicamente obligado por la situación, pero a pesar de ello nace de una ponderación fría y por tanto es libre.

b) Pero la concepción tampoco es practicable sin contradicciones. Así, con razón estima como involuntario el desistimiento por temor a una detención inminente en caso contrario. Pero la argumentación según la cual "también la inminente pérdida de la libertad" fundamenta un "estado de necesidad en el sentido del § 35 y con ello una exclusión de la responsabilidad"[475], no se ajusta a la detención permitida, frente a la cual indiscutiblemente no resulta exculpada una resistencia típicamente antijurídica[476]. 445

Tampoco se puede aplicar el enfoque de la cesación del motivo (cfr. nm. 403-405) al caso de la "tentativa sin sentido". Si el autor quiere matar a su padre para la obtención de una gran herencia pero desiste en el último momento porque tiene noticia de que el padre ha perdido toda su fortuna[477], entonces esto es un desistimiento involuntario, como también opina acertadamente *Jäger* (sobre su fundamentación cfr. nm. 404). Pero no concurre una causa de exculpación en el hijo, y aunque *Jäger*[478] afirma de modo resuelto y un tanto atrevido que si alguien ve que su hecho ya no tiene ningún sentido, entonces parece justificado "admitir una exclusión de la responsabilidad del autor", esta tesis no encuentra apoyo alguno en la ley. Y el recurso a las estructuras de la autoría mediata tampoco sirve de gran ayuda, pues el error sobre el sentido concreto de la acción en la persona del ejecutor inmediato ciertamente puede fundamentar en efecto en el sujeto de atrás, bajo determinadas circunstancias, una autoría mediata (más detalladamente § 25, nm. 94 ss.), pero la responsabilidad del intermediario (autor inmediato) no está excluida precisamente en estos casos del "autor tras el autor"[479]. Tampoco *Jäger* puede ofrecer por tanto una concepción global sostenible. 446

[475] *Jäger*, 1996, 103.

[476] *Jäger*, ZStW 112 (2000), 798, objeta que no importa la exculpación. Lo decisivo es para él "sólo la presión sentida por el autor sobre el bien jurídico libertad". Con ello se abandona ciertamente el baremo jurídico, y se atiende solamente al efecto coercitivo psíquico, en el sentido de la teoría psicológica.

[477] Ejemplo de *Jäger*, 1996, 112.

[478] *Jäger*, 1996, 109.

[479] El propio *Jäger* dice ahora (ZStW 112, 2000, 803), que es una peculiaridad del desistimiento "que cualquier eliminación del sentido de la acción relacionado con el objeto y con el bien jurídico lleva a una exclusión de la voluntariedad", y se distancia de una "aplicación ciega de la teoría del autor [de la autoría]".

SECCIÓN 10ª.

EL DELITO DE OMISIÓN

§ 31. El delito omisivo o de omisión en general y sus divergencias respecto del delito comisivo o de comisión

Bibliografía: *v. Buri,* Ueber die Begehung der Verbrechen durch Unterlassen, GerS 21 (1869), 189; *Binding,* Die Normen und ihre Übertretung, t. II, Hälfte 1, 2.ª, 1914; *v. Oberbeck,* Unterlassung durch Begehung, GerS 88 (1922), 319; *Engisch,* Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *Grünhut,* Grenzen des übergesetzlichen Notstandes, ZStW 51 (1931), 455; *Engisch,* Der Arzt im Strafrecht, MSchKrim 1939, 414; *Eb. Schmidt,* Der Arzt im Strafrecht, 1939; *Gallas,* Zur Revision des § 330 c StGB, JZ 1952, 396; *Kielwein,* Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, 225; *Böhm,* Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1957; *Grünwald,* Das unechte Unterlassungsdelikt. Seine Abweichung vom Handlungsdelikt, 1957; *Hardwig,* Die Zurechnung, 1957; *Welzel,* Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958, 494; *Armin Kaufmann,* Die Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, 1959; *Grünwald,* Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, 110; *Gallas,* Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960, 649; *Armin Kaufmann,* Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961, 173; *Arthur Kaufmann,* Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-FS, 1961, 200; *Spendel,* Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Eb. Schmidt-FS, 1961, 183; *Roxin,* Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), 411 [Contribución a la crítica de la teoría final de la acción, en Roxin, Problemas básicos del DP, trad. Luzón Peña, 1976, 84]; *Engisch,* Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, von Weber-FS, 1963, 247; *Armin Kaufmann,* Unterlassung und Vorsatz, von Weber-FS, 1963, 207; *Ranft,* Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht, JuS 1963, 340; *Bertel,* Begehungs- oder Unterlassungsdelikt?, JZ 1965, 53; *Ulsenheimer,* Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965; *E. A. Wolff,* Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; *Grünwald,* Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, H. Mayer-FS, 1966, 281; *Rudolphi,* Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *Wessels,* Recensión del libro "Peters-Preisendanz, StGB mit Erläuterungen und Beispielen, 25. Aufl.", JZ 1967, 191; *Bockelmann,* Strafrecht des Arztes, 1968; *Gallas,* Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968), I; *Geilen,* Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme, JZ 1968, 145; *Geilen,* Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, FamRZ 1968, 121; *Welp,* Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *Roxin,* An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Engisch-FS, 1969, 380 [En el límite entre comisión y omisión, en Roxin, Problemas básicos del DP, trad. Luzón Peña, 1976, 226]; *Schaffstein,* Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Honig-FS, 1970, 169; *Herzberg,* Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1971, 881; *Küper,* Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, 474; *Schünemann,* Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; *Geilen,* Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff, Heinitz-FS, 1972, 373; *Herzberg,* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *Otto,* Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Maurach-FS, 1972, 91; *Ulsenheimer,* Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA 1972, 1; *Engisch,* Tun und Unterlassen, Gallas-FS, 1973, 163; *Roxin,* Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973 [Problemas básicos del DP, trad. Luzón Peña, 1976]; *Stratenwerth,* Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Gallas-FS, 1973, 227; *Busse,* Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, 1974; *Otto,* Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht – OLG Hamm, NJW 1973, 1422, JuS 1974, 702; *Philipps,* Der Handlungsspielraum, 1974; *Rudolphi,* Recensión del

libro "Reinhart Maurach: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl." , ZStW 86 (1974), 68; *Samson,* Begehung und Unterlassung, Welzel-FS, 1974, 579; *Schöne,* Unterlassene Erfolgsabwendung im Strafgesetz, 1974; *Haffke,* Unterlassung der Unterlassung? Zur logischen, ontologischen und teleologischen Kritik des Umkehrprinzips, ZStW 87 (1975), 44; *Roxin,* en: Roxin/Stree/Zipf/Jung, Einführung in das neue Strafrecht, 2.ª, 1975; *Sax,* Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975, 137; *Kienapfel,* Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, 281; *Sax,* "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung (II), JZ 1976, 429; *Engisch,* Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe, Dreher-FS, 1977, 309; *Herzberg,* Täterschaft und Teilnahme, 1977; *Hruschka,* Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, Bockelmann-FS, 1979, 421; *Küper,* Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979; *Schünemann,* Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *Arzt,* Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (1. Teil), JA 1980, 553; *Puppe,* Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), 863; *Arzt,* Recensión del libro "StGB Leipziger Kommentar, Hrsg.: Hans-Heinrich Jescheck, Wolfgang Ruß, Günther Wilms, 10. Aufl.", JZ 1981, 412; *v. Dellingshausen,* Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflichten des Arztes, 1981; *Maiwald,* Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 1981, 473; *Maaß,* Betrug verübt durch Schweigen, 1982; *Ranft,* Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung, ZStW 94 (1982), 815; *Wachsmuth/Schreiber,* Sicherheit und Wahrscheinlichkeit – juristische und ärztliche Aspekte, NJW 1982, 2094; *Puppe,* Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW 95 (1983), 287; *Sieber,* Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der "passiven" Gesprächsteilnahme, JZ 1983, 431; *Vogel,* Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1983; *Gössel,* Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW 96 (1984), 321; *Schünemann,* Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 (1984), 287; *Bloy,* Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *Fünfsinn,* Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen, 1985; *Otto/Brammsen,* Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens (I), Jura 1985, 5; *Schürmann,* Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986; *Sowada,* Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt, Jura 1986, 399; *Bloy,* Anstiftung durch Unterlassen?, JA 1987, 490; *Hirsch,* Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, Lackner-FS, 1987, 597; *Kahlo,* Das Bewirken durch Verlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen – Zur notwendigen Modifikation der Risikoerhöhungslehre bei den unechten Unterlassungsdelikten, GA 1987, 66; *Otto,* Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Jura 1987, 246; *Ranft,* Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten – Teil 1, JZ 1987, 859; Teil 2, 908; *Roxin,* Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen. Zugleich eine Besprechung von BGH NStZ 1987, 365 und LG Ravensburg NStZ 1987, 229, NStZ 1987, 348; *Tröndle,* Wann ist Sterbehilfe ein rechtliches Problem?, ZStW 99 (1987), 31; *Frisch,* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *Herzberg,* Straffreie Beteiligung am Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen, JZ 1988, 182; *Brammsen,* Erfolgszurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten, MDR 1989, 123; *Odersky,* Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Gewässerverunreinigungen, Tröndle-FS, 1989, 291; *Volk,* Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme, Tröndle-FS, 1989, 219; *Küpper,* Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990; *Kuhlen,* Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NStZ 1990, 566; *Seier,* Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Teil 2), JA 1990, 382; *Tröndle,* Strafrechtlicher Lebensschutz und Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Betrachtungen zum "Ravensburger Fall", Göppinger-FS, 1990, 595; *Brammsen,* Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern, Jura 1991, 533; *Samson,* Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StV 1991, 182; *Beulke/Bachmann,* Die "Lederspray-Entscheidung" – BGHSt 37, 106, JuS 1992, 737; *Meier,* Verbraucherschutz durch Strafrecht?, NJW 1992, 193; *Puppe,* Zur Kausalitätsproblematik bei der strafrechtlichen Produkthaftung, JR 1992, 30; *Seebode,* Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts, Spendel-FS, 1992, 317; *Stoffers,* Die Formel vom "Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen, 1992; *Stoffers,* Sterbehilfe: Rechtsentwicklungen bei der Reanimator-Problematik, MDR 1992, 621; *Stoffers,* Die Rechtsfigur "Unterlassen durch Tun" (Teil 1), JA 1992, 138; *Cramer,* Die Rechtspflicht des Aufsichtsrates zur Verhinderung unternehmensbezogener strafbarer Hand-

lungen und Ordnungswidrigkeiten, Stree-/Wessels-FS, 1993, 563; *Dencker*, Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung, Stree/Wessels-FS, 1993, 159; *Stoffers*, Die vorrechtlich-ontologische Unterscheidung der Verhaltensformen positives Tun und Unterlassen, GA 1993, 262; *Struensee*, Handeln und Unterlassen, Begehungs- und Unterlassungsdelikt, Stree/Wessels-FS, 1993, 133; *Hilgendorf*, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils, NStZ 1994, 561; *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996; *Schwab*, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, 1996 *Verrel*, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz, JZ 1996, 224; *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997; *Schneider*, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1997; *Baier*, Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs- oder Schuldfähigkeit. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der omissio libera in causa, GA 1999, 272; *Röhl*, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen und das fahrlässige Unterlassungsdelikt, JA 1999, 885; *Sanchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand etc., 2000; *Winter*, Der Abbruch rettender Kausalität, 2000; *Schmidhäuser*, Über Unterlassungsdelikte. Terminologie und Begriffe, Müller-Dietz-FS, 2001, 761; *Silva Sanchez*, Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, Roxin-FS, 2001, 641; *Brammsen*, Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen, GA 2002, 193.

I. Introducción

Si el delito omisivo o de omisión recibe en las exposiciones de la Parte General asignada una sección propia se debe a dos razones. La primera consiste en **que muchos de los conceptos básicos de la teoría general del delito desarrollados para los delitos comisivos no pueden ser traspasados sin más a los delitos omisivos**. La causalidad de quien mata a otro a través de una cuchillada es de otro tipo distinto de la causalidad de una persona que omite salvarlo – eso si es que en este segundo caso se quiere hablar de causalidad, lo que además ya es discutible. El dolo del autor que dirige conscientemente el curso causal al objetivo previsto no es el mismo que el dolo del omitente de no intervenir en un curso causal que se desarrolla independientemente de él. El "disponerse" (a actuar) en la tentativa no puede determinarse para el omitente, que permanece en la pasividad, de la misma forma que para el autor comisivo que activamente impulsa hacia adelante el suceso. El dominio del hecho, que nos ha servido en los delitos comisivos en la mayoría de los casos para delimitar la autoría de la participación, no puede hacer el mismo servicio en los delitos omisivos, porque un suceso no se puede dominar –o, en todo caso, no en el mismo sentido– mediante pura omisión. 1

Las evidentes diferencias entre la comisión y la omisión, que aún podrían demostrarse en otros ejemplos, las ha agudizado *Armin Kaufmann* hasta convertirlas en el "**principio del reverso**" (o de la reversión: *Umkehrprinzip*)[1]. Según ello, se diferencia la acción de la omisión como A y *non* A, de forma que para las omisiones siempre rige o vale lo contrario de lo que se ha considerado correcto para los delitos comisivos. Así, por ejemplo[2], no sería significativa jurídicamente la decisión ("dolo") de efectuar una omisión, sino, al revés, la falta de decisión de efectuar la acción ordenada o requerida; por tanto 2

[1] *Armin Kaufmann*, 1959, 87 ss.; siguiéndole *Welzel*, StrafR 11[3], 203.

[2] Sobre los ejemplos, v. *Armin Kaufmann*, 1959, 88.

esta teoría niega la existencia de un dolo de omisión. Tampoco sería jurídicamente relevante p.ej. la tentativa de omisión, sino más bien la omisión de la tentativa de efectuar la acción ordenada.

3 Tal principio del reverso es, sin embargo, rechazable[3]. En efecto, la teoría de la omisión únicamente se plantea como un reverso de la dogmática de la comisión si se basa los conceptos penales en estructuras ónticas, como hace en efecto la escuela finalista de *Welzel*[4]. Entonces, el no-hacer es todo lo contrario al hacer y esta negación central se puede trasladar a todas las manifestaciones de la omisión. Cuando, por el contrario, como ocurre en este libro[5], el sistema penal se deriva de valoraciones político-criminales centrales, éstas valen igualmente para la acción y para la omisión. El autor activo y el omitente pueden decidirse por la posible lesión del bien jurídico y, de esta forma, actuar dolosamente. Ahora bien, el diferente sustrato fáctico de la decisión (por un lado, por ejemplo, un golpe, y, por otro, un aparente no darse cuenta) influye en la forma de manifestación del dolo[6], de manera que éste en las omisiones, a pesar de la misma base normativa, presenta modificaciones que se expondrán más adelante con detalle (nm. 184 ss.). Modificaciones similares hay en todos los ámbitos de la teoría del delito y serán, junto al concepto y a las formas o clases de la omisión, el objeto sustancial del § 31 de nuestra exposición.

4 Además hay una segunda razón que exige un especial tratamiento de los delitos de omisión. A saber, mientras los delitos comisivos básicamente (a excepción de los delitos especiales) cualquiera los puede cometer, autor de un delito omisivo, de antemano, únicamente puede ser quien, o bien es descrito como tal en los tipos de la parte especial (lo que sólo ocurre en casos aislados), o quien conforme al § 13 "ha de responder de que el resultado no se produzca" y cuya omisión, además, se corresponde con la realización del tipo legal mediante un hacer activo". **El deber de responder, como también la cláusula de la correspondencia, son presupuestos específicos de la mayoría de las omisiones "impropias"**. Su determinación se cuenta entre los problemas más discutidos de la parte general y constituye el contenido del siguiente § 32.

II. La omisión

5 Es **posible** construir **un concepto de omisión pretípico**, que como el concepto del hacer o actuar puede ser subordinado a un supra-concepto general de acción. Según la concepción aquí desarollada[7], la acción en

---

[3] *Arzt*, JA 1980, 554 s.; *Haffke*, ZStW 87 (1975), 44; *Jescheck/Weigend*, AT 5ª, antes del § 58; *Schmidhäuser*, StuB AT 2ª, 16/6, Fn. 1; *Sch/Sch/Stree*, 26ª, antes de §§13 ss., nm. 138.

[4] Cfr. al respecto con más detalle, *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 7 nm. 15, 19, § 8 nm. 24.

[5] Cfr. sobre la fundamentación, *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 7 nm. 23 ss., 50 ss.

[6] Cfr. sobre la esa "resistencia de la materia" *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 7 nm. 46, 83.

[7] *Roxin*, AT I 2.ª [PG I], § 8 nm. 42 ss.

el sentido del Derecho penal es una manifestación de la personalidad y en este concepto se incluye también la omisión. Cuando alguien en un círculo en el que se reza o se canta no reza o no canta con los demás omite un cántico conjunto o una oración conjunta. Este "no hacer con los demás" es una manifestación de la personalidad exactamente igual que lo hubiera sido la activa participación en las actividades comunes. El concepto de la manifestación de la personalidad abarca además incluso la omisión inconsciente. Cuando alguien olvida algo importante se manifiesta en ello su personalidad como la de una persona distraída o descuidada.

Si se resume y se concreta lo ya dicho en relación con el concepto de acción, de ello se deriva que la omisión depende de dos condiciones:[8]

1. La expectativa de acción

En primer lugar debe concurrir una expectativa de acción, que puede fundamentarse social o individualmente. Así, el guardar silencio en el canto en común o en la oración conjunta contradice una expectativa social y por tanto es una omisión. Pero ya es suficiente para una omisión que alguien prometa una carta a una persona allegada, a quien luego no escribe. Así, ya por esta defraudación de la expectativa individual, puede considerarse la no actividad como una omisión. En cambio, si falta aquella expectativa, no puede hablarse de ninguna omisión. Todo el mundo podría hacer cada día muchas cosas en las que ni él ni otros han pensado nunca: suicidarse, emborracharse, desaparecer de repente, etc. Pero no haber hecho eso no fundamenta (aún) ninguna omisión. 6

El concepto de acción* descrito es, en primer lugar, pretípico. La omisión –p. ej. de una ayuda esperada– sólo realiza un tipo si es contraria a una expectativa de acción jurídicopenal, por ejemplo, la que puede derivarse del § 323 c [omisión de socorro]. Ciertamente hay **casos en los que una omisión se constituye sólo a través de una expectativa jurídicopenal de acción y por tanto no tiene una existencia pretípica**[9]. Así, cuando se introduce una obligación o deber de aviso o reporte o un nuevo impuesto, el hecho de no informar o reportar o el no pago de impuestos hasta ese momento no generaba una omisión porque mientras tanto no había habido ningún tipo de expectativa de acción. Sólo con la introducción de un deber de actuación penal puede derivarse de ella que lo que antes no era nada se convierta en una omisión. 7

---

[8] Cfr. sobre ello tb. SK-*Rudolphi*, 7.ª, antes del § 13, nm. 1-4 con ulteriores citas.

[*] El texto de Roxin dice efectivamente "el concepto de acción". Pero, dado que está hablando de la omisión, o bien quiere decir realmente "el concepto de omisión" o bien "el concepto de acción omitida" [N. del T.].

[9] Cfr. sobre ello con más detalle ya *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 8 nm. 51 ss.

2. La capacidad individual de acción

8 La segunda condición de la omisión es la capacidad individual de acción. Esta no se dará cuando al destinatario de la norma le sea imposible físicamente la acción esperada. Este es, en primer lugar, el caso si al que permanece inactivo le falta la capacidad de acción corporal. Si una persona que se está ahogando únicamente puede ser librado de la muerte por el salvamento de un nadador, no omite la acción de salvamento quien, por no ser nadador o por estar tullido, permanece sentado junto a la orilla sin hacer nada. Sin embargo, si esta persona puede pedir ayuda, entonces sí tiene capacidad de acción[10] –porque la acción esperada no tiene por qué hacerse personalmente– y por tanto omite el salvamento cuando permanece inactiva. Con mayor razón aún, no existe omisión si debido a la distancia espacial es imposible una actuación: quien está en Múnich no puede al mismo tiempo omitir la ejecución de una acción esperada u obligada en Hamburgo. Pero la imposibilidad física puede deberse también a la falta de recursos, o de aptitudes y conocimientos técnicos: quien en un paraje solitario encuentra a un herido grave no omite si permanece inactivo porque no tiene un móvil para llamar a una ambulancia, ni tampoco tiene el instrumental, ni las aptitudes técnicas, ni siquiera simplemente los conocimientos para realizar él mismo la necesaria operación de urgencia.

9 Por tanto, no es preciso que la incapacidad de acción se dé en términos absolutos y en todos los aspectos, sino que hay que apreciarla ya cuando alguien en la concreta situación no puede hacer nada razonable o que tenga sentido para cumplir el mandato[11]. Por tanto, podrá responsabilizarse de incendio por omisión a quien, aunque no podía extinguir el incendio, sí podía haber disuadido a su mujer de provocarlo (RGSt 64, 273, 276), puesto que ésta era una posibilidad, que tenía sentido, de evitar el resultado. Pero quien llega a donde hay un incendio no omite la extinción si permanece quieto en una inactiva desesperación en lugar de echar agua recogida con sus manos en las llamas, ya que de esta forma no se puede luchar con éxito contra un incendio.

10 Por otro lado, las dudas serias sobre el éxito de la medida de salvación no suprimen aún la capacidad y el deber de actuar. "Sólo la falta de éxito de la acción salvadora que es previsible como segura" puede fundamentar tal afirmación (BGH NStZ 2000, 415). Por tanto, la policía o el servicio médico de urgencias deben ser llamados por el obligado a actuar aunque él no sepa si aún se está a tiempo de que sea útil. Si resulta después que la víctima ya no

---

[10] OLG Hamm VRS 34 (1968), 149; doc. dom. totalmente, cfr. p. ej. LK11ª-*Jescheck*, antes del § 13, nm. 10; *Welzel*, StrafR 11ª, 211 s.

[11] *Jescheck/Weigend*, AT 5ª, § 59 II 2; *Kindhäuser*, StGB, § 13, nm.10

estaba en condiciones de salvarse, en caso de posición de garante se afirmará que había una tentativa de homicidio por omisión.

Por el contrario, no existe incapacidad de acción cuando se trata de 11
cuestiones de la exclusión del dolo, de la justificación o de la culpabilidad. El desconocimiento de la situación –el padre no se da cuenta, por ejemplo, de que su hijo se encuentra en peligro y necesita ser salvado o permanece inactivo porque no se le ocurre la posibilidad de salvación que objetivamente existe– no cambia en nada la existencia de la omisión. Se excluye únicamente el dolo, pero es posible en su caso la punición por imprudencia. Discrepando de esta posición *Armin Kaufmann*[12] y *Welzel*[13] exigen para la omisión el conocimiento de la situación típica y de los medios de actuación necesarios. Sin embargo no hay razón para excluir de la penalidad, con exigencias tan exageradas, a las omisiones imprudentes. Cuando se tiene la capacidad física de acción, los demás déficits podrán afectar únicamente al dolo o a la culpabilidad.

Tampoco son casos de falta de omisión las constelaciones en las que 12
se trata de cuestiones de justificación. Si un agente de policía, debido a una sobrecarga de otras misiones, omite una persecución penal, realiza el tipo del encubrimiento desde un cargo público (§ 258 a), ya que él tenía la misión de persecución y podría haberla preferido a otras obligaciones, es decir, era capaz de actuar. Pero podría estar justificado por una colisión de deberes[14].

Del mismo modo, la inimputabilidad (§ 20), el error de prohibición 13
invencible (§ 17) y con mayor razón el estado de necesidad exculpante (§ 35) no son supuestos de incapacidad individual de acción, sino, al igual que en los delitos comisivos, deben verse como causas de exclusión de la culpabilidad o de la responsabilidad. Por el contrario, los casos de incapacidad individual de acción que excluyen ya la omisión no tienen paralelismo en los delitos comisivos, porque en estos la posibilidad física de acción se deduce sin más de la realización del tipo a través del hacer activo.

Tampoco es un caso de incapacidad de acción la imposibilidad jurí- 14
dica[15]. En la situación sobre la que decidió la sent. OLG Bremen NJW 1957, 72, el acusado no había eliminado los peligros que creaba un perro peligroso en el hogar. En efecto, el perro debería haber sido sacado de

---

[12] *Armin Kaufmann*, 1959, 35 ss., 59 ss.

[13] *Welzel*, StrafR 11ª, 201.

[14] Así seguramente también BGHSt 15, 18 ss. (22), según la cual al funcionario "no puede hacérsele el reproche de una infracción del deber y de esta forma de un comportamiento injusto". Parecido es el caso (¡de estado de necesidad!) BGH MDR (D) 1971, 361: lanzamiento de alguien por la ventana para salvarlo de la muerte en las llamas. Por contra *Jescheck/Weigend*, AT 5ª, § 59 II 2, aparentemente afirman en ambos casos la incapacidad de acción.

[15] Así sin embargo *Eser*, StrafR II 3ª, caso 28; Gropp, AT 2ª, § 11, nm. 48 s.

la casa y entregado a alguna entidad, pero esto no era admisible jurídicamente contra la voluntad de la dueña. Aquí existe una omisión, ya que el acusado podría haber actuado. Pero como no se puede ser obligado a actuar antijurídicamente, falta –suponiendo que se compartan las premisas de la sentencia– el deber de evitar el resultado y de esta forma la tipicidad de la omisión[16].

15 La posibilidad de acción como presupuesto de la omisión está reconocida en lo sustancial por la doctrina[17], aunque la terminología no está completamente unificada y tampoco está siempre claro si en tales casos debe estar excluida la omisión como tal o sólo la omisión típica[18]. Ocasionalmente se defienden otras opiniones. Según *Maiwald*[19], omite ya aquel que, a pesar de la incapacidad de acción individual, "no proporciona aquel servicio para el que está preparado en virtud de su posición social". Según esto, el que no es médico no omite por tanto una medida de salvamento cuando no puede hacerla sin conocimientos médicos; pero en cambio sí omite el médico las medidas de salvamento que en sí mismas le eran posibles incluso aunque sencillamente ya no "pueda" más después de veinte horas de prestar ininterrumpidamente ayuda tras una catástrofe; su incapacidad sólo debe disculparle. Pero esto no convence porque: *ultra posse nemo obligatur* [más allá de lo que puede nadie está obligado]. Al médico que se desmaya por agotamiento o que se colapsa con un ataque al corazón no se le puede imponer deberes que presuponen un médico capaz de prestar el servicio. Por otra parte, mientras *Maiwald*, como hemos visto, le plantea a la omisión, aunque únicamente en un ámbito parcial, exigencias demasiado escasas, otros autores sobrecargan la omisión con demasiados presupuestos o requisitos. Así exige *Androulakis*[20] "la completa libertad del poder (del comportamiento)" y *E.A. Wolf*[21] considera la capacidad de motivación como presupuesto de la capacidad de acción. Pero sobre la base de tales teorías no es fácil ver cómo va a diferenciarse la omisión de la culpabilidad que aún queda por examinar.

---

[16] Así también *Baumann/Weber*, AT 10ª, §15, nm 18; *Cramer*, Stree/Wessels-FS, 1993, 570 (en cuanto a los deberes de vigilancia de un consejo de administración).

[17] Cfr. p. ej. *Baumann/Weber*, AT 10ª, § 15-18; *Gropp*, AT 2ª, § 11, Rn. 43 ss.; *Jakobs*, AT 2ª, 29/10 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT 5ª, § 59 II 2; *Kindhäuser*, StGB, § 13, Rn. 10; *Köhler*, AT, 215; *Kühl*, AT 3ª, §18, Rn. 36 ss.; *Rudolphi*, antes del § 13, nm. 1 ss.; *Sch/Sch/Stree* 26ª, antes de §§ 13 ss., nm. 141 ss.; *Wessels/Beulke*, AT 31ª, nm. 708 ss.

[18] *Jescheck/Weigend*, AT 5ª, §59 II 2 diferencian: la omisión debe únicamente presuponer la capacidad de acción general (esto es, la capacidad de acción del hombre medio), mientras que la capacidad de acción individual debe exigirse sólo en la omisión típica. Pero esto es una complicación innecesaria.

[19] *Maiwald*, JuS 1981, 479.

[20] *Androulakis*, 1963, 115.

[21] *E.A. Wolf*, 1965, 46 n. 26.

III. Omisión propia e impropia

1. La distinción básica o de principio

16 La distinción entre omisión propia e impropia está consagrada y básicamente o como principio apenas es discutida[22]. Como ejemplos clásicos de omisiones propias están reconocidos el § 138 (omisión de denunciar delitos) y el § 323 c (omisión del deber de socorro). Se puede hablar aquí de una omisión propia porque los tipos se limitan a la descripción de una omisión, prevén para ella un marco penal propio, y porque respecto de estas omisiones no hay una contrafigura en forma de delito comisivo. En cambio, el prototipo de una omisión impropia es el homicidio por (a través de) omisión, como el que existe cuando una madre deja morir de hambre a su hijo. Se denomina impropia esta omisión porque la punición deriva de un tipo comisivo (el del homicidio o el del asesinato) y conforme a la pena prevista en el mismo (a reserva de lo dispuesto en el § 13 II [que prevé como excepción la posible atenuación de la pena]) y porque la omisión tiene su contrafigura correspondiente en el homicidio a través de una actuación positiva. Sin embargo, con todo lo plausible que es esta distinción, y por mucho que lo es, igual de discutida es la delimitación de ambas formas de omisión en particular.

2. La "igualdad a la comisión" como criterio de delimitación

17 El juicio más correcto se debe hacer con la existente o la ausente "igualdad a la comisión" como criterio de delimitación, ya que se puede hablar con razón de un "delito de comisión por omisión (comisivo a través de la omisión)", y por tanto de omisión "impropia", allí donde el legislador ha equiparado una omisión a una acción tanto como sea posible (a saber, en la medida en que lo permita la diferente estructura ontológica)[23]. Este es el caso en dos formas reguladas legalmente de la omisión: la primera en las omisiones que a través del § 13 se equiparan a la realización del tipo mediante hacer activo; y en segundo lugar aquellas omisiones que en la Parte especial son puestas al lado del actuar si se cumplen los requisitos allí indicados expresamente. Y dado que las posiciones de garante son presupuestos o

---

[22] Discrepante sin embargo *Schmidhäuser*, StuB AT 2², 12/6, para quien la distinción es "materialmente infundada", y opina que "resulta engañosa y además no se utiliza en una construcción conceptual uniforme". Detalladamente en este sentido, *el mismo*, Müller-Dietz-FS, 2001, 761. Contra la distinción también NK-*Seelmann*, § 13, nm. 13.

[23] Cfr. *Schünemann*, 1971, 43 s.; *el mismo*, ZStW 96 (1984), 302 s. Cuando *Jescheck/Weigend*, AT 5² § 58 III 3, objetan que el punto de vista de la igualdad a la comisión no aporta "ninguna solución, porque el delito de omisión impropia tampoco se iguala a la comisión a través de un hacer positivo", no se tiene en cuenta la restricción realizada en el texto. En cambio, hay coincidencia con la opinión que *Herzberg* (1972, 22) formula así: "Los delitos de omisión propia son a mi juicio todos los tipos legales que pueden ser realizados únicamente a través de la omisión, delitos de omisión impropia son aquellos que pueden ser realizados tanto a través de un actuar activo como de un omitir".

requisitos de la igualdad a la comisión, ya por esa razón otras distinciones no pueden ser la base de la delimitación.

18 El primer grupo abarca los casos del "deber de responder", de las "posiciones de garante", que constituyen el contenido del siguiente § 32 de este libro. El segundo grupo se encuadra con los presupuestos especiales de equiparación en la parte especial y está representado por ejemplo por el allanamiento de morada del que sin permiso permanece en un espacio protegido y "no se va ante el requerimiento del legitimado". Otro supuesto de la última forma mencionada es el del abandono o 'exposición' por parte de un sujeto que "deja en la estacada a una persona ... en una situación de desamparo, a pesar de tenerla bajo su custodia o de estar obligado de otra forma a atenderla" (§ 221 I n.º 2). Aquí se equipara legislativamente el dejar en la estacada permaneciendo inactivo al supuesto de colocar activamente a otro en "situación de desamparo".

19 En cambio, en los supuestos ya indicados como ejemplos de delitos de omisión propia de los §§ 138 y 323 c falta ya una equiparación por la sencilla razón de que no existe un tipo comisivo que pudiera extenderse a la omisión. Estos tipos abarcan por ello únicamente la omisión descrita y tienen su propio marco penal.

20 Omisiones impropias es lo que hay también allí donde una omisión se subsume en un tipo comisivo sin referencia expresa a ella en la ley. Así, podrá cometerse una prevaricación (§ 339) también a través de una omisión (la no prestación de una defensa apropiada) (BGH 10, 294, 298). Administración desleal (§ 266) podrá perpetrarse sin más mediante omisión (de las necesarias medidas de cuidado del patrimonio). O p.ej. comete traición a una parte (en un proceso o litigio) (§ 356) quien deja vencer determinados plazos en beneficio de la parte contraria.

3. No emprendimiento de una acción y no evitación del resultado como elementos o características de la omisión propia e impropia.

21 En la doctrina y en la jurisprudencia mayoritarias se defiende, sin embargo, una **opinión que distingue los delitos de omisión propios e impropios como, respectivamente, "referidos a la actividad" o "referidos al resultado"**. La formulación representativa de esta doctrina la proporciona la sent. BGHSt 14, 280 (281)[24] en el ejemplo del § 84 GmbHG (omisión de la solicitud de concurso): "En un delito de omisión propia... la conducta punible se agota en la infracción de una norma de mandato, y por tanto en la mera omisión de una determinada actividad, que, aunque mediatamente deba provocar un resultado –aquí la apertura del proceso concursal a su debido tiempo–, es exigida por la ley sin tener en cuenta ese resultado. Por ello la punibilidad no depende de la no evitación del resultado sino solamente de

[24] Además BayObLG NJW 1990, 1861.

la omisión del actuar exigido. Así por ejemplo el deber de denuncia conforme al § 138 no incluye ... ningún 'deber de impedir el delito'...". También en la doctrina tiene muchos partidarios esta opinión[25]. Así, *Jescheck/Weigend*[26] califican a los delitos de omisión propia precisamente como "la contrafigura de los delitos de mera actividad".

Sin embargo, esta diferenciación no permite una delimitación convincente, 22
ya que, así como los delitos de mera actividad tienen un resultado, sólo que no puede separase de la acción[27], también los delitos de omisión propia tienen, conforme a esta opinión, un resultado, sólo que en algunos casos simplemente no puede ser aislado de la omisión, sino que consiste en ésta misma. Así, por ejemplo, en la segunda alternativa del allanamiento de morada, que es considerada por muchos como un delito de omisión propia[28], el resultado reside en la perturbación de la paz de la casa que se produce por la presencia no deseada de una persona no autorizada. En el § 323 c el resultado consiste en la falta de ayuda continuada al accidentado. En el caso del § 138 el mandato de actuación se dirige a la presentación de una denuncia, y por tanto el resultado típico consiste también en que prosiga la falta de aviso y alerta de la potencial víctima, etc.

Ciertamente que siempre se observa y se insiste en que al que omite en los 23
casos p.ej. de los §§ 323 c y 138 no se le puede imputar un resultado como la muerte del que esté en peligro en el sentido del § 212 (esto es, como homicidio). Pero esto se debe a que no se produce una equiparación con el delito comisivo del homicidio activo, por lo que se acaba volviendo a la delimitación aquí (*supra* 2) apoyada. En cambio, en el caso del allanamiento de morada por no desocupar un espacio protegido sí tiene lugar esta equiparación, de modo que consecuentemente también hay que aceptar que es un delito de omisión impropio. Dado que es innegable el resultado (es exactamente el mismo que en la actuación activa: un sujeto no deseado en los espacios propios), no se puede comprender cómo una distinción entre omisión referida a la actividad y la referida al resultado podría llevarnos aquí a aceptar un delito de omisión propia. Tal conclusión se basa en una diferenciación que no es seriamente practicable.

4. Tipos omisivos escritos y no escritos como criterio del carácter propio o impropio

Siguiendo a *Armin Kaufmann*[29] está también muy generalizada la opinión 24
de que la diferencia entre los delitos de omisión propia e impropia solamen-

---

[25] Cfr. únicamente *Jescheck/Weigend*, AT 5ª, § 58 III 1; SK-*Rudolphi*, 7.ª, antes del § 13, nm. 10; *Schöne*, 1974, 56 ss., 115 ss.; *Wessels/Beulke*, AT, 31ª, nm. 696 s.; respectivamente con ulteriores citas.

[26] *Jescheck/Weigend*, AT 5ª, § 58 III 1.

[27] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I, 1997], § 10, nm.103 s.

[28] Cfr. únicamente *Jescheck/Weigend*, AT 5ª, § 58 III 4.

[29] *Armin Kaufmann*, 1959, 206 ss., 275; *el mismo*, JuS 1961, 174

te se encontraría en si el comportamiento omisivo punible se describe como omisión expresamente en la ley o no[30]. Según *Kaufmann*[31] los delitos de omisión propios e impropios "solamente se pueden diferenciar por este criterio externo consistente en que las omisiones propias han sido tipificadas por la ley misma, mientras que los delitos omisivos impropios no han encontrado regulación legal". La diferencia es por tanto "puramente de Derecho positivo y no material"[32].

25 A ello hay que replicar que tal distinción puramente "externa" oculta la diferencia estructural que es lo único que hace en general que tenga sentido la diferenciación entre omisiones impropias y propias. La "impropiedad" (el carácter impropio) radica en la equiparación con los delitos comisivos, que la mayoría de las veces se verifica a través del § 13, pero también puede efectuarse ya en el correspondiente tipo de la parte especial. Cuando, por ejemplo, el § 225 n.º 4 I coloca en serie a un mismo nivel la tortura, el maltrato brutal y el abandono o descuido malicioso que daña a la salud y los castiga por igual como "maltrato a personas encomendadas a su protección", la equiparación normativa en la valoración de las tres variantes justifica el juicio del abandono o descuido como omisión impropia, ya que el mismo representa un maltrato igual que el correspondiente hecho activo. Lo mismo vale para aquellas omisiones que sin ser expresamente nombradas están contenidas en la descripción del comportamiento activo, como sucede en los delitos de traición a una parte en el proceso o de prevaricación mediante omisión (v. nm. 20).

26 En tipos como los §§ 323 c o 138, que no se corresponden con un comportamiento activo, la situación es completamente distinta. Se ignora esta diferencia material si nos quedamos parados en la mera "exterioridad" o superficialidad de si la equiparación se efectúa en la parte general o en la parte especial. En la mayoría de los casos una delimitación puramente jurídico-positiva es casual y por ello arbitraria. Así, si el legislador no mencionara expresamente en el § 225 I n.º 4 el abandono o descuido malicioso, éste también podría ser calificado por la vía del § 13 como maltrato por omisión y así, de repente, la misma omisión se convertiría en impropia. Esto carece de sentido.

5. La infracción de una norma de prohibición o de mandato como criterio de distinción

27 Una antigua diferenciación, todavía hoy mantenida en BGHSt 14, 281 (v. *supra* nm. 21), ve en los delitos impropios de omisión o de omisión

---

[30] Así tb. *Jakobs*, AT 2ª, 28/9; *Maurach/Gössel*, AT/2 7ª, § 45, nm.38; *Sch/Sch/Stree*, 26ª, antes de §§ 13 s., nm.137; *Welzel*, StrafR 11ª, 202 s.

[31] *Armin Kaufmann*, JuS 1961, 174.

[32] *Welzel*, StrafR, 202 s.

impropia una infracción o contravención de una norma de prohibición y en los delitos de omisión propia una infracción o contravención de una norma de mandato. Pero siguiendo a *Engisch*[33] y *Armin Kaufmann*[34], esto generalmente se rechaza ya por razones de lógica normativa: afirmando que toda omisión penalmente relevante, tanto si es propia como impropia, podrá contravenir únicamente una norma de mandato (un deber de actuar)[35]. Pero aparte de eso esta distinción tampoco nos sirve de ayuda ya por otra razón: porque en el fondo únicamente parafrasea la tesis de que los delitos impropios de omisión o de omisión impropia (a diferencia de los delitos de omisión propia) son en realidad delitos comisivos o, al menos, como tales deberían ser tratados. Ahora bien, bajo qué presupuestos una omisión infringe o contraviene una norma de prohibición (en la forma de entenderlo esta doctrina), es una cuestión que ha de ser desarrollada desde otro punto de vista. Y como tal se ofrece la equiparación de la omisión con el correspondiente tipo comisivo, lo que entonces nos volvería a llevar a la opinión aquí mantenida (nm. 17 ss.).

6. La importancia práctica de la distinción

28 La importancia práctica de la distinción reside sobre todo en que las posiciones de garante –el problema más difícil e importante de la dogmática de la omisión– se limitan a los delitos impropios de omisión o de omisión impropia. Las posiciones de garante deben ser desarrolladas en lo sustancial a partir del § 13. Allí donde se encuentran omisiones impropias en la parte especial, los presupuestos o requisitos de la equiparación se describen con frecuencia en las correspondientes figuras de forma independiente y más precisa. Sin embargo, también en esos supuestos se debe recurrir en no pocas ocasiones a la teoría de garante de la parte general. Cuando, por ejemplo, el § 221 n.º 2 acepta un supuesto de exposición o abandono por omisión en el caso de que el autor abandone o deje en la estacada a una persona en una situación de desamparo, "a pesar de tenerla bajo su custodia o de estar obligado de otra forma a atenderla", la teoría general del garante puede servir de ayuda en la complementación de esta fórmula.

29 Es importante también el reconocimiento de que nunca debe ser derivada una posición de garante del deber de actuar de un delito de omisión propia. Por consiguiente, la obligación de socorrer o ayudar del § 323 c y la obligación de denunciar del § 138 no deben utilizarse para construir desde ahí una posición de garante con la consecuencia de que quien permanece pasivo

---

[33] *Engisch*, MSchrKrim 1939, 424.

[34] *Armin Kaufmann*, 1959, 3 ss.

[35] Una "rehabilitación" de la antigua teoría, siguiendo a *Philipps* (1974, 15 ss.), mantiene NK *Seelmann*, §13 nm. 14.

ante un desenlace mortal pueda ser responsable por homicidio doloso o imprudente por omisión. El hecho de que esto precisamente no es posible, es la peculiaridad decisiva de las omisiones propias.

30 Finalmente queda todavía la cuestión de si la cláusula de atenuación del § 13 II [*que pese a haber comisión por omisión dispone: "La pena puede ser atenuada conforme al § 49 ap. 1"*] puede ser aplicada a las omisiones impropias que se regulan en la parte especial. Esto es algo muy discutido, pero debe responderse afirmativamente. Un tratamiento más detallado del problema se abordará más adelante en relación con el § 13 II (nm. 248 ss.). Pero lo que hay que retener es que la cuestión de todos modos únicamente desempeña un papel en las omisiones impropias y no en las propias.

IV. Omisión y *nullum crimen sine lege*

31 Desde siempre está fuera de duda la compatibilidad entre los delitos de omisión propia y el principio *nullum crimen*[36], porque en ellos los presupuestos de la omisión punible se describen exactamente en los tipos de la parte especial. Sin embargo, se plantearon dos reparos u objeciones respecto a la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia antes de 1975 (o sea, antes de la introducción del § 13), en la medida en que los presupuestos de su igualdad a la comisión no se describían en detalle en la parte especial (v. al respecto nm. 17 ss.), sino que únicamente eran –con la ayuda del desarrollo de posiciones de garante– creados por la jurisprudencia y la doctrina. En primer lugar, podía verse una **contravención de la prohibición de analogía** en la punición no regulada legalmente de omisiones a partir del tipo comisivo. Y en segundo lugar, la falta de designación por el legislador de los presupuestos de la equiparación podía contemplarse como una **vulneración del mandato de precisión o taxatividad.** La praxis optó por hacer caso omiso de estas objeciones; pero el legislador sí las vio y trató de eliminarlas mediante el nuevo § 13.

32 Ello se ha conseguido indiscutiblemente en relación con la prohibición de analogía. Y es que el § 13 dispone expresamente, bajo los presupuestos allí mencionados, la punibilidad de la omisión a partir de las disposiciones de cada uno de los tipos comisivos. Por tanto, la punición puede invocar o acogerse ahora a la ley y no a una mera deducción analógica. Pero todavía sigue siendo dudosa, ahora igual que antes, la compatibilidad del § 13 con el mandato de taxatividad, precisión y determinación. Y es que la ley indica como presupuestos de la punibilidad de la omisión tan sólo los criterios del "tener que responder por" y de la "correspondencia", sin decir cuándo se "debe responder por que el resultado no se produzca", y cuándo la omisión "se corresponde" con el hacer. En la doctrina frecuentemente también se

[36] Básicamente sobre ello *Roxin*, AT I, 3ª [PG I, 1997], § 5.

destaca que la regulación legal no deja de ser dudosa desde la perspectiva del principio de taxatividad y determinación[37].

Con todo y con eso, estas expresiones legales no están totalmente des- 33
provistas de contenido, sino que dejan entrever que la omisión tiene que equivaler, según parámetros o criterios normativos, a la comisión descrita exactamente. Si uno se atiene–¡lo que debe ser respetado siempre en el momento de la interpretación!– estrictamente a este parámetro de la igualdad con la comisión, puede entenderse que el § 13 constituye una regulación legal suficientemente taxativa y precisa[38]. Esto es en todo caso cierto si se tiene adicionalmente en cuenta que en aquellos lugares de la parte general que el legislador ha dejado conscientemente al ulterior desarrollo a través de la jurisprudencia y de la doctrina (y aquí se trata de un caso así), las exigencias de precisión y taxatividad deben verse de todos modos reducidas[39].

Parte de la doctrina sugiere otras soluciones para rebatir las objeciones de 34
constitucionalidad surgidas a partir del principio de taxatividad y determinación. Así opina *Seebode*[40] que el § 13 solamente sería compatible con el art. 103 II GG (de la Ley Fundamental) en la medida en que el deber de evitar el resultado "esté basado en la ley o en un contrato". Por consiguiente, no estaría permitido derivar deberes de acción "a partir de datos meramente fácticos, por ejemplo de un hacer positivo previo o de comunidades". Pero con ello se vuelve a la llamada teoría formal de deberes jurídicos (v. más al respecto en el § 32 nm. 4 s.), lo cual es problemático porque en la actualidad esta teoría está considerada como históricamente superada por la dogmática, aparte de que precisamente no es capaz de ajustarse al punto de vista de la igualdad con la comisión.

El § 13 del P 1958 y el § 12 del PA habían intentado describir con un poco más de detalle en 35
la ley las posiciones de garante[41]. Esto tiene la ventaja de presentar un poco menos de indeterminación. Pero esta ventaja se obtiene al precio de la desventaja de poner trabas al desarrollo científico de la dogmática de la omisión, y de poder con ello bloquearse precisamente una interpretación restrictiva (p.ej. en el caso de un hacer previo o precedente)[42].

Últimamente *Schöne*[43] ha propuesto solucionar la problemática de la precisión y taxativi- 36
dad en relación con los tipos de la parte especial. Recurriendo a *Welzel*[44], se puede replicar

---

[37] Proporciona un listado de citas críticas al respecto *Seebode*, Spendel-FS, 1992, 334 s. Recientemente, de manera especialmente severa, se manifiesta *Köhler*, AT, 213 s.: "Esta norma (scil. el §13)... en su circularidad no está suficientemente determinada, por ello... no es compatible con el principio constitucional de precisión y taxatividad". A favor de la inconstitucionalidad también *Schürmann*, 1986, 190.

[38] Cfr. *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 304.

[39] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 5 nm. 76; *Jakobs*, AT 2ª, 29/5.

[40] *Seebode*, Spendel-Fs, 1992, 328 ss. (334 s.).

[41] El § 13 P 1958 se fijaba en la obligación legal, la asunción de la garantía y la provocación de una probabilidad próxima de producción del resultado, mientras que el § 12 PA había exigido un deber jurídico legal o libremente asumido, o la creación de un peligro próximo de producción del resultado.

[42] Para más detalles, *Gallas*, ZStW 80 (1968), 16 ss.

[43] *Schöne*, 1974, 324 ss. (en ibidem, p.2, se encuentra un listado de los predecesores de esta concepción).

[44] *Welzel*, StrafR 11ª, 210. También *Sch/Sch/Stree*, 26ª, §13, nm. 6, califican tal solución como "no practicable".

a esto: "Resulta por principio imposible agotar y concretar la descripción de la inabarcable variedad de posibles conductas omisivas en los tipos legales". Y en efecto, todavía no se ha realizado nunca tal intento, que ampliaría de manera considerable la extensión del Código Penal. Pero la propuesta resulta por lo menos relevante en la medida en que el legislador debería efectuar una regulación que concrete las omisiones impropias en la parte especial, tal como ya ocurre aisladamente en el Derecho vigente (cfr. nm. 17 ss.) en todos los casos en que sea posible sin problemas practicar una descripción más exacta de aquella omisión igual a la comisión.

V. La causalidad en la omisión

1. ¿Hay causalidad en la omisión?

a) ¿Omisión como fuerza operativa?

37 Sobre la cuestión de si una omisión puede ser causa de un resultado existe desde el siglo XIX un vivo debate, "uno de los más infructuosos que ha tenido lugar en la ciencia penal", como dicen *Liszt/Schmidt*[45]. Ya que es cierto este veredicto al menos respecto a los más antiguos esfuerzos sobre la causalidad de la omisión, se debe únicamente mencionarlos brevemente.

38 La discusión originariamente partió del presupuesto de que cada hecho punible requiere la causalidad del autor potencial para el resultado y que la causalidad a indagar consiste en una real fuerza operativa; y la doctrina se esforzó durante largo tiempo por demostrar dicha fuerza operativa de la omisión. Pero estos esfuerzos han fracasado y por ello ya no requieren una exposición más detallada[46]. La que más acogida siguió encontrando todavía durante un tiempo fue la **"teoría de la interferencia"**, creada por *v. Buri*[47] y sobre todo aceptada por *Binding*[48]. Conforme a ella, la causalidad de la omisión consistiría en la represión de un impulso de actuación y en cuanto eliminación de un factor que impediría el resultado (la voluntad de acción) causaría de modo real el resultado. Pero es obvio que en la omisión por imprudencia inconsciente no se puede hablar de la eliminación de un impulso de actuación y que el mismo también falta en las omisiones dolosas donde no exista, desde el inicio, un impulso de actuación.

b) La omisión como condición conforme a las leyes (naturales)

39 Hoy en día ya no se defiende la concepción de que la omisión puede ser causa del resultado, entendiendo por causa una fuerza operativa real. Sin embargo, un grupo de renombrados autores, representantes de una opinión minoritaria, afirma la causalidad de la omisión apoyándose en la fórmula desarrollada por *Engisch* de la causalidad de la omisión como "condición

---

[45] *Liszt/Schmidt*, StrafR 25ª, 1927, 164.

[46] Cfr. no obstante indicaciones bibliográficas en *Jescheck/Weigend*, AT 5ª, § 59 III 3, n. 23.

[47] *v. Buri*, GerS 21 (1869), 196 ss.

[48] *Binding*, Normen, t. II, 516 ss., 536 ss., 555 ss.

conforme a las leyes" (naturales)[49]. A la cabeza se encuentra el propio *Engisch*[50], para el que "la no realización de una acción que conforme a las leyes naturales ... habría evitado un resultado (desaprobado) puede lícitamente ser considerada como legalmente unida precisamente a este resultado y por tanto como causal respecto del mismo". Al mismo resultado llega *Puppe*[51], exponiendo que las "**negaciones... no son sólo admisibles para ofrecer explicaciones causales completas, sino indispensables para tal fin**". Y añade que el resultado se produce no sólo por las condiciones que lo fomentan positivamente, sino también por la ausencia de factores que lo impiden; por tanto un enfermo en su caso no sólo muere porque él ha sucumbido a una enfermedad, sino también porque no ha acudido a ningún médico. También *Hilgendorf*[52] encuentra "aplicable sin limitaciones ... la fórmula de la condición conforme a las leyes a los delitos impropios de omisión ... Por tanto, si por ejemplo, un hábil nadador y socorrista A contempla tranquilamente cómo a su lado se ahoga B, entonces el comportamiento de A es causa de la muerte de B, porque entre el comportamiento de A y la muerte de B existe una conexión conforme a las leyes".

Sin embargo, **hoy la doc. dom. niega la causalidad de la omisión.** Así leemos en *Welzel*[53]: "Al autor de una omisión no se le castiga por causar el resultado típico, sino por no haberlo evitado... La omisión como no realización de un acto no causa absolutamente nada". "La omisión como tal no es nunca causal", dice *Arthur Kaufmann*[54], y como explicación atribuye la opinión contraria a la perspectiva de que "la omisión no sería algo real, sino algo que sólo existe en el pensamiento". En *Jescheck/Weigend*[55] se dice: "la causalidad como categoría del ser requiere una fuente de energía real que sea capaz de producir un despliegue de potencia o fuerza y ello precisamente falta en la omisión (*'ex nihilo nihil fit'*)" [de la nada nada surge]. 40

Es fácil percatarse de que en las opiniones en pugna subyacen distintas concepciones causales. La primera opinión mencionada (nm. 39) se conforma con una conexión o relación conforme a leyes, mientras que la segunda (nm. 40) se basa en "una concepción de la naturaleza dinámica de la causalidad"[56], una "representación de la causa como potencia o *agens* (agente)"[57]. Sobre esto es difícil discutir y tampoco es algo de lo que dependa el resultado, ya que, cuando se niega la causalidad de la omisión sobre la base de un concepto estricto de causalidad, ello no impide, sin embargo, 41

---

[49] Más detalles en *Roxin*, AT I, 3ª [PG I, 1997], § 11, nm. 14.
[50] *Engisch*, von Weber-FS, 1963, 264 s; con todo detalle *el mismo*, 1931, 29 ss.
[51] *Puppe*, ZStW 92 (1980), 895 ss. (899).
[52] *Hilgendorf*, NStZ 1994, 564.
[53] *Welzel*, StrafR 11ª, 212 s.
[54] *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-FS, 1961, 214.
[55] *Jescheck/Weigend*, AT 5ª, § 59 III 3.
[56] *Engisch*, von Weber-FS, 1963, 265, n. 31.
[57] *Puppe*, ZStW 92 (1980), 896.

imputarle el resultado a quien no lo ha evitado, si concurren los presupuestos legales; pero la imputación no está necesariamente vinculada a la causalidad. Y naturalmente, los que niegan la causalidad de la omisión tampoco extraen de ahí la conclusión de que la omisión sencillamente sea impune, sino que castigan igual que los defensores de la causalidad de la omisión en los supuestos en los que se da una posición de garante y los demás requisitos delictivos. Se podría, por tanto, dejar en suspenso la controvertida cuestión.

42 Con esta advertencia, sin embargo la opinión que aquí se defiende es que se puede hablar sin reparos de una causalidad de la omisión. En efecto, dado que no sabemos nada más preciso de la "fuerza operativa" o "dinámica" de la causalidad incluso en los delitos comisivos[58], resulta aconsejable aplicar la fórmula, por lo demás hoy plenamente reconocida, de la causalidad como condición conforme a leyes por igual a los delitos comisivos y a los omisivos. Y esto lleva efectivamente al resultado aceptado por *Engisch, Puppe* y *Hilgendorf* de que también una omisión puede estar en una conexión conforme a leyes con un resultado: si una madre no alimenta a su hijo, éste, con la seguridad de las leyes naturales, morirá de hambre. Por consiguiente, en todo el texto que sigue se hablará sin más de una causalidad de la omisión en aquellos casos donde los que se oponen a la causalidad de la omisión pueden aceptar únicamente una "cuasi-causalidad", una "causalidad hipotética" o simplemente sólo una imputación del resultado a la omisión.

43 Ciertamente, se debe ser consciente de que, aun afirmando la posibilidad de la omisión causal, existe una diferencia entre la causalidad comisiva y la causalidad omisiva. La causalidad de la comisión activa presupone que al lado de la conexión conforme a leyes entre el comportamiento del autor y el resultado se produce una aplicación o entrada de energía "positiva", mientras que la causalidad omisiva se limita a la conexión conforme a leyes entre la omisión y el resultado.

2. La constatación de la causalidad de la omisión en la jurisprudencia

44 **La jurisprudencia del BGH, adhiriéndose al RG[59], parte de que "una omisión" es "causal para un resultado cuando éste se habría evitado a través de la acción no efectuada"** (BGHSt 6, 1 s.)[60]. Al respecto trabaja con una inversión de la fórmula de la "supresión mental" o "suprimir mentalmente" aplicada en los delitos comisivos , planteando la cuestión de si, en caso de "añadir mentalmente" la acción exigida, el resultado se habría evitado o impedido. **La evitación del resultado debe ser constatada con una "probabilidad rayana en la seguridad o certeza"**, lo que no debe suponer una amino-

---

[58] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I, 1997], § 11, nm. 4

[59] RGSt 15, 151 (153 s.); 51, 127; 58, 130 (131); 74, 350 (352); 75, 49 (50); 75, 372 (374).

[60] Además BGHSt 7, 211 (214); 37, 106 (126); BGH NStZ 1981, 218; 1985, 26; 1986, 217; BGH NJW 1987, 2940; 2000, 2757.

ración de las exigencias probatorias, sino que únicamente es una especie de directriz para obtener la convicción que tiene en cuenta el carácter limitado del conocimiento humano (RGSt 75, 374)[61]. La sent. BGH NStZ 1985, 27[62] proporciona un resumen preciso de la jurisprudencia: "La realización del resultado se debe imputar al autor cuando la acción omitida no pueda ser añadida mentalmente sin que se suprima el resultado producido. Debe darse una probabilidad rayana en la seguridad de que el resultado, de realizarse la acción omitida, no se habría producido, o se habría producido considerablemente más tarde o en una envergadura esencialmente menor".

Sin embargo, a esos efectos la fórmula de "añadir mentalmente" es exacta- 45
mente tan poco útil como el método de "suprimir mentalmente" en los delitos comisivos[63]. Ya que si, por ejemplo, se quiere saber si una acción médica requerida (por ejemplo la administración de un determinado medicamento o una operación urgente) hubiera impedido la muerte del paciente, el añadir mentalmente la actuación médica no nos lleva más allá, puesto que no se sabe cómo habría repercutido el medicamento o la operación. La causalidad de la omisión depende exclusivamente de si la acción médica omitida hubiera impedido, conforme a las leyes naturales, la muerte. Sólo cuando se sabe esto, se llega a la supresión del resultado al añadir mentalmente la acción exigida; pero de ello no se deriva ninguna ganancia adicional de conocimiento. Por tanto, en este caso todo depende también de si entre la omisión y la producción del resultado se puede establecer una conexión conforme a las leyes naturales.

3. ¿Basta ya para la imputación del resultado con que la actuación requerida hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado?

a) La jurisprudencia

La cuestión controvertida más importante en el ámbito de la causalidad 46
de la omisión consiste sin embargo en si para la imputación del resultado resulta necesario que la actuación requerida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza o seguridad, o en **si no se puede trasladar a los delitos omisivos la teoría del incremento del riesgo[64], prevista para los delitos comisivos** –aunque también muy discutida en ellos–, **que implica que un resultado puede ya ser imputado al que omite cuando su actuación habría evitado el resultado ciertamente no con una probabilidad**

---

[61] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª [PG I, 1997], § 11 nm. 8 ss.

[62] *Waschmuth/Schreiber*, NJW 1983, 2094, abogan por el abandono de esta fórmula, porque no hay ninguna "certeza" en el ámbito médico. En su lugar se recurriría a una "convicción que excluya una duda razonable" del efecto evitador del resultado de la acción debida. Sin embargo, no existe apenas una diferencia material con esta propuesta.

[63] Cfr. *Roxin*, AT I 3ª [PG I, 1997], § 11, nm. 8 ss.

[64] Al respecto *Roxin*, AT I 3ª, § 11, nm. 76 ss. [PG I, 1997, § 11 nm. 72 ss.].

rayana en la seguridad, pero sí posiblemente. Por tanto, ¿debe ser castigado por homicidio un padre que dolosamente no hace nada para salvar a su hijo que se ahoga en un río, si resulta que un intento de salvación del padre ciertamente habría tenido una posibilidad de éxito de un 50%, pero con una probabilidad aún mayor ya no habría servido para nada? ¿Y se castigará a un médico por homicidio imprudente cuando ha omitido una medida requerida pero resulta dudoso, después de la muerte del paciente, que la misma hubiera podido salvarle?

47 Está claro que el BGH con su posición basada en "la probabilidad rayana en la seguridad", en los casos como los descritos tiene que rechazar una pena por delito consumado, como efectivamente así lo ha declarado repetidamente. En un caso en el que un marido brutal no llevó al hospital a su mujer, a la que había dado una paliza, y ésta resultó muerta a causa de las lesiones, el BGH se negó a apreciar un homicidio doloso por omisión, aunque "con una operación inmediata hubiera habido ... algunas posibilidades de supervivencia" (BGH StV 1985, 229). Si sigue siendo incierto si la denuncia exigida ante la "autoridad superior" habría evitado el resultado, ya por ello se excluye la omisión consumada (BGH NJW 2000, 2757). Pero ni siquiera con una probabilidad del 90% de que una radiación pudiera salvar la vida es castigada la omisión de ese tratamiento por negligencia inconsciente como un homicidio imprudente (BGH NJW 1987, 2940). Y si deliberadamente se deja pasar una oportunidad de salvamento, la jurisprudencia, en todo caso, castiga por tentativa. Así, en el caso antes mencionado del brutal marido se afirma: "Si no se puede comprobar si la acción dejada de hacer hubiera impedido el resultado, no existe delito consumado; sólo resulta posible la condena por tentativa[65]. De una forma un poco más cautelosa, pero en el mismo sentido, se expresa la conocida sentencia del caso del "spray para cuero" (BGHSt 37, 106, 127): "La tesis ampliamente seguida por la doctrina, conforme a la cual ya es suficiente que la realización de la acción omitida hubiera disminuido (significativamente) el riesgo de producción del resultado (lo que se corresponde con la llamada teoría del incremento del riesgo...) no se se ha seguido hasta ahora por la jurisprudencia".

48 **Con todo, el significado práctico del problema se relativiza por la posibilidad de penar por tentativa** (aunque ésta no puede evitar la absolución del garante que omite actuar ante una oportunidad de salvación en los supuestos de delitos imprudentes y en los tipos en que no se castiga la tentativa). Sin embargo, la admisibilidad de una pena por tentativa conforme a la doctrina jurisprudencial también ha sido criticada sin más con la afirmación de que entonces para la tentativa sería suficiente la representación de la posibilidad de una disminución del riesgo, de modo que para el dolo de la ten-

[65] Ya el BGHSt 14, 284 había dicho: "Un delito de homicidio consumado se daría cuando la ayuda omitida podría haber precavido la muerte del lesionado, y se da un delito de homicidio en grado de tentativa si esta comprobación no hubiera podido realizarse".

tativa se exigiría menos que para el dolo de la consumación[66]. Pero esto no es correcto[67], pues si el que omite cree que podía evitar el resultado con una probabilidad del 50%, acepta con esa misma probabilidad la producción del mismo condicionada por la omisión y eso es suficiente para la afirmación de una tentativa con dolo eventual.

Además no debe perderse de vista que la jurisprudencia en el ámbito 49
de la omisión se aproxima a la teoría del incremento del riesgo –que aquí debería llamarse mejor teoría de la disminución del riesgo[68]– al menos en el resultado, en cuanto que considera suficiente que hubiera habido una pequeña prolongación de la vida como consecuencia de la intervención exigida, para castigar como consumación. Así afirma el BGH NStZ 1981, 219 (en un caso de imprudencia médica): "Con una intervención quirúrgica practicada ese día, la paciente, con una probabilidad rayana en la seguridad, habría sobrevivido un día más, y ello habría satisfecho la exigencia de una elevada probabilidad de supervivencia". Aquí surge la impresión de que con el rodeo de la prolongación de la vida a corto plazo se sustituye la probabilidad rayana en la certeza o seguridad por una alta probabilidad. Lo mismo vale respecto de la decisión del BGH NStZ 1985, 27: "El tratamiento en este punto temporal habría llevado a que la posibilidad de supervivencia del paciente hubiera sido significativamente mayor. Según entiende el tribunal de instancia su vida se habría prolongado al menos en horas". También aquí la razón fundamental que fundamenta la decisión consiste en realidad en la considerable o significativa disminución del riesgo que hubiera traído consigo la intervención requerida.

A veces la jurisprudencia a efectos de la causalidad de la omisión tam- 50
bién se conforma ya con la simple probabilidad de la evitación del resultado a través de la acción requerida. Así el RGSt 75, 324 (328) considera suficiente "una probabilidad que se corresponda con la experiencia general de la vida". Y la sent. BGHSt 25, 163 opina lo siguiente, en relación con la responsabilidad por omisión del director de una empresa vinícola que había omitido supervisar, mediante pruebas hechas al azar, si se cumplían sus instrucciones: "Tampoco puede importar si a través de las pruebas hechas al azar se hubieran descubierto realmente los problemas. Únicamente es decisivo que mediante una visible y por tanto reconocible vigilancia de los empleados de la empresa encargados de la producción del vino se habría prevenido en gran medida el peligro de una errónea denominación de los vinos mezclados". La línea de la jurisprudencia no es, por tanto, totalmente uniforme.

---

[66] Cfr. p.ej., *Otto*, AT 6ª, § 9 IV 2; *Brammsen*, MDR 1989, 125 s.; en el fondo también *Stratenwerth*, AT 4ª, § 13, nm. 54 s.

[67] *Schünemann*, StV 1985, 232; *Puppe*, ZStW 95 (1983), 303; *Jakobs*, AT 2ª, 29/40: "la responsabilidad por tentativa –aunque esto ciertamente sólo con dolo– es incuestionable".

[68] *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 743, nm. 90.

b) El estado de la discusión en la doctrina

51 En la doctrina la cuestión es sumamente discutida. La doc. totalmente dom. sigue ciertamente a la jurisprudencia en la exigencia de "una probabilidad rayana en la seguridad o certeza". En cuanto a los autores que rechazan la teoría del incremento del riesgo ya en los delitos comisivos, esto resulta natural y no necesita una demostración especial[69]. Pero también una parte de los seguidores de la teoría del incremento del riesgo en los delitos comisivos, se niega a seguir esta teoría (o mejor: la teoría de la disminución del riesgo) en los delitos omisivos[70]. El rechazo se basa sobre todo en el argumento de que se renunciaría a la prueba de la causalidad de la omisión si se imputa el resultado aunque resulte dudoso que la acción requerida lo hubiera impedido. Con ello –añaden– se renuncia a una condición previa fundamental de la imputación, el tipo de lesión se reinterpreta como un tipo de peligro y se vulnera el principio *in dubio pro reo*; y de este modo –añaden finalmente– la situación sería completamente diferente a la de los delitos comisivos: porque en ellos consta la causalidad del comportamiento del autor, a la que el incremento del riesgo sólo se le añade como criterio adicional de restricción de la punibilidad, mientras que en la aplicación de tal principio a las omisiones la disminución del riesgo sustituye a la causalidad, produciendo una extensión o ampliación de la punibilidad.

52 La opinión contraria, defendida por *Stratenwerth*[71], *Rudolphi*[72] y *Otto*[73] principalmente[74], apela sobre todo a necesidades de pena basadas en consideraciones de política criminal, pero mayoritariamente también discute la renuncia a la causalidad y las consecuencias que de ella se derivan. Respecto de este primer punto argumenta *Stratenwerth* de forma gráfica[75]: "Si p. ej. los padres de un niño gravemente enfermo omiten llevarlo al médico, entonces, conforme a la doc. dom., sólo responderían de la muerte del niño si el tratamiento médico, con una probabilidad rayana en la seguridad, hubiera salvado al niño; por el contrario, en una enfermedad con una tasa de mortalidad más alta podrían lícitamente renunciar al auxilio médico desde el principio. Y en otro lugar dice[76]: "Que las acciones salvadoras de un bien jurídico amenazado sólo deban ser exigidas si el resultado salvador es prácticamente seguro, pero no cuando aquéllas aumentarían 'sólo' sustancialmente las

---

[69] Cfr. únicamente *Roxin*, AT 1 3ª, §11, nm. 76 ss. (especialmente n. 146) [PG I, 1997, § 11 nm. 72 ss., espec. n. 107].

[70] P.ej., *Jescheck/Weigend*, AT 5ª, §59 III 4; *Lackner/Kühl* 24ª, antes de §13, nm. 14; con la mayor profundidad *Schünemann*, StV 1985, 229, 231 ss.

[71] *Stratenwerth*, AT 4ª, § 13, nm. 54 ss.; *el mismo*, Gallas-FS, 1973, 237 ss.

[72] SK-*Rudolphi*, 7ª, antes de §13, nm. 16, 16 a.

[73] *Otto*, AT 6ª, § 9 IV; *el mismo*, Maurach-Fs, 1972, 102; JuS 1974, 708.

[74] Además de éstos tb. *Brammsen*, MDR 1989, 126; *Maurach/Gössel*, AT/2 7ª, 46/23; *Schaffstein*, Honig-Fs, 1970, 172; por primera vez seguramente en *Hardwig*, 1957, 156 ss.

[75] *Stratenwerth*, AT 4ª, § 13 nm. 55. Esto, por las razones indicadas en el nm. 48, es ciertamente exagerado.

[76] *Stratenwerth*, Gallas-Fs, 1973, 239. También esto es exagerado; cfr. nm. 48.

oportunidades de salvación, ésta es una consecuencia de la doc. dom. para la cual hasta ahora... nadie ha realizado ni siquiera el intento de ofrecer una justificación".

Sobre la cuestión de la causalidad también se expresan de diferente ma- 53
nera los defensores de la teoría de la disminución del riesgo. Así *Schaffstein*[77] quiere renunciar a la existencia de una causalidad y aceptar la conversión de los delitos imprudentes en delitos de peligro. *Otto*[78] exige y se conforma con que "en el resultado se haya realizado aquel peligro a cuya evitación o disminución estaba obligado el garante". *Stratenwerth*[79] fundamenta la causalidad con el argumento de que "el quantum de peligro del que debe responder el autor..." penetra "de modo no delimitable ... en el potencial total de puesta en peligro". De la forma más comprometida se expresa *Rudolphi*[80], atendiendo al cambio del proceso causal provocado por la disminución del riesgo: "El ... efecto de disminución del peligro ... sólo puede consistir o bien en que el inicial proceso causal que amenaza al bien jurídico es sustituido por otro completamente distinto, y menos peligroso (así por ejemplo, en una operación que elimina el foco de enfermedad que amenaza la vida, pero sirve de base a otros riesgos de mortalidad menores), o bien en que el primitivo ... proceso causal, a través de la eliminación de determinadas –aun cuando no todas las– circunstancias fundamentadoras de su peligrosidad, se modifica de tal manera que aquél ya es menos peligroso y con ello ya no es el mismo (así, por ejemplo, sucede con la toma de medicamentos que debilitan el curso de la enfermedad). Pero de esta manera se produce también la causalidad entre la disminución del riesgo requerida y la concreta producción del resultado".

c) La solución diferenciadora

La solución correcta habrá que buscarla se busca en el término medio 54
entre las posiciones extremas y **habrá que atender a si una disminución del riesgo únicamente parecía posible desde una perspectiva *ex ante* (y entonces no hay imputación del resultado) o si también desde una perspectiva *ex post* se habría producido realmente una disminución del riesgo (y entonces imputación).**

Vamos a partir del último caso mencionado, el **supuesto de disminución** 55
del riesgo realmente verificable. En efecto, si la actuación requerida hubiera llevado, con una probabilidad rayana en la certeza, a un cambio del curso causal que disminuya el riesgo, no se puede dudar de la causalidad de la omisión y es posible sin más una imputación del concreto resultado. El hecho de que sin embargo el resultado, por razón de otras circunstancias, aún

---

[77] *Schaffstein*, Honig-Fs, 1970, 173.
[78] *Otto*, AT 6ª, § 9 IV 2; igualmente *Bammsen*, MDR 1989, 127.
[79] *Stratenwerth*, Gallas-FS, 1973, 238.
[80] SK-*Rudolphi*, 7ª, antes del §13, nm.16 a.

pudiera haberse producido igualmente pero con menores posibilidades, es un riesgo residual permitido que no puede excluir la imputación del riesgo no permitido realmente realizado.

56 Por tanto, si muere el paciente de un infarto porque se ha dejado de hacer la operación requerida, hay un homicidio por omisión, en tanto en cuanto la medida médica requerida hubiera mantenido, al menos de momento, el funcionamiento del corazón. La posibilidad de que el paciente hubiera muerto por efectos secundarios o por complicaciones posteriores no cambia nada, ya que eso sería otro curso causal. Y de igual manera rige lo siguiente: si el trasplante requerido y posible hubiera salvado, al menos de momento, la vida del paciente, la omisión del mismo será imputable como homicidio incluso aunque subsista la posibilidad de que un rechazo del órgano trasplantado hubiera llevado al paciente finalmente a la muerte. O: si la administración de medicamentos médicamente indicados o unos inyectables hubieran influido con seguridad favorablemente en el curso de la enfermedad, la muerte que se produce como consecuencia de la omisión de estas medidas ha de ser imputada al garante aun cuando las medidas quizás no hubieran evitado definitivamente el resultado.

57 Cuando *Schünemann*[81] objeta a este punto de vista "que el objetivo del deber de salvación no se dirige a la modificación de circunstancias concomitantes, sino a impedir la producción del resultado", se le puede contraargumentar: en primer lugar, que para la imputación no es suficiente un cambio de circunstancias cualquiera, sino únicamente una influencia en el curso causal que efectivamente disminuya el riesgo; y, segundo, que el resultado que posiblemente se produzca al final es otro distinto de aquel cuya evitación omitida se imputa al garante.

58 En esto se pone de manifiesto que la jurisprudencia tendencialmente está en el camino correcto con sus intentos a tientas a de imputar el resultado en los casos en los que existe una mayor, aunque no segura, posibilidad de evitación del resultado y en los de prolongación en todo caso de la vida del paciente de realizarse la acción requerida. Ya que en la mayoría de estos casos el curso causal habría tomado otro camino reductor del riesgo. Y también muestra aquí su núcleo correcto la concepción aquí defendida, que la mayoría de las veces sólo se ejemplifica en los delitos comisivos y que pone su atención en el curso causal en su forma más concreta[82]. Lo mismo vale para la teoría de *Frisch* del riesgo residual permitido[83], ya que lo que sobra o resta en una disminución del riesgo probada es un riesgo residual permitido que no modifica nada la causación del riesgo no permitido y su realización.

59 **Distinto es, sin embargo, cuando no consta con una probabilidad rayana en la certeza que el acto requerido hubiera influido siquiera en el curso causal.** Si se da la posibilidad real o la probabilidad de que en caso de intervención del médico, al que se ha omitido acudir infringiendo con ello el deber, el paciente hubiera estado ya muerto o en todo caso no hubiera

---

[81] *Schünemann*, StV 1985, 229, 232 s.

[82] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11 nm. 17 s.

[83] *Frisch*, 1988, 546 s.

llegado vivo al hospital, la omisión puede ser castigada no como homicidio consumado, sino, en caso de haber el correspondiente dolo, únicamente como homicidio intentado (cfr. nm. 48), mientras que si simplemente hay imprudencia, habrá impunidad. Lo mismo rige cuando no está claro si la persona que, para intentar el objetivo salvador, debería haberse lanzado al agua o haberse dirigido con el bote de remos hacia el lugar de la emergencia, habría alcanzado en realidad a tiempo a quien se estaba ahogando.

Aquí, contra una imputación del resultado son válidas todas las objeciones 60
que se derivan de una falta de causalidad. Prescindir de ellas, como propone *Schaffstein* (v. nm. 53), no es posible conforme al Derecho vigente, porque, por ejemplo, el § 222 exige expresamente que el autor haya causado el resultado por imprudencia. Tampoco es suficiente para la constatación de la causalidad que, como exige *Otto* (nm. 53), se haya realizado el peligro que el garante habría debido evitar o disminuir, pues con ello no se comprueba que en realidad fuera posible una disminución. Y tampoco basta, como pretende *Brammsen*[84], una posibilidad de disminución del riesgo que se deducía sólo de un juicio *ex ante*, sino que esta dicha posibilidad debe constar en un juicio *ex post*[85]. Si entre la omisión y el resultado no puede constatarse una relación o conexión conforme a las leyes (naturales) y por tanto no es segura una real disminución del riesgo a través de la actuación requerida, la imputación del resultado chocaría contra el principio *in dubio pro reo* y se convertiría el delito de lesión en un mero delito de peligro. El omitente sería castigado de ese modo por provocación de un resultado aun cuando fuera dudoso si él habría podido intervenir realmente en el curso causal.

La teoría de la disminución del riesgo y la que insiste en la conexión conforme a las leyes entre la omisión y el resultado tienen por tanto ambas una relativa parte de razón. Se encuentran entre ellas en una relación no de exclusión, sino de complementariedad. Lo ve de modo bastante similar *Stratenwerth*[86] cuando afirma: "quien (contraviniendo los deberes del garante) no lleva a un accidentado a que reciba tratamiento médico, será responsable de la muerte si tal tratamiento hubiera permitido una oportunidad de supervivencia, pero no si consta o no se puede descartar que la ayuda médica habría llegado en todo caso demasiado tarde. Y cuando *Rudolphi*[87] subraya que la actuación reductora del peligro puede "consistir solamente en" que el curso causal se modifique a favor de la víctima, se excluyen implícitamente de esta forma las omisiones no causales de la imputación del resultado. Pero por lo demás, los partidarios de ambas posiciones tienden a la absolutización unilateral de su punto de vista. 61

En el sentido descrito habría que diferenciar también la jurisprudencia. Si 62
p.ej. no se sabe si se podría haber evitado mediante persuasión que un con-

---

[84] *Brammsen*, MDR 1989, 123 s.

[85] Así, expresamente *Stratenwerth*, AT 3ª, nm. 1028; ya no tan claro *el mismo*, AT 4ª, §13, nm.56.

[86] *Stratenwerth*, AT 3ª, nm. 1028; igual según su sentido, *el mismo*, AT 4ª, § 13 nm. 56.

[87] SK- *Rudolphi* 7ª, antes de § 13 nm. 16 a.

ductor bebido siguiera conduciendo, la omisión de la persuasión no puede llevarnos a imputar el resultado (así también BGH NJW 1954, 1047 s.), porque no consta si el curso causal era en realidad modificable. En cambio, haber omitido la instalación de luces de advertencia junto a una zanja en unas obras, en contra de lo que sostiene la sent. OLG Hamm NJW 1959, 1551, será causa del accidente si su existencia hubiera impedido el accidente; la posibilidad de que unos gamberros o alborotadores hubieran quitado las luces de aviso habría significado otro curso causal distinto, que no excluye la imputación de lo que realmente ocurrió. Quien omite en un incendio arrojar a sus hijos a los brazos de personas que prestan socorro desde abajo, es causante de su muerte en las llamas, aunque el lanzamiento por la ventana hubiera entrañado igualmente un riesgo –menor– de un desenlace mortal. No es relevante por tanto la cuestión de si el lanzamiento desde arriba del edificio hubiera salvado con seguridad la vida de los niños (así sin embargo BGH MDR (D) 1971, 361 s.)[88]. Muchas sentencias no permiten una valoración inequívoca porque no prestan atención a la diferenciación que aquí se defiende.

63 *De lege ferenda* ciertamente se puede discutir ampliamente si sería o no político-criminalmente deseable castigar todos los casos en los que una omisión del garante hubiera ofrecido, aunque sólo fuera *ex ante*, una oportunidad realista de evitación del resultado. Es especialmente acuciante este problema en el descuido de los deberes de vigilancia y control en las empresas (cfr. ya *supra* nm. 50 sobre la sent. BGHSt 25, 163). En efecto, por un lado, apenas hay medidas de vigilancia que eviten con una probabilidad rayana en la certeza cualquier resultado dañoso, y por otra parte, la ausencia, la mayoría de las veces, de la posibilidad de probar la causalidad puede inducir erróneamente a no ser tan cuidadoso con la vigilancia, lo que disminuiría la efectividad de los mandatos del garante. Por eso *Schünemann*[89] ha propuesto introducir en el § 13 el siguiente ap. II: "Si se provoca el resultado por una actuación ligada a instrucciones y en favor de una empresa o con un objeto peligroso perteneciente al patrimonio de la empresa, se le aplicará el § 13 I al autorizado para dar las instrucciones también cuando el hecho se hubiera dificultado sustancialmente con los controles debidos". Ahora bien, es precisa una mayor discusión sobre si es necesario un precepto así o si quizás debería extenderse incluso a las negligencias médicas o a toda omisión infractora de la posición de garante con carácter general.

4. La causalidad de la omisión cuando la actuación requerida habría conducido a la evitación del resultado sólo a través de la conducta libre y responsable de un tercero

64 Debe considerarse también como causal el supuesto de que la actuación requerida sólo habría llevado a la evitación del resultado añadiéndose (a través de) la libre voluntad de otro[90]: Así p.ej. el médico de una sección clínica que, debido a su falta de conocimiento y de experiencia, no puede evitar por sí mismo el resultado, omite advertir al médico superior sobre el preocu-

[88] Para más detalles *Herzberg*, MDR 1971, 881 ss.

[89] *Schünemann*, 1979, 207.

[90] Para más detalles *Kahlo*, GA 1987, 66 ss., que llega al mismo resultado que el del texto.

pante curso de la enfermedad, a consecuencia de lo cual el paciente fallece. Que el médico superior hubiera intervenido ante la advertencia evitando el resultado es algo probable, pero no seguro (BGH NStZ 1986, 217); y aquí no puede trabajarse con el criterio de la condición conforme a las leyes naturales, porque la actuación del médico superior debe considerarse libre y, porque, en cualquier caso, no es susceptible de cálculo conforme a las leyes de la naturaleza. Sin embargo, con el aviso al médico superior habría surgido una nueva situación conforme a pautas normativas, pues el médico de la sección se habría exonerado y el acontecer se habría situado en el ámbito de responsabilidad del médico superior, lo cual habría transformado en otro distinto el curso causal que entonces se hubiera producido. Por consiguiente, la omisión de información al médico superior lleva a la imputación del resultado como homicidio imprudente al médico de sección, sin que la cuestión pueda depender de las especulaciones del BGH acerca de cómo se hubiera comportado seguramente el médico superior. En cambio, se decide de forma distinta en la sent. BGH NJW 2000, 2757, donde se rechaza apreciar un homicidio imprudente por omisión, porque "no" se habría entendido "por sí mismo" que un aviso a la autoridad superior hubiera tenido como consecuencia la suspensión de una praxis con tratamiento equivocado.

5. La causalidad de la omisión en caso de decisiones colegiadas

El problema de la causalidad nuevamente se plantea de modo distinto en el caso de las decisiones colegiadas: ¿Es causa del resultado cada miembro del órgano de dirección cuando por acuerdo unánime de dicho órgano es omitida una actuación requerida o exigible, o por el contrario puede el individuo ampararse en que su voto en contra no hubiera servido para nada porque también en ese caso la actuación debida habría sido rechazada por la mayoría y por tanto no se habría llevado a cabo? El BGH en la sentencia del spray para cuero (BGHSt 37, 131) ha estatuido, más que fundamentado, la existencia de causalidad al afirmar: "Si la medida requerida para evitar el daño, en este caso la retirada (de un producto peligroso) que tenía que ser decidida por la dirección de la empresa, sólo puede hacerse efectiva a través de la actuación conjunta de varios intervinientes, todo aquel que pese a su competencia para la codecisión omite prestar su contribución para ello, está poniendo una causa para que la medida requerida no se realice; dentro de este marco responde de las consecuencias típicas resultantes de ello... En esta cuestión el sujeto no puede exonerarse alegando que su esfuerzo por llevar a cabo la decisión colegiada requerida hubiera sido infructuoso debido a que los otros participantes en caso de pugna lo habrían vencido por mayoría de votos. Sólo se exoneraría de su responsabilidad penal compartida si él hubiera hecho todo lo que le era posible y exigible para lograr la decisión debida". 65

66 El problema de la causalidad dejaría de ser tan agudo en este caso si se considerase suficiente la existencia de una posibilidad *ex ante* de evitación del resultado, ya que en no pocas ocasiones se podrá decir que una oposición (en este caso la exigencia de una retirada del producto) habría abierto una real oportunidad para provocar que se produjera la decisión debida. Sin embargo, ya se expuso antes que este camino no resulta practicable (nm. 59 s.). También a través de una construcción de coautoría[91] se puede hacer irrelevante el problema causal, porque, dado que para la coautoría es suficiente que la contribución del coautor en un juicio *ex ante* pudiera haber sido relevante para el curso del acontecimiento (incluso cuando resulte después que no lo fue)[92] y puesto que por lo demás se ha de imputar a todos los coautores el acontecer global, entonces, aceptando la coautoría, no importan los efectos reales del voto individual. No obstante, es preciso decidir sobre la cuestión causal, ya que en los delitos imprudentes, que en este ámbito están en primer plano, según la opinión mayoritaria la coautoría no es posible. Y aun cuando se reconozca dicha posibilidad, frecuentemente no concurren sus presupuestos (por ejemplo, cuando la inactividad no obedece a una decisión de los miembros del órgano colegiado, sino a negligencia individual de cada uno).

67 Se le ha de dar la razón al BGH en el resultado. Cuando en el caso del spray para cuero todos los miembros de la directiva votaron contra la retirada del producto peligroso, su votación se integró en la decisión omisiva que trajo el resultado. Ahora bien, quien es concausa en la decisión omisiva es también causa del daño que surge de la misma[93]. Con razón dicen *Beulke/Bachmann*[94]: "El no haber votado a favor de una retirada por parte de cada uno de los miembros de la directiva fue condición para una decisión mayoritaria de la directiva en contra de la retirada. Ciertamente que una decisión mayoritaria sin el voto del correspondiente directivo, por consiguiente en otro supuesto distinto del producido, tampoco habría dado lugar a dicha retirada; pero esta otra condición suficiente para el resultado no se ha hecho realmente efectiva". De otro modo, se llegaría al resultado absurdo de que absolutamente nadie sería causa del resultado, porque cada cual podría alegar que su voto no habría cambiado para nada la decisión mayoritaria. La situación es aquí parecida a lo que ocurre en los cursos causales hipotéticos en los delitos comisivos, en donde el que ha causado el resultado no puede tampoco interpretar su causalidad supri-

---

[91] En este sentido *Brammsen*, Jura 1991, 533, 537 s.

[92] Cfr. *supra* § 25, nm. 211 ss. (213).

[93] Así, igual en lo sustancial *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737 ss (742 s.); *Kuhlen*, NJW 1990, 566 ss.; *Meier*, NJW 1992, 3193 ss. De modo parecido también *Puppe* (JR 1992, 30 ss.), que acepta una "causalidad múltiple". Se muestra en parte discrepante *Samson* (StV 1991, 182 ss.), quien propone excluir de la imputación del resultado a aquellos miembros de la directiva que se hayan resignado ante la mayoría desconsiderada de los administradores. De manera similar a Samson, tb. SK-*Rudolphi*, 6ª, antes del § 13, nm. 16 b.

[94] *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 744.

miéndola alegando como objeción que, de no haber sido él, otro habría podido producir el resultado[95].

Demasiado lejos va por contra el OLG Stuttgart[96] cuando quiere responsabilizar también por el resultado al miembro del órgano colegiado aun cuando éste ha votado en contra de esta decisión causante de aquél. Si bien es correcta su afirmación cuando dice: "en la medida en que todos los votos en conjunto constituyen la decisión, los mismos deben ser contemplados también juntos como causales para el resultado", sin embargo, no merece aplauso la otra tesis conforme a la cual sería "contradecir la esencia del sometimiento a una decisión colectiva si a través del simple hecho de votar en contra se pudiera eludir la corresponsabilidad asumida con ello". Esto es incorrecto, ya que el "voto en contra" no influye en la decisión que produce el resultado y, por tanto, no es causal. 68

VI. La delimitación de comisión y omisión

1. Necesidad y significado de la delimitación

La delimitación entre comisión y omisión es un antiguo y todavía controvertido problema. La necesidad de su delimitación se deriva de la punición restringida para quien sólo omite en comparación con el delito comisivo (§ 13 I; nm. 4), de la posible atenuación de la pena en la omisión incluso en caso de equiparación con el delito comisivo (§ 13 II) y de las múltiples diferencias dogmáticas entre los delitos de comisión y de omisión (nm. 1). 69

Sin embargo, el peso de la distinción no se valora uniformemente. Quien fundamenta el sistema de Derecho penal en datos previos ónticos atribuirá gran significado dogmático a la distinción prejurídica entre hacer activo (**"empleo de energía en una determinada dirección"**) y pasividad (**"no empleo de energía en una determinada dirección"**)[97]. Así *Radbruch*[98] como defensor de un concepto de acción naturalístico (causal) veía todo el sistema de Derecho penal "escindido en dos partes" a través de esa distinción, por lo que consecuentemente debían yuxtaponerse dos sistemas diferentes. Igualmente el "principio de reversión" (nm 2, 3) desarrollado por *Armin Kaufmann* desde la perspectiva finalista, se basa en una absoluta oposición entre acción y omisión. 70

Si por el contrario, como aquí ocurre, el sistema se concibe según puntos de vista político-criminales (u otros normativos), se estará inclinado a relativizar la diferencia[99]. Ya he indicado anteriormente[100] que la categoría 71

---

[95] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11 nm. 19.

[96] OLG Stuttgart NStZ 1981, 28.

[97] *Engisch*, Gallas-FS, 1973, 167, en relación con trabajos anteriores.

[98] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 8, nm. 14 s.

[99] Esto se resuelve muy bien en *Volk*, Tröndle-FS, 1989, 219 ss., quien considera político-criminalmente carente de sentido la distinción entre acción y omisión. También *Jakobs* y su escuela se han seguido ocupando de estas consideraciones; cfr. sólo *Jakobs*, 1996, 36 ss..; *Sanchez-Vera*, 1999. De una semejanza entre acción y omisión habla *Arzt*, JA 1980, 554 s.

[100] *Roxin*, Täterschaft, 7.ª, 2000, 461.

de los delitos de infracción de un deber, descrita por primera vez por mí, **hace en gran medida irrelevante la distinción estructural-real (basada en la estructura del ser) entre comisión y omisión.** "Si yo, como obligado a cuidar de unos bienes, daño al mandante porque omito intencionalmente una acción necesaria o porque realizo una acción perjudicial", ello tiene, para una posible diferencia en el tipo, tan poca repercusión como la cuestión de "si el carcelero omite conscientemente cerrar la puerta con llave, o si él les posibilita su liberación a los reclusos deslizándoles la llave –es decir mediante un hacer positivo–". También es posible en su caso –en condiciones que se aclaran más adelante– concebir un hacer estructural-real (por ejemplo, la desconexión de un aparato de respiración o ventilación mecánica) como omisión (a saber, como omisión de tratamiento ulterior) y allanar de esta manera las diferencias ónticas (cfr. nm. 115 ss.).

72 **Sin embargo, no se puede renunciar a la delimitación**, porque las divergencias del sustrato óntico pueden forzar soluciones diferenciadas incluso con criterios normativamente idénticos (cfr. ya nm 3). Así por ejemplo, en el supuesto de los reclusos el inicio de la tentativa se fijará, en el caso de una acción positiva, en el momento de entrega de la llave. Pero la cuestión de cuándo comienza la tentativa en el caso de no cerrar la puerta, se debe delimitar independientemente considerando las condiciones existentes en las omisiones.

2. La delimitación en formas de conducta ambivalentes

73 **En los supuestos normales la delimitación es simple y se puede superar sin dificultad con conceptos como hacer que produce un resultado e inactividad, actividad y pasividad, empleo de energía y no empleo de energía.** Porque nadie duda de que se trata de un delito comisivo cuando alguien empuja al agua a otro con resultado de muerte y que sólo entra en consideración una punición por omisión cuando alguien no socorre a otro que se ha caído en el agua. Pero son controvertidos los supuestos en los cuales por un lado existe un hacer, pero por el otro se ha omitido una medida necesaria para evitar el resultado.

74 Algunos supuestos conocidos usados como ejemplos pueden aclarar esto: En el "caso del farmacéutico" (RGSt 15, 151) falleció un niño por intoxicación de fósforo, después de que un farmacéutico, que estaba autorizado a suministrarlo una primera vez por una receta médica, lo había entregado por segunda vez sin receta por las súplicas de la madre. ¿Es aplicable aquí un delito comisivo (mediante la entrega de la medicina) o un hecho típico omisivo (por no solicitar una autorización médica)?. En el "caso de los pelos de cabra" (RGSt 63, 211)[101], el propietario de una

[101] Para más detalles al respecto examinándolo desde puntos de vista de imputación *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 64.

fábrica había utilizado en la elaboración pelos de cabra contaminados con bacilos de ántrax, y murieron cuatro trabajadoras. ¿Fallecieron por la comisión (distribución de los pelos de cabra) o por la omisión (de una desinfección)?. En el "caso de las luces de la bicicleta" (RGSt 63, 392)[102], se produjo un accidente por conducir bicicletas sin las correspondientes luces. ¿Se debe valorar esto desde el punto de vista de la comisión (conducir) o de la omisión (de la iluminación)?. En el "caso del camión con remolque" (BGHSt 11, 1)[103] un ciclista fue atropellado mortalmente a causa de un adelantamiento demasiado cerrado de un camión. Esto es enjuiciado por un sector como comisión (el alcance o arrollamiento) y por otro sector como omisión (la del cumplimiento de la distancia de seguridad requerida). En el "caso del SIDA"[104], un sujeto contagiado con VIH tuvo contacto sexual con una pareja y la infectó, porque él había rechazado la necesaria utilización de un preservativo. ¿Se debe examinar penalmente aquí una comisión (actividad sexual) o una omisión (la del uso del preservativo)?

Para la delimitación se han planteado numerosas perspectivas de solu- 75
ciones[105], que hoy sólo en parte siguen siendo interesantes y que, en todo caso, pueden agruparse en dos grandes grupos de opiniones. La primera, dominante en la jurisprudencia del BGH, se centra en una **valoración según el sentido social, según la tendencia o dirección del reproche o según el centro de gravedad de la reprochabilidad.** Se remonta a *Mezger*[106], según el cual a la cuestión de la distinción entre acción y omisión "no se puede responder según la configuración externa del caso concreto, sino solamente según aquello contra lo que se dirija el reproche jurídico en cada caso". Por tanto la diferencia "no sería una cuestión de hechos, sino una cuestión de valoración". Este método le lleva, por ejemplo, en el caso del farmacéutico y de los pelos de cabra, a admitir un delito de omisión[107] (lo que puede conducir en su caso a la absolución si falta una causalidad omisiva o se rechaza una posición de garante), mientras que en el caso del camión propone aceptar un delito de comisión, porque no está "en primer plano" según él "el incumplimiento de una determinada distancia de separación", sino el hecho "de que el acusado ha ocasionado positivamente la muerte del ciclista al arrollarlo[108].

---

[102] Sobre los problemas de imputación de este caso *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], §11, nm. 68 ss.

[103] Sobre los problemas aquí tratados de la teoría del incremento del riesgo *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 72 ss.

[104] *Baumann/Weber*, AT[10], antes del § 15, nm. 1.

[105] En relación a esto extensamente *Ulsenheimer*, 1965, 103 ss.; *Welp*, 1968, 118 ss. Ofrecen una buena visión general *Engisch*, Gallas-FS, 1973, 169 s., y respecto al último estado de la discusión, *Brammsen*, GA 2002, 193; *Hoyer*, 1997, 345 ss.; *Schneider*, 1997, 53 ss.

[106] *Mezger/Blei*, AT, 9.ª, 76.

[107] *Mezger*, StrafR, 3.ª 1949, XIX (Prólogo a la 2ª ed.).

[108] *Mezger*, JZ 1958, 281, 282.

76 Mientras que las sentencias del RG y algunas veces también del BGH (BGHSt 11, 1 ss.) se comportaban de modo poco claro en la cuestión de la delimitación[109], se ha **impuesto en la reciente jurisprudencia una fórmula "del centro de gravedad"**, que fue empleada por primera vez en BGHSt 6, 59 (con motivo de un hoy anacrónico caso de proxenetismo, en el que la "deshonesta fornicación" pudo favorecerse por la tolerancia y el "actuar activo"). La Gran Sala (Senado) advirtió aquí del riesgo de poner excesivo énfasis formal en una forma de conducta aislada" y dice que la cuestión sólo puede depender "del centro de gravedad de la reprochabilidad"[110]. Todavía en el año 1999 el BGH (NStZ 1999, 607) lo formula así: "La decisión sobre la cuestión de si existe una acción o una omisión depende del centro de gravedad del comportamiento del autor... Sobre ello se debe decidir por el juez del hecho en apreciación valorativa"[111]. Una parte de la doctrina[112] se ha adherido a esta interpretación (a veces con ligeras modificaciones[113]).

77 **Frente a esto, paulatinamente adquiere supremacía en la doctrina un segundo grupo de opinión, que en casos ambivalentes como los descritos hace depender la delimitación de acción y omisión de la existencia o inexistencia de una causalidad comisiva.** Si se produce un empleo de energía en conexión conforme a las leyes (naturales) con el resultado, se examinará si concurre un delito de comisión. Si falta, se puede verificar si concurre un delito de omisión[114]. Este proceso conduce sin excepción en los casos primeramente descritos a aceptar la existencia de un hecho comisivo, mientras que los defensores de la fórmula del centro de gravedad y otras teorías valorativas llegan a resultados cambiantes y también divergentes entre sí. También sigue siendo aún demasiado inexacta la tesis de que "en la duda" se debe admitir un hecho positivo[115]; porque no hay nada que dudar sobre este punto.

---

[109] En relación a esto más detalladamente *Engisch*, Gallas-FS, 1973, 164 s.

[110] Monografía: *Stoffers*, 1992.

[111] Del mismo modo BGH MDR (H) 1982, 624; OLG Karlsruhe GA 1980, 429 (431); OLG Düsseldorf JMBl. NW 1983, 199 (200); OLG Frankfurt GA 1987, 540 (551); OLG Saarbrücken NJW 1991, 3045 (3046); OLG Köln JR 1991, 523 (525).

[112] Cfr. por ejemplo *Ebert*, AT, 3.ª, 172 ss., 173; *Geilen*, JZ 1968, 151; *G. E. Hirsch*, NJW 1969, 854; *Odersky*, Tröndle-FS, 1989, 297 s.; *Preisendanz*, 30.ª, § 13, Anm. II 2; *Ranft*, JuS 1963, 344; *el mismo*, JZ 1987, 862; *el mismo*, JZ 1987, 916; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 13 ss., nm. 158; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 700.

[113] Cfr. por ejemplo la visión general en *Sieber*, JZ 1983, 433.

[114] En grandes líneas coinciden en ello casi todos los trabajos especializados del último decenio: *Böhm*, 1957, 18 ss.; *Brammsen*, GA 2002, 193; *Engisch*, Gallas-FS, 1973, 163 ss.; *Fünfsinn*, 1985, 42; *Grünwald*, 1957, 21 ss.; *Kienapfel*, ÖJZ 1976, 286 s.; *Küpper*, 1990, 73; *Roxin*, ZStW 74 (1962), 415 [= Problemas básicos, 152]; *Samson*, Welzel-FS, 1974, 589 ss.; *Sieber*, JZ 1983, 434 ss.; *Stoffers*, 1992, 107 ss.; *el mismo*, GA 1993, 262 s.; *Ulsenheimer*, 1965, 103; *Vogel*, 1993, 122 ss.; *Welp*, 1968, 109 s. Por el contrario, críticamente en contra del criterio de la causalidad, *Struensee*, Stree/Wessels-FS, 1993, 140 ss. En comentarios y manuales: *Jakobs*, AT, 2.ª, [PG, 2.ª, 1997], 28/1; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 58 II 2; LK, 11.ª-*Jescheck*, antes del § 13, nm. 90; *Otto*, AT, 6.ª, § 9, I 2 a; SK, 7.ª-*Rudolphi*, antes del § 13, nm. 7; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 203; similar *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 4 s.; poco claro *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 13, nm. 12.

[115] *Spendel* y *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-FS, 1961, 194 y 212.

Es correcta la segunda interpretación, según la cual un caso se debe discutir desde el punto de vista de un delito de comisión siempre que un empleo activo de energía es causal para el resultado o al menos debe serlo según el dolo del autor. O en la formulación aún más precisa de *Brammsen*[116]: "Un empleo de energía....es un hecho activo penalmente relevante sólo cuando con ello una persona inicia, continúa o fortalece un curso del acontecimiento que, realmente o sólo según su propia representación, es adecuada en la situación concreta para menoscabar un objeto de ataque designado típicamente". No cambia nada dicho principio el hecho de que, según la interpretación aquí sostenida, existan algunas excepciones a esta regla que pueden ser agrupadas bajo el punto de vista del "omitir por hacer" recogido más abajo (nm 99 ss.). Su validez se basa en cuatro razones: 78

En primer lugar, la fórmula del centro de gravedad de la reprochabilidad designa un círculo vicioso. Porque naturalmente que en los delitos de comisión el reproche se dirige contra la comisión y en los delitos de omisión contra la omisión. Pero para saber si se da esa dirección al reproche, hay que haberse decidido primeramente por la admisión de un delito de comisión o de omisión. 79

En segundo lugar, todavía nadie ha conseguido indicar criterios de cómo se debe determinar el "centro de gravedad" de la reprochabilidad o el "sentido social" de un hecho, de manera que se pueda realizar una clara asignación hacia el hecho comisivo u omisivo. Es bastante arbitrario tanto si se quiere dirigir el reproche contra la actividad de riesgo o contra el incumplimiento de las medidas de protección y coloca la distinción a merced de un juicio de sentimiento irracional. 80

En tercer lugar, la omisión que está unida con la comisión en los casos supuestamente ambivalentes, es sólo una manifestación de ese momento de omisión que es intrínseco a todos los delitos imprudentes: la inobervancia de la diligencia debida. La impresión de que se trataría de una omisión especial, no la propia de toda imprudencia, surge sólo del hecho de que se omite no la aplicación de una diligencia general, sino un comportamiento de seguridad descrito y circunscrito exactamente. Sin embargo, se trata sólo de una concreción del mandato de diligencia. Por lo tanto se podría reinterpretar teóricamente todos los hechos imprudentes como delitos de omisión contemplando el centro de gravedad de la reprochabilidad en la omisión de la diligencia debida. Cierto que esto no lo sostiene nadie. Pero sigue sin explicarse por qué debe situarse el centro de gravedad de la reprochabilidad en parte, en el momento de comisión y, en parte, en el momento de omisión de la imprudencia[117]. 81

---

[116] *Brammsen*, GA 2002, 206.

[117] En los delitos dolosos, en los que raramente se plantea la cuestión de la delimitación, rige básicamente lo mismo, porque también aquí podría dirigirse teóricamente el reproche contra la omisión de la adopción de las medidas de seguridad necesarias.

82 En cuarto lugar, no puede ser tampoco compatible con la ley excluir de la punición causaciones imprudentes de un resultado realizadas mediante empleo de energía activa, reinterpretándolas para convertirlas en omisiones que no infringen un deber de garante. El § 222 se refiere únicamente al requisito de que alguien debe haber "causado la muerte de un hombre por imprudencia". Cuando se ha hecho esto –como por ejemplo lo hace el farmacéutico mediante la expedición del medicamento mortal (v. nm. 74)– no se puede discutir y suprimir la punibilidad situando el centro de gravedad en el hecho de que se omitió la exigencia de una receta médica.

83 En la práctica, los casos descritos se presentan comúnmente en la variante de que el resultado se habría producido probablemente incluso en la puesta en práctica de las precauciones de seguridad omitidas. Pero esto es una cuestión de imputación, que se decide según qué posición se adopte ante la teoría del incremento del riesgo en los delitos de comisión[118]. Tal cuestión no tiene nada que ver con la dogmática de la omisión.

84 Otro problema, a menudo no tratado o tratado ocasionalmente, es si en casos del tipo descrito, junto al hecho comisivo se produce además igualmente una omisión susceptible de valoración independiente, que se encuentre en relación concursal con la comisión, y en cuyo tratamiento se puede o bien otorgar la primacía por principio al delito comisivo, o bien decidir otra vez según el "centro de gravedad de la reprochabilidad". El estado de opinión no es muy claro al respecto[119]. Sin embargo, se puede distinguir dos posiciones básicamente diferentes. De acuerdo con una, la omisión que subyace en el hecho comisivo es "inaccesible a cualquier intento de autonomía" y "no proporciona ningún punto de apoyo idóneo para un examen de la causalidad independiente"[120]. El momento omisivo en el hecho comisivo desde esta perspectiva es enjuiciado sólo como "su modalidad de ejecución que debe valorarse negativamente"[121].

85 La opinión contraria ve en las medidas de aseguramiento negligentemente omitidas una omisión autónoma y en su caso también típica. Así, por ejemplo, *Baumann/Weber*[122] en el caso de los pelos de cabra (nm. 74) encuentran en la desinfección omitida un hecho omisivo independiente: "Debido a que los pelos de cabra estaban destinados a la entrega a las empleadas, su no desinfección era ya negligente". Esto conduce entonces a admitir también un delito omisivo, aunque ciertamente debe retroceder como subsidiario ante el delito comisivo. Y es verdad que se puede considerar como algo indiferente para el resultado y por lo tanto sin importancia el que ya se niegue la existencia de un hecho omisivo o que sólo se lo excluya de la apreciación como hecho penal por la vía del concurso. Pero la cuestión puede adquirir significado práctico: "Pues posiblemente la punición sólo se puede funda-

[118] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm.72 ss.

[119] Ofrece una buena exposición de síntesis *Struensee*, Stree/Wessels-FS, 1993, 152 ss.

[120] *Wessels*, JZ 1967, 450; también ciertamente, BGHSt 8, 8 (11 s.).

[121] *Wessels*, JZ 1967, 451.

[122] *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 15, nm. 27; de aquí también la cita al final del párrafo.

mentar por la vía de vincular la desinfección a la omisión, por ejemplo, porque el autor fuera inimputable en el momento de la entrega del pelo".

Una solución que quiera ser correcta habrá de diferenciar. En el caso de 86
los pelos de cabra, la omisión de la desinfección precedió a la entrega de los pelos de cabra. Pero en el momento de la omisión todavía no existía ninguna "situación típica" que pudiera haber fundamentado un deber de evitar el resultado, pues en ese momento, el plan de entregar los pelos de cabra era sólo un "proceso psíquico del autor"[123] y estaba en el estadio previo a una acción de puesta en peligro aún no existente en absoluto. En consecuencia, si el autor hubiera sido inimputable en el momento de la entrega del pelo, en contra de la solución del concurso expuesta en el nm 85, no se podría fundamentar una punibilidad por homicidio imprudente en haber omitido una desinfección en una situación anterior de imputabilidad, ya que en ese momento, en ausencia de una situación de puesta en peligro, no existía en absoluto ningún deber de actuación, por lo que falta una omisión típica. Por tanto debería ser absuelto.

Pero también puede suceder que la omisión de la medida de protección 87
o seguridad sea simultánea con el hecho peligroso realizado y entonces la situación es diferente. Si por ejemplo, en el caso de las luces de la bicicleta (nm. 74), el ciclista hubiera podido conectar la iluminación en cualquier momento y también en la situación peligrosa de colisión inminente, con el efecto de evitación del resultado, junto a la comisión existirá también una omisión. Si se niega una posición de garante, junto al delito comisivo imprudente entrará en consideración solo un castigo adicional por omitir el alumbrado de la bicicleta. Si se afirma una posición de garante (por ejemplo por el hecho precedente), existirá en el hecho también un delito de resultado en la forma de omisión imprudente, pero que es subsidiario frente al delito comisivo imprudente.

3. La falta de importancia del hacer no causal para la delimitación

Por otro lado, existen también casos en los que sólo entra en considera- 88
ción un delito omisivo, porque junto con la omisión ciertamente se da un hecho activo, pero éste no es causal para el resultado. La sent. BGH NStZ 1999, 607 trata el caso en el que una madre había dejado sola en la vivienda a su hija de tres años sin adoptar las medidas de precaución necesarias, de modo que la niña, como ya había pasado anteriormente, podía conectar las estufas con un efecto considerablemente peligroso, que es lo que sucedió también esa vez y debido a un calentamiento se produjo un incendio en la cocina, que asfixió a la niña. El LG había apreciado en este caso un homicidio imprudente por comisión activa, concretamente por el hecho de "aban-

[123] Más detalladamente sobre todo ello *Struensee*, Stree/Wessels-FS, 1993, 156.

donar la vivienda dejando en ella a la niña". Por el contrario, el BGH bajo la fascinación de su fórmula del centro de gravedad ofrece como reflexión "que es cierto que el abandono de la vivienda representa un hecho activo, pero que esto, tomado en sí mismo, habría sido inofensivo si la acusada no hubiera omitido cuidarse de que hubiera vigilancia de otro modo o al menos asegurar técnicamente la estufa".

89 Efectivamente concurre aquí un homicidio imprudente por omisión, pues la madre asumió una posición de garante y las medidas a las que hace referencia el BGH habrían evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad. Pero la negación de un delito de comisión (activa) no depende, como sostiene el BGH, de una ponderación orientada al centro de gravedad, sino de que el hecho de marcharse la madre no es en absoluto causa del resultado. No es el abandono de la vivienda lo que está en una conexión conforme a leyes naturales con el resultado –éste habría sido el mismo en una permanencia inactiva o con otro tipo de actividad en la vivienda–, sino sólo la omisión de las medidas de precaución adecuadas para evitar el resultado.

90 Por lo tanto, siempre hay que **tener en cuenta que la actividad que ha realizado un garante omitente en lugar de la acción que evita el resultado, nunca puede hacer de un delito de omisión un delito de comisión –y tampoco a través de una traslación o desplazamiento del centro de gravedad–.** Con razón denomina *Engisch*[124] "patrimonio general de la dogmática jurídico penal... que el hecho de que el omitente no hace algo determinado es compatible con el hecho de que él al mismo tiempo hace algo distinto (el guardabarreras, que no baja la barrera, trabaja en ese momento en su jardín situado junto a la caseta de vigilancia)". Si no fuera así, entonces un no garante, que p. ej. se marcha de allí en lugar de salvar a un hombre que se ahoga, también debería poder ser autor comisivo de un delito de homicidio (en lugar de ser castigado por omisión de socorro del § 323 c). Y evidentemente no puede ser así.

91 Tampoco se puede considerar la cuestión de la delimitación como un problema puramente teórico sin importancia práctica en aquellos supuestos en que el sujeto, como en el caso de partida (nm. 88), debido a su posición de garante ha de ser castigado de todos modos por homicidio imprudente. Porque con la calificación correcta como una mera omisión existe una posibilidad de atenuación de la pena según el § 13 II, lo que no ocurre en el delito comisivo.

4. Formas de conducta con inexistente o escaso empleo de energía

92 Las "formas de conducta con escaso empleo de energía"[125] producen también algunas dificultades para la delimitación. ¿Es causal como autora comisiva –en su caso con el resultado de delito de daños dolosos contra

[124] *Engisch*, Gallas-FS, 1973, 174.

[125] Expresión de *Sieber*, JZ 1983, 432.

la propiedad– una jovencita si con su sola presencia motiva a su amigo, deseoso de impresionar, a causar destrozos?[126]. ¿O se puede atribuir al testigo impasible de un atraco una causalidad comisiva, si mediante su presencia contribuye a intimidar a la víctima que no distingue entre autores y testigos? Pues bien, es correcta la opinión actualmente dominante en el sentido de que "la presencia" de un individuo como tal no puede fundamentar ninguna causalidad comisiva; falta el empleo positivo de energía[127]. En su lugar, se requiere para el delito comisivo "una combinación cumulativa del criterio de la causalidad y el de la energía[128]", lo que desde la posición aquí sostenida también se deriva ya del reconocimiento de una causalidad omisiva.

Por consiguiente, a la amiga o al testigo de nuestros ejemplos se les puede 93
reprochar a lo sumo una omisión; en ausencia de una posición de garante se debe examinar por lo tanto sólo si concurre la omisión de socorro del §323 c. Se debe hacer hincapié en todo esto, porque la jurisprudencia tiende a castigar el "estar plantado ahí" o también el "estar sentado ahí" (p.ej. en una conversación chantajeadora) como complicidad o cooperación psíquica por actuación activa y a extender con ello la punibilidad. Esto ya se ha discutido más detalladamente *supra* en relación con la cooperación o complicidad[129]; a ello nos remitimos aquí.

Pero por otra **parte no se necesita un empleo de energía cuantitativamente relevante para fundamentar un delito de comisión.** Así que si 94
"un vehículo se mantiene en marcha pisando pacífica y uniformemente el acelerador"[130], esto, en la medida en que sea causal para un resultado jurídico penal, se debe considerar bajo el punto de vista de un delito comisivo. Y también existe también un delito comisivo[131] si un jardinero, que quiere llenar una pileta con agua, mantiene la manguera en la mano y deja correr el agua en la piscina, de modo que se ahoga el niño caído en ella.

Incluso la "energía interna" puede ser suficiente[132], siempre que un com- 95
portamiento externamente inactivo tenga un valor de declaración "positivo" jurídicopenalmente relevante. Por lo tanto, si un pasajero calla ostensiblemente a la pregunta del revisor "¿alguien más sin billete o bono válido?", está declarando concluyentemente que posee un ticket válido y comete un engaño por comisión en el sentido de la estafa del § 263.

---

[126] Ejemplo de *Sieber*, JZ 1983, 434.
[127] *Sieber*, JZ 1983, 434 ss. (tratamiento completísimo de la problemática).
[128] *Sieber*, JZ 1983, 435.
[129] Cfr. *supra* § 26, nm. 186 ss., 204 ss.
[130] *Engisch*, Gallas-FS, 1973, 172.
[131] *Sieber*, JZ 1983, 432, modificando un caso de *Herzberg*, 1972, 277 s.
[132] *Engisch*, Gallas-FS, 1973, 172.

5. La sucesión de formas de conducta[133]

96 Relativamente pocas dificultades presenta el caso en el que se produce un resultado típico porque a un hacer le sigue la omisión de una medida de seguridad o protección[134]. P. ej., se excava una zanja o fosa, pero a continuación se omite su seguridad, de modo que un transeúnte se cae a la misma y se rompe una pierna. O: Una madre al hacer la limpieza coloca sobre el suelo una vasija con veneno para las moscas, y en un momento de despiste y desatención suya su hijo de dos años de edad bebe del líquido y ello le ocasiona severas lesiones[135].

97 En casos de este tipo, en consecuencia con lo expuesto más arriba (nm. 78 ss.) no es correcto reunir los acontecimientos en un único suceso lesivo y después decidir, según "el centro de gravedad de la reprochabilidad" o "el sentido social" si se trata de un delito comisivo u omisivo. Por el contrario, el hacer y el omitir se deben considerar cada uno independientemente.

98 Por lo tanto, la excavación de la zanja es seguro un hecho causal para el resultado. Pero en la medida en que, como sucede por regla general, está justificado por preceptos de Derecho civil o de Derecho público, se excluye la punición desde esta perspectiva. Sin embargo, esto no va en detrimento de un castigo por lesiones imprudentes (o en su caso incluso dolosas) por omisión, ya que existía una posición de garante derivada del deber de mantener la seguridad del tráfico. En el caso del veneno para moscas tampoco es "completamente absurdo"[136] considerarlo bajo la perspectiva de unas lesiones mediante un hacer positivo. Por el contrario, se debe afirmar esto si ya la colocación del veneno se llevó a cabo en unas circunstancias que implicaban un peligro para el niño no dominable de forma segura. En cambio, si era posible sin más tenerlo bajo supervisión y control, la colocación del recipiente puede ser un riesgo permitido y por lo tanto jurídicopenalmente irrelevante. En ese caso la falta de supervisión se debe castigar como lesiones por omisión. Y cuando en el caso concreto exista tanto una comisión como una omisión, su relación entre sí se rige por los criterios concursales.

6. Omisión u omitir por hacer

99 La distinción básica o de principio entre hacer y omitir, como se explicó anteriormente, se deriva de una comprobación óntico-fenomenológica. Un empleo de energía (por lo tanto una actividad) causal para el resultado es calificado como hacer, un no empleo de energía causal para el resultado (por lo tanto un comportamiento pasivo), como omisión. Sin embargo,

---

[133] Expresión de *Welp*, 1968, 116.

[134] Respecto de tales constelaciones, *Herzberg*, 1972, 284 ss.; *Welp*, 1968, 116 ss.

[135] El caso procede de *Eb. Schmidt*, 1939, 79.

[136] Así sin embargo *Eb. Schmidt*, 1939, 79.

esto no excluye en algunas constelaciones casuísticas individuales el castigar un hacer desde un tipo omisivo. A esto yo lo denomino "omisión por hacer"[137].

Sin embargo, ya la posibilidad de tal construcción es discutida. Así p. ej. 100
la misma es calificada por *Otto*[138] como "necesariamente excluida conceptualmente". Pero no es así: Porque ciertamente se produciría una confusión intolerable si se explicara o calificara un hacer como una omisión, pero en cambio, es muy posible subsumir un hacer en un tipo omisivo cuando lo requieren razones normativas. El hacer sigue siendo hacer, pero es castigado en tal caso desde un tipo omisivo. No se trata tampoco de volver a introducir por la puerta de atrás la "fórmula del centro de gravedad" o la delimitación "según el sentido social" (nm. 75, 76). Por el contrario, se trata de constelaciones firmemente delimitadas que por razones exactamente explicitables deben ser tratadas según las reglas de la omisión.

a) La participación activa en el delito omisivo

Cuando alguien induce al obligado a denunciar según el § 138 (p. ej. 101
ante un homicidio inminente) o al obligado a prestar ayuda o socorro según el § 323 c a no formular ninguna denuncia o a no prestar ninguna ayuda, debe ser castigado por inducción al tipo penal y por lo tanto según la pena de los §§ 138 y 323 c. Lo mismo rige para la cooperación o complicidad. Por lo tanto, el partícipe en caso de dolo no es castigado p. ej. por homicidio por comisión activa si el amenazado muere como consecuencia de la inducción. Esto ciertamente ya lo defendieron *Armin Kaufmann* y *Welzel*[139] pero chocaron con un rechazo general[140]. Pues bien, a pesar de la indudable causalidad comisiva, aquí tenemos ante nosotros el castigo por un tipo omisivo.

Cuando *Samson*[141] frente a esto objeta que no se trata de "la diferencia entre la comisión y la 102
omisión", sino de "un problema de accesoriedad y del fundamento penal de la participación", ello no puede modificar para nada el hecho de la punición como "omisión por hacer". Por el contrario, las reglas de la teoría de la participación constituyen la base normativa para que una producción activo-causal de un resultado se castigue por un tipo omisivo.

---

[137] Esta figura jurídica fue introducida en la discusión sobre todo por *v. Oberbeck* (GerS 88 (1922), 319 ss.) bajo el título "omisión por comisión", rescatada del olvido por *Androulakis* (1963, 152 ss.) y demostrada en situaciones problemáticas actuales a través de mi artículo en Engisch-FS, 1969, 380 ss. Exhaustivas referencias histórico-dogmáticas en *Stoffers*, JA 1992, 138 ss.; en dicho trabajo, 140, n. 29, se hace un listado también de todos los autores que se oponen "de modo explícitamente positivo" al concepto de omisión por comisión.

[138] *Otto*, AT, 6.ª, § 9 I 2 b. De forma parecida *Stoffers*, JA 1992, 178: se "destrozan los límites conceptuales mediante la equiparación de a y non-a". Negándolo tb. por principio, *Hruschka*, Bockelmann-FS, 1979, 421 ss. (433 ss.); *Samson*, Welzel-FS, 1974, 596; seguramente tb. *Sieber*, JZ 1983, 436.

[139] *Armin Kaufmann*, 1959, 190 ss.; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 206.

[140] Cfr. detalladamente más arriba § 26, nm. 170 s.

[141] *Samson*, Welzel-FS, 1974, 582.

b) La *omissio libera in causa*

103 Como *omissio libera in causa*[142] se califica al supuesto en el que un garante obligado a evitar un resultado excluye, a través de un comportamiento activo, su capacidad de acción. El guardagujas se coloca, por ejemplo, en una embriaguez letárgica, para hacerse imposible un posterior cambio de agujas, y en el posterior choque de trenes producido por ello mueren muchas personas. Según la opinión mayoritaria existe un delito de homicidio por omisión, aunque la imputación jurídico penal analizada ontológicamente no se enlaza a una omisión, sino a una acción (el emborracharse). En el desarrollo de los acontecimientos no existe en absoluto una omisión, ya que el emborracharse es un comportamiento activo y la posterior ausencia u olvido de cambio de agujas tampoco es una omisión, porque en ese momento al autor le falta la capacidad de acción, que es un presupuesto de la omisión (cfr. nm. 8 ss). Así que nos queda una omisión por hacer[143].

104 Lo mismo rige para los delitos de omisión propios. Quien destruye, sin leerla, la carta que contiene el plan delictivo que hay obligación de denunciar, incurre en responsabilidad penal conforme al § 138, aunque ahora ya no esté en condiciones de denunciar. Quien destruye el bote sin el que no puede alcanzar a quien se está ahogando, es culpable de omisión del deber de socorro omisiva, aunque a continuación ya no fuera posible prestar ninguna ayuda, etc.[144].

105 El resultado sí es generalmente aceptado, el razonamiento difícilmente. Ciertamente está claro que la muerte de los pasajeros del tren, de la víctima del delito o del ahogado no le pueden ser imputadas como delito de homicidio doloso por comisión a quien ha eliminado su capacidad de evitar el resultado. Porque en primer lugar falta la causalidad[145]: no se impidió ningún curso causal salvador –lo que hubiera sido suficiente para una causalidad comisiva[146]– porque el sujeto que impide su capacidad de actuación, de antemano no estaba dispuesto a actuar. Y en segundo lugar, si se quisiera admitir una autoría comisiva, incluso el no garante que paraliza su capacidad de actuación debería haber sido responsable de un delito de homicidio doloso en caso de producción del resultado de muerte. Pero esto no es así, porque como efecto sólo existe en todos los casos una no intervención en el desarrollo de los acontecimientos (independientemente de si la decisión a la pasividad se ha realizado mediante inactividad o mediante la eliminación de la posibilidad de actuación).

---

[142] *Androulakis*, 1963, 156; *Maurach*, JZ 1961, 377 utiliza en la explicación la actio libera in causa (sin embargo, en contra *Bertel*, JZ 1965, 53 s.); *Winter*, 2000, 113, 132. Detalladamente *Baier*, GA 1999, 272.

[143] También *Samson*, Welzel-FS, 1974; el crítico más a fondo de esta figura jurídica sin embargo quiere dar por válida aquí la expresión.

[144] Más y similares ejemplos en *Meyer-Bahlburg*, GA 1968, 51.

[145] Cfr. *Samson*, Welzel-FS, 1974, 597 s.

[146] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 29 s.

Así que normativamente se debe subsumir en el correspondiente tipo 106
omisivo tal conducta, aun cuando fenomenológicamente sea un hacer[147]. El autor viola una "prohibición de hacerse incapaz de cumplir este mandato o de sustraerse a él de otra manera"[148], que se deriva de su deber de actuación. Por tanto, la violación de la prohibición se subsume en un tipo omisivo porque aquélla es derivación de un mandato.

Baier[149] quiere que se abandone el concepto jurídico de omissio libera in causa y de lege 107
ferenda propone o extender el § 323a a este caso o considerarlo como excepción al § 20. Pero –aparte de las escasas posibilidades de aplicación– no está claro por qué estas soluciones han de ser preferibles.

c) El intento interrumpido de cumplir el mandato[150]

Este grupo de casos es el más controvertido. Vamos a mostrarlo con dos 108
ejemplos clásicos.

Caso 1: A, obligado a denunciar por el § 138, echa al buzón una carta que avisa a la policía de un plan homicida, pero cambia después de parecer y hace que Correos se la devuelva antes del envío. El homicidio se lleva a cabo. ¿Debe ser castigado A por el § 138 o por homicidio del § 212?

Caso 2: A, obligado a socorrer por el § 323 c, le lanza al bañista B, que corre riesgo de ahogarse, una cuerda, a la que éste podría asirse y de ese modo salvarse. Sin embargo, antes de que la cuerda haya llegado al alcance de B, A vuelve a tirar de ella hacia atrás, de modo que B se ahoga. ¿Ha cometido A un homicidio o sólo es punible su conducta por omisión del deber de socorro (§ 323 c)?.

En supuestos de este tipo se interrumpe el curso causal salvador. Esto de- 109
bería conducir en caso de producción del resultado, según las reglas generales de la causalidad e imputación, a la responsabilidad por un delito comisivo consumado[151]. Sin embargo, aquí existe la particularidad de que el agente anula su propio intento de salvación, con el resultado de que la situación es la misma que si él hubiera permanecido inactivo desde el principio. El empleo positivo y negativo de energía se anulan entre sí. Yo he derivado de ahí la tesis de que los sujetos de nuestros ejemplos no pueden ser tratados de forma distinta a aquel que de antemano no está dispuesto al salvamento[152]. Expresado abstractamente: Un hacer que se presenta como desistimiento de una tentativa de cumplir un imperativo se debe subsumir en el tipo del delito de omisión, cuyo imperativo fracasa por la intervención activa. Esto no significa que el hacer se deba convertir en un omitir. Por el contrario, hay que partir de que el tipo que contiene un mandato o imperativo encierra en

---

[147] Esto no quiere decir que deba ser siempre un hacer. Puede darse también un "omitir por omitir", una "omisión por omisión" (una "omissio libera in omittendo"); por ejemplo, si alguien por omisión se incapacita para actuar. Más detalladamente al respecto *Baier*, GA 1999, 274.

[148] *Bertel*, JZ 1965, 55.

[149] *Baier*, GA 1999, 284.

[150] La expresión procede de *Armin Kaufmann*, 1959, 107.

[151] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 29.

[152] *Roxin*, Engisch-FS, 1969, 381 ss. (383) [Problemas básicos, 1976, 226 ss. (228)].

sí mismo, como norma secundaria consecuencia del mismo, la prohibición de interrumpir una tentativa de cumplir el imperativo o mandato.

110 Según esto, **un delito de comisión** (en los ejemplos del inicio un homicidio intencionado doloso) sólo **concurre cuando el cumplimiento del imperativo ha pasado de la tentativa al estadio de consumación**, es decir, tan pronto como el curso causal salvador ha alcanzado la esfera de la víctima. Para ello no es necesario que la persona en peligro tenga "en la mano" físicamente el medio salvador. Es suficiente con que el amenazado pudiera recoger de su buzón en cualquier momento la denuncia del delito o que el que se está ahogando pudiera asir la cuerda salvadora sin ayuda ajena. Si, en este estadio, el obligado a actuar va a buscar y retirar la carta o de nuevo le arrebata la cuerda, comete un delito de homicidio doloso si se produce el resultado de muerte[153].

111 **La opinión mayoritaria**, cuya más amplia justificación es la que ha dado *Samson*[154], **por el contrario admite ya un delito de comisión doloso en toda cancelación de una tentativa acabada de cumplir el mandato.** Por tanto, el obligado a socorrer será un autor comisivo cuando interrumpa un curso causal salvador, del que ya se había desprendido soltándolo de su mano, como es el caso de la carta de denuncia enviada o de la cuerda lanzada de nuestros ejemplos[155].

112 Pero esta posición no se puede secundar. No se discute que en la interrupción de una tentativa acabada de cumplir el mandato existe una causación del resultado mediante el empleo activo de energía (es decir, mediante un hacer). Pero esto no excluye su subsunción en un tipo de omisión si se entiende "la prohibición de interrupción" como mera parte integrante o componente del deber de actuación. Y esto es razonable, ya que desde puntos de vista político-criminales-teleológicos no se comprende por qué debe ser tratado mejor aquel que en una férrea decisión se ha mantenido de antemano inactivo, que el sujeto vacilante que primeramente pone en marcha un curso causal salvador, pero que después lo interrumpe. Porque el resultado, el hecho de que no se denuncia y no se presta la ayuda, es en ambos casos el mismo. Es cierto que *Samson*[156] se remite como fundamento a que, según él, el que desiste de la tentativa acabada de cumplir el mandato empeora "la situación del bien jurídico", a diferencia del completamente inactivo. Pero este "empeoramiento" consiste sólo en la anulación de una "mejora" que él mismo ha realizado previamente, es decir, en la retirada de la propia actuación favorecedora del bien jurídico, la cual no tiene ninguna figura paralela en el sujeto completamente inactivo y debería ser razonablemente abonada o acreditada a su favor al omitente (en vez de perjudicarle gravemente castigándolo como autor de un delito comisivo).

---

[153] Como aquí *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 13 ss., nm. 160; *Winter*, 2000, 46, 77. Ya antes de mí, *Armin Kaufmann*, 1959, 108; *Bertel*, JZ 1965, 55, n. 16 a.

[154] *Samson*, Welzel-FS, 1974, 579 ss. (598 ss.). Igual, *Stoffers*, JA 1992, 178 ss.

[155] Así p.ej. tb. *Baumann/Weber*, AT, 10., § 15, nm. 31; SK 7.ª-*Rudolphi*, antes del § 13, nm. 47.

[156] *Samson*, Welzel-FS, 1974, 383.

Además, la tesis contraria tendría que llevar a la conclusión de que se cas- 113
tigaría como autor comisivo a un sujeto no obligado a actuar que interrumpe un intento de socorro o ayuda. Por tanto, si alguien retira del curso postal la carta, en la que denuncia un plan de causar lesiones a alguien o daños en las cosas, debería ser castigado en caso de producción del resultado correspondiente por lesiones o daños dolosos. Por consiguiente, sería castigado porque él ha hecho algo a lo que no estaba obligado y porque él ha revocado o anulado la acción no exigida. Esta es una conclusión insostenible.

Tampoco son contundentes ni pueden convencer otras objeciones de *Samson* contra la 114
solución aquí defendida. No puede admitirse que la delimitación entre la esfera del autor y la de la víctima sea una distinción "no practicable"[157]. Para ilustrarlo con los ejemplos iniciales: Normalmente se puede comprobar de forma clara si el amenazado pudo tener conocimiento de la denuncia existente en su buzón, o si el que se hallaba en situación de necesidad pudo agarrar o ya había agarrado la cuerda salvadora. Cuando adicionalmente *Samson* me objeta[158] que yo mismo también admito un delito de comisión cuando un propietario destroza su bote que un tercero se dispone a utilizar en el rescate de un superviviente de un naufragio, ignora la diferencia decisiva que radica en que aquí se interrumpe un curso causal salvador puesto en marcha por un tercero. Este caso es, por supuesto, un delito de comisión: cuando alguien quita del correo postal la carta de denuncia enviada por un tercero o detiene el salvavidas lanzado por un tercero, concurre en su caso un delito de homicidio por hacer activo.

d) La interrupción técnica del tratamiento[159]

El más actual y discutido grupo de casos del ámbito del omitir por hacer se 115
refiere a la interrupción técnica del tratamiento. Ésta se basa en situaciones en las cuales es adecuado suspender las medidas de prolongación de la vida, cuando por ejemplo un paciente con daño cerebral muy severo ha perdido irreversiblemente el conocimiento y presuntamente estaría de acuerdo con la interrupción de más esfuerzos para prolongar la vida (BGHSt 40, 257). Que esto sería admisible resulta fácil de fundamentar dogmáticamente si la suspensión del tratamiento consiste en una pura omisión (por ejemplo la no conexión de dispositivos de apoyo o soporte a la circulación), ya que en estos casos falta un deber de actuación. Pero, ¿ qué sucede cuando la interrupción del tratamiento se causa a través de un "hacer positivo" como es apagar el respirador de ventilación asistida?. La presión del botón exigida para ello es, aunque pequeño, un empleo de energía positivo, de manera que, según las reglas generales de delimitación entre comisión y omisión, debería existir un hecho comisivo punible según el § 212 [homicidio]. Incluso la petición expresa de ser matado a través de la actuación activa de otro da lugar para el agente externo sólo a una atenuación de la pena según el § 216 y no a una absolución.

Pero sería incoherente la admisión de un delito de homicidio. Porque si la in- 116
terrupción del tratamiento es admisible en sí misma, entonces el que se produzca de esta o de aquella manera no puede constituir ninguna diferencia con sentido.

---

[157] *Samson*, Welzel-FS, 1974, 569; aquí también la objeción siguiente, que se expone a continuación.

[158] *Roxin*, Engisch-FS, 1969, 388 ss. [Problemas básicos, 1976, 239 ss.]. En contra *Rath*, JuS 1963, 342.

[159] Monografía: *Schneider*, 1997.

De lo contrario, se debería diseñar los respiradores de tal modo que para seguir funcionando todos los días requirieran un impulso de actuación positivo, cuya omisión haría superflua la presión activa en el botón de "detener, parar" ("Stay").

117 Pero aquí también sigue sirviendo de ayuda la figura conceptual del omitir por hacer[160]. El caso es estructuralmente algo diferente que el del desistimiento de una tentativa acabada de cumplimiento del mandato, porque la ayuda (mantenimiento de la actividad respiratoria y cardíaca) ha llegado ya al sujeto que está en peligro[161], pero el hecho es que los esfuerzos inicialmente prometedores parecen haber resultado infructosos para el paciente. En el estado actual de las cosas ya no estaría indicada una conexión al respirador artificial. En tal caso, la desconexión del respirador ciertamente se presenta **externamente como un hacer, pero que normativamente debe ser tratado según las reglas de la omisión y que por ausencia de un deber de actuación es impune.** Esto vale para todos los casos en los que ya no se exigen ulteriores esfuerzos de salvación. Esta interpretación ha encontrado una amplia aceptación en la doctrina[162].

118 **Por el contrario, una extendida opinión insiste en la admisión de calificarlo como un homicidio doloso derivado de la causalidad comisiva**[163]. Pero esto no se puede aceptar, ya que la consecuencia de imponer un castigo por homicidio doloso, aunque efectivamente la extraen sólo pocos autores[164], es sencillamente insoportable políticocriminalmente. Entonces no sólo la absolución o la condena por homicidio dependería de la construcción del respirador artificial[165], sino que también sucedería que, mientras que la suspensión de un masaje cardíaco manual en su caso sería impune, la interrupción producida *ceteris paribus* mediante la pulsación de un botón de un soporte circulatorio mecánico tendría

---

[160] En este sentido, por primera vez y detalladamente *Roxin*, Engisch-FS, 1969, 395 ss. [Problemas básicos, 1976, 240 ss.]. Materialmente, ya antes *Geilen*, FamRZ 1968, 126, en n 35 y su texto, había defendido la solución de la omisión.

[161] Esto es algo que con razón señala *Samson*, Welzel-FS, 1974, 599, n. 83. Pero, como se explica en el texto, esto impide la admisión de una omisión por hacer.

[162] Cfr. de la extensa literatura por ejemplo: *v. Dellingshausen*, 1981, 468; *Engisch*, Gallas-FS, 1973, 178; *el mismo*, Dreher-FS, 1977, 325 ss.; *Frisch*, 1988, 134; *Geilen*, Heinitz-FS, 1972, 383; *Herzberg*, JZ 1988, 186; *Jakobs*, AT 2.ª, 7/64; *Küper*, JuS 1971, 476 s.; *Lackner/Kühl* 24.ª, antes del § 211, nm. 8; *Sch/Sch/Stree* 26.ª, antes de los §§ 13 ss., nm. 160; *Tröndle*, ZStW 99 (1987), 31; *Verrel*, JZ 1996, 227; *Wessels/Beulke*, AT 31.ª, nm. 703 ss. Con una fundamentación algo divergente, también la monografía de *Schneider*, 1997, 175 s. Según él, al médico "si detiene los dispositivos de cuidados intensivos, no se le debe reprochar un hacer, sino una omisión: la omisión de un tratamiento que garantiza la continuación de la vida vida".

[163] En este sentido, por ejemplo, *Baumann/Weber*, AT 10.ª, § 15, nm. 33; *Blei*, AT 18.ª, § 84 II 5; *Bockelmann*, 1968, 112, 125, n. 45; *Hirsch*, Lackner-FS, 1987, 605; SK 6.ª-*Horn*, § 212, nm. 22, 26 a, d; LK 10.ª–*Jähnke*, antes del § 211, nm. 17; *Jescheck/Weigend*, AT 5.ª, § 58 II 2; *Maurach/Gössel*, AT/2 7.ª, 45/32; SK 7.ª– *Rudolphi*, antes del § 13, nm. 48; *Samson*, Welzel-FS, 1974, 601; *Sax*, JZ 1975, 137 ss.; NK-*Seelmann*, § 13, nm. 23 s.; *Vogel*, 1983, 120.

[164] *Bockelmann*, 1968, 112. Probablemente *Baumann/Weber*, AT 10.ª, § 15, nm. 33, donde ciertamente se alude a posibles causas de justificación, pero no se cita ninguna. Tampoco *Jescheck/Weigend*, AT 5.ª, § 58 II 2, mencionan la posibilidad de impunidad. De modo poco claro, *Maurach/Gössel*, AT/2 7.ª, 45/32.

[165] Cfr. nm. 116, así como *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 13 ss., nm. 160.

que ser un homicidio punible. Con razón sostiene *Eser*[166] que no puede "existir ninguna duda de que allí donde fuera admisible una interrupción de un tratamiento terapéutico-medicamentoso, también ha de ser admisible la interrupción del tratamiento técnico (mecánico)".

La mayoría de los autores que consideran la interrupción de aparatos 119
reanimadores como hecho comisivo, efectivamente lo consideran impune con los más diferentes argumentos[167] si se dan los presupuestos para una suspensión del tratamiento. Con ello implícitamente regresan a la solución de la omisión previamente rechazada; porque la admisibilidad de una interrupción del tratamiento se rige por las reglas de la omisión.

Samson[168], por ejemplo, admite un delito de comisión, pero postula "un de- 120
recho a una muerte natural". Dicho en esta forma, esto contraviene el § 216 [homicidio a petición] y por ir demasiado lejos debe ser limitado a las circunstancias que permiten la omisión de un tratamiento ulterior. Y lo mismo rige respecto de una restricción del tipo penal conforme al "fin de protección de la norma"[169], que sólo puede determinarse según las reglas de la omisión.

Rudolphi[170] propone negar la tipicidad del hecho, que también él con- 121
sidera comisivo, allí "donde la continuación de la reanimación ya no se corresponde con la voluntad del paciente. De lo contrario se derivaría ... para el médico un derecho al tratamiento forzoso desconocido en nuestro ordenamiento jurídico". Pero la protección contra el tratamiento forzoso sólo exige al médico, cuando el paciente así lo desea, la omisión de un tratamiento posterior, ¡pero no le permite un homicidio a petición, que contraviene el § 216!. La voluntad o la presunta voluntad del paciente, por tanto, es sólo decisiva en relación con una omisión del médico, pero no desempeña ningún papel en un homicidio activo. Lo mismo se puede responder a *Otto*[171], quien pretende considerar como impune un homicidio activo en la medida en que "la interrupción del aparato realiza el derecho garantizado constitucionalmente a la libertad de tratamiento del enfermo".

Hirsch[172] sostiene la impunidad del hecho que también él califica como comi- 122
sivo, atendiendo a la "particularidad de que ya no existía ningún deber jurídico de emprender el curso causal preservador, en el que se interviene". Esta es una consideración acertada (cfr. nm. 117), pero el inexistente deber de ejecución de

---

[166] *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, antes del § 211, nm. 32.

[167] Un buen resumen sobre los criterios de fundamentación, expuestos en el texto sólo de modo ejemplificativo, en *Lackner/Kühl* 24.ª, antes del § 211, nm. 8.

[168] *Samson*, Welzel-FS, 1974, 602.

[169] Así LK 10.ª-*Jähnke*, antes del § 211, nm. 17; *Sax*, JZ 1976, 429, 438, para quien la vida en su caso se excluye de la protección como bien jurídico.

[170] SK 7.ª-*Rudolphi*, antes del § 13, nm. 47.

[171] *Otto*, AT 6.ª, § 9 I 2 b, aa.

[172] *Hirsch*, Lackner-FS, 1987, 605.

emprender un "curso causal preservador" lo que caracteriza ya es una omisión impune y no cabe ni encaja en acciones de homicidio activo.

123 La admisibilidad de una interrupción del tratamiento técnico (mecánico) se debe limitar como regla general al médico tratante, porque sólo éste puede juzgar de modo experto los presupuestos de aquél y porque él asume la responsabilidad de un tratamiento adecuado. Por lo tanto, si la mujer de la limpieza o un visitante apagan por su propia cuenta el respirador artificial, deben ser responsables penalmente de homicidio, aun cuando el médico hubiera podido lícitamente interrumpir el tratamiento. Otra solución distinta procederá sólo si el paciente, como acontecía en los hechos de la sentencia LG Ravensburg NStZ 1987, 229 [173], solicita con plena y clara consciencia la desconexión del aparato a causa de su sufrimiento insoportable, ya que ante una voluntad del paciente manifestada expresamente y responsable decide sobre la interrupción del tratamiento sólo éste y no el juicio del médico. Por tanto, en este caso también era impune la conducta del marido, quien había desconectado el aparato. No se diferencia, sin embargo, suficientemente cuando por ejemplo *Eser*[174] opina que no puede en absoluto "producir ninguna diferencia esencial el que la interrupción del tratamiento se realice por un médico, una enfermera o por otro tercero".

VII. Autoría y cooperación o complicidad por omisión

124 Dado que el problema de la inducción por omisión ya ha sido abordado en relación con la teoría de la participación (cfr. § 26, nm. 5 s.), queda aquí por discutir, principalmente, la delimitación entre la autoría y la cooperación. Su exposición en el marco de la teoría de la omisión se justifica por el hecho de que algunos autores han hecho uso de las particularidades de la posición de garante para dicha delimitación. A esto se suma un breve tratamiento de la cuestión, de poca relevancia práctica, de si y hasta qué punto es posible una coautoría o autoría mediata por omisión.

1. La delimitación entre autoría y cooperación por omisión

a) La transmisión o traspaso a la omisión de las reglas válidas para delitos comisivos

aa) La jurisprudencia

125 Se corresponde con la jurispr. constante y asentada, el efectuar la delimitación entre autoría y cooperación por omisión de la misma manera que

---

[173] Sobre ella *Herzberg*, JZ 1988, 182 ss.; *Roxin*, NStZ 1987, 348 ss.; *Stoffers*, MDR 1992, 621 ss.; *Tröndle*, Göppinger-FS, 1990, 595, 600.

[174] *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, antes del § 211, nm. 32. Asimismo *Stoffers*, MDR 1992, 621 ss. (con razón critican *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 211, nm. 8, la completa inclusión que éste efectúa de las intervenciones de terceros).

en la comisión. Por consiguiente, el RG siguió también en este ámbito la teoría subjetiva –siempre defendida por él– (cfr. § 25, nm. 7), y atendía al dato de si un garante omitente que no había intervenido contra la realización del tipo por parte del autor por comisión tenía voluntad de autor o de partícipe. Como resultado, en la mayoría de los casos fue aceptada la cooperación.[175]

126 **La jurisprudencia del BGH fluctúa, como en los delitos comisivos, entre la teoría subjetiva y la teoría del dominio del hecho**, pero a este respecto se puede constatar, no tanto como en éstos, una combinación de ambas teorías (cfr. § 25, nm. 11 ss.), sino más bien un cambio frecuente de una concepción a otra. En este contexto, la delimitación adquiere, en muchos casos, una especial relevancia práctica, dado que el BGH hace que la punición de la omisión de impedir el suicidio, por parte de un sujeto que en principio tiene deber de garante, dependa de que dicha omisión sea considerada como autoría o como cooperación. En el primer caso deberá imponerse la pena del homicidio o incluso del asesinato, mientras que en el segundo caso resulta obligada la absolución* (cfr. además § 32, nm. 47 s.).

127 En la BGHSt 2, 150 la admisión de la autoría se fundamentó –por primera vez en la jurisprudencia del BGH– desde el punto de vista del dominio del hecho y bajo un rechazo explícito de la teoría subjetiva. Una mujer, al encontrar a su marido que colgaba inconsciente de la cuerda que usó para ahorcarse, se abstuvo dolosamente de cortar la cuerda pese a que todavía podía salvarlo, y por tal motivo fue condenada como autora de un homicidio por omisión. Según la sent., el obligado a la ayuda tiene regularmente "todo o al menos una gran parte del dominio sobre la situación" y puede "darle a ésta el giro decisivo a través de su intervención". La salvedad consistente en que el hecho no se quiere como propio no puede fundamentar –añade– un dolo de cooperador "ya que su presupuesto jurídico, la subordinación a la voluntad ajena del autor ... teniendo en cuenta el dominio material del obligado es irrelevante" (loc. cit., 156). Por tanto la calificación no deberá depender de la subordinación de la voluntad sino del dominio material (como lo entendió el BGH).

128 En el siguiente caso, en que un padre había permanecido observando pasivamente mientras la madre dio muerte a su hijo recién nacido (BGH LM n.º. 10 antes del § 47), el BGH combinó los puntos de vista objetivo y subjetivo, de una manera que hoy en día es absolutamente dominante en la jurisprudencia referida a delitos comisivos. Según la sentencia se debe "tener en cuenta la dirección de la voluntad, el dominio del hecho y el interés en el resultado de la acción, teniendo en consideración el alcance de la propia

---

[175] Cfr., por todas, las sents RGSt 53, 292; 58, 244, 247; 64, 273, 275; 66, 71, 75; 69, 349; 73, 53, 54.

* Recuérdese que en el StGB alemán, a diferencia de otros Códigos, la mera participación en el suicidio no está tipificada como delito [N. del T.]

realización del tipo". Sin embargo, el resultado de tal procedimiento queda abierto y sin concretar en la sentencia.

129 Al caso anterior le siguen nuevamente dos casos de omisión de impedir el suicidio que, sin embargo, son resueltos de una manera totalmente diferente. En la BGHSt 13, 162 el acusado no había impedido el suicidio de su suegra, pese a haber tenido la oportunidad de hacerlo. Sobre la base de la premisa, sumamente discutible, de que el yerno ocupa una posición de garante, el BGH consideró, no obstante, que se trataba de una impune cooperación al suicidio, porque el sujeto "no quería dominar ... el curso del acontecer que condujo a la muerte de su suegra y que ella misma había provocado", y por tanto le faltaba la voluntad de autor (loc. cit., 166). Con ello en este caso debía resultar decisiva, en consecuencia, una circunstancia que la BGHSt 2, 156 acababa de considerar "irrelevante". En un caso similar al de la BGHSt 2, 150, la sent. BGH MDR 1960, 939 practicó de nuevo una delimitación objetiva. La acusada fue considerada autora de un homicidio por omisión porque cuando su novio "colgaba ahorcado y estaba inconsciente, ella tenía el total y único dominio del hecho".

130 Según los hechos descritos en la sentencia del BGH NJW 1966, 1763, la encargada de un local de hostelería permitió que unos clientes a los que una mujer les había negado un baile le cortaran a ésta el cabello. El BGH le atribuye a la hostelera una posición de garante y quiere resolver la cuestión sobre la autoría o la cooperación al igual que en los delitos comisivos valorativamente, a partir de una combinación de los puntos de vista objetivos y subjetivos, pero finalmente deja que un criterio puramente subjetivo sea el que resulte decisivo: "Ella aprobó la actividad de los cuatro hombres autores del delito y se identificó con ellos, como lo dejó patente al divertirse con su manera de actuar". En el caso Wittig (BGHSt 32, 367, 374) por el contrario, el BGH se basa de nuevo principalmente en el dominio del hecho por parte del médico que, por respeto a la decisión del paciente, dejó morir a una paciente suicida en estado inconsciente: "En efecto, si el suicida ha perdido definitivamente la posibilidad efectiva de influir sobre los acontecimientos ('dominio del hecho'), ... que la muerte acontezca depende ahora solamente de la conducta del garante". Éste tiene "el dominio del hecho y, si ha admitido en su representación de los hechos que el curso posterior de los mismos depende exclusivamente de su decisión, también la voluntad de autor". Lo que el BGH denomina aquí "voluntad de autor" es sólo la conciencia del dominio del hecho, que pertenece a su ejercicio y con ello al dominio mismo. La subordinación interna al deseo de quien va a morir, que en otros casos es interpretada frecuentemente como "voluntad de cooperador o cómplice", no debe alterar en nada el dominio del hecho por parte del médico.

131 Otras sentencias más recientes han retomado, por el contrario, una delimitación absolutamente subjetiva. En un caso en que un sujeto que tenía deber de garante presenció inactivo un homicidio (BGH StV 1986, 59) la decisión se hace depender de "si la no intervención estaba sustentada en un dolo

de cooperador o de autor". Según otra sentencia resulta decisiva "la posición interna del omitente frente al hecho comisivo del otro". En otro caso de esta misma índole (BGH NStZ 1992, 31) se atiende a si la "posición interna del omitente ... –especialmente debido al interés en el resultado del hecho a evitar– se debe concebir como expresión de una... voluntad de autor o si su actitud interna viene marcada por el hecho de que él se ... subordina en la voluntad al autor y deja que el suceso transcurra sin su participación interna y sin su interés... en el sentido de una mera voluntad de cooperador".

bb) La inidoneidad de los criterios empleados por la jurisprudencia

132 En primer lugar resulta criticable que **la jurisprudencia no permite reconocer una línea uniforme**. Los resultados se tornan discrecionales o arbitrarios si en parte es determinante un "dominio del hecho" del omitente, equiparado con la posibilidad de impedir el resultado, y en parte lo es su actitud interna (el interés o también la conformidad con el resultado). El juez puede elegir, en cierta medida, si quiere admitir autoría o cooperación, y su decisión la tomará la mayoría de las veces en función de las perspectivas de la cuantía de la pena, pese a que la decisión sobre la autoría y la participación no es un problema de graduación o medición de la pena, sino que depende de si una conducta realiza o no el tipo penal. Pero prescindiendo de esto, **ni el "dominio del hecho" ni la "voluntad de autor" son criterios idóneos para resolver el problema de la delimitación entre autoría y cooperación en los delitos omisivos.**

133 Esto rige en primer lugar para el criterio del dominio del hecho. En la jurisprudencia derivada de las sentencias mencionadas, a las que se puede añadir otras más (BGH 11, 272; 37, 293), el dominio del hecho se deduce de que el omitente con su intervención podría haber dado el giro decisivo a los acontecimientos. Sin embargo, de esta manera no se puede fundamentar un dominio del hecho[176], debido a que por ese procedimiento se está aludiendo solamente a la posibilidad de evitar el resultado[177], que es un elemento característico de cualquier clase de omisión (cfr. nm. 8 ss., 37 ss.) y por eso lógicamente no puede quedar reservado a una particular forma de manifestación de la omisión. El dominio del hecho presupone necesariamente un control activo y dominante del curso causal y no puede alcanzarse por la mera inactividad. De lo contrario, también los inductores y cómplices o cooperadores, si –como generalmente sucede– tienen, junto a su

---

[176] *Roxin*, Täterschaft, 7.ª, 2000, 462 s.; *Schwab*, 1996, 72 ss. La inidoneidad de la idea del dominio del hecho (en los delitos de omisión) es reconocida hoy ampliamente en la doctrina; cfr., solamente, *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 29 III 2 c, nm. 58; *Freund*, AT, § 10, nm. 48; *Gallas*, JZ 1960, 646, 686, n. 56; *Gropp*, AT, 2.ª, § 10, nm. 93; *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/101; *Otto*, Jura 1987, 246, 250; *el mismo*, AT,5.ª, § 21 III; *Sch/Sch/Cramer /Heine*, 26.ª, antes del § 25, nm. 103; *Seelmann*, StV 1992, 416. Sólo algunos autores defienden el uso del criterio del dominio del hecho en la omisión: *Busse*, 1974, 253 ss., 258 ss.; *Gössel*, ZStW 96 (1984), 321, 333 s.; *el mismo* en *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 50/71 s.; *Kielwein*, GA 1955, 227 s. (críticamente *Schwab*, 72 ss.).

[177] A la que también pertenece una posibilidad verificable ex post de disminución del riesgo, cfr. *supra* nm. 45 ss.

contribución activa al hecho, una posibilidad de evitar el resultado (por ejemplo, a través de la amenaza de denuncia), con ello tendrían que ser al mismo tiempo dueños del hecho y autores. Una concepción como esa, que no dejaría casi espacio a la participación, todavía –y con razón– no ha sido defendida por nadie.

134 Algo diferente es lo que sucede con la teoría subjetiva, que a primera vista podría parecer adecuada para una delimitación en el ámbito de la omisión porque no le otorga ningún peso a la forma externa de la colaboración y permite hacer, también en las conductas omisivas, una diferenciación de acuerdo con la "actitud interna"[178]. Sin embargo, prescindiendo de las razones que por principio se pueden esgrimir contra la teoría subjetiva (cfr. *supra* § 25, nm. 8, 10, 27), ésta, si se observa más exactamente, precisamente resulta también inaplicable en los supuestos de omisión.

135 Esto rige en primer lugar para la teoría del dolo, que es la variante de la concepción subjetiva que más se acerca a la teoría del dominio del hecho. Si, de acuerdo con ella, la voluntad de partícipe consiste en la subordinación de la voluntad, esto es, en que el partícipe deja a merced del autor la ejecución del hecho, entonces el omitente junto a un autor comisivo tendría que ser considerado siempre –a diferencia de lo que pretenden algunas de las sentencias mencionadas– sólo como cooperador. Pues si alguien no hace absolutamente nada y, en consecuencia, tampoco expresa ninguna voluntad que de cualquier manera sea dominante o de igual rango (lo que ya sería una intervención o participación activa), sencillamente no le queda más remedio que dejar que las cosas sigan su curso y "dejarlo todo a merced" del autor. Pero tal concepción, que con frecuencia es defendida y sin embargo debe rechazarse por las razones que aún habrá que mencionar (cfr. nm. 151 ss.), en todo caso no es la del BGH y no puede fundamentar su solución diferenciadora.

136 Una teoría subjetiva diferenciadora sólo puede, por tanto, recurrir a los criterios –muy próximos el uno del otro– de la "aprobación interna" y del "interés propio". Autor sería entonces un garante omitente que aprueba internamente la realización del hecho por parte del autor comisivo ejecutor y que tiene un interés propio en ella, mientras que cooperador o cómplice sería aquel que no tiene ningún interés en el resultado y sólo deja que los acontecimientos sigan su curso sin aprobación interna. Ahora bien, contra tal distinción hablan tres tipos de razones.

137 En primer lugar, estos conceptos no permiten una delimitación medianamente clara, ya por el hecho de que son graduables y en el ámbito de las graduaciones no se puede establecer ninguna frontera divisoria entre la autoría y la participación. Se puede aceptar a medias la producción de un

---

[178] Como defensores de la teoría subjetiva en la doctrina cabe mencionar: *Arzt*, JA 1980, 553, 558; *el mismo*, JZ 1981, 412, 414; *el mismo*, StV 1986, 337; *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 29 III 2 d; *Seelmann*, StV 1992, 416 (este autor combina la teoría subjetiva con la consideración de los diferentes pesos de los deberes de garante de los diversos intervinientes); *Weber*, 1976, 296 s., 347 s.

resultado, se puede estar interesado en ella más o menos o casi nada (pero por lo menos algo). Pero dónde termina aquí la autoría y dónde comienza la participación, sigue siendo algo completamente oscuro.

En segundo lugar, aquí estamos ante disposiciones internas y motivos que, 138
si bien son relevantes para la culpabilidad y la medida de la pena, no sirven para la delimitación entre autoría, que cumple el tipo, y cooperación, que ya no es típica. Si, no obstante, se utilizan estos criterios para la delimitación del tipo, nos estaremos acercando de un modo preocupante a un Derecho penal de la actitud interna. La disposición interna hace entonces al autor y no, como corresponde a un Derecho penal de acto, su conducta típica.

En tercer lugar, a esta teoría se le puede objetar que sus criterios se sus- 139
traen a una comprobación judicial objetiva, y por ello su fijación termina siendo bastante arbitraria, pues las actitudes internas se pueden inferir, a lo sumo, del comportamiento externo de un sujeto. Pero si este comportamiento consiste en una pura inactividad –pues la manifestación de aprobación o de aplauso es castigada ya como cooperación activa–, faltan los puntos de apoyo para tales conclusiones. Y efectivamente, el BGH, en el caso de la hostelera que no intervino cuando unos clientes hombres le cortaron el cabello a una mujer que también era cliente (*supra* nm. 130), dedujo la autoría de la encargada del local de su "diversión" con el suceso. Que la expresión –¿de qué modo fiable es reconstruible?– del rostro de la omitente deba decidir sobre su autoría, no constituye, sin embargo, un procedimiento ni convincente ni suficientemente fiable. En otro supuesto (nm. 131, BGH StV 1986, 59), el mirar "sonriente" de un garante que no interviene se considera que debe ser prueba de su condición de autor, pese a que su grito al sujeto actuante diciéndole "que debía parar" podría fundamentar con mayor razón un rechazo de la voluntad de autor. Pero, al fin y al cabo, tales suposiciones siguen siendo todas vagas y arbitrarias. Es cierto que *Arzt*[179] opina que "quien encuentre escurridiza y no aprehensible la teoría subjetiva de la participación en la omisión, debería extraer la consecuencia de interpretar en general los motivos o móviles (cfr. § 211) como no aprehensibles y 'penalmente irrelevantes'". Pero con ello pasa por alto que los motivos, en el caso del asesinato, son elementos de la culpabilidad y no elementos constitutivos del tipo y además, al contrario de lo que sucede en la pura pasividad, son en gran parte deducibles del comportamiento activo del autor.

b) La concepción propia: El omitente es autor siempre que cumpla los criterios de equivalencia y los demás presupuestos o requisitos del tipo (teoría del delito de infracción de deber)

De acuerdo con la opinión defendida aquí, los delitos de omisión son 140
delitos de infracción de deber (cfr. *supra* § 25, nm. 25), es decir, su criterio

[179] *Arzt*, JA 1980, 558.

de autoría no es el dominio del hecho sino la infracción del deber de evitar el resultado –fundamentadora del tipo– y el cumplimiento de los demás requisitos típicos. Si concurren estos criterios, se ha realizado la omisión típica. Dado que la autoría es la realización del tipo, no se puede exigir nada más para ella. Así, por ejemplo, si el padre observa impasible cómo la madre ahoga al hijo recién nacido, es autor de un homicidio por omisión, siempre y cuando él con su intervención hubiese podido impedir el resultado. Con qué actitud interna permanece inactivo (aprobación, indiferencia, desaprobación) en nada modifica su condición de autor, y sólo podrá influir en la medida de la pena, puesto que el padre –dado que también se deben considerar satisfechos los presupuestos de la cláusula de correspondencia– ha realizado el tipo de homicidio por omisión. Sin embargo, si el padre no interviene contra los actos incestuosos de sus hijos (§ 173 II 2), sólo puede ser castigado –aun teniendo posición de garante– como cooperador por omisión, puesto que, como el incesto es un delito de propia mano, no puede ser autor del mismo nadie que no realiza por sí mismo el yacimiento. Del mismo modo, el miembro del personal de vigilancia que, inactivo, permite que se ejecute un robo que podía evitar, sólo podrá ser castigado por complicidad o cooperación por omisión a un delito del § 242, porque falta el elemento típico del ánimo de apropiación que, también en la forma de apropiación en provecho de un tercero, requiere al menos una participación activa en la sustracción y disposición de la cosa[180].

141 Este resultado se apoya no sólo en la estructura de la autoría para los delitos de infracción de deber sino además en el reconocimiento de que una cooperación configurada del modo en que por regla general se hace para los delitos comisivos, de antemano no es posible en el caso de la omisión.[181] El ataque accesorio al bien jurídico por parte del cómplice o cooperador, que es sencillamente característico de la participación (cfr. *supra* § 26, nm. 11 s.), se lleva a cabo de manera que el partícipe a través del autor (esto es, por su mediación) intenta operar e influir en el resultado. Esto falta en el omitente, que precisamente no opera ni influye sobre el autor (pues entonces existiría ya una participación activa), sino que realiza el tipo de la omisión con independencia de éste. Con razón constata por ello *Cramer*[182] que la diferenciación entre autoría y participación "se ha hecho a la medida de las acciones positivas y no encuentra paralelo en las omisiones. Quien no impide la acción del asesino no 'ayuda' a éste, sino que omite la evitación del resultado del delito...".

142 Por tanto, la omisión realiza, bajo los presupuestos del § 13, un tipo propio, y nada tiene que ver con una cooperación comisiva. Si a pesar de ello en el supuesto de no realización del tipo por parte del omitente al existir otros

[180] Cfr. *Schroth*, BT, 3.ª, 119.

[181] Claro al respecto *Bloy*, JA 1987, 490 ss. (492 s.).

[182] *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, antes del §§ 25 ss., nm. 102.

requisitos de equiparación se produce responsabilidad penal por cooperación o complicidad por omisión, esto es debido a que la cooperación como concepto "secundario" cumple también una función de recogida o residual en el sentido de una colaboración fuera de la autoría (cfr. *supra* § 26, nm. 10). Se trata de una cooperación en el sentido más amplio del término (esto es, una omisión punible fuera de la autoría) y a estos supuestos se restringe en lo esencial la cooperación omisiva.

143 Los principales supuestos de cooperación o complicidad por omisión se enmarcan en dos grupos de casos. Al primero pertenecen los supuestos en los cuales un garante no interviene contra delitos de propia mano. En la práctica es relevante en este ámbito, sobre todo, la no intervención contraria a mandatos de garantía en los delitos de infracción de un deber personalísimo (sobre estos, cfr. § 25, nm. 303 ss.): el garante que no evita un perjurio sólo puede ser cómplice (cooperador) de este delito, pues la realización del tipo requiere un juramento de propia mano y, por tanto, no puede realizarse mediante omisión. Dentro del segundo grupo se encuentran los tipos que requieren un elemento subjetivo del tipo (por ejemplo, ánimo de apropiación o de lucro o enriquecimiento, ánimo de asegurar un beneficio o ventaja, la actuación para engañar en el tráfico jurídico, etc.), el cual falta en el garante inactivo. Tales supuestos son numerosos.

144 Un supuesto más infrecuente, que ha de ser castigado como cooperación por omisión, es aquel en que la posición de garante de un omitente sólo se refiere a la evitación de la acción de cooperación de otro:[183] Así por ejemplo, el padre no interviene contra la cooperación que su hijo menor de edad presta en un delito de lesiones. Dado que el padre no ostenta ninguna posición de garante frente a la víctima, sino que sólo tiene que impedir la acción del hijo, sólo puede ser castigado como éste. Él es, expresado de manera correcta, autor por omisión de una cooperación, y debe ser condenado sólo por esto.

145 No puede objetársele a la solución aquí defendida que, si el garante que omite es considerado por regla general como autor, él a pesar de su inactividad resultará injustamente castigado de manera más dura que quien realiza una aportación activa y sin embargo sólo va a soportar en su caso responsabilidad como cómplice.[184] En efecto, en primer lugar, la inactividad del garante en modo alguno es siempre menos merecedora de pena que una cooperación activa: la madre que intencionadamente no salva a su hijo de un homicidio, pese a que podría haberlo hecho fácilmente, no debe ser juzgada de una manera más benigna que quien presta el revólver al autor de un homicidio. Y en segundo lugar, el legislador ha incorporado deliberadamente en el § 13 párr. 2 una posibilidad de atenuación para la omisión, análoga a

---

[183] SK-*Rudolphi*, 7ª, antes del § 13, nm. 42.

[184] Las objeciones de las que me ocupo aquí y a continuación me han sido formuladas de la manera más detallada por mi discípulo *Schwab*, 1996, 171 ss.

la de la complicidad, de modo que una omisión nunca precisará ser necesariamente castigada más gravemente que una cooperación activa y dado el caso podrá, por supuesto, ser castigada dentro de su marco penal también de manera más benigna. Además es seguro que el legislador no quiso tomar partido en la discusión sobre si y en qué medida es posible acaso una cooperación por omisión. La expresión que aún contenía el P 1962 de que el omitente puede ser castigado "como autor o partícipe" fue suprimida por la Comisión especial para la reforma penal,[185] "a fin de no intervenir en el debate dogmático en torno a la cuestión de si en los delitos de omisión acaso es posible realizar una distinción entre autoría y participación". La concepción según la cual el garante omitente en principio (esto es, cuando no hay ningún requisito especial del tipo que lo impida) también es *autor* por omisión si no interviene en contra de la realización de un delito comisivo, no choca por tanto con las representaciones del legislador.

146 Así, queda como supuesta objeción principal una aparente discrepancia entre la impunidad de la complicidad activa intentada, en comparación con una posible punición de la autoría omisiva intentada. Tomemos el caso[186] de la madre de un hijo extramatrimonial que le pasa al padre un cuchillo para que mate al recién nacido, ¡pero el padre no llega a utilizarlo! Si en un caso como éste –presuponiendo que el padre finalmente se aparte del hecho– se deja sin castigo a la madre, debido a que se trata sólo de una cooperación intentada, es cierto que es un tratamiento desigual injusto castigar a la madre como autora de una tentativa de omisión, en la medida en que ella ha permanecido totalmente inactiva y no le ha impedido al padre –a pesar de que podría haberlo hecho– dirigirse a la habitación del hijo con el fin de llevar a cabo el homicidio que sin embargo finalmente no realiza. La observación referida a que el legislador de modo contrario a la realidad ha omitido encontrar en sus conminaciones penales un denominador común entre la cooperación y la omisión, y que la diferencia desaparecería inmediatamente si la cooperación intentada se castigase,[187] bien es verdad que puede ofrecer una explicación para ese insatisfactorio resultado, pero no una solución materialmente justa.

147 Pero la supuesta discrepancia en realidad no existe en absoluto. En efecto, la madre que en el ejemplo citado le pasa el cuchillo al autor comisivo que no lo utiliza, no sólo ha realizado una cooperación activa intentada –y como tal, impune–, ¡sino que también ha sido autora de una tentativa de omisión, que es punible con independencia de aquélla! El garante que deja transcurrir intencionadamente el que en su representación es el último momento para impedir la acción del autor comisivo no puede razonablemente librarse de la pena que le corresponde por la autoría por omisión en grado de tenta-

[185] BT-Drucks. V/4095, 8.

[186] Para la exposición del supuesto de hecho, cfr. *Schwab*, 1996, 174 s.

[187] *Roxin*, Täterschaft, 7.ª, 2000, 505.

tiva, ¡por el hecho de que adicionalmente también haya querido prestar una ayuda activa! Ninguna regla concursal lo prohíbe, pues la autoría intentada (punible) no puede en absoluto retroceder frente a una –además impune– cooperación intentada.

Visto más de cerca, ni siquiera se trata de un mero problema de tentativa. Si el padre de nuestro ejemplo ciertamente deja sin utilizar el cuchillo que le es ofrecido pero estrangula al hijo con sus manos, la madre, que pese a tener la posibilidad de impedirlo no lo hizo, ha de ser castigada como autora de un homicidio por omisión. La inutilidad de sus esfuerzos para cooperar activamente, en nada puede modificar razonablemente esta solución. 148

Por consiguiente, sólo existe una discrepancia entre los resultados si se compara la autoría por omisión intentada del garante con la cooperación activa intentada del no garante. La primera es, en su caso*, punible, la segunda no. Pero esto también se justifica porque la gran diferencia de punición entre el garante y el no garante es un principio fundamental de nuestra legislación. 149

La postura que aquí se sostiene ha sido, por lo demás, defendida también a menudo en la doctrina, de forma idéntica o similar. Una plena coincidencia se encuentra en *Rudolphi*[188]. A resultados idénticos en lo esencial llegan también *Armin Kaufmann*[189] y *Stratenwerth*[190], quienes parten como principio de un concepto unitario de autor en la omisión, pero en los casos excepcionales mencionados por mí, de falta de realización del tipo, también castigan "más mal que bien" (*Kaufmann*) o "en una aplicación, a modo de remedio sustitutivo, de las reglas de la participación" (*Stratenwerth*) por cooperación. Esta postura es seguida también por *Bloy*[191], quien por un lado aboga por "equiparar la omisión del garante unitariamente con una conducta activa de autoría", pero por otro lado, si el omitente no realiza el tipo, considera que se debe recurrir "a los preceptos de la participación como regulaciones de recogida residual". 150

c) La teoría de la cooperación unitaria

Una teoría muy extendida (generalizada), construida principalmente por *Gallas*[192], parte de que el garante omitente junto al autor comisivo será 151

---

* Según el § 13 StGB, la tentativa de los delitos graves o crímenes es siempre punible, pero la de los delitos menos graves sólo es punible si la ley lo dispone expresamente [N. del T.].

[188] *Rudolphi*, 1966, 138 ss.; *el mismo*, SK, 7.ª, antes del § 13, nm. 37-43; siguiéndolo *Blei*, AT, 18.ª, § 86 IV 2 b.

[189] *Armin Kaufmann*, 1959, 291 ss. (299/30); siguiéndolo *Welzel*, StrafR, 11.ª, § 28 V 2. También *Grünwald*, GA 1959, 110 ss., defiende el concepto unitario de autor.

[190] *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 14, nm. 11.

[191] *Bloy*, 1985, 214 ss.; *el mismo*, JA 1987, 490 ss. (492, 494).

[192] *Gallas*, JZ 1952, 372; *el mismo*, JZ 1960, 687, n. 67.

siempre sólo un cooperador[193]. Sin embargo, para esta posición esto sólo debe regir mientras el autor todavía domine el curso del hecho. Si por el contrario el omitente se ve enfrentado "ya no a la puesta en actuación del dominio del hecho, sino solamente a los efectos todavía corregibles de tal actuación (si encuentra, por ejemplo, gravemente herida a la víctima de un atentado), deberá ser considerado, si permanece inactivo,... como autor, del mismo modo que en el caso en que el peligro... no se basa en absoluto en el hecho punible de un tercero sino en un accidente o algo semejante"[194]. Como fundamentación se alega que el garante omitente, al lado de un autor comisivo activo, es sólo una figura marginal, que el agente activo que domina el hecho le bloquea al garante que permanece inactivo el acceso directo al resultado, y que la intervención salvadora directa en general le plantea menos exigencias al garante que la superación de una voluntad de actuar opuesta. **Sin embargo, contra esta teoría se pueden esgrimir seis argumentos contundentes:**

152 **Primero,** no se comprende por qué debe decidir sobre la autoría o la participación el hecho de que el garante, por ejemplo, no impida la actuación del autor que pretende ahogar a un niño, o no saque del agua al niño que ha caído al río espontáneamente y que corre peligro de ahogarse[195]. Lo decisivo para su enjuiciamiento sólo puede ser que él como garante no rescate al niño amenazado de morir por ahogamiento, pero no de qué manera se ha producido la amenaza. Ciertamente a esto se le objeta[196] que también un hacer conduce "necesariamente a la autoría si promueve el peligro de accidente, mientras que el mismo hacer puede constituir cooperación cuando el peligro para la víctima ha sido creado de modo responsable por un autor"[197]. Pero con esta argumentación se pasa por alto que en los delitos comisivos el cooperador por regla general depende de la actividad del autor, de modo que sin él no puede conseguir nada, mientras que la omisión de evitar un resultado es igualmente posible con o sin un autor comisivo.

153 **Segundo**: que el garante omitente en comparación con el autor comisivo sea una figura marginal, sólo es cierto bajo el aspecto del dominio del hecho, que aquél, en contraposición al autor comisivo, no posee. Pero el garante omitente, incluso en ausencia de un autor comisivo, tampoco tiene el dominio del hecho y sin embargo es autor por omisión. Si se reconoce que los delitos de omisión son delitos de infracción de deber y que, por tanto, la autoría en ellos se sustenta en la vulneración del deber, de ello se desprende

---

[193] Así p.ej. también *Bockelmann/Volk*, AT, 4.ª, § 26 I 2 b; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 64 III 5; *Kühl*, AT, 3.ª, § 20, nm. 230; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 27, nm. 5. También en un sentido muy similar *Kielwein*, GA 1955, 225; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 17/12 así como *el mismo*, StuB AT, 2.ª, 13/13. Detalladamente en favor de esta doctrina *Ranft*, ZStW 94 (1982), 815, 830 s.

[194] Aquí y en lo siguiente *Gallas*, JZ 1960, 687.

[195] Cfr. *Armin Kaufmann*, 1959, 296, y también *Kielwein*, GA 1955, 227.

[196] *Arzt*, JA 1980, 559; también *Herzberg*, 1972, 259; *Sowada*, Jura 1986, 403.

[197] *Arzt*, loc. cit.

sin más que ambos como autores yuxtapuestos (accesorios) son "figuras centrales" del suceso; uno, en virtud de su dominio del hecho, y el otro a través de su posición de garante. Dominio del hecho y posición de garante son, por consiguiente, criterios de autoría autónomos y equivalentes.

Tercero, no es acertado afirmar que el agente activo "bloquea" el ac- 154
ceso al resultado para el garante que omite. Y no lo hace porque precisamente no puede impedir la evitación del resultado por parte del garante*. En la medida en que se vea en el autor comisivo un obstáculo para la evitación del resultado, las fuerzas de la naturaleza (por ejemplo en el caso de un rescate en un incendio) pueden constituir obstáculos tan o más grandes.

En **cuarto** lugar, tampoco es cierto que "en general" sea más difícil dete- 155
ner la causación del resultado por un autor comisivo que por la causalidad natural.[198] A menudo sucede lo contrario: en el ejemplo de partida puede ser muy fácil disuadir de su hacer al autor amenazándole con una denuncia penal, mientras que puede ser muy difícil salvar de morir ahogado al niño que ha caído por sí mismo en el agua y va a la deriva con la corriente.

En **quinto** lugar, hablan en contra de una solución que hace cooperador 156
al garante siempre que esté de por medio un autor comisivo, los resultados simplemente casuales que de esta manera se obtienen. Si el garante no impide el disparo mortal del asesino y la víctima muere instantáneamente, será siempre sólo un cooperador. Pero si la víctima que se desangra podía aún durante un rato ser salvada transportándola al hospital, el garante que consecuentemente [con su decisión] permanece inactivo asciende de inmediato a la categoría de autor, aunque en ambos casos sólo pueda reprochársele su no intervención.

En **sexto** lugar, como ya ha puesto de relieve *Grünwald*[199], la solución que 157
aquí se ha rechazado conduce también en los supuestos de tentativa a soluciones completamente absurdas. El padre que "no acude en auxilio de su hijo cuando supone erróneamente que éste está siendo asesinado",¡tendría que quedar impune porque se trata sólo de una cooperación intentada, mientras que habría de ser condenado a una larga pena privativa de la libertad por tentativa de homicidio si cree erróneamente que su hijo ha sufrido un accidente! Semejante tratamiento desigual para casos equiparables desde puntos de vista del merecimiento de pena, no es aceptable.

---

[198] Así ya, *Armin Kaufmann*, 1959, 296/297

* Para ser exactos, habría que decir que "no *siempre y con seguridad* puede impedir la evitación del resultado por parte del garante". Pues habrá casos en que el agente activo que quiere causar una lesión sí que pueda impedir eficazmente una acción de salvamento del garante. En el fondo ello lo admite *Roxin* al reconocer a continuación que la actuación de un autor comisivo es un obstáculo para la evitación del resultado [N. del T.]..

[199] *Grünwald*, GA 1959, 116–119, adhiriéndose a *Armin Kaufmann*, 1959, 293/94.

d) La distinción según la clase de posición de los deberes

158 Otro grupo de autores[200] diferencia entre las posiciones de garante que siempre fundamentan la autoría y aquellas que en principio o, según otros, la mayoría de veces, sólo pueden conducir a una cooperación por omisión (teoría del contenido del deber). En su mayoría, estos autores defienden la distinción entre garantes de protección y de vigilancia o control (cfr. al respecto, fundamentalmente, § 32, nm. 6 s.). El garante protector o de protección, que tiene que preservar de todo peligro un bien jurídico, como por ejemplo el padre la vida y la salud de su hijo pequeño, será siempre un autor por omisión si infringe su deber de evitación del resultado. Por tanto, si el padre conscientemente no evita que un tercero mate a su hijo, será castigado como autor de un homicidio por omisión. En este aspecto coincide esta teoría con la opinión defendida aquí. Por el contrario, según esta concepción el garante de vigilancia o control, así por ejemplo la enfermera que debe resguardar los medicamentos tóxicos del acceso a terceros, será sólo cooperador(a) por omisión si de manera consciente no impide que una persona no autorizada acceda al medicamento venenoso y con éste mate a alguien.

159 Esta diferenciación fue desarrollada en primer lugar por *Schröder*[201] y más tarde ha sido ampliada especialmente por *Herzberg*[202]; por lo demás, se encuentran también concepciones similares[203]. *Schröder* se basa sobre todo en la idea que sigue operativa hasta hoy de que el garante de vigilancia o control, a diferencia del de protección, no está obligado frente al bien jurídico lesionado. *Herzberg* se remite además a su concepto especial de acción, según el cual "también el delito que se ejecuta activamente ... es en su núcleo una infracción de deber por la no vigilancia o control de una fuente de peligro", a saber, de la amenaza que parte de la propia persona. Los garantes de vigilancia o control, según esto, no serían en absoluto autores de un delito de infracción de deber, sino que siempre deberían ser tratados según las reglas de los delitos de dominio y en consecuencia, en relación con el autor comisivo, sólo como cooperadores.

Sin embargo esta concepción tampoco puede convencer y ha sido rechazada mayoritariamente[204]. **Contra ella se pueden esgrimir ante todo cuatro objeciones:**

160 **En primer lugar,** la delimitación entre garante de protección y garante de vigilancia o control no es factible de modo plausible en muchos casos, de modo

---

[200] Una detallada síntesis la ofrece *Schwab*, 1996, 90 ss.

[201] La última vez en *Schönke/Schröder*, 17.ª, antes del § 47, nm. 105-112. Similar aún *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, antes del § 25, nm. 103-108; seguidos también por *Eser*, StrafR II, 3.ª, Caso 27, nm. 22 ss.

[202] *Herzberg*, 1972, 257–273; *el mismo*, 1977, 82 ss.

[203] Por ejemplo la de *Schünemann*, 1971, 377; *Seier*, JA 1990, 382 ss.

[204] Para una crítica: *Arzt*, JA 1980, 559 s.; *Bloy*, 1985, 216 ss.; *el mismo*, JA 1987, 491 s.; *Ranft*, ZStW 94 (1982), 857 ss.; *Schwab*, 1996, 106 ss.; *Sowada*, Jura 1986, 406 s.

que ya por esta razón no pueden vincularse a ella conclusiones de tanto alcance para la teoría de la participación. "¿El socorrista de los bañistas es el protector de los usuarios frente a los peligros del agua o es el vigilante o controlador de estos peligros?", pregunta con razón *Jakobs*[205]. Preguntas así pueden acumularse a voluntad, "ya que una misión idéntica regularmente puede formularse como misión de protección o como misión de control o vigilancia". ¿El detective del almacén debe proteger la propiedad del dueño o vigilar y controlar los peligros asociados al negocio de un almacén accesible al público, etc.?

En segundo lugar, en esta solución las ineludibles excepciones de la de- 161
cisión base invalidan el punto de partida, el planteamiento en su conjunto. Si, por ejemplo, la fuente de peligro que ha ser vigilada es, como sucederá con frecuencia, una persona no imputable (un niño, un adolescente, un enfermo mental o alguien totalmente embriagado), también los defensores de la teoría del contenido del deber quieren castigar al garante como autor por omisión.[206] Por tanto, el hecho de que supuestamente no existe un deber especial frente al bien jurídico lesionado no debe ser aquí un obstáculo para la autoría del garante. Sin embargo, con esto se abandona el punto de partida. Por otro lado, el garante de protección tampoco puede ser autor en los delitos de propia mano o ante la ausencia de determinados requisitos típicos (como el ánimo de apropiación o de enriquecimiento injusto), de lo cual se desprende que la autoría por omisión depende de la realización del tipo y no de la clase de posición de los deberes.

En tercer lugar, la idea de que el garante de control o vigilancia no tiene 162
deber alguno frente a la víctima potencial es errónea, pues de la ley (§ 13) se desprende de manera inequívoca un deber de evitación del resultado y, con ello, un deber de protección del bien jurídico amenazado, para todas las posiciones de garante. Aquí no existe un más o menos.[207] Todas las posiciones de garante constituyen por igual "un deber no ulteriormente graduable de evitación del resultado".[208] Esta "identidad del contenido de los deberes"[209] habla decididamente en favor de una igualdad de tratamiento de todas las posiciones de garante.

En cuarto lugar, los argumentos de merecimiento de pena, que se pueden 163
deducir de la comparación con la cooperación comisiva –argumentando que si quien le entrega en las manos el veneno al autor por comisión es sólo cooperador; ¿cómo va a fundamentar entonces una autoría la protección omitida conscientemente?– han de resolverse no a través de reglas especiales para los garantes de vigilancia o control, sino del modo que ya se ha expuesto al desarrollar la concepción propia (nm. 140 ss.). Además, el problema

---

[205] *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/72; aquí también la siguiente cita.
[206] Cfr. *Herzberg*, 1972, 260 s.; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, antes del § 25, nm. 106.
[207] SK-*Rudolphi*, 7.ª, antes del § 13, nm. 40.
[208] *Bloy*, JA 1987, 492.
[209] *Sowada*, Jura 1986, 407.

de la relación con la cooperación activa se presenta también, naturalmente, en el caso del garante de protección. Y ¿por qué aquel que ha custodiado de manera descuidada un veneno debe ser menos merecedor de pena (y por ello ser sólo cooperador) si de forma voluntaria no impide que el asesino vierta ese veneno en el café de la víctima, que si en la posición de autor por omisión deja que una persona desprevenida se beba el veneno por error y sin intermediación de un tercero?

164 Una variante interesante de la teoría del contenido del deber ha sido desarrollada por *Jakobs*.[210] Él distingue, por un lado, "deberes en virtud de competencia institucional" (relaciones paterno-filiales, matrimonio, relaciones de confianza, relaciones estatales de poder, deberes elementales del cargo), para los cuales la omisión debe calificarse como delito de infracción de deber y, por consiguiente, el garante que omite será siempre autor. Otras posiciones de garante fundamentan en cambio, para él, "deberes en virtud de competencia por organización", en los que se trata de "ámbitos de responsabilidad respecto de los peligros" (deberes de garantizar la seguridad en el tráfico, ingerencia, asunción de obligaciones). Aquí el garante que omite puede ser tanto coautor como cooperador, dependiendo de "si las cuotas o porciones en el curso del hecho que pertenecen al círculo de organización del autor omisivo, como mínimo codeterminan la configuración del hecho de modo equivalente a la aportación del autor principal, y entonces hay coautoría, o si por el contrario son más débiles, y entonces hay cooperación o complicidad"[211]. Según esto, "quien sólo es garante de que sean inutilizados objetos peligrosos o asegurados objetos en peligro (de que estén cerradas las puertas, custodiados los niños)" debe ser "por regla general sólo cooperador".

165 Esta concepción se asemeja a la que distingue entre garante de protección y de control o vigilancia, pero ofrece una delimitación más plausible de los contenidos del deber y se diferencia ampliamente de aquélla en que de todos modos admite también la coautoría en la competencia por organización. No obstante, las objeciones fundamentales que fueron formuladas contra la teoría –anterior a ésta– del contenido del deber, también son válidas aquí. Sobre todo, no se puede efectuar una graduación valorativa entre deberes de garante que se "corresponden" más con la autoría o más con la cooperación o complicidad en los delitos comisivos, porque cada deber de garante tiene igualmente por contenido la evitación del resultado.

e) La solución con ayuda de la cláusula de la correspondencia

166 *Schwab*[212] quiere efectuar la delimitación de la autoría y la complicidad en las omisiones en función de si la omisión se "corresponde" con una autoría comisiva

---

[210] *Jakobs*, AT, 2.ª, 28/14 ss.; 29/101 ss. Una buena formulación de esta teoría la proporciona *Sánchez-Vera*, 1999.

[211] *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/102; de aquí también la siguiente cita.

[212] *Schwab*, 1996, 189.

o con una complicidad o cooperación comisiva. Esto lo lleva a concluir que "por regla general" al omitente junto a un autor activo "le queda sólo el papel de una figura marginal" y, por consiguiente, es un cómplice (cooperador)[213] Esto debe valer igualmente tanto para el garante de control o vigilancia como para el garante de protección. Pero según él excepcionalmente también quedan casos "en los cuales la valoración da como resultado que al omitente le corresponde, a pesar de serlo, el papel de figura central y por lo tanto debe ser castigado como autor". *Schwab* ilustra esto con un caso[214] en el cual el garante no interviene contra un hecho comisivo que se comete "sólo" con dolo eventual y ante el cual aún habría sido posible una conducta salvadora después de la acción mortal por parte del autor comisivo (un incendio provocado). "Desde una consideración global" el omitente aparece aquí "no como figura marginal o secundaria sino como figura central".

Pero tampoco de esta manera se puede llevar a cabo una delimitación convincente. En primer lugar, la cláusula de correspondencia del § 13 I no se refiere a la delimitación entre autoría y participación, sino a la punibilidad como tal. Y es que simplemente, una omisión, como lo establece claramente el § 13 I, "sólo es punible" cuando la omisión se corresponde con la comisión mediante un hacer. Que la correspondencia no deba al mismo tiempo solucionar el problema autor-partícipe se desprende ya del hecho de que el legislador ha querido dejar abierta la cuestión de si es que acaso es posible distinguir en la omisión entre autoría y participación (cfr. nm. 145). 167

En segundo lugar la distinción en el fondo termina haciéndose, en su mayor parte, según la teoría de la "cooperación unitaria" (nm. 151 ss.) y está expuesta por tanto a todas las objeciones que pueden formulársele a ésta. Y las excepciones, en las cuales debe aceptarse por la vía de una "consideración global" que hay autoría, permanecen en la vaguedad y son el resultado de una valoración intuitiva que no posibilita una delimitación clara. 168

f) Omisión de dificultamiento del hecho como cooperación

Un problema especial viene dado por la cuestión de si, ante la imposibilidad de impedir el resultado, el obligado a actuar no debe al menos dificultar la realización del hecho, y si puede ser castigado como cooperador si omite hacerlo. Esto fue admitido por la jurisprudencia antigua[215]. Sin embargo, la posición correcta debe ser la de rechazarlo [216]. En primer lugar porque cada omisión consumada (también en forma de cooperación) presupone una causalidad en el sentido de una posibilidad de evitar el resultado; la jurisprudencia sólo ha podido prescindir de esto porque, erróneamente, no considera necesaria una causalidad de la cooperación (para más detalles, v. 169

---

[213] Así el resumen de *Schwab*, 1996, 227; aquí también la siguiente cita.

[214] *Schwab*, 1996, 221 s. La siguiente cita: 222.

[215] RGSt 71, 176-178 (178); 73, 52-60 (54); BGH NJW 1953, 1838 s. (1838).

[216] Cfr. sólo *Grünwald*, GA 1959, 118, n. 21; *Armin Kaufmann*, 1959, 293; *Roxin*, Täterschaft, 7.ª, 2000, 489; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 27, nm. 16.

supra § 26, nm. 186 s.). Y en segundo lugar porque no tiene sentido exigir una actuación que no puede impedir el resultado. ¿Por qué va a tener alguien que salir corriendo, por ejemplo para proteger un bien ajeno de los ladrones, cuando no es posible huir de ellos?

170 Ciertamente la situación es diferente, sin embargo, si el dificultamiento hubiese ofrecido la posibilidad de impedir el resultado e incluso desde una perspectiva *ex post* hubiese disminuido el riesgo de producción del mismo. En este caso es válido todo lo que ya se ha expuesto en relación con la causalidad de la omisión y con la disminución del riesgo (*supra* nm. 46 ss.). La imputación del resultado será entonces perfectamente factible; sin embargo en tal caso, suponiendo que el tipo penal pueda ser realizado por omisión, existirá una autoría y no simplemente una cooperación por omisión (más detallado en nm. 140 ss.).

2. Coautoría por omisión

171 Generalmente, varios garantes que omiten no son coautores porque falta una resolución conjunta de cometer el hecho. Así pues, si varios individuos con deberes de garante omiten el rescate o salvamento de quien sufre un accidente, son autores yuxtapuestos (accesorios) por omisión[217] pero no coautores. Lo mismo es aplicable si un omitente no interviene contra un autor comisivo.

172 Sin embargo, de esto no se sigue necesariamente que un omitente no pueda ser nunca coautor.[218] Una coautoría es posible, en primer lugar, en la forma consistente en que varios omitentes infringen según lo acordado el mismo y único deber de impedir el resultado. Si, por ejemplo, el padre y la madre en razón de un común acuerdo dejan a su hijo pequeño deamparado (§ 225 I, en su caso homicidio del § 212), son coautores por omisión (RGSt 66, 74). O si varios gerentes omiten de común acuerdo retirar un producto nocivo para la salud (BGHSt 37, 106, 129: coautores de lesiones por omisión). Lo mismo se aplica si varios guardias o vigilantes según un plan común dejan escapar con su inactividad a los presos (§ 120 II), si varios administradores de bienes omiten de común acuerdo adoptar medidas de custodia de los bienes que les han sido confiados (§ 266), etc.

173 No obstante, la aceptación de una coautoría por omisión no tiene especial relevancia práctica, pues cada omitente es ya por sí solo autor. Falta entonces el operar conjuntamente con división o reparto de funciones que caracteriza a la coautoría activa. Una dependencia recíproca y con ésta "el verdadero supuesto de coautoría"[219] sólo se da si la acción requerida no puede ser llevada

---

[217] *Armin Kaufmann*, 1959, 189.

[218] Así lo considera, sin embargo, *Grünwald*, GA 1959, 111, debido a la –por él admitida– autonomía de la participación (en sentido amplio) por omisión; *Armin Kaufmann*, 1959, 189 (porque según él no hay dolo omisivo); *Welzel*, StrafR, 11.ª, 206.

[219] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 63 IV, 2; aquí también el primero de los ejemplos siguientes.

a cabo de otra manera que conjuntamente. Así por ejemplo, si los cónyuges omiten presentar la declaración de renta conjunta; o si la cámara acorazada, en la que alguien está encerrado, sólo puede ser abierta de manera conjunta por los dos poseedores de sendas llaves diferentes[220]; o si el producto nocivo para la salud sólo puede ser retirado por la decisión conjunta de varios.

La coautoría entre un autor por omisión y uno comisivo es posible en la 174
realización conjunta de delitos de infracción de deber. Si por ejemplo dos funcionarios de vigilancia según lo acordado posibilitan la fuga de un preso, de manera que uno de ellos le entrega la llave para abrir la puerta de la celda (conducta activa,) mientras que el otro en contra de su deber deja abierta la puerta exterior, son coautores del delito de liberación de presos (§ 120 II), ya que realizan el mismo tipo penal e infringen un deber común de vigilancia, cuya vulneración los hace autores, sin tener en cuenta la naturaleza de la conducta externa. Por el contrario, difícilmente podrá hablarse de coautoría, como lo hace el BGH, si la encargada de un local no interviene frente a acciones de lesiones cometidas por sus clientes (cfr. *supra* nm. 130), pues si bien es cierto que, también según la opinión defendida aquí, ella es autora (cfr. nm. 140 ss.), lo es en razón del concepto autónomo de autor en los delitos de omisión y no por tener parte en el dominio del hecho de los clientes.

3. ¿Autoría mediata por omisión?

Por otra parte, debe ser rechazada la construcción de una autoría mediata 175
por omisión[221]. Ésta ha sido defendida por algunos autores[222] en el supuesto en que un garante no interviene contra la conducta activa de un "instrumento" (por ejemplo de un niño pequeño o un enfermo mental). Pero aquí existe una autoría inmediata o directa por omisión, como en todos los casos en que un garante no evita el resultado. Hablar aquí de autoría mediata no sólo es superfluo sino incluso contrario a la realidad, porque el garante no utiliza al autor comisivo como un instrumento de su voluntad, sino que le deja plena libertad al autor inmediato que actúa sin ningún tipo de coacción.

VIII. El tipo en los delitos de omisión

1. El tipo objetivo

El tipo objetivo del delito de omisión impropio, que es el que aquí está en 176
primer plano, tiene cinco presupuestos (a-e), de los cuales los tres primeros sirven para todos los delitos de omisión, y con ello también para los delitos

---

[220] *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 14, nm. 15.

[221] *Gropp*, AT, 2.ª, § 10, nm. 69; *Grünwald*, GA 1959, 110, 112; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 62 IV 2; *Roxin*, Täterschaft, 7.ª,2000, 471 s.; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 25, nm. 54 s.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 14, nm. 12; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 206.

[222] *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 29 IV 2 a; *Blei*, AT, 18.ª, § 72 II 2; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7ª, 48/95.

de omisión propios[223]. Tales presupuestos son tratados sin excepción con más detalle en otros contextos, por lo que aquí puede bastar con algunas indicaciones y complementos o adiciones explicativas.

a) La situación típica

177 Una omisión típica presupone siempre en primer lugar que se haya dado una situación que exige una intervención (cfr sobre ello ya nm. 86). Cómo ha de configurarse esta situación es algo que se describe exactamente en los delitos de omisión propios, por ejemplo en el § 323 c, como un accidente, una emergencia o peligro general, en el que se necesita ayuda o socorro, en el § 138 como la averiguación aún con tiempo y creíble de la existencia de determinados planes criminales o incluso ya de acciones de ejecución. También en los delitos de omisión impropios la omisión típica se describe a veces en la Parte Especial, por ejemplo el requerimiento del titular del derecho de disposición sobre la morada a alguien que permanece en una morada ajena para que la abandone, en el § 123 (sobre el hecho de que se trata de un delito de omisión impropio, cfr. nm. 18).

178 Por regla general, en los delitos de omisión impropios la situación típica consiste, sin embargo, en el solo peligro de producción del resultado. Por tanto, para el padre existe una situación típica que obliga a una actuación si su hijo pequeño corre peligro, y es igual si el niño se encuentra en peligro por el agua o el fuego, por una avalancha o por los riesgos del tráfico o circulación o por una amenaza generada por hombres. La frontera a partir de la cual los riesgos llegan a ser una situación típica queda trazada por el comienzo de la tentativa de omisión (sobre ello v. § 29, nm 266 ss.). Incluso si la tentativa no es punible como tal, sin embargo la no intervención en este estadio puede fundamentar la responsabilidad por el posterior resultado.

b) La no realización de la acción requerida

179 Por otra parte, una omisión típica se produce sólo cuando se deja de realizar la acción requerida en la situación típica. Qué acción es ésta se desprende en los delitos de omisión propios otra vez de la ley, como por ejemplo el prestar auxilio o socorro en el § 323 c o una denuncia a tiempo a la autoridad o al amenazado en el § 138. Lo mismo rige para los delitos de omisión impropios que se encuentran en la Parte Especial, tales como el retirarse (de la morada) en el § 123 o la asistencia en el abandono de personas del § 221 I n.º 2.

180 En la gran mayoría de los delitos de omisión impropia, que son equiparados por el § 13 a los hechos comisivos, las actuaciones a emprender no se describen en la ley. Sin embargo, las mismas se derivan de lo que es necesario para la evitación del resultado en la situación respectiva. A ese respecto,

---

[223] Cfr. sobre todo ello SK-*Rudolphi*, 7.ª, antes del § 13, nm. 11–17.

el garante puede tener varias alternativas a su disposición, tales como echar una mano con intervención propia o recabar ayuda o auxilio ajeno. Si el omitente elige una alternativa de acción que considera equivocadamente adecuada para evitar el resultado –por ejemplo, en lugar de realizar medidas de salvamento por sí mismo, llama a la Policía, que en ningún caso puede intervenir a tiempo–, habrá que considerar aplicable un delito de omisión imprudente[224].

c) La capacidad individual de acción

Por último, una omisión típica exige la capacidad individual de acción del omitente. Lo que se debe entender por esto ya ha sido expuesto detalladamente más arriba (nm. 8-15) como presupuesto de la omisión pretípica, y a ello nos remitimos. 181

d) La imputabilidad objetiva del resultado

Una imputación del resultado en el sentido del delito de comisión sólo entra en consideración en los delitos de omisión impropios. La misma depende de las reglas que han sido expuestas más arriba bajo el título "causalidad en la omisión" (nm. 37 ss.). La realización de un riesgo no permitido, que en los delitos comisivos fundamenta junto a la causalidad la imputación[225], también se produce ciertamente en el delito omisivo consumado. Pero aquí el omitente encuentra previamente el riesgo ilícito en la situación típica y no lo crea él mismo. 182

e) Posición de garante y correspondencia

Sólo en delitos omisivos impropios que no tengan ya una equiparación (a la comisión activa) en la Parte Especial, deben darse además los presupuestos del § 13 para que se cumpla el tipo penal. Esto significa: el omitente ha de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca y la omisión debe corresponderse con la realización del tipo penal a través de una acción. A estos requisitos típicos especialmente importantes se dedica el siguiente § 32 de este libro. 183

2. El tipo subjetivo

a) El dolo

En los delitos omisivos el dolo es igual de posible que en los delitos comisivos. Esto es ciertamente cuestionado por la teoría finalista ortodoxa de 184

---

[224] *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/94; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 II 1; *Armin Kaufmann*, 1959, 109 ss., 133 s., 310; *Köhler*, AT, 234; SK-*Rudolphi*, 7.ª, antes del § 13, nm. 12; *Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben*, 26.ª, § 15, nm. 143; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 204, 212.

[225] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 11.

Armin Kauffmann y Welzel[226], pues, dado que ellos conciben el dolo sólo en el sentido de un control final del curso causal, y puesto que sólo es posible un control activo en los delitos comisivos, para ellos no puede haber un dolo omisivo. Pero, coincidiendo con la opinión absolutamente dominante[227], esto no se puede admitir. En efecto, dado que el legislador parte evidentemente de la posibilidad de delitos omisivos dolosos y también en los delitos omisivos *Kaufmann* und *Welzel* aplican la pena en los delitos omisivos partiendo del marco penal del dolo[228], no tiene sentido determinar el concepto de dolo de tal manera que de antemano sólo se adapte a los delitos comisivos. Por el contrario, el concepto de dolo se debe modificar, según los datos previos normativos, que valen también para los delitos comisivos, de una manera correspondiente a la estructura óntica de la omisión.

185 Entonces resulta que también la omisión se puede presentar como "realización del plan" en sus tres manifestaciones de intención, de *dolus directus* y de *dolus eventualis*[229]. El omitente actúa, según esto, intencionadamente cuando la finalidad de su inactividad consiste en permitir que se produzca el resultado típico. Actúa con dolo directo cuando ciertamente él no quiere la producción del resultado –a él por ejemplo el suceso le resulta indiferente– pero reconoce que con su permanecer inactivo éste se producirá con seguridad. Finalmente, actúa con *dolus eventualis* cuando reconoce que, como consecuencia de su no intervención, cierto que posiblemente se produzca el resultado típico y él ciertamente no pretende ese desenlace, pero toma en serio esta posibilidad y se conforma con su eventual producción. Entonces concurre una "decisión a favor de la posible lesión del bien jurídico", como la que también caracteriza al dolo eventual en los restantes casos. En este sentido también se ha pronunciado el Tribunal Supremo Federal alemán (BGHSt 16,159): "La decisión de permanecer inactivo es una decisión consciente y querida. Ello es suficiente para el dolo".

186 A este respecto, el dolo en el sentido descrito debe referirse a todas las circunstancias que hemos mencionado como presupuestos del tipo objetivo en los delitos omisivos. Por tanto, el delincuente omitente que actúa dolosamente tiene que haber reconocido la situación típica (es decir, por lo general la situación de peligro respectiva) (nm. 177 s); tiene que haber acogido en su dolo la ausencia de la acción requerida u ordenada (nm. 179 s.) y ser consciente de su capacidad de actuación individual (nm. 183). En los delitos de omisión impropios se añaden dos requisitos del dolo esenciales.

---

[226] *Armin Kaufmann*, 1959, 60 ss., 110 ss., 148 ss., 309 ss. y passim; *el mismo*, von Weber-FS, 1963, 207; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 204 s.

[227] Cfr. por ejemplo *Baumann/Weber*, AT, 10.ª; § 20 I 1; *Freund*, AT, § 7, nm. 41; *Gropp*, AT, 2.ª, § 11, nm. 84; *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/82 s.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 VI, np. 78; *Köhler*, AT, 230 s.; *Kühl*, AT, 2.ª, § 18, nm. 125; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 46/110.

[228] Sobre las discrepancias respecto de la opinión sostenida aquí, cfr. nm 185 s.

[229] *Grünwald*, H. Mayer-FS, 1966, 294 s.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/86, 87; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 VI 2 b.

El omitente ha de conocer las circunstancias que fundamentan una imputación del resultado (nm. 182) y ha de ser consciente de las circunstancias del supuesto de las que se derivan su posición de garante y la correspondencia de su omisión en relación con la correlativa actuación comisiva (nm. 183). Por consiguiente, el padre que no salva a su hijo pequeño que se ha caído al agua también ha de saber o al menos contar con la posibilidad de que su intervención podría evitar el resultado, y ha de reconocer o considerar ciertamente posible que lo que está en juego es la salvación de su hijo y no p.ej. de la de un tercero. A este respecto rigen *grosso modo* los criterios básicos desarrollados para el dolo en los delitos comisivos, a los que por ello nos remitimos para los detalles (Roxin, AT I = PG I, § 12). Sólo dos puntos requieren una mención aparte.

187 En primer lugar, es discutible si, y dado el caso con cuánta exactitud, el omitente también ha de haber conocido las vías de salvación que estaban a su disposición, es decir, los presupuestos fácticos de la imputación del resultado. Según una extendida opinión[230], el dolo ha de "referirse también a la posibilidad de desarrollar una determinada actividad conducente a la evitación del menoscabo que amenaza al bien jurídico". Así que el omitente ha de ver el camino a la salvación y conscientemente no seguirlo. Por el contrario, *Armin Kaufmann y Welzel*, dado que ellos renuncian de todas las maneras a un dolo omisivo en sentido propio (nm. 184), sólo exigen del sujeto inactivo que ha de "poder reconocer las vías y los medios para la salvación del bien jurídico amenazado[231]". "Quien ... en vista de un accidente ni siquiera reflexiona sobre si y cómo puede ayudar, omite 'inconscientemente' precisamente porque a él las consecuencias del accidente le son indiferentes o incluso deseables[232]". Por tanto, para ellos también la omisión inconsciente debe ser castigada conforme al marco penal del dolo. "La limitación a la omisión consciente ¡premiaría al socialmente indiferente e insensible![233].

188 La solución correcta se encuentra sin embargo en el punto medio entre estas dos posiciones extremas[234]. Si el omitente –por cualquier motivo– no ve ninguna posibilidad de salvación, no puede ser castigado por un hecho omisivo doloso, pues no se han dado los presupuestos de ninguna de las tres formas de dolo. En particular, no existe *dolus eventualis* porque el autor no se decide en contra del bien jurídico protegido si él no contempla ninguna posibilidad de evitación del resultado. Con la referencia a una eventual "indiferencia" e "insensibilidad" no se puede invalidar este resultado. En efecto, en primer lugar, la mayoría de los supuestos de desconocimiento

---

[230] *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª,, 46/113; además por ejemplo *Grünwald*, H. Mayer-FS, 1966, 294 s.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/86, 87; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 VI 2 b; *Köhler*, AT, 231 s.

[231] *Welzel*, StrafR, 11.ª, 212.

[232] *Armin Kaufmann*, 1959, 112.

[233] *Armin Kaufmann*, 1959, 112.

[234] En este sentido *Kühl*, AT, 2.ª, § 18, nm. 126; SK-*Rudolphi*, 7.ª, antes del § 13, nm. 24; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 71.

de las situaciones se deben a simple falta de atención, es decir, a una típica imprudencia. Y en segundo lugar, ya el desconocimiento de la situación típica (es decir, el no reconocimiento del peligro) también puede deberse a una indiferencia desconsiderada y sin embargo es indudable que sólo fundamenta una imprudencia. Por otro lado se exige demasiado para castigar por omisión dolosa si se requiere que el autor se deba haber representado más exactamente las concretas medidas de salvación. Es suficiente que el que permanece inactivo parta de la base de que podrían darse posibilidades de salvación con perspectiva de éxito, que ciertamente a él no le interesan. Ya con eso el omitente incluso "acepta la vinculación de la producción del resultado con la propia inactividad"[235] y con su ulterior postura de permanecer inactivo se decide contra el bien jurídico protegido[236].

189 El segundo punto, que aún precisa discusión, se refiere a la delimitación del error de tipo y el error de prohibición en la omisión. Lo que se manifiesta en los delitos comisivos como error de prohibición –el delincuente conoce las circunstancias del hecho típico, pero no la prohibición (en detalle *Roxin*, AT I = PG I, § 21), aparece en los delitos de omisión como error de mandato: el omitente conoce las condiciones reales, pero no extrae de ellas la consecuencia de su deber de actuación.

190 La distinción entre error de tipo y error de mandato tiene en los delitos omisivos la siguiente consecuencia: quien no conoce un presupuesto objetivo (descriptivo o normativo) de su deber de actuación se halla en un error de tipo excluyente del dolo omisivo. Pero quien es consciente de todas las circunstancias objetivas y sin embargo considera no estar obligado a la actuación incurre en un error de prohibición que debe ser tratado conforme al § 17.

191 El BGH, Tribunal Supremo Federal, –después de algunas dudas iniciales– ha admitido esto para los delitos de omisión impropios por primera vez en BGHSt 16, 155 (Gran Sala: Grosser Senat). El autor garante se abstuvo de intervenir contra una violación. Él sabía que tenía la posibilidad de hacerlo; sin embargo, no era consciente de su deber jurídico de intervención. Esta representación errónea fue juzgada con razón por el BGH como mero error de mandato, que no impide el castigo como delito omisivo doloso, porque el deber de evitar el resultado no es ningún elemento normativo del tipo, cuyo desconocimiento excluiría el dolo, sino que afecta a la valoración global del hecho[237] y por lo tanto a su antijuridicidad. Quien sólo se equivoca sobre dicho deber se equivoca exclusivamente sobre el mandato y su conducta sólo es impune según el § 17 si el error fuera invencible[238]. Por el contrario, si en

[235] *Stratenwerth*, loc. cit.

[236] SK-*Rudolphi*, 7.ª, antes del § 13, nm. 24.

[237] Cfr. sobre los elementos de valoración global o globalmente valorativos y el error sobre ellos en los delitos comisivos *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 10, nm. 45 ss.; § 12, nm. 89 ss.

[238] Cfr. sobre el error de mandato en la omisión, *infra* nm. 209 y 210.

el caso juzgado por el BGH el omitente hubiera considerado erróneamente que la víctima estaba de acuerdo con el yacimiento, habría incurrido en un error de tipo excluyente del dolo.

Estas reglas se aplican a todas las constelaciones imaginables. Si, por ejem- 192
plo, el padre no se da cuenta de que el niño al que omite salvar es su propio hijo, se encuentra en un error de tipo y sólo puede ser castigado –aparte de por el § 323 c– por homicidio imprudente por omisión. Por el contrario, si reconoce a la persona en peligro como su hijo, pero no se siente obligado a salvarlo y por ello permanece inactivo, se trata entonces de un mero error de mandato, que no cambia nada su condena como homicidio doloso por omisión. Además, habrá que admitir que hay un error de tipo cuando alguien que ha causado un accidente omite auxiliar a la víctima porque no se ha dado cuenta que él ha atropellado a otra persona. Pero si ha percibido el accidente y no hace nada porque cree no estar obligado a auxiliar a la víctima, hay un error de prohibición.

El Tribunal Supremo Federal (BGH) ha trasladado correctamente estos 193
principios o criterios básicos derivados de la teoría del error a los delitos omisivos propios. La sent. BGHSt 19, 295 dice ya en el párrafo inicial[239]: "Quien omite denunciar un plan de un robo por desconocimiento de que está obligado a denunciarlo, se halla en un error de mandato". Por el contrario, si el omitente, a pesar de la información que se le ha proporcionado, no hubiera comprendido que se planeaba un robo, o no hubiera reconocido la posibilidad de denunciar a tiempo, se trataría de un error de tipo. De forma paralela, en los supuestos del § 323 c existe un error de mandato cuando el sujeto observa que ha habido un accidente, pero no se siente obligado a prestar socorro, mientras que existe un error de tipo cuando el que permanece inactivo no se ha percatado del accidente.

b) La intención o ánimo y otros elementos subjetivos en los tipos de la parte especial

Es controvertido si las intenciones y otros elementos subjetivos del tipo, 194
que se exigen junto al dolo en algunos tipos de la parte especial, pueden realizarse también a través de la omisión. Si, como también se ha sostenido en relación al dolo (cfr. nm. 184), se exige para tales tendencias una causalidad comisiva que controle el curso causal, naturalmente no podrán concurrir en la mera omisión[240]. Sin embargo, como sucede en el dolo (nm. 184), es necesario modificar tales elementos de una manera adecuada a la estructura óptica de la omisión. Entonces resulta que también en la omisión puede existir una actuación dirigida a unas metas. En qué medida esto es suficiente para que se cumpla un tipo, es una cuestión de interpretación de las

---

[239] En loc. cit., 297/98, cita la antigua jurisprudencia, en la cual el deber de actuación en los delitos omisivos propios fue considerado como elemento típico.

[240] Cfr. p.ej. al respecto sólo *Grünwald*, H. Mayer-FS, 1966, 281 ss., 289, y *Schürmann*, 1986, 46 s.

disposiciones respectivas de la parte especial y aquí sólo puede ser ilustrada ejemplificativamente.

195 Así en el hurto (§ 242) al solo omitente no se le puede atribuir ninguna intención o ánimo de apropiación (cfr. ya nm. 140). Por tanto, el vigilante garante que conscientemente no interviene contra un robo no es autor, sino sólo cómplice de un robo por omisión, ya que incluso de un mero ánimo de apropiación de un tercero, como el que basta desde la sexta Ley de Reforma del Derecho penal para que se cumpla el tipo penal del hurto, sólo se puede hablar en una interpretación orientada al tipo delictivo cuando alguien domina o codomina la transmisión al tercero. Por el contrario, por ejemplo en la estafa (§ 263) por omisión no existe ningún tipo de reparo contrario a la posibilidad de un ánimo de lucro o enriquecimiento. El garante que perjudica a su contraparte mediante la ocultación de hechos que está obligado a revelar, con el fin de obtener un beneficio patrimonial tiene por lo tanto la intención o ánimo de lucrarse ilícitamente[241], ya que mediante su actuación omisiva engañosa tiene la finalidad de procurarse mediante el daño a otro una ganancia patrimonial que no le corresponde. Tampoco existe ningún reparo que se oponga a atribuirle un ánimo de obstrucción a la justicia (§ 258) al funcionario de vigilancia inspector que conscientemente permite que un recluso se fugue. Por otro lado, de nuevo parece adecuada la posición del BGH cuando (BGHSt 7, 287) rechaza admitir que en la sola omisión haya un homicidio "para encubrir ... otro delito". Por ello, el conductor usuario de la vía pública que culpablemente provoca un accidente y no traslada a la víctima en peligro de muerte al hospital sólo será castigado por homicidio y no por asesinato por omisión: pues de lo contrario la mera omisión del salvamento, que es lo único que fundamenta la equiparación con la comisión de un homicidio activo (basada en la actuación precedente), sería *eo ipso* un asesinato (con la amenaza de condena a cadena perpetua). Esto sería desproporcionado en relación con el tratamiento de muchos homicidios activos.

c) La omisión imprudente

196 Es posible sin más una omisión imprudente. Consiste en que el garante, en una situación de peligro que le obliga a actuar, sin dolo, pero de manera objetivamente evitable, se comporta pasivamente o bien de otro modo incorrecto y con ello causa el resultado (sobre la causalidad en la omisión cfr. nm. 37-68). Se puede distinguir **cuatro formas diferentes de omisión imprudente**[242].

---

[241] Precisamente en la estafa hoy se reconoce de modo general la posibilidad de un ánimo de lucro en el engaño por omisión. *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 20 I 1; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 VI 2 b; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 132; *Maaß*, 1982, 7 s.; SK-*Rudolphi*, 7.ª, antes del § 13, nm. 27 y 28; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, § 15, nm. 98.

[242] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 VII; *Kühl*, AT, 2.ª, § 19, nm. 2; SK-*Rudolphi*, 7.ª, antes del § 13, nm. 28 a; similar *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/94.

La primera posibilidad consiste en que el garante omitente desconoce infringiendo el cuidado debido la situación típica (es decir, el peligro que le obliga a intervenir)*. A ese respecto, existe una imprudencia inconsciente si el garante no se da cuenta en absoluto del reconocible peligro: así por ejemplo, el padre pasa por alto los gritos de ayuda de su hijo, o la madre no se da cuenta de los signos de la enfermedad grave, de la que muere el niño. Y se producirá una imprudencia consciente si el garante ciertamente ve el peligro, pero confía en que pasará sin su intervención: así si el padre escucha los gritos de auxilio del niño, pero confía a la ligera en que se podrá salvar por sí mismo; o la madre reconoce la enfermedad del niño, pero confía infundadamente en que pasará incluso sin tratamiento médico.. 197

En segundo lugar, la imprudencia puede darse también cuando el omitente no reconoce su posición de garante. El padre que permanece inactivo no se da cuenta, por ejemplo, de que los gritos de auxilio que no atiende son los de su propio hijo; o el automovilista que deja sin ayuda a un herido tendido en la calzada no es consciente del hecho de que fue él quien lo había atropellado conduciendo de manera descuidada. Es cierto que el que en tales casos se deba calificar como lesiones u homicidio imprudentes por omisión lo niega *Welzel*[243] con la siguiente argumentación: "Ciertamente tiene sentido una norma que obligue a salvar a niños que se ahogan, ¡pero no una que obligue a prestar atención a si el niño que se ahoga es el propio hijo!". Sin embargo, no se alcanza a ver ninguna razón por la que el Derecho no deba exigir prestar atención a si el propio hijo se encuentra en peligro o a si se ha provocado un accidente generador de deberes de evitación del resultado. 198

En tercer lugar, se puede dar una omisión imprudente cuando el garante que permanece inactivo, sin pensarlo más pausadamente, se considera incapaz de actuar. Omite, por ejemplo, el rescate de un herido grave porque él, como profano en medicina, cree que no puede acometer nada con perspectivas de éxito, pero por distracción no se da cuenta de que tiene consigo un teléfono móvil, con el que podía haber llamado a reclamar ayuda. 199

Finalmente, **en cuarto lugar** puede verse una omisión imprudente en el hecho de que el garante, infringiendo el cuidado debido, realice incorrectamente la actuación exigida y cause con ello el resultado[244]. El garante obligado a socorrer lanza, por ejemplo, al sujeto que se está ahogando una cuerda 200

---

* Aunque *Roxin* dice que el sujeto "desconoce" (verkennt) la situación típica, o sea, el peligro que le obliga a actuar, a continuación plantea la posibilidad de imprudencia inconsciente, pero también de imprudencia consciente, con sus respectivos ejemplos. Y en este segundo caso realmente no se puede decir que el sujeto desconoce la situación típica (el peligro), sino a lo sumo que desconoce la relevancia de la situación típica, la seriedad del peligro [N. del T.]

[243] *Welzel*, StrafR, 11.ª, 223.

[244] A tal "intento incorrecto de cumplir el mandato" parece querer restringir la imprudencia omisiva *Armin Kaufmann*, 1959, 172 ss.

que éste no alcanza, en lugar de –como fácilmente le sería posible– lanzarse él mismo y sacarlo del agua. O: un niño muere porque los padres sólo acuden para tratamiento a un curandero charlatán, en lugar de consultar a un médico, quien hubiera salvado al niño.

IV. La antijuridicidad en delitos omisivos

201 En los delitos omisivos no puede significar nada una especial "categoría delictiva" de la antijuridicidad estructuralmente basada en la previa realización del tipo. Porque si una omisión está justificada, ni el omitente ha de responder de la no producción del resultado, ni se puede decir que su omisión se corresponde con la realización del tipo legal mediante un hacer. Y en todo caso –aunque teóricamente sería posible– sería artificial decir que existían "en sí" un deber de evitar el resultado y una relación de correspondencia, pero que en el caso concreto estaría justificada la violación del mandato. La consideración de que en tales casos no existe en absoluto un mandato, de modo que se debe excluir ya la realización del tipo, se corresponde más con las circunstancias dadas.

202 **Así pues, en los delitos omisivos habrá que partir de un "tipo global de injusto" que cubra a modo de bóveda tipo y antijuridicidad.** Esto no es ninguna anomalía, en la medida en que en los delitos comisivos ya es controvertida la separación sistemática entre tipo y antijuridicidad y por parte de un amplio sector se habla de una estructura del delito bipartita, en lugar de en tres niveles o tripartita[245]. Y aunque aquí mantenemos con razón la diferencia sistemática, sin embargo también en la actuación activa se debe contraponer el injusto, "como unidad superior de tipo y antijuridicidad, a la responsabilidad"[246].Además, no se puede negar que ya en el ámbito de la comisión, debido a especiales estructuras de los delitos, tipo y antijuridicidad a menudo no se pueden separar[247].

203 Aparte de esto, de antemano no entran en consideración en los delitos omisivos la mayoría de las causas de justificación, porque las mismas presuponen un comportamiento activo. Así, difícilmente una omisión puede estar justificada por legítima defensa, porque una agresión antijurídica actual no puede contrarrestarse mediante inactividad*. También, por ejemplo, una detención provisional (§ 127 StPO) por omisión es concebible sólo en casos

---

[245] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 10, nm. 16 ss.

[246] *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 10, nm. 23.

[247] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 10, nm. 24.

* Sostiene lo contrario, que impedir o repeler una agresión se puede hacer mediante omisión incluso propia, no evitando que un peligro ajeno dañe al agresor, una posición que personalmente comparto: v. *Luzón Peña*, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en Cobo (dir.) ComLP, V, 1985, (223 ss.), 248 s. (citando en n.120 doctrina en el mismo sentido); tb. en Luzón, Estudios Penales, 1991, 138, y en Aspectos esenciales de la legítima defensa, 2ª, Montevideo-Buenos Aires, 2002, 546; Lecciones DP, PG, 2.ª, 2012, 23/44 [N. del T.].

excepcionales extremos (por ejemplo, el titular del derecho sobre la casa no deja salir al sujeto encerrado por descuido, porque puede lícitamente retenerlo por la comisión de un delito hasta que llegue la policía).

Sólo adquieren significado práctico dos clases de constelaciones de causas de justificación: la colisión de deberes y el estado de necesidad justificante (§ 34 StGB). A este respecto, la colisión de deberes es un supuesto específico que se presenta sólo en las omisiones. Se trata de un conflicto entre dos (o más) deberes de acción, de los cuales sólo puede cumplirse uno. Por ejemplo, el padre sólo puede salvar de la muerte por ahogamiento a uno de sus dos hijos accidentados, el médico a quien se llama al mismo tiempo a asistir a dos lesionados graves, puede sólo atender un requerimiento. Según la acertada opinión dominante, aquí una omisión ya está justificada si el obligado cumple sólo uno de los dos deberes de actuación (es decir, salva a uno de los hijos o se ocupa de uno de los heridos). Ya diferencia del estado de necesidad justificante, el bien jurídico salvado no necesita ser más valioso que aquel cuya salvación se omite; es suficiente la equivalencia. La colisión de deberes ya ha sido tratada con más detalle en relación con las causas de justificación generales; por lo que para conocer el estado de la discusión y los detalles, a ellas se remite[248]. 204

Además, son fácilmente imaginables casos de estado de necesidad justificante en los cuales colisiona un deber de acción con un deber de omisión. Si alguien en un naufragio sólo podría salvar los lingotes de oro que se le han confiado, recurriendo al procedimiento de, para hacer sitio, arrojar a un pasajero fuera de un bote salvavidas abarrotado y causarle la muerte, estará justificado por estado de necesidad –p. ej. respecto del tipo de administración desleal– si omite hacer esto. A ese respecto ni siquiera es necesario que, como en el caso del ejemplo, el bien jurídico preservado supere en valor al menoscabado. Más bien sucede que "para la justificación de los delitos de omisión..." rige "el § 34 [estado de necesidad justificante] a la inversa[249]". Por tanto, si para salvar los lingotes de oro hubiera que arrojar fuera del bote salvavidas aunque sólo fuera objetos de igual valor o elementos de un valor no claramente inferior, habría estado ya justificado permanecer inactivo. Ello se deduce del hecho de que la destrucción de los bienes ajenos sería una ingerencia en los derechos de terceros, que conforme al § 34 sólo puede estar justificada en caso de preponderancia sustancial del bien jurídico protegido. 205

Es aplicable también la justificación a través del estado de necesidad cuando alguien omite una actuación, porque ello le pondría en peligro a él mismo o amenazaría a sus bienes jurídicos. Por tanto, quien omite salvar de su casa en llamas al perro que le han confiado para cuidar de él, está justificado y no realiza el tipo de daños por omisión si permanece inactivo porque la actuación 206

---

[248] *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 16, nm. 100-110.

[249] SK-*Rudolphi*, 7.ª, antes del § 13, nm. 29 a, con ulteriores citas.

pondría en peligro su vida. Y también en tales casos se produce la justificación siempre que el interés no atendido no es sustancialmente preponderante sobre los intereses propios del sujeto inactivo[250]. Por tanto, quien omite salvar a su mujer del fuego porque él mismo habría de sufrir en tal acción graves daños en su salud, no se hace responsable de omisión antijurídica alguna, ya que el beneficiario del deber de salvamento "no puede exigir" al que tiene deber de salvar "ningún sacrificio más grande que el que él lícitamente podría causar con arreglo al § 34 en caso de realizar una intervención dañosa o peligrosa en la esfera de bienes jurídicos de aquél[251]".

X. La culpabilidad en delitos omisivos

207 Para la culpabilidad en los hechos omisivos rige lo mismo que en los delitos comisivos con las modificaciones que se derivan de la particular forma de ser de la omisión. Así por ejemplo, en la inimputabilidad (§ 20) no se produce ninguna diferencia, mientras que difícilmente entrará en consideración en la omisión un exceso [exculpado] en la legítima defensa (§ 33), lo mismo que la legítima defensa misma (nm. 203). Por el contrario, un estado de necesidad exculpante (§ 35) es perfectamente posible si alguien a causa de uno de los peligros descritos en la ley omite una acción en sí obligatoria. Sólo hay que tener en cuenta que, debido a que en la omisión la situación de ponderación es algo diferente (cfr. nm. 205, 206), aquí a menudo habrá que considerar ya la posible justificación por estado de necesidad según el § 34, que entonces es prioritaria y precede a la exculpación. Por tanto, para una exculpación nos quedan aquí ante todo los casos en los que se excluye la justificación para el omitente porque ha actuado poniéndose de parte del injusto[252]. Así, quien omite realizar el salvamento debido porque ha sido forzado a esto por otro con los medios del § 35, estará sólo disculpado.

208 Un tratamiento algo más detallado merecen sólo el error de prohibición y la inexigibilidad, que según la jurisprudencia y una parte de la doctrina en las omisiones puede conducir a la exención de pena, en la que por cierto su ordenación sistemática es muy discutida entre los partidarios de esta concepción.

1. El error de prohibición en las omisiones

209 Ya se ha explicado (nm. 190 ss.) que un omitente que conoce toda la situación fáctica pero no extrae de ahí la conclusión sobre su capacidad de acción, se encuentra en un error sobre el mandato, que tiene que tratarse conforme al § 17. Pero a ese respecto hay que tener en cuenta **que los errores de prohibición**

---

[250] Más detalladamente *Küper*, 1979, 92 ss.; SK-*Rudolphi*, 7.ª, antes del § 13, nm. 29 b.

[251] SK-*Rudolphi*, 7.ª, antes del § 13, nm. 29 b.

[252] Cfr. sobre esto *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 16, nm. 57 ss.

ocurrirán más fácilmente y con más frecuencia serán inevitables en las omisiones que en los delitos comisivos. Se pueden producir más fácilmente porque la realización activa del tipo conduce de una manera por regla general fácilmente reconocible a un daño o una puesta en peligro para bienes jurídicos ajenos o a otras intromisiones en la esfera jurídica ajena, cuya ilicitud de principio forzosamente se le mete por los ojos al actuante. Por el contrario, es mucho menos fácil de ver dónde se está obligado a una intervención activa, tanto más dado que –fuera de situaciones agudas de peligro– la situación con frecuencia no proporciona el menor indicio de que podría ser obligada una actuación.

También la inevitabilidad o invencibilidad de un error de prohibición, 210
excluyente de la culpabilidad, se puede apreciar más frecuentemente en los hechos omisivos que en los delitos comisivos. Ciertamente los presupuestos de la vencibilidad o evitabilidad[253] expuestos en el delito comisivo rigen también en las omisiones, pero su examen llevará de forma más frecuente a la admisión de la inevitabilidad. En los delitos impropios de omisión esto rige ya por la sola razón de que la existencia de las posiciones de garante en muchos casos es extremadamente discutida y poco clara (cfr. detalladamente § 32), así que al ciudadano no formado jurídicamente en muchos casos no se le puede reprochar que no haya reconocido lo que incluso los penalistas más versados no pueden reconocer. Y en los delitos propios de omisión la inevitabilidad de un error de mandato a menudo se explica por el hecho de que el Derecho penal accesorio prevé numerosos deberes de actuación no fundamentados en ninguna expectativa social, sino exclusivamente de Derecho positivo, que un ciudadano no experto en la materia no puede conocer sin más, ya que incluso un penalista no está en condiciones de abarcar el Derecho penal accesorio completo. Esto también lo ha reconocido y declarado el BGH (BHGSt 19, 299): constituye "una diferencia para la exculpabilidad del error de mandato, qué clase de acción exige la ley en el caso concreto, en qué circunstancias y de quién. Quien alega el desconocimiento de un deber jurídico que ya está fundamentado en la conciencia moral general del hombre, como por ejemplo que se debe prestar la ayuda o socorro exigible en accidentes, ... por supuesto estará menos exculpado que alguien al que le ha permanecido desconocido un mandato situado lejos de su ambiente de vida... Cuanto menos evidente sea el mandato de la ley tanto más podrá exculparse a quien lo infringe desde el desconocimiento".

2. La inexigibilidad en las omisiones

a) La jurisprudencia del RG

El RG reconoció ya que en las omisiones la inexigibilidad de la interven- 211
ción activa puede conducir a la impunidad. Así el hecho de no intervenir

[253] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 21, nm. 50 ss.

para impedir la relación sexual adúltera de la mujer en el domicilio conyugal por parte del marido ciertamente fue juzgado según el Derecho de aquella época en principio como delito de proxenetismo por omisión. Pero esto no debía regir si no podía exigírsele al sujeto una intervención (por ejemplo, por el peligro de una "expulsión del domicilio", de un perjuicio comercial o de una disputa violenta) (RGSt 58, 97, 98). Del mismo modo, no se le exigió al marido al marido oponerse con una demanda a la prostitución de su mujer (RGSt 58, 226, 221). En modo análogo no se exigió a los padres "solicitar la protección policial contra el propio hijo para impedir que se prostituyera en la vivienda de ellos" (RGSt 77, 125).

b) La jurisprudencia de la postguerra

212 En la jurisprudencia de la época de la postguerra la cuestión de la inexigibilidad en las omisiones se ha discutido una y otra vez en diferentes contextos. La sent. BGHSt 4, 20 incluso frente a un cliente que ya llegó incapacitado para de conducir, considera exigible que el dueño del bar, que le había servido mucho alcohol, le tuviera que impedir continuar conduciendo. En BGHSt 6, 47, siguiendo la tradición del RG, el Gran Senado (o plenario) se ocupa otra vez de la obligación de padres y otras personas educadoras de oponerse a que en su vivienda mantengan "relaciones sexuales los novios en su habitación, de modo contrario a la decencia sexual" Aquí se expone en declaraciones de principio que el resultado justo en el caso concreto se "garantiza ante todo con el examen de la exigibilidad. Por ello, sobre cuándo interviene esta causa de exclusión de la culpabilidad, no se pueden establecer criterios de rasgos firmes, sino sólo directrices generales". Según la sent. se debe aplicar un baremo estricto, pero se trata "de una valoración del caso particular reservada especialmente al juez del hecho" (loc. cit., 57). En general, añade, se ha percibido con razón como una pretensión exagerada "que los padres deban estar obligados a requerir la intervención de la institución de protección de menores o de la policía y, de este modo, arrastrar ante la opinión pública la relación del hijo, en la mayoría de los casos de la hija", pero incluso esto –sostiene– también tiene que juzgarse sólo según la situación del caso concreto (loc. cit., 58).

213 La sent. BGHSt 7, 268 considera inexigible tener que permanecer junto a una mujer que había amenazado al marido con el suicidio en caso de abandono y que después efectivamente cumplió esa amenaza. La exigencia de permanecer con la mujer "sería una intervención inexigible en la libertad y en la dignidad personal" (loc. cit., 271). La BGHSt 11, 135 exige que la mujer del conductor del vehículo que está presente en el accidente preste socorro a la víctima, en tanto esto sea posible sin exponer a su marido a la persecución de la justicia penal, ya que en general el ordenamiento jurídico no exige a nadie que entregue al juez penal a un pariente próximo (loc. cit., 138). La BGH, GA 1963, 16, en un caso en que una mujer se quiere bajar de un automóvil en marcha, tampoco exige al garante que tire del freno de

mano porque esto "fácilmente puede dar lugar a un accidente". "Pero para la cuestión de la exigibilidad todo depende decisivamente de si y en qué medida con la intervención... se podrían provocar peligros para los ocupantes del vehículo".

Por otro lado, según BGH NJW 1964, 731, al hijo que vive con la familia 214
en el domicilio familiar tiene que exigírsele que advierta al padre ante un complot de los parientes para asesinarlo y en caso necesario también que llame a la policía. También en la BGH NStZ 1984, 164 se exigió a una esposa que en caso necesario llamara a la institución de protección de menores o a la policía en contra de su marido que mantenía contacto carnal continuado con sus dos hijas del primer matrimonio menores de edad. Por el contrario, según BGH NStZ 1994, 29 no es exigible a un marido, para salvar a su mujer, "ponerse a sí mismo en peligro concreto para la vida o incluso sacrificar la propia vida"; y también en lo demás ha de procederse a una ponderación en la que tienen que considerarse las perspectivas de éxito de la acción en cuestión.

También la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de cada Land 215
(Oberlandesgerichte) se ha ocupado de la cuestión de la exigibilidad. Según el OLG Bremen NJW 1957, 72 un marido que permite el ingreso en la casa familiar común del perro que pertenece a su mujer está obligado a la defensa de terceros ante todos los peligros que se deriven del mantenimiento del perro. "Pero no le son exigibles reclamaciones judiciales o llamadas para recabar la ayuda policial". Según la OLG Köln NJW 1973, 861 la esposa debe procurar impedir un hurto de su marido si ella ha originado el peligro con manifestaciones imprudentes, pero es inexigible ponerle una denuncia policial al marido. Finalmente, la OLG Karlruhe MDR 1975, 771 considera asimismo inexigible impedirle al marido, denunciándolo, cometer una estafa. Sin embargo, en tal caso en adhesión a la fundamentación del P 1962[254] el Juez quiere negar ya que haya una "correspondencia" en el sentido del § 13.

c) El alcance limitado de la idea de la inexigibilidad

Es fácilmente perceptible que la idea de la inexigibilidad ha sido utilizada 216
por la jurisprudencia muchas veces en una medida muy excesiva en el tratamiento de problemas que se hubieran resuelto mejor de otra manera. La jurisprudencia correspondiente en la época del RG (cfr. nm. 211) se desarrolló especialmente en casos en los que se trataba de impedir actos sexuales de miembros de la familia; incluso el BGH se ha ocupado de este problema en una decisión muy fundamental del Gran Senado (nm. 212). Ya según el Derecho anterior hubiera sido acertado rechazar desde un principio una posición de garante, pues ciertamente ésta comprende evitar daños de personas próximas, pero no fundamenta ningún deber de impedir hechos puni-

[254] BT-Drucks. IV/650, 126.

bles de personas que actúan responsablemente (cfr. § 32 nm. 46 ss.). Según el Derecho vigente los antiguos preceptos son de todos modos obsoletos, así que el reconocimiento de una inexigibilidad en las omisiones ya no puede derivarse de los supuestos de hecho en los que se basaban tales preceptos.

217 También se explican desde el punto de vista de la inexigibilidad cuestiones que tienen que tratarse según otros criterios dogmáticos de forma más precisa. Si una persona garante que no sabe nadar se queda en la orilla del río en vez de saltar a la peligrosa corriente con fines de salvamento, probablemente se dirá que no se le ha podido exigir una actuación. Pero la verdad es que falta ya la capacidad de acción y con esto una omisión (cfr. nm. 8 ss.), así que es superflua y falsa la apelación a la inexigibilidad.

218 Falta un deber de evitación del resultado, prescindiendo de los casos de tercería ya expuestos (nm. 216), también en otros campos en algunos de los hechos resueltos por la jurisprudencia. Cuando BGHSt 7, 268 considera inexigible que alguien se deba dejar persuadir para permanecer con una mujer en su casa por sus amenazas de suicidio (nm. 213), habrá que decir de forma más acertada que no existe en absoluto ningún deber de impedir un suicidio responsable; lo cual no se deriva de la inexigibilidad, sino de la impunidad de la participación activa en el suicidio [en Derecho alemán]. Y si alguien no está jurídicamente en la situación para llevar a cabo una acción (cfr. OLG Bremen, nm. 14, 215) tampoco puede tener ningún deber; la apelación a la inexigibilidad entonces no es necesaria.

219 Frecuentemente también sucede que casos de estado de necesidad justificante son contemplados equivocadamente como supuestos de inexigibilidad. Así por ejemplo, si, como se puede inferir de los Fundamentos de la sentencia RGSt 77, 125 (*supra* nm. 211), los padres, en caso de denunciar a su hijo, debían contar con su internamiento en un campo de concentración, la omisión de tal denuncia sería un caso del § 34 al menos según el Derecho actual[255]. También existe un estado de necesidad justificante si alguien omite una acción que fácilmente podría dar lugar a un accidente peligroso para la vida (BGH GA 1963, 16, arriba nm. 213). También se da un caso claro de estado de necesidad justificante si un marido omite una acción salvadora de su mujer que está ligada a un peligro concreto para la vida o si frente a la peligrosidad de la acción salvadora solamente existen unas posibilidades muy escasas de salvamento (BGH NStZ 1994, 29, *supra* nm. 214). Por tanto aquí la cuestión no depende de la inexigibilidad. En cambio, los casos de estado de necesidad exculpante (cfr. al respecto nm. 207) ciertamente se pueden caracterizar como expresión de la idea de la inexigibilidad en los delitos comisivos. Pero para la solución del problema hay que atender al § 35, y por tanto al Derecho positivo, así que en tanto en cuanto tampoco es necesario recurrir a una especial inexigibilidad.

---

[255] Cfr. *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/98, n. 192.

A la vista de esto es comprensible que importantes autores no quieran 220
reconocer básicamente la inexigibilidad como causa o fundamento de exención de la pena en las omisiones[256]. La mención en el Derecho positivo de la inexigibilidad en el § 323 c sería entonces una excepción no transmisible a otros delitos de omisión[257]; y también la negativa a cumplir el deber de denuncia conforme al § 138 en los casos del § 139 y en caso de haber participado el propio sujeto en el hecho[258] se puede interpretar como un caso especial. Por el contrario, no significa un rechazo de la idea de la inexigibilidad el hecho de que la exposición de motivos del P 1962[259], el OLG Karlsruhe (arriba nm. 215) y *Schünemann*[260] quieran examinar en el marco de la cláusula de correspondencia del § 13 si la acción habría sido exigible al omitente. Pues esto es una simple cuestión de incardinación sistemática (cfr. al respecto nm. 229-235).

No obstante, incluso después de la eliminación de todos los supuestos de 221
hecho que se deben tratar bajo otros puntos de vista dogmáticos, hay **dos grupos de casos en los que no se puede renunciar a la idea de la inexigibilidad: las omisiones imprudentes y las constelaciones en que habría que denunciar a los parientes o entregarlos de algún otro modo a la persecución de la justicia penal.** En el primer grupo de casos el efecto excluyente de la responsabilidad de la inexigibilidad es un resultado de la dogmática de la imprudencia y no de la omisión. El significado de la idea de inexigibilidad para la punición de la imprudencia ha sido tratado ya más arriba y precisamente ha sido demostrado también con ejemplos de actuación omisiva[261]; a ello podemos remitirnos aquí.

Así, como específico de la dogmática de la omisión quedan los casos en 222
los que con la actuación requerida habría que entregar directa o indirectamente a un pariente a la persecución policial. Es cierto que en muchos casos de este tipo falta un deber de evitación del resultado (cfr. nm. 216, 218), de modo que no es necesario recurrir a la inexigibilidad de tal conducta. Pero también hay otros supuestos distintos. Así, los padres tienen el deber de oponerse a las acciones punibles de sus hijos en la medida de sus posibilidades. ¿Deben denunciar por consiguiente a su hijo de 16 años si sólo de este modo pueden impedir sus hurtos continuados? Puede existir un deber de evitación del resultado incluso frente a familiares adultos si se ha provocado su delito con una ilícita conducta previa peligrosa (cfr. OLG Bremen, *supra* nm. 215). ¿En tal caso ha de impedir la mujer el delito de su marido si es necesario con una denuncia? No es raro tampoco el caso de que un deber de evitación del

---

[256] *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/98 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 III 3; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, § 46, nm. 130 ss.

[257] Así expresamente *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 VIII 2.

[258] BGH FamRZ 1964, 386 ss.

[259] BT-Drucks. IV/650, 126.

[260] *Schünemann*, 1971, 204 s., 327, 379; *el mismo*, ZStW 96 (1984), 316.

[261] *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 24, nm. 117.

resultado se derive de una posición de garante frente a la víctima. ¿Ha de denunciar el hijo a los miembros de la familia que quieren matar al padre (BGH, *supra* nm. 214)? ¿Y la mujer tiene que entregar a su marido dado el caso a la policía si éste abusa de manera continuada de las dos hijas menores de su primer matrimonio (BGH, *supra* nm. 214)?

223 En este ámbito parece correcta una **solución diferenciadora,** que en el resultado en gran parte está en consonancia con la línea jurisprudencial, aun cuando ésta aún no la ha formulado de manera suficientemente clara. **Conforme a ello, en principio a nadie se le exige entregar a sus parientes a la persecución de la justicia penal. Pero de este principio existe una excepción, en la que una ponderación puede dar lugar no obstante a un deber de denuncia; esto es lo que sucede cuando el omitente ocupa frente a la víctima una posición de garantía que es independiente del peligro que amenaza a ésta en la concreta situación.**

224 En primer lugar veamos la regla general, ¡tal como está representada por los casos de los dos primeros ejemplos mencionados en el nm. 222! Aquí habrá que considerar inexigible hacer intervenir a la policía contra los hurtos del hijo y del marido respectivamente. Del mismo modo (coincidiendo con el BGHSt, 11, 135, *supra* nm. 213) ciertamente la mujer tiene que socorrer a la víctima del accidente provocado de modo culpable por su marido; pero no le es exigible exponer al marido a la persecución de la justicia penal. En estos supuestos no se trata de juicios de equidad guiados por el sentimiento jurídico, sino de una conclusión que se deriva de claras previsiones legales: los §§ 258 VI y 139 III StGB, así como los §§ 52 y 55 StPO permiten reconocer claramente que el legislador en principio no exige a nadie que entregue a sus parientes a la persecución de la justicia penal o que los incrimine acusándolos[262]. Esto rige no sólo para los delitos ya producidos, sino también, como lo demuestra el § 139 III, para los delitos sólo planeados. Las excepciones, en las que para algunos casos de la criminalidad más grave se establece no obstante un deber de denuncia, prueban su inexistencia en la gran mayoría de los delitos y además no fundamentan ninguna posición de garantía, sino sólo un delito de omisión propia. Por tanto, el principio jurídico general que se puede abstraer partiendo de los preceptos mencionados –¡por regla general no existe deber de denuncia frente a los parientes!–, está bien fundado en el Derecho vigente.

225 Por el contrario, distinta es la situación si existe frente a la víctima una posición de garantía independiente del delito ocurrido, como en los casos de los dos últimos ejemplos citados en el nm. 222. Así el hijo que vive en la casa del padre debe proteger a éste de peligros también independientemente del complot de asesinato urdido contra él, así como la madre ocupa frente a sus hijas menores de edad una posición de garante que se refiere a todos los pe-

[262] A ello alude también BGHSt 11, 138.

ligros (y no sólo a los que amenazan en el caso concreto). Pues bien, si, como sucede en esos ejemplos, el padre va a ser asesinado por parientes del hijo o la hija está siendo objeto de abuso sexual por el marido de la madre, resulta que la consideración frente a los parientes como autores de delitos no tiene que anteponerse de ningún modo de manera general a la consideración frente a los parientes como potenciales víctimas y a la obligación frente a ellos. Al contrario: en todos los delitos graves (especialmente en lesiones duraderas de la integridad corporal o sexual) debe anteponerse la obligación frente a la víctima a la consideración al pariente autor de un delito y a la relación con él. Pues en primer lugar a la víctima le amenazan peligros mayores que los que el potencial autor del delito tiene que esperar sufrir en caso de denuncia. Y en segundo lugar, el peligro procede de la esfera del autor del delito (que en la mayoría de las ocasiones actúa también culpablemente), lo que también ha de tener su peso en la ponderación.

Es cierto que al resultado de la ponderación alcanzado aquí se le puede 226
objetar que los §§ 52 y 55 StPO garantizan respectivamente el derecho a negarse a testificar y a informar y el § 258 IV StGB la exención de pena también para el caso de que la víctima sea un pariente. Pero esta objeción se puede refutar con el hecho de que los citados preceptos sólo afectan al castigo de los delitos ya cometidos, mientras que para evitar futuros delitos, como no en último lugar pone de manifiesto el § 139 III StGB, se exige en su caso también una denuncia de parientes. Un delito de omisión pura como los §§ 138/139 StGB tampoco puede anular las obligaciones que se derivan de las posiciones de garantía en el sentido de los delitos impropios de omisión[263].

De lo expuesto se deriva una solución relativamente clara de la proble- 227
mática de la inexigibilidad en las omisiones. En vista de todo ello es poco afortunado que el BGH insista de manera repetida en que la exención de pena a causa de la inexigibilidad no se puede juzgar según unos principios generales "sino sólo según 'la situación del caso concreto'" y en que se trata "de una valoración reservada particularmente al juez del hecho"[264]. Pues tal concepción, al dejar la decisión sobre la punibilidad en gran medida en manos del juez, difícilmente puede ser compatible con el principio de legalidad (art. 103 II GG) y por tal razón sólo puede ser contraproducente para que se pueda imponer la idea de la inexigibilidad en la dogmática de la omisión. Tampoco es necesaria una remisión a la valoración judicial del caso concreto, porque es perfectamente posible indicar baremos jurídicos vinculantes para la decisión.

Por el contrario, la jurisprudencia constante rechaza con razón la 228
inexigibilidad en los casos en los que alguien elude un deber de evita-

---

[263] Cfr. sobre toda la problemática la sent. BGH NStZ 1984, 164 y la discusión doctrinal conectada a ella en *Geilen*, JK, StGB antes del § 13/I; *Otto/Brammsen*, Jura 1985, 541; *Ranft*, JZ 1987, 908 ss.; *Seier*, JA 1984, 539 ss.

[264] BGHSt 6, 57 (Gran Senado o plenario), casi literal también BGH NStZ 1984, 164.

ción del resultado o un deber de socorro según el § 323 para evitar la propia persecución penal[265]. En la práctica esto resulta significativo ante todo en la causación imprudente de accidentes de tráfico: quien como autor del accidente no presta ayuda para no ser descubierto y penado, si la víctima muere a consecuencia de ello, será castigado según los §§ 222 o 229 [homicidio imprudente o lesiones imprudentes] o en su caso también por omisión de socorro del § 323 c (en tanto ya no hubiera sido posible el salvamento). Pero lo mismo rige también en los delitos dolosos (por ejemplo, un maltrato corporal), cuando amenaza a la víctima un daño ulterior distinto del que había querido el autor (BGHSt 14, 286). Esta jurisprudencia no totalmente incuestionada encuentra su justificación en que ciertamente alguien puede sustraerse sin sanción a la persecución penal, pero no puede lícitamente hacerlo mediante la comisión de ulteriores delitos. La diferencia en comparación con los parientes no obligados a denunciar consiste sobre todo en que el autor por regla general ha provocado la situación. Sería incomprensible que del deber de rescate que afecta a cualquier persona precisamente se exceptuara a aquel que ha causado culpablemente la situación de necesidad. Por esto es discutible si también corresponde un deber de auxilio a aquel que en caso de prestar el auxilio ha de temer ser penalmente perseguido a causa de otro delito (por ejemplo, el ladrón que está siendo perseguido sería alcanzado por su perseguidores en caso de prestar auxilio en el lugar del accidente)[266]. Pero esto también se puede afirmar fundamentándolo en que el objetivo de evitar una persecución penal conforme a Derecho no es una causa que exonere al autor de un delito de los deberes cívicos de solidaridad.

d) La incardinación sistemática de la inexigibilidad

229 En la medida en que la inexigibilidad es reconocida –cuando lo es– como causa de exención de pena, así también es discutida sobremanera su ubicación o incardinación sistemática. Ya la jurisprudencia se manifiesta sobre esta cuestión de forma no uniforme y poco clara. La BGHSt 6, 57 habla de una "causa de exclusión de la culpabilidad", pero la BGHSt 7, 270 s. trata la inexigibilidad de permanecer con la mujer, que admitió el BGH, desde el punto de vista de la antijuridicidad. En BGH NJW 1964, 732, se dice que incluso el peligro de exponer a un procedimiento penal a los parientes no puede "eliminar el deber jurídico (scil. de salvar al padre)", lo cual insinúa una localización del problema en el ámbito del injusto. La sent. BGH NStZ 1994, 29 en un caso de inexigibilidad admitida habla de las razones "contra una ... obligación del acusado de tener que perseguir", lo que igualmente parece hablar a favor de una incardinación en el injusto.

---

[265] Cfr. sólo BGHSt 11, 353 (357); 14, 282 (286); BGH MDR (H) 1982, 103; BGH NStZ 1984, 452 s.

[266] A favor de aplicar el § 323 c RGSt 72, 19; en contra *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 13 ss., nm. 156. Para más detalles, por todos *Ulsenheimer*, GA 1972, 10 ss.

También en la doctrina se defienden muy diferentes opiniones. Para un 230
sector la omisión de una conducta inexigible ya debe ser atípica[267], para otro debe operar justificando[268], mientras otros admiten una causa de exclusión de la culpabilidad[269]. Una posición particular adopta la fundamentación del P 1962, seguida minoritariamente (cfr. *supra* nm. 220), que quiere solucionar el problema de la inexigibilidad con ayuda de la cláusula de correspondencia del § 13 y de este modo llega a una causa de exclusión de la tipicidad: "Dado que... el examen de la equivalencia requiere que se consideren todas las circunstancias del caso concreto, al mismo tiempo se consigue que los casos que hasta ahora la jurisprudencia ha exculpado bajo el punto de vista de la inexigibilidad de la intervención, ya no cumplan los requisitos típicos de la omisión punible. En efecto, si no es exigible la evitación del resultado, ésta no puede ser equivalente a la realización del resultado con un hacer".

Una toma de posición en el conflicto de opiniones en primer lugar puede 231
despreocuparse de la distinción entre exclusión de la tipicidad y de la antijuridicidad, porque de todos modos las dos categorías del delito mencionadas en el caso de la omisión confluyen sin más en un tipo global del injusto (cfr. nm. 201, 202). Tanto si se niega la tipicidad como si se justifica la omisión: en todo caso materialmente falta en el caso concreto un deber de evitación del resultado. Por lo demás, la concepción que excluye el injusto en caso de inexigibilidad de la acción naturalmente tiene razón en la medida en que bajo este punto de vista son tratados en gran parte hechos en los que no existe desde un principio un deber de garante o la omisión se justifica por una colisión de deberes o por un estado de necesidad (cfr. nm. 204-206, 216-219). Si en estos casos, como es lo correcto, se renuncia a acudir a la inexigibilidad, también es cierto que de ellos tampoco se pueden derivar argumentos para su ubicación sistemática en el injusto.

Así por ejemplo dice *Stree*[270] para explicar la exclusión de la tipicidad o del injusto en caso 232
de inexigibilidad: "Quien aconseja a un garante que se abstenga de una actuación inexigible, por ejemplo omitir la acción salvadora que es peligrosa para la vida de éste, por ello no incurre en responsabilidad penal por participación en un hecho omisivo". En el resultado esto es correcto. Pero como el ejemplo aducido corresponde a un caso de estado de necesidad justificante, no puede servir como prueba del carácter excluyente de la tipicidad de la inexigibilidad.

En cambio, la impunidad de la omisión de denuncia a parientes y en su 233
caso de una omisión imprudente, que es a lo que en lo esencial se reduce el problema, habrá que contemplarla como **causa de exclusión de la responsabilidad** (o sea, como causa de exclusión de la culpabilidad en la terminología

---

[267] *Grünhut*, ZStW 51 (1931), 467; *Henkel*, Mezger-FS, 1954, 280; *H. Mayer*, LB AT, 119; AK-*Seelmann*, § 13, nm. 63; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 13 ss., nm. 155; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 13, nm. 16 *in fine*.

[268] *Köhler*, AT, 297 s.; *Küper*, 1979, 97 ss.; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 16/84.

[269] *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 23 III 2; *Kienapfel*, ÖJZ 1976, 201; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 13, nm. 5; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 140; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 46/132; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 77; *Welzel*, JZ 1958, 496; *el mismo*, StrafR, 11.ª, 220; *en el mismo sentido*, *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 739.

[270] *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 13 ss., nm. 155.

usual). Esta posición ya ha sido fundamentada para los delitos imprudentes[271]. Y para el supuesto de la omisión de denuncia de parientes ello se deduce de que también los otros privilegios para los parientes del Derecho material (§§ 139 III 1, 258 VI) son causas de exclusión de la responsabilidad[272]: no modifican el tipo de delito, pues también un pariente debe impedir delitos planeados en el sentido del § 138[273], y de ningún modo está permitido impedir o frustrar el castigo de parientes por la justicia[274]. El legislador renuncia a castigar esas omisiones sólo en consideración a la unión familiar y a la situación análoga al estado de necesidad en el sentido del § 35, que se derivaría de una obligación coactiva de denunciar. El castigo no es necesario desde el punto de vista preventivo, porque la omisión no tiene su raíz en un impulso criminal, sino en la solidaridad familiar y porque también la generalidad está dispuesta a tener en cuenta esa circunstancia a favor del autor.

234 Un segunda razón que remite la inexigibilidad a la categoría de la responsabilidad consiste en que el deber de actuación del omitente como principio subsiste de forma indiscutible. Esto rige en igual medida para los delitos de omisión propios e impropios. Así por ejemplo el BGH con razón exige de la mujer del conductor que ha causado un accidente que auxilie a la víctima, por ejemplo con la llamada anónima a un puesto de socorro o a un hospital[275]; sólo no le es exigible la denuncia de su marido. En el delito de omisión de denuncia el § 139 II párrafo 1 exige expresamente serios esfuerzos para evitar el resultado. Y que en caso de existir una posición de garante dirigida a este objetivo hay que impedir delitos de parientes (¡sólo no es obligado precisamente mediante denuncia en su caso!) es algo que se comprende por sí mismo[276]. Pero cuando en principio existe un deber de acción, su incumplimiento realiza el tipo delictivo; por tanto, sigue existiendo una omisión de socorro, de denuncia de delitos graves o de impedir delitos, y el incumplimiento de una determinada modalidad de acción sólo puede excluir la "responsabilidad" jurídicopenal.

235 Este resultado no lo puede modificar en nada la fundamentación del P 1962 (*supra* nm. 230), que remite el problema de la inexigibilidad al tipo. Independientemente de que el P 1962 aún tenía otro tenor literal diferente al de la ley vigente (tenía una cláusula de equivalencia en lugar de la actual cláusula de correspondencia), el Proyecto pasa por alto que es perfectamente posible que exista una correspondencia típica de omisión y acción y, sin embargo, excluirse la condena por causas análogas al estado de necesidad.

---

[271] *Roxin*, AT I, 3.ª [PG], § 24, nm. 115 ss.

[272] Cfr. sobre el estado de la cuestión con ulteriores exposiciones *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 22, nm. 135, 136.

[273] Como se desprende del § 139 III, primer medio párrafo.

[274] El BGH, que incluso sólo admite una causa personal de exclusión de la punibilidad, subraya que el § 258 VI "deja intacta tanto la antijuridicidad como la culpabilidad del autor" (BGHSt 9, 74).

[275] Así expresamente BGHSt 11, 135 (párrafo introductorio).

[276] Cfr las sentencias de Oberlandesgerichte citadas en nm. 215.

Tales casos no se pueden solucionar con la cláusula de la correspondencia, porque ésta se limita al tipo y los autores de la fundamentación del Proyecto no tienen competencia para decidir sobre cuestiones sistemáticas. Si se sustituye el ejemplo obsoleto de la fundamentación del Proyecto –no llamar a la policía para que intervenga frente a las relaciones sexuales extramatrimoniales del hijo mayor de edad en la casa paterna– con el caso de los padres que dejan que se produzcan los delitos de su hijo menor de edad, esto perfectamente se "corresponde" a un favorecimiento activo (de no ser así los padres no necesitarían hacer absolutamente nada), ya que la inactividad de los padres en principio es punible; una impunidad, que deja intacta la correspondencia y que se deriva de las indicadas causas análogas al estado de necesidad, sólo se dará cuando la denuncia fuera la única vía para evitar el resultado.

XI. La posibilidad de atenuación de la pena conforme al § 13 II

El § 13 II prevé para los delitos de omisión una posibilidad de atenuación 236
[muy cualificada] de la pena según el marco penal del § 49 I. La introducción de tal atenuación fue muy discutida en el proceso legislativo. El P 1962 incluso había renunciado a una posibilidad de atenuación y, a decir verdad, sobre todo porque el § 13 I según el proyecto legislativo de aquel entonces exigía que la omisión fuera "equivalente (de idéntico valor: *gleichwertig*) a la realización del tipo legal mediante un hacer". Se argumentó[277] que ciertamente a favor de la atenuación de la pena "podían alegarse razones de peso. En especial no hay que pasar por alto que la realización del tipo mediante una omisión en muchos casos en el contenido de injusto queda por detrás de la realización mediante un hacer.... Pero la admisibilidad de una atenuación de la pena estaría ... en una crasa oposición a la exigencia de equivalencia o identidad valorativa del hecho omisivo".

La Comisión especial, sin embargo, se adhirió entonces a los partidarios 237
de la posibilidad de atenuación y procuró evitar la contradicción, temida por el P 1962, con la fórmula de la equiparación o equivalencia sustituyendo el concepto de equivalencia en el § 13 I por el de correspondencia. "Este concepto algo más neutro", así se dice ahora en la fundamentación o exposición de motivos[278], fue elegido "porque la Comisión se decidió... a favor de la admisión de una atenuación facultativa, pero para dicha regulación no habría quedado ningún espacio si se hubiera persistido en la exigencia de que la omisión debe ser efectivamente idéntica a la realización activa del tipo".

Se puede formular una objeción contra esta atenuación desde el punto de 238
vista de que en el resultado puede conducir a una extensión o ampliación en

---

[277] Fundamentación del P. 1962, BT-Drucks. IV/650, 126.

[278] BT-Drucks. V/4095, 8.

lugar de a una limitación de la punibilidad de la omisión. Con la entrada en vigor de la ley yo mismo he expresado el temor de que la posibilidad de atenuación amenaza con "inutilizar o devaluar la cláusula de la correspondencia como en general los esfuerzos por lograr una limitación de la responsabilidad omisiva, ya que indirectamente al juez se le está pidiendo no proceder tan estrictamente en la equivalencia de la omisión con la acción"[279].

239 En realidad este peligro existe, pero se puede conjurar con una interpretación restrictiva. Bajo este presupuesto la posibilidad de atenuación como tal está justificada[280]. Pues ante todo en los delitos puramente resultativos el contenido de injusto y de culpabilidad de la omisión incluso en una equiparación indudable según el § 13 I *ceteris paribus* es más escaso que el de la comisión. Así no puede existir ninguna duda de que el padre que, habiendo caído su niño en peligro para su vida, no lo salva de morir ahogado (excepto en un estado de necesidad de los §§ 34, 35), es autor de un homicidio en comisión por omisión; su conducta por tanto se equipara al homicidio activo del niño –por ejemplo ahogándolo–. Pero, no obstante, el legislador exige más al destinatario de la norma cuando le impone una acción salvadora que cuando sólo le pide que se abstenga de ahogar o tirar de un empujón al agua del hijo. De esto resulta un mayor desvalor de acción del hacer en relación a la omisión. Objetivamente el homicidio activo tiene mayor peso que la sola omisión de evitación del resultado. A menudo se añade una diferencia de culpabilidad[281], pues quien mata a su hijo con una acción activa tendrá más raramente causas de atenuación de su lado que aquel que en una situación de peligro repentina fracasa y no se esfuerza en la acción salvadora (y quizás no totalmente exenta de peligro).

240 Especialmente evidente es la necesidad de una posibilidad de atenuación de la pena en los casos de ingerencia[282]: un conductor que ha causado imprudentemente un accidente y entonces continúa la marcha sin preocuparse de la víctima, será condenado en su caso por homicidio en comisión por omisión. Pero incluso quien considere esto adecuado no podrá negar que el contenido de injusto y de culpabilidad de tal proceso es menor que el de un homicidio activo con un cuchillo o un revólver[283].

---

[279] En: *Roxin/Stree/Zipf/Jung*, 2.ª, 1975, 8 con ulteriores citas; *Arzt*, JA 1980, 555; *Schöne*, 1974, 338 ss.; *Timpe*, 1983, 161 ss. Cfr. sobre la problemática también *Silva-Sánchez*, Roxin-FS, 2001, 641 ss., quien defiende una "tripartición de los delitos de omisión", que también se puede adoptar en el Derecho alemán, si, entre los delitos de omisión pura y los delitos impropios de omisión equivalentes a los comisivos también en el contenido de merecimiento de pena, se introduce un tercer grupo, en el que se atenúa el marco penal del delito comisivo.

[280] Cfr. *Roxin*, como en n. 279, 8 ss.; *Bruns*, Tröndle-FS, 1989, 125 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 58 V 1, 2; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 65 con ulteriores citas. En parte divergente sobre los presupuestos de la posibilidad de atenuación *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/124 ss.

[281] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 58 V 1, 2, frente a esto conceden el principal peso al más reducido contenido de la culpabilidad de la omisión y sólo "excepcionalmente" admiten también un injusto menor.

[282] En la medida en que aquí se reconozca, si es que se reconoce, una posición de garante, cfr. § 32, nm. 14.

[283] *Dencker*, Stree/Wessels-FS, 1993, 169, en tales casos quiere admitir por ello una atenuación obligatoria de la pena.

Tampoco puede renunciarse a la posibilidad de atenuación de la pena allí 241
donde el garante no interviene contra un autor comisivo. La madre que sólo deja que suceda que el padre mate al hijo común es pese a todo autora de un homicidio por omisión[284]. Pero el contenido de merecimiento de pena de su inactividad corresponde realmente sólo al de una cooperación o complicidad y de esto se puede dar suficiente cuenta mediante el § 13 II.

Por otro lado, también hay casos en los que no está indicada una atenua- 242
ción de la pena. Así por ejemplo allí donde la acción debida "está planificada e incluida desde un principio en el normal curso general de la vida"[285]. Si el guardagujas, que quiere provocar un choque de trenes, coloca incorrectamente la aguja u omite intencionadamente la posición requerida de la aguja, entre ambas conductas no hay ninguna diferencia para la medición de la pena (cfr. casos parecidos ya *supra* nm. 71). Asimismo, para el merecimiento de pena de una madre no desempeña ningún papel el que quiera provocar dolosamente la muerte de su hijo pequeño con una intencionada inanición o con una acción activa.

Por último en los delitos imprudentes tampoco es adecuado por regla ge- 243
neral un marco penal diferente para acción y omisión. Si por ejemplo se provoca un accidente por falta de cuidado no desempeña ningún papel que esto haya sucedido con una acción activa o con la omisión de una acción debida.

La determinación de la medición de la pena en los casos de omisión re- 244
sulta de dos pasos. En primer lugar tiene que examinarse, tomando en consideración los puntos de vista expuestos en los nm. 239 ss, si la omisión debe someterse al marco penal atenuado del § 13 II. Ya este respecto sólo pueden considerarse puntos de vista "referidos a la omisión", por tanto el en muchos casos menor contenido de injusto y de culpabilidad de la omisión en comparación con el hecho comisivo. Si de este modo ya se ha fijado el marco penal, se debe examinar en un segundo paso dentro de este marco penal los puntos de vista que para la acción y la omisión son relevantes por igual en la medición de la pena. Así por ejemplo, el comportamiento postdelictivo positivo o la larga duración del procedimiento no pueden dar lugar a la aplicación del § 13 II, porque tienen efectos atenuatorios en la misma medida en los delitos comisivos. Sin embargo han de ser considerados reduciendo la pena dentro del marco penal normal.

Este procedimiento descrito en dos escalones en principio está general- 245
mente admitido[286]. En cambio, sigue siendo discutido y no aclarado definitivamente qué circunstancias pueden estimarse como referidas a la omisión.

---

[284] Cfr., para una fundamentación más detallada, *supra* nm. 145.

[285] *Roxin*, como en n. 279, 9; anteriormente ya en: Täterschaft, 7.ª, 2000, 465 ss.; 2.ª, 1973, 18 ss. Siguiéndole por ejemplo *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 58 V 2, n. 64; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 64.

[286] Cfr. sólo LK-*Jescheck*, 11.ª, § 13, nm. 63; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 66; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 64.

Así el BGH ha considerado suficiente para la atenuación del marco penal según el § 23 II la difícil situación personal de la madre que daña a sus hijos pequeños por un insuficiente cuidado. La sent. BGH NJW 1982, 393[287] trata el caso de una madre que había sido condenada por lesiones con resultado de muerte porque debido a unas relaciones familiares difíciles (matrimonio destrozado, marido alcohólico, y su propia inclinación al abuso del alcohol) había asistido a uno de sus hijos pequeños tan defectuosamente que éste murió. Similar es el supuesto de hecho de la sentencia BGH StV 1987, 527: una joven de 21 años, inexperta y que vivía separada de su marido, no había podido "hacerse con el dominio de su difícil situación personal" y había dejado morir de inanición a su hijo pequeño. En ambos casos el BGH quiere conceder a la madre la reducción del marco penal del § 13 II. Es cierto que también el BGH piensa que por regla general la omisión de asistencia al hijo pequeño se equipara a la causación activa de su daño (cfr. nm. 242), pero añade que esto no rige cuando a causa de circunstancias especiales, como las que se admitieron en ambos casos, la acción debida del omitente exige más que la normal voluntad fiel al Derecho y dispuesta a intervenir.

246 Pero las mencionadas circunstancias atenuantes habrían sido consideradas igualmente en un delito comisivo (por ejemplo en maltratos por parte de la una madre desbordada por las circunstancias). Por ello habría sido más adecuado utilizar el marco penal normal y dentro de éste proceder a la atenuación de la pena teniendo en cuenta la situación subjetiva de la madre.

247 En caso de cooperación o complicidad por omisión es indiscutido que en su caso puede haber lugar a una doble reducción del marco penal: una según el § 27 II 2 [para la cooperación] y otra según el § 13 II.

248 Debatida es la cuestión de si el § 13 II también puede ser aplicado a aquellas omisiones impropias que están reguladas en la parte especial. El BGH ha seguido un camino intermedio (BGHSt 36, 227)[288]. En principio el § 13 II debe regir en la parte especial si en una interpretación ajustada a la realidad un tipo comprende también la omisión, como sucede especialmente en los delitos de infracción de deber. Así por ejemplo el tipo de la administración desleal por vulneración de un deber de custodia patrimonial puede realizarse de manera omisiva lo mismo que mediante un hacer activo (cfr. ya nm. 20). En tal caso el BGH quiere aplicar el § 13 II, pues la administración desleal por omisión sigue siendo "un hecho que presenta los elementos de la omisión impropia. Esto ya habla en favor de la aplicabilidad del precepto de atenuación de la pena del § 13 II StGB" (loc. cit., 228). Pero otra debe ser la solución cuando la omisión impropia ha sido descrita específicamente en la parte especial y de esta forma está provista de un marco penal propio equiparado al del delito comisivo. El BGH menciona (loc. cit., 228/229) la desatención del deber de cuidado (§ 223 b I, hoy § 225) así como los §§ 315

[287] Con comentario de *Bruns*, JR 1982, 465.
[288] Con comentario de *Timpe*, JR 1990, 428.

c I n.º 2 g (no señalización suficiente de vehículos parados), § 340 I (permitir en el desempeño del cargo la comisión de lesiones), 353 b II (dejar llegar a otro hechos que deben ser secretos), 357 (dejar que se produzcan delitos del subordinado) así como el § 370 I n.º 2 AO (no poner en conocimiento de las autoridades financieras hechos relevantes impositivamente).

Frente a esto las dos opiniones contradictorias defendidas en la doctrina 249
se manifiestan, o bien por la inaplicación por principio del § 13 II a los delitos de omisión impropia de la parte especial o por la validez por principio de la posibilidad de atenuación también aquí. La inaplicación del § 13 II en la parte especial[289] se fundamenta sobre todo con el argumento de que el legislador ha adoptado en la parte especial una regulación cerrada del marco penal. La opinión contraria, que considera posible la aplicación del § 13 II también en la parte especial[290], invoca el argumento de que los delitos impropios de omisión de la parte especial representan sólo un caso de aplicación del § 13 I regulado más detalladamente y que el merecimiento de pena muy frecuentemente menor en la omisión no se ve afectado por las diferencias de técnica legislativa de la regulación.

De las tres concepciones la del BGH es la menos convincente. Pues si una 250
descripción en la parte especial de los presupuestos de equivalencia quiere excluir el marco penal atenuado, esto también ha de regir cuando la omisión no está descrita autónomamente en la parte especial, sino que está cubierta desde un principio por el tenor literal del precepto (como en el § 266), porque de una manera u otra existiría una regulación definitiva con un marco penal propio. Pero por lo demás parece preferible la concepción que permite una extensión del § 13 II también a la parte especial, pues si con frecuencia el contenido de injusto y de culpabilidad de la omisión es más escaso que el de la comisión, esto rige también para una regulación en la parte especial. Por ejemplo, en el § 221 [abandono de personas desvalidas] el abandono activo es *ceteris paribus* un hecho más grave que la pura inasistencia. Tampoco sería comprensible por qué la omisión de un deber de asistencia no debería ser susceptible de atenuación del marco penal sólo porque está regulada en el § 221, mientras que la atenuación es posible sin más si la no prestación de asistencia se puede calificar desde el punto de vista del homicidio por omisión.

Ciertamente hay que reconocer que en el supuesto de equiparación en 251
la parte especial los casos en los que no es adecuada una atenuación en sí misma posible (nm. 242 ss.) son más que frecuentes que en otros supuestos. Pues cuando las modalidades de la omisión se describen más detalladamente, también puede producirse una equivalencia respecto del modo comisivo que excluya una atenuación del marco penal. Y cuando en los delitos de

---

[289] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 58 V, 4; *Rudolphi*, ZStW 86 (1974), 68, 69; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 65; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 13, nm. 19.

[290] *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 46/144; *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 303, 317.

infracción de deber, como la administración desleal, la acción omitida estaba planeada e incluida en el curso regular de la vida (cfr. nm. 242), por esta razón debe prescindirse de la atenuación de la pena. Así en el resultado práctico la diferencia de opiniones realmente no es tan grande como en el punto de partida teórico.

§ 32. La equiparación de la omisión con la comisión

Bibliografía: *Stübel*, Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, 1828; *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14.ª 1847; *Traeger*, Das Problem der Unterlassungsdelikte in Straf- und Zivilrecht, tes. doct. Marburg, 1913; *Schaffstein*, Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts, Gleispach-FS, 1936, 70; *Drost*, Der Aufbau der Unterlassungsdelikte, GerS 109 (1937), 1; *Nagler*, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GerS 111 (1938), 1; *Dahm*, Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59 (1940), 133; *Roeder*, Zum Standortproblem der unechten Unterlassungsdelikte, DStR 1941, 105; *Maurach*, Beihilfe zum Meineid durch Unterlassung, DStR 1944, 14; *el mismo*, Zur neueren Judikatur über Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, SJZ 1949, 541; *Doldi*, Die Rechtspflichten bei den Unterlassungsdelikten, tes. doct. Kiel, 1950; *Vogt*, Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung, ZStW 63 (1950/51), 381; *Nahstall*, Unterlassen nach Notwehr, tes. doct. Heidelberg, 1951; *Bockelmann*, Zum Problem der Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, NJW 1954, 697; *Böhm*, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, tes. doct. Frankfurt a. M., 1957; *Grünwald*, Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW 70 (1958), 412; *Welzel*, Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958, 494; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959 sowie 1988; *Lampe*, Ingerenz oder dolus subsequens?, ZStW 72 (1960), 93; *Böhm*, Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961, 177; *Geilen*, Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft, FamRZ 1961, 147; *Granderath*, Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus einem vorausgegangenen gefährdenden Verhalten bei den unechten Unterlassungsdelikten, tes. doct. Freiburg i. Br., 1961; *Henkel*, Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten, MSchKrim 1961, 173; *Oehler*, Konkurrenz von unechtem und echtem Unterlassungsdelikt, JuS 1961, 154; *Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; *Geilen*, Stillschweigen des Angehörigen beim Mordkomplott, FamRZ 1964, 385; *Arthur Kaufmann/Hassemer*, Der praktische Fall – Strafrecht: Der überfallene Spaziergänger, JuS 1964, 151; *Geilen*, Zur Mitverantwortung des Gastwirtes bei Trunkenheit am Steuer, JZ 1965, 469; *Jescheck/Goldmann*, Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte nach deutschem und ausländischem Strafrecht, ZStW 77 (1965), 109; *Kreuzer*, Ärztliche Hilfeleistungspflicht bei Unglücksfällen im Rahmen des § 330 c StGB a. f., 1965; *Blei*, Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen, H. Mayer-FS, 1966, 119; *Stree*, Garantenstellung kraft Übernahme, H. Mayer-FS, 1966, 145; *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *Kreuzer*, Die unterlassene ärztliche Hilfeleistung in der Rechtsprechung, NJW 1967, 278; *Antorist*, Anzeigepflicht und Privatsphäre des Staatsanwalts, 1968; *Bärwinkel*, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968; *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968; *Pfleiderer*, Die Garantenstellung aus vorausgegangenem Tun, 1968; *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *Ebert*, Der praktische Fall – Strafrecht: Die verjüngte Schauspielerin, JuS 1970, 400; *Bringewat*, Der Notwehrer als Garant aus vorangegangenem Tun, MDR 1971, 716; *Herzberg*, Garantenpflichten aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens – BGH, NJW 1970, 2252, JuS 1971, 74; *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *Roxin*, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971), 369; *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; *Doehring*, Strafrechtliche Garantenpflicht aus homosexueller Lebensgemeinschaft, MDR 1972, 664; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *Nickel*, Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte etc., 1972; *Pallin*, Lage und Zukunftsaussichten der österreichischen Strafrechtsreform im Vergleich mit der deutschen Reform, ZStW 84 (1972), 198; *Hepp*, Verkehrssicherungspflicht der Bergbahnunternehmer für Skiabfahrtsstrecken, NJW 1973, 2085; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª 1973, 19 [Política criminal y sistema del

DP, trad. Muñoz Conde, 1973, 46]; *el mismo,* Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, JuS 1973, 197; *Tröndle,* Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen. Materielles Recht, GA 1973, 295; *Hummel,* Verkehrssicherungspflichten für Skipisten, NJW 1974, 170; *Otto,* Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung, NJW 1974, 528; *Schöne,* Unterlassene Erfolgsabwendungen im Strafgesetz, 1974; *Schünemann,* Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA 1974, 231; *Wagner,* Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975; *Jakobs,* Schuld und Prävention, 1976; *Langer,* Zum Begriff der "besonderen persönlichen Merkmale" im Strafrecht, Lange-FS, 1976, 241; *Schubarth,* Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherrn, SchwZStr 1976, 370; *Göhler,* Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen, Dreher-FS, 1977, 611; *Roxin,* Die Mitwirkung beim Suizid – ein Tötungsdelikt?, Dreher-FS, 1977, 331; *Tenckhoff,* Garantenstellung des Wohnungsinhabers bei Angriffen auf einen Gast – BGHSt 27, 10, JuS 1978, 308; *Bickel,* Die Strafbarkeit der unbefugten Gewässerverunreinigung nach § 38 WHG, ZfW 1979, 139; *Schünemann,* Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *Seckel,* Die Steuerhinterziehung (§ 370 AO), 2.ª, 1979; *Arzt,* Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, 553; 712; *Möhrenschlager,* en: Kolloqium des Instituts für das Recht der Wasserwirtschaft an der Universität Bonn am 8. 12. 1978: Das neue Wasserstrafrecht im Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität – Entwurf des 16. Strafrechtsänderungsgesetzes, ZfW 1980, (205), 214; *Salzwedel,* Diskussionsbeitrag, en: Kolloquium des Instituts für das Recht der Wasserwirtschaft an der Universität Bonn am 8. 12. 1978, ZfW 1980, 205, 211; *Tiedemann,* Die Neuordnung des Umweltstrafrechts, 1980; *Triffterer,* Umweltstrafrecht, 1980; *Wernicke,* Zur Strafbarkeit der Amtsträger von Wasseraufsichtsbehörden bei Unterlassungen, ZfW 1980, 261; *Horn,* Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden, NStZ 1981, 1; *Ostendorf,* Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1981, 165; *Geisler,* Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht, NJW 1982, 11; *Maaß,* Betrug verübt durch Schweigen, 1982; *Rudolphi,* Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen, Dünnebier-FS, 1982, 561; *Schünemann,* Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, wistra 1982, 41; *Zeitler,* Die strafrechtliche Haftung für Verwaltungsentscheidungen nach neuem Umweltstrafrecht, tesis doct. Tübingen, 1982; *Czychowski,* en: Gesellschaft für Umweltrecht (eds.), 1983, 68; *Stree,* Ingerenzprobleme, Klug-FS, 1983, 395; *Timpe,* Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *Czychowski,* Zur Erörterung des strafrechtlichen Gewässerschutzes auf der 7. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V., ZfW 1984, 263; *Hamm,* GenStA, Bescheid vom 23.8.1983, § 324 – Strafbarkeit von Amtsträgern wegen Gewässerverunreinigung, NStZ 1984, 219; *Herzberg,* Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984; *Otto,* Die Aussagedelikte, §§ 153-163, JuS 1984, 161; *Rudolphi,* Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantenstellungen, NStZ 1984, 149; *el mismo,* Primat des Strafrechts im Umweltschutz?, NStZ 1984, 193; *R. Schmitt,* Der Arzt und sein lebensmüder Patient, JZ 1984, 860; *Schünemann,* Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 (1984), 287; *Schultz,* Amtswalterunterlassen, 1984; *Eser,* Sterbehilfe und ärztliche Verantwortung, MedR 1985, 6; *Frank,* Strafrechtliche Relevanz rechtswidrigen begünstigenden Vorverhaltens – erläutert am Beispiel der Gewässerverunreinigung, tes. doct. Berlin, 1985; *Gröger,* Die Haftung des Amtsträgers nach § 324 StGB, 1985; *Gropp,* Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung. Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils im Fall Wittig, NStZ 1985,97; *Herzberg,* Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt (Teil 2), JA 1985, 177; *Hillenkamp,* Beweisnot und materielles Recht, Wassermann-FS, 1985, 861; *Kutzer,* Strafrechtliche Überlegungen zur Selbstbestimmung des Patienten und zur Zulässigkeit der Sterbehilfe, MDR 1985, 710; *Landscheidt,* Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, 1985; *Otto/Brammsen,* Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens, Jura 1985, 530 (parte I); 592 (parte II); 646 (parte III); *R. Schmitt,* Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht, JZ 1985, 365; *Schünemann,* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, 341;

Schultz, Aufhebung von Garantenstellungen und Beteiligung durch Unterlassen – BGH, NJW 1984, 2639, JuS 1985, 270; *Seier*, Probleme des Umweltstrafrechts, JA 1985, 23; *Sowada*, Strafbares Unterlassen des behandelnden Arztes, der seinen Patienten nach einem Selbstmordversuch bewußtlos auffindet?, Jura 1985, 75; *Uhlenbruck*, Arztrecht, 1985; *Weber*, Garantenstellung kraft Sachherrschaft?, Oehler-FS, 1985, 83; *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986; *Dölling*, Suizid und unterlassene Hilfeleistung, NJW 1986, 1011; *Herzberg*, Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, JZ 1986, 986; *Hsü*, Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten, 1986; *Hüwels*, Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung, 1986; *Konrad*, Probleme der eheähnlichen Gemeinschaft im Strafrecht, 1986; *Meinberg*, Amtsträgerstrafbarkeit bei Umweltbehörden, NJW 1986, 2220; *Rogall*, Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG), ZStW 98 (1986), 573; *Schink*, Vollzug des Umweltstrafrechts durch die Umweltbehörden?, DVBl. 1986, 1073; *C. P. Schmidt*, Die strafrechtliche Verantwortung Betriebsangehöriger für Arbeitsunfälle, 1986; *Schünemann*, Strafbarkeit von Amtsträgern, wistra 1986, 235; *Winkelbauer*, Die strafrechtliche Verantwortung von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, NStZ 1986, 147; *Immel*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, 1987; *Janiszewski*, Überblick über neue Entscheidungen in Verkehrsstraf- und Bußgeldsachen, NStZ 1988, 543; *Otto*, Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Jura 1987, 246; *Ranft*, Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten (Teil II), JZ 1987, 908; *Rudolphi*, Zur Garantenstellung aus vorangegangenem – pflichtwidrigem – Tun, JR 1987, 162; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988; *Weber*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Bürgermeistern und Leitenden Verwaltungsbeamten im Umweltstrafrecht, 1988; *Gallas*, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989 (1963); *Nitze*, Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989; *Rengier*, Kündigungsbetrug des Vermieters bei vorgetäuschtem Eigenbedarf, JuS 1989, 807; *Sangenstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989; *Kahlo*, Zum Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990; *Kuhlen*, Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NStZ 1990, 566; *Schall*, Umweltschutz durch Strafrecht: Anspruch und Wirklichkeit, NJW 1990, 1263; *Tröndle*, Verwaltungshandeln und Strafverfolgung – Konkurrierende Instrumentarien des Umweltrechts?, K. H. Meyer-GS, 1990, 607; *Hohmann*, Wasserrechtliche Pflichten und Strafbarkeit der Wasserbehörden für unbefugte Gewässerverschmutzung durch Unterlassen, NuR 1991, 8; *Lilie*, Garantenstellungen für nahestehende Personen, JZ 1991, 541; *Otto*, Grundsätzliche Problemstellungen des Umweltstrafrechts, Jura 1991, 308; *Rogall*, Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltbereich, 1991; *Rudolphi*, Der Dienstvorgesetzte als Garant für die gesetzmäßige Bestrafung seiner Untergebenen, NStZ 1991, 361; *Samson*, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StV 1991, 182; *Winkemann*, Probleme der Fahrlässigkeit im Umweltstrafrecht: Erläutert anhand des § 324 III StGB, 1991; *Beulke/Bachmann*, Die "Lederspray-Entscheidung" – BGHSt 37, 106, JuS 1992, 737; *Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992; *Meier*, Verbraucherschutz durch Strafrecht?, NJW 1992, 3193; *Schall*, Systematische Übersicht über die Rechtsprechung zum Umweltstrafrecht – Teil 2, NStZ 1992, 265; *Seebode*, Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts, Spendel-FS, 1992, 317; *Brammsen*, Strafrechtliche Rückrufpflichten bei fehlerhaften Produkten?, GA 1993, 97; *Dencker*, Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung, Stree/Wessels-FS, 1993, 159; *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft", 1993; *Laubenthal*, Strafrechtliche Garantenstellung von Polizisten und außerdienstliche Kenntniserlangung – BGH NJW 1993, 544, JuS 1993, 907; *Scheffler*, Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen seitens des Angeklagten, GA 1993, 341; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993; *Bottke*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, 1994; *Nestler*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Bürgermeisters für Gewässerverunreinigungen der Bürger, GA 1994, 514; *Tenter*, Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen, wistra 1994, 247; *Birnbacher*, Tun und Unterlassen, 1995; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Vom individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere Großrisiken,

1995; *Heinrich*, Die strafbare Beteiligung des Angeklagten an falschen Zeugenaussagen, JuS 1995, 1115; *Otto*, Grundsätze der strafrechtlichen Produkthaftung nach dem "Holzschutzmittel"-Urteil, WiB 1995, 929; *Prittwitz*, Straflose Obstruktion der Rechtspflege durch den Angeklagten?, StV 1995, 270; *Schlüchter*, Der Kaufmann als Garant im Rahmen der unerlaubten Gewässerverunreinigung, Salger-FS, 1995, 139; *Schünemann*, Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1995, 265 [La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea, trad. Peñaranda/Pérez Manzano, Hacia un DP económico europeo. Jornadas en honor del prof. Klaus Tiedemann, 1995, 565]; *el mismo*, Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, 66 [La función de la delimitación de injusto y culpabilidad, trad. C. Suárez, en: Silva/Schünemann/Figueiredo, Fundamentos de un sistema europeo del DP, LH a C. Roxin por su doctorado h.c. Univ. Coimbra, 1995, 205]; *Hoyer*, Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung, GA 1996, 160; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996; *Weißer*, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996; *Gürbüz*, Zur Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, 1997; *Ingelfinger*, Die Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen und die Entsprechensklausel des § 13 Abs. 1 Halbs. 2 StGB, GA 1997, 573; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997; *Albrecht*, Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, 1998; *Erlinger*, Behandlungsfreiheit und ärztliche Behandlungspflicht, tes. doct. München, 1998; *Hoyer*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen, 1998; *Otto*, Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen, Jura 1998, 409; *Gimbernat*, Das unechte Unterlassungsdelikt, ZStW 111 (1999), 307; *Otto*, Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte, H. J. Hirsch-FS, 1999, 291; *Pawlik*, Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten, ZStW 111 (1999), 335; *Stein*, Garantenpflichten aufgrund vorsätzlich-pflichtwidriger Ingerenz, JR 1999, 265; *Brammsen*, Unterlassungstäterschaft in formalen Organisationen, en: Amelung, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000; *Brückner*, Das Angehörigenverhältnis der Eltern im Straf- und Strafprozeßrecht, 2000; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, BGH-FG, 2000, t. IV, 621; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand usw., 2000; *Gimbernat Ordeig*, Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht, Roxin-FS, 2001, 651; *Grünewald*, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, 2001; *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht. Allgemeiner Teil, 10.ª, 2001; *Silva Sánchez*, Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, Roxin-FS, 2001, 641; *Weigend*, Zur Frage eines "internationalen" Allgemeinen Teils, Roxin-FS, 2001, 1375; *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002.

A. El tener que responder

I. Sobre la evolución histórica

1 Cuando el legislador, que por primera vez ha dedicado un precepto propio a los delitos de omisión impropia en la nueva parte general de 1975, como presupuesto más importante de una equivalencia de la omisión con la comisión, exige en el § 13 que el omitente "jurídicamente tiene que responder por que no se produzca el resultado", con esto está enlazando con el requisito de una **"posición de garante"** del omitente. Así fue denominado por

primera vez por *Nagler*[1], se ha impuesto con carácter general[2] y también lo vamos a mantener aquí. El P 1962, que ya contenía esta formulación, decía expresamente[3]: "Esta perífrasis explica la exigencia de la posición de garante y del deber de garante, que procede de ella, de actuar en dirección a la evitación del resultado que amenaza. En la posición de garante se fundamenta una relación de deber especial que singulariza al garante del resto de los integrantes de la comunidad jurídica y le impone justamente a él la protección del correspondiente bien jurídico ante el resultado típico que amenaza. Se confía al garante la incolumidad del valor protegido".

Este punto de partida disfruta de una extendida aprobación. Pero para 2
la comprobación de la punibilidad de la omisión tiene sólo muy limitado valor informativo, porque deja abierto bajo qué presupuestos en particular tiene que afirmarse tal posición de garante. Las posiciones de garante generalmente aceptadas se han desarrollado desde el siglo 19 por la ciencia y la jurisprudencia sin fundamento legal desde puntos de partida con múltiples divergencias. Los esfuerzos por una fundamentación teórica sólida se han fortalecido en la posguerra, pero hasta hoy no han conducido a una teoría generalmente admitida. Los intentos legislativos de conseguir una descripción más precisa de las posiciones de garante tampoco han tenido éxito[4]. Por tanto se puede decir que la problemática de la equivalencia en los delitos impropios de omisión representa el capítulo aún hoy más discutido y oscuro en la dogmática de la parte general.

En el inicio de la dogmática del garante está *Feuerbach*[5]. En su obra se 3
dice[6]: "En la medida en que una persona tiene un derecho a la exteriorización efectiva de nuestra actividad, en esa medida hay delitos de omisión... Pero porque la obligación originaria del ciudadano va sólo a las omisiones, un delito de omisión presupone siempre una causa o razón jurídica especial (ley o contrato) mediante la que se fundamente la obligación para la comisión. Sin ésta no se llega a ser delincuente por omisión". Aquí están por tanto ya pre-formuladas las posiciones de garante más importantes para la época siguiente. Pues ya *Stübel* en 1828[7] añadió la actuación precedente: "Así, por ejemplo, aquellos que han colocado a otro en un estado en el que sin su auxilio o ayuda perderá la vida se hacen culpables del delito de homicidio si no le prestan tan auxilio". El naturalismo predominante en Derecho penal en la segunda mitad del siglo 19, que consideraba la causalidad como un problema central de la omisión, le ha ofrecido una ulterior validez a la po-

---

[1] *Nagler*, GerS 111 (1938), 1 ss.

[2] Pero en contra *Freund*, 1992, 39 ss., 154 ss.

[3] BT-Drucks. IV/650, 124.

[4] Cfr. sobre esto § 31, nm. 31 s.

[5] Sobre la historia de la problemática de la equivalencia desde la época reciente, resumiendo, *Rudolphi*, 1966, 4 ss.; más conciso *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 287 ss.

[6] *Feuerbach*, citado aquí por la 14.ª ed., 1847, 24.

[7] *Stübel*, 1828, 61.

sición de garante por el actuar precedente, porque aquí al menos mediante la acción previa podía efectuarse sin más una unión causal con el resultado.

4 Al comenzar el nuevo siglo, con la superación del pensamiento naturalista y el giro hacia el método referido a valores del neokantismo[8] se impone entonces la **llamada teoría del deber jurídico formal, que calificaba la ley, el contrato y el actuar precedente como las tres causas de donde surgen deberes de evitación del resultado.** En torno a 1930 esta teoría dominaba "totalmente de manera indiscutida en jurisprudencia y doctrina"[9]. En los años 30 a esta triada de las tradicionales posiciones de garante se le añadieron las **"estrechas comunidades de vida y de peligro"**, en las que la posición de garante no tiene que depender de la existencia de deberes de protección legales o contractuales. Así, por ejemplo, el abandono de un enfermo grave acogido en casa era sin más castigado como delito de omisión impropia (RGSt 69, 321, 323)[10], y se impuso la opinión de que, por ejemplo, los participantes de una expedición o alpinistas ocupan una posición de garante frente a los participantes del grupo que de pronto se encuentren en una situación de necesidad.

5 También la jurisprudencia del BGH ha mantenido en lo esencial estas bases. La BGHSt 19, 167 (168) resume la evolución: En un principio la jurisprudencia (así el RG hasta RGSt 66, 71) y predominantemente también la doctrina derivaba deberes de evitación del resultado "sólo de ley, contrato y actuación precedente. Sin embargo, la evolución posterior con razón ha superado esto yendo más lejos". Añade que, invocando la sent. RGSt 61, 71 ya el RG en RGSt 69, 321 (cfr. nm. 4) manifestó que "el deber moral de cuidar la integridad corporal y la vida puede llegar a ser un deber jurídico para personas que están unidas en tan estrecha comunidad de vida como de manera general sucede en la familia o en la comunidad del hogar". "Incluso sin prescripción legal o sin unión contractual están obligadas a prestar auxilio al miembro de esta comunidad que cae en una situación de peligro para su integridad física o su vida y no puede defenderse de ella por sí mismo. Desde entonces en la jurisprudencia se ha reconocido la estrecha comunidad de vida, aunque sólo sea fáctica, como fundamento jurídico para los deberes de garantía..." En el caso concreto se trataba del deber de garante del hijo ante una conspiración para asesinar al padre. El BGH piensa que, al contrario de las relaciones de padres para con los hijos o de esposos entre sí, no hay ningún deber legal de protección que obligue al hijo (su eventual deber de alimentos no puede invocarse a estos efectos). Sin embargo afirma que en el hecho concreto se puede podría "derivar un deber de evitación del resultado, aun sin prescripción legal, ... de la idea fundamental del ordenamiento jurídico". También en la doctrina la teoría del deber jurídico formal con sus

---

[8] En genenerál sobre esta evolución, *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 7, nm. 18.

[9] *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 290 s.

[10] Casos similares en RGSt 73, 389; 74, 309.

actuales cuatro posiciones de garante tiene, hoy como antes, renombrados partidarios[11].

Pero hoy la posición líder en la doctrina la ha conquistado una **teoría que se remonta a *Armin Kaufmann*[12], y que distingue entre posiciones de garante de protección y de vigilancia o control (la llamada teoría de las funciones)**[13]. En el primer caso, como sucede en las relaciones de los padres hacia sus hijos, de los cónyuges entre sí, de las personas que actúan como supervisores o vigilantes sobre sus protegidos o sobre valores patrimoniales custodiados, el bien jurídico a proteger por el garante tiene que ser defendido frente a todos los peligros pertenecientes al ámbito de protección. En el segundo caso el garante sólo tiene que vigilar determinadas fuentes de peligro, como por ejemplo la seguridad del tráfico dentro del propio terreno, los niños propios o los animales domésticos propios, que deben ser contenidos para que no causen daño a terceros, o también los peligros que se ha puesto en marcha con acciones propias previas (si se reconoce la posición de garante del actuar precedente). En este segundo grupo "se limita la función de protección del garante a una única dirección de ataque, a aquella que amenaza al bien jurídico partiendo de la fuente de peligro que debe ser controlada"[14]. 6

Un desarrollo ulterior de la diferenciación expuesta en el nm. 6 de garantes de protección y garantes de vigilancia o control es el propuesto por *Jakobs*[15]. Él diferencia entre **"deberes en virtud de competencia institucional"** (por ejemplo, relaciones padres-hijo, esposos, relaciones de confianza, relaciones de poder estatal, deberes elementales del cargo) y **"deberes en virtud de competencia por organización"** (por ejemplo, deberes de aseguramiento del tráfico, ingerencia, asunción de deberes) en los que se trata de "sectores de responsabilidad por los peligros". 7

Schünemann[16] ha desarrollado una ulterior concepción independiente, pero en todo caso basada en una bipartición[17]. Para él el criterio central de 8

---

[11] *Baumann/Weber*, AT 10.ª, § 15 III 4 a; *Bickel*, ZfW 1979, 148 s.; *Blei*, AT, 18.ª, § 87 I; *Horn*, NJW 1981, 5 s.; *Kienapfel*, AT 4.ª, 499 s.; *Lackner/Kühl* 24.ª, § 13, nm. 6 s. (7, 14); antes del § 224, nm. 11 s.; *Möhrenschlager*, ZfW 1980, 216; *Triffterer*, 1980, 137 ss.; *Wagner*, 1975, 243 ss., 255 ss.

[12] *Armin Kaufmann*, 1959, 282 ss. (283) así como 1988, 282 ss. (283).

[13] *Androulakis*, 1963, 205 ss., 211 s.; *Baumann/Weber*, AT 10.ª, § 15 III 3; *Eser*, StrafR II 3.ª, § 25, nm. 49 ss.; *Gropp*, AT 2.ª, § 11, nm. 21 s.; *Henkel*, MSchrKrim 1961, 190; LK 11.ª-*Jescheck*, § 13, nm. 19 ss.; *Jescheck/Goldmann*, ZStW 77 (1965), 123; *Jescheck/Weigend*, AT 5.ª, § 59 IV 2; *Joecks* 3.ª, § 13, nm. 21 s.; *Armin Kaufmann*, 1959, 283 ss.; *Kindhäuser*, AT 2.ª, 244; *Köhler*, AT, 212; *Krey*, AT/2, nm. 332 s.; *Kühl*, AT 3.ª, § 18, nm. 44 s.; *Rudolphi*, 1966, 101; *el mismo*, SK 7.ª, § 13, nm. 24 s.; *Schmidhäuser*, LB AT 2.ª, 16/38 s.; *Sch/Sch/Stree* 26.ª, § 13, nm. 9; *Stratenwerth*, AT 4.ª, § 13, nm. 15; *Wessels/Beulke*, AT 31.ª, nm. 716.

[14] *Armin Kaufmann*, como en n. 12.

[15] *Jakobs*, AT 2.ª, 28/14 ss.; 29/101 ss.; similar *Vogel*, 1993.

[16] *Schünemann*, 1971; *el mismo*, ZStW 96 (1984), 287 ss.; *el mismo*, Madrid-Symposium, 1995, 49 ss. (72 ss.) y similares.

[17] Siguiéndole en aspectos importantes SK 7.ª-*Rudolphi*, § 13, nm. 26, 46 y passim; *Bottke*, 1992, 122 ss.; *Sangenstedt*, 1989.

la posición de garante es el **"dominio sobre el fundamento del resultado"** (es decir, sobre las condiciones esenciales de la lesión del bien jurídico)[18]. Este dominio presupone un control actual sobre el acontecer que puede basarse o en el desamparo del bien jurídico o en el dominio de una causa esencial del resultado. En otro lugar[19] habla de una **"relación de protección sobre el desamparo del bien jurídico"** por un lado y de un **"dominio material sobre el foco del peligro"** por otro. El primer caso por ejemplo se representa con la relación de los padres y sus hijos o del médico y sus pacientes, el segundo con los deberes de seguridad del tráfico y otros deberes de control. El punto de vista rector es siempre el dominio ejercido efectivamente, sea sobre el objeto o sobre la fuente del acontecer o suceso lesivo[20].

9 Además de éstos, hay aún un gran número de otros intentos de caracterización de las posiciones de garantía[21]. Así *Otto*[22] y su discípulo *Brammsen*[23] pretenden fundamentar la posición de garante "en las **expectativas recíprocas dentro de la sociedad**". "La expectativa ha de ser de tal firmeza y de tal peso que su lesión signifique un daño para la base de confianza de la vida social tan grave como la lesión de esta base por la puesta en peligro o la lesión de bienes jurídicos individuales con un acto positivo". A la **"responsabilidad especial"** del garante es a lo que atiende *Freund*[24], pero a continuación menciona como "grupos de casos importantes de responsabilidad especial" los "deberes de garante de fuentes de peligro y de protección". Otros criterios se limitan a particulares grupos de posiciones de garante y tienen que tratarse en la discusión de dichos grupos.

II. El rechazo de la teoría del deber jurídico formal

10 La teoría del deber jurídico formal[25] hoy ya no es sostenible y también ha tenido que ser abandonada por la jurisprudencia, dado que ya no puede darle una fundamentación firme y sostenible a los enjuiciamientos realmente practicados. Esto rige igualmente para todas y cada una de las cuatro fuentes jurídicas reclamadas como causas que originan las posiciones de garantía.

11 Ya la fuente aparentemente más concreta, la más próxima al principio de certeza y determinación, la **posición de garantía basada en la ley, no suministra en verdad ninguna razón o fundamento plausible para que surjan deberes jurídicopenales de evitación del resultado.** Pues incluso "leyes" penales

[18] Aquí y en lo siguiente me refiero a la síntesis más reciente de su teoría, en: Madrid-Symposium, 1995, 72 ss.

[19] *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 294.

[20] *Schünemann*, Madrid-Symposium, 1995, 72.

[21] Sobre los esfuerzos existentes ya hasta 1970 refiere expresamente *Schünemann*, 1971, 77 ss.

[22] *Otto*, AT 6.ª, § 9 I 5.

[23] *Brammsen*, AT, 1998, § 6, nm. 177 ss. (185 s.).

[24] *Freund*, AT, § 6, nm. 14 ss., 24 ss.

[25] Sobre su historia dogmática más detalladamente *Schünemann*, 1971, 218 ss.

que regulan un deber de actuación, como por ejemplo los §§ 323 c y 138, no fundamentan, como unánimemente se reconoce, ningún deber de evitación del resultado. Con tanta más razón esto rige para deberes legales de acción de naturaleza extrapenal. En una de las más famosas sentencias del BGH sobre la omisión, el caso del espray para cuero (*Lederspray*) (BGHSt 37, 106, 115), se había pensado en fundamentar una posición legal de garante en los deberes jurídico-civiles de retirada, de observación del producto y, en todo caso, de resarcimiento del daño existentes para los directivos administradores de la empresa que había puesto en el mercado el producto dañino para la salud. Pero el BGH se expresa sólo vacilante: "Efectivamente hay algún dato que habla a favor de considerar que los mismos deberes que son determinantes para la responsabilidad jurídico-civil por el producto también configuren el fundamento de la responsabilidad jurídicopenal, tanto más teniendo en cuenta que la obligación por daños condicionados por fallos en el producto se concibe como un caso de responsabilidad delictiva (§§ 823 ss. BGB). Por otro lado, los principios de responsabilidad orientados al resarcimiento del daño del Derecho civil no pueden ser utilizados sin el menor reparo para la determinación de la responsabilidad jurídicopenal". El BGH deja abierta por tanto la cuestión.

12 El problema ya fue reconocido en la época de máximo esplendor de la teoría del deber jurídico formal. Así ya en 1931 escribía *Mezger*[26] que un deber jurídico estatuido legalmente para la evitación del resultado no es suficiente para afirmar la existencia de una posición de garantía, sino que éste ha de tener "el significado evidente" "de querer fundamentar una responsabilidad jurídicopenal por el resultado. Por consiguiente no es suficiente la pura existencia de un deber, ni siquiera aun cuando este deber haya sido impuesto para que se eviten resultados de esa clase". *Mezger* denomina como una "cuestión extremadamente difícil y hasta ahora aún no solucionada satisfactoriamente" la de qué deber legal "simultáneamente contiene dentro de sí mismo un hacer responsable jurídicopenalmente por la producción del resultado". Pero la verdad es que con esta conclusión la posición de garante basada en la "ley" resulta obsoleta. Pues evidentemente no es la ley la que decide sobre la posición de garante, sino un criterio desconocido, independiente de aquélla.

13 **Tampoco el punto de vista del "contrato" llega al núcleo de la posición de garantía caracterizada con él.** Pues desde siempre se ha reconocido que el contrato como tal no es suficiente para la responsabilidad jurídicopenal mientras los deberes que resultan de él no se asuman efectivamente: el guía alpino que en contra de su obligación no comparece en una excursión estipulada no responde por lesiones u homicidio en comisión por omisión si el turista hace solo el camino y tiene una desgracia[27]. Por otro lado, si el guía

[26] *Mezger*, Strafrecht 2.ª, 1931, 140, 141.

[27] Cfr. también aquí sólo *Mezger*, Strafrecht, 2.ª 1931, 144, con indicaciones de la doctrina antigua.

alpino acompaña de hecho al turista, habrá que aceptar que existe una posición de garantía aunque el contrato civil sea ineficaz por cualquier razón (por ejemplo a causa de un disenso) o sea impugnado (por ejemplo a causa de un error)[28]. Por tanto, la obligación civil evidentemente no es lo que fundamenta la posición de garantía.

14 **Aún menos se puede explicar la posición de garante del actuar precedente (ingerencia)**, llevada a la práctica ya por la jurisprudencia del RG (con restricciones que aún tendremos que discutir), **con la teoría del deber jurídico formal.** Pues si alguien no ayuda a la víctima de un accidente de circulación producido por él no es evidente qué "deber jurídico" puede ser invocado en su caso para condenar por lesiones o por homicidio por omisión. En todo caso, el § 323 c no es apropiado para ello (cfr. nm. 11). La doctrina antigua, para satisfacer las exigencias del criterio del deber jurídico, recurría o bien a la obligación civil de resarcimiento del daño o al Derecho consuetudinario[29]. Pero ya se ha expuesto (nm. 11) que las pretensiones civiles no pueden servir sin más para fundamentar consecuencias jurídicopenales. Y el Derecho consuetudinario como fundamento de la pena está excluido por el [principio de legalidad penal del] art. 103 II GG. Y en efecto, *Schünemann*[30] constata que la teoría del deber jurídico, con el reconocimiento del actuar precedente para fundamentar una posición de garante, se "servía solamente, de entre la masa concursal, de fallidas teorías causales, sin observar la disolución del propio criterio o punto de partida dogmático que ella misma producía con ello". Pero ni siquiera un criterio causal puede fundamentar esta posición de garante, porque el dolo omisivo sucede y es posterior a la causación y sería un *dolus subsequens* inidóneo para legitimar la existencia de una causación dolosa.

15 **Finalmente en la cuarta posición de garantía tradicional, la estrecha comunidad de vida y de peligro, la jurisprudencia misma ha abandonado prácticamente el criterio del deber jurídico.** Así en la fundamental sentencia del Reichsgericht RGSt 69, 321, 323 (cfr. nm. 4) se dice: "El deber moral puede llegar a convertirse en deber jurídico para personas que afrontan el mundo exterior unidos en una comunidad de vida tan estrecha como suele ocurrir en la familia o en la comunidad doméstica. Relaciones similares se pueden concebir por ejemplo en emergencias comunes en la montaña, o probablemente también en el servicio de patrulla frente al enemigo". A esta resolución sigue apelando todavía la sentencia BGH 19, 168 (cfr. nm. 5), decisiva respecto de esta posición de garante en la época de la posguerra. El planteamiento acogido en ella por el BGH, de que un deber moral pueda llegar a convertirse en deber jurídico, en todo caso no puede fundamentar la posición de garantía desde un deber jurídico precedente, y es difícilmente

---

[28] Sobre esto fundamentalmente ya *Schaffstein*, Gleispach-FS, 1936, 70 ss. (79 ss.).

[29] Cfr. *Rudolphi*, 1966, 28 con ulteriores referencias.

[30] *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 292.

compatible con el tenor literal del § 13, que exige un deber de respuesta (un tener que responder) "jurídico". En la fundamentación del P 1962[31] se dice expresamente: "Tampoco es suficiente el mero deber moral de evitar un resultado que amenaza producirse". ¿Cómo iba además a poder fundamentar un deber moral una posición de garantía si ya los deberes jurídicos no lo hacen sin más?

Por tanto, la teoría del deber jurídico formal no puede fundamentar de manera convincente ninguna de las pretendidas posiciones de garante. Cuando algunos partidarios particulares de la teoría del deber jurídico formal consideran "constitucionalmente inobjetables"[32] sólo aquellos tipos de omisión "que se pueden reconducir a un deber de evitación del resultado fundamentado legalmente o mediante negocios jurídicos", de ese modo reconocen correctamente la incompatibilidad de la "ingerencia" y de las "estrechas relaciones de vida" con la teoría del deber jurídico. Pero pasan por alto que la ley y el contrato tampoco son capaces de explicar las posiciones de garantía circunloquialmente mencionadas con estos conceptos. 16

III. El punto de partida correcto de la teoría bipartita (sobre todo de la concepción de Schünemann)

Si se fija la vista en las teorías recientes sobre la garantía, llama la atención la semejanza de los resultados o conclusiones centrales pese a la diferencia de fundamentos teóricos. Que por ejemplo los deberes de aseguramiento de la circulación fundamentan una posición de garantía es algo básicamente indiscutido, independientemente de si en tal caso se habla de una posición de garante de supervisión, de una competencia por organización o de un dominio fáctico o material sobre el foco de peligro. Del mismo modo reina una amplia unanimidad sobre el hecho de que los padres han de responder por sus hijos o los esposos por su cónyuge necesitado de ayuda, con independencia de si se ello reconduce a una posición de garantía de protección o de custodia, a una competencia institucional o a un dominio sobre el desamparo del otro. 17

La cuestión de si los conceptos aquí empleados de protección y supervisión, organización, institución y dominio son suficientemente precisos y permiten una delimitación de las posiciones de garantía que satisfaga las exigencias constitucionales, es tan discutida[33] entre los autores que operan con ellos 18

---

[31] BT-Drucks. IV/650, 124.

[32] *Baumann/Weber*, AT 10.ª, § 15, nm. 41; sobre la concepción correlativa [en la omisión propia] de *Seebode* cfr. ya § 31, nm. 34.

[33] Cfr. por ejemplo la crítica vehemente de *Schünemanns* a la utilización de los conceptos de organización e institución en *Jakobs y Freund*, Madrid-Symposium, 1995, 50 ss., pero también la sucinta observación de *Jescheck/Weigend*, AT 5.ª, § 59 IV 2, n. 34, de que Schünemann con sus criterios no consigue "ninguna ganancia en seguridad jurídica". Del mismo modo *Sch/Sch/Stree* 26.ª, § 13, nm.

como el enjuiciamiento en detalle del tener que responder de los deberes de responder. Pero **no se puede desconocer la coincidencia de las soluciones a los problemas en un sector nuclear fundamentador.** Así por ejemplo *Schünemann*[34] califica la "distinción de posiciones de garantía de vigilancia o control y de protección" como "consecuencia directa de las dos posibles formas lógico-reales de dominio, o sobre la fuente de peligro o sobre el desamparo del bien jurídico". Y aun cuando rechaza la "competencia institucional" creada por *Jakobs* como "aparente fundamentación retórica"[35], sin embargo también piensa que "estructuración de los delitos de omisión impropia" de aquél está "asentada de manera totalmente próxima al concepto de dominio".

19 Efectivamente **el criterio interpretativo elegido por *Schünemann* es el más plausible.** Parte del hecho de que en los delitos de comisión el autor como regla general se caracteriza por la posesión del "dominio del hecho"[36]. Pues bien, si el legislador en el § 13 equipara determinadas omisiones con el hecho comisivo, esto sólo puede suceder de modo correcto por la vía de un argumento de semejanza o similitud y con esto mediante un criterio que esté próximo al dominio del hecho en los delitos comisivos. Así sucede en el "dominio sobre el fundamento del resultado", que es elevado por esta teoría a elemento central de la posición de garante. Si este "fundamento" reside en el "desamparo del bien jurídico" o, respectivamente, en la "condición achacosa de la víctima" [37], como por ejemplo ocurre en el cuidado de niños pequeños por sus padres o de un paciente por la persona que lo atiende, el hecho de permanecer inactivo el obligado a vigilar y atender en una situación de necesidad de ayuda ciertamente no fundamenta un dominio del hecho en el sentido de control y conducción activa del curso causal, pero sí algo análogo, a saber, la provocación del resultado debido a la falta de protección de la víctima que está bajo el propio dominio (= vigilancia, custodia, control). Lo propio rige para el "dominio material sobre el foco de peligro": quien emprende una actividad peligrosa y omite las precauciones de seguridad exigidas, si a continuación de esto ocurre un accidente, ha tenido el dominio sobre el fundamento del resultado y debe ser castigado como autor omisivo. Se puede hablar por tanto de un **"dominio de control"** que caracteriza a todas las posiciones de garante, y **que se descompone en las dos formas de "dominio de protección" (= dominio por custodia) y "dominio de aseguramiento" (= dominio por supervisión)** y se aproxima tanto al "dominio de conducción" de los delitos comisivos que una equiparación es acorde a las exigencias de determinación y precisión legal.

15, en donde se afirma que Schünemann ciertamente proporciona "una fundamentación para la existencia de delitos de omisión impropia"; pero que para sus límites se ha "ganado sin embargo poco en seguridad".

[34] *Schünemann*, Madrid-Symposium, 1995, 73.

[35] *Schünemann*, Madrid-Symposium, 1995, 62.

[36] Cfr. *Roxin*, Täterschaft, 7.ª 2000, y *supra* § 25, nm. 17.

[37] *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 294.

La circunstancia de que en los delitos comisivos al lado de los delitos de dominio haya además delitos de infracción de deber y delitos de propia mano[38] no impide que en los delitos de omisión se atienda sólo al dominio de control. Pues los delitos de infracción de deber ya en los delitos comisivos caracterizan al autor ciertamente no mediante el dominio del hecho, pero sí mediante un dominio de control que corresponde al del delito omisivo. Así el autor de una administración desleal, que vulnera su deber de cuidar el patrimonio, tiene el control sobre el patrimonio que debe ser atendido por él y en ello estriba la razón de que en los delitos de infracción de deber la distinción entre comisión y omisión apenas tiene significado práctico y la equivalencia no plantea ningún problema[39]. Por tanto, los delitos de infracción de deber forman precisamente un puente entre delitos de comisión y de omisión, al pre-diseñar ya la equivalencia mediante el criterio del dominio de control. Finalmente por lo que atañe a los delitos de propia mano, es claro que su tipo no puede cumplirse mediante omisión[40]. No hay un falso testimonio por omisión, así que en los delitos de propia mano no puede presentarse un problema de equivalencia. 20

Ciertamente, el criterio del dominio de control, como también el dominio del hecho[41], sólo facilita un principio rector superior que debe ser desarrollado reiteradamente de manera concreta de la mano de las múltiples diferentes formas de manifestación de la vida real y también necesita delimitaciones normativas. Pero a través de la semejanza con el dominio del hecho sí tiene una base para la equivalencia legal y un núcleo descriptivo-gráfico, que garantiza resultados o conclusiones revisables empíricamente. 21

Frente a esto, el punto de arranque de la dominante teoría de las funciones, que parte de la bipartición en deberes de protección y de supervisión o control, a pesar de la similitud de sus resultados es demasiado normativista, pues los elementos elegidos designan ciertamente diferentes deberes, pero no permiten reconocer bajo qué presupuestos se originan y en qué razón o causa jurídica se basan[42]. De este déficit algunos autores extraen la conclusión de que hay que combinar o unir la "teoría de las funciones" material con la teoría del deber jurídico formal. Así por ejemplo dice *Stree*[43] que no puede "dirigirse la mirada... unilateralmente al contenido del deber de acción. Tiene que incluirse siempre también el fundamento jurídico de este deber. Por tanto son decisivos la razón o causa del origen y el contenido material del deber de acción, es decir que se requiere una unión de la consideración 22

[38] Cfr. para más detalles *supra* § 25, nm. 13-16.

[39] Cfr. sobre esto con ejemplos ya *supra* § 31, nm. 71 s.

[40] Cfr. sobre esto ya *supra* § 31, nm. 140.

[41] Cfr. sobre esto *supra* § 25, nm. 17.

[42] Cfr. por ejemplo *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 15, nm. 50: "Los conceptos de garante protector y garante controlador o supervisor no dan ninguna información sobre la cuestión de bajo qué presupuestos alguien es titular de una posición de garantía.".

[43] *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 8.

formal y material". De manera similar se pronuncia también *Jescheck*[44], quien teme, si se prescinde de las razones o causas del origen, "que los deberes de garantía se extiendan ilimitadamente". Tales temores son fundados, pero la teoría del deber jurídico formal no puede explicar tampoco las razones o causas del origen de las posiciones de garantía, como ya se ha expuesto (nm. 10-16), sino que esas razones radican en el dominio de la protección y en el del aseguramiento, así que de este modo se le proporciona un fundamento material a la teoría de las funciones.

23 La denominada por *Jakobs* "competencia por organización", utilizándola como fundamento para las posiciones de garantía, se basa en la idea de que cada uno ha de cuidar en su círculo de organización para que nadie sufra un daño. En lo esencial esto se corresponde con "el dominio material o fáctico sobre el foco de peligro" como lo encontramos en *Schünemann*, y también con la posición de garantía de control de la teoría de las funciones. Pues *Jakobs* también habla aquí precisamente de "delitos de dominio" y en este sector no ve ninguna diferencia entre comisión y omisión. Se puede decir perfectamente que en caso de producirse lesiones de bienes jurídicos el "dominio sobre el fundamento del resultado" estriba en la mala administración del propio círculo de organización, a cuyo respecto la delimitación de este "círculo" plantea algunos problemas, pero éstos también se presentan en el criterio del dominio.

24 Por el contrario, la segunda posición de garante nombrada por *Jakobs*, la competencia institucional, tiene un arranque o punto de partida totalmente normativo, a saber, en los "deberes de (para el) sacrificio", para la "garantía de la solidaridad"[45]. Entre estos también enumera la "confianza especial", el policial "desvelo o preocupación por la seguridad elemental", y en general el "desvelo o preocupación por la sujeción a la ley de la Administración y la jurisprudencia"[46]. Si aquí aún se puede seguir hablando de "instituciones" y si la exigencia adicional de que la "institución" sea de "peso elemental" para la existencia social, garantiza una suficiente seguridad jurídica, es algo que se puede poner en duda[47]. Pero en el resultado al que conducen, los deberes postulados por *Jakobs* de sacrificio y solidaridad son sólo el reverso de la "relación de custodia sobre el desamparo del bien jurídico", así que el paralelismo de ambas concepciones queda garantizado.

25 Una nueva concepción para la restricción de las posiciones de garantía es la desarrollada por *Gimbernat*[48]. Él considera **fundamentada la equivalencia con la comisión** de una omisión **en que alguien desestabilice con su no intervención un "foco de peligro" que él debe controlar o, si la desestabilización**

[44] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 IV 2.
[45] *Jakobs*, AT, 2.ª, 28/15.
[46] *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/58.
[47] Cfr. la crítica de *Schünemann*, Madrid-Symposium, 1995, 60 ss.
[48] *Gimbernat*, ZStW 111 (1999), 307.

ya se ha producido, no lo reduzca nuevamente al nivel lícito, en la medida en que "este foco de peligro entonces condiciona con absoluta seguridad el resultado típico"[49]. Así sucede por ejemplo en el guardabarreras que, al aproximarse un tren, con dolo homicida no baja la barrera, y en el anestesista que, para causar la muerte del paciente, en una situación crítica omite las medidas requeridas[50].

26 En el resultado práctico esto conduce a una limitación de los delitos de omisión impropia a los casos de la posición de garante de control[51]. A ellos se añaden, desde el sector de la posición de garante de protección, los casos en los que la persona que hay que proteger representa un foco de peligro, como es el caso fundamentalmente en niños pequeños, pero también en adultos, "cuando a causa de una enfermedad o de la edad entran en una situación de desamparo que exige la vigilancia y la aplicación, en su caso, de medidas de precaución"[52]. Por el contrario debe existir según él sólo un delito de omisión pura cuando en una de las relaciones de protección convencionales se omite la acción de salvación ante un peligro que surge repentinamente. "Quien omite llamar al médico para atender a su pareja o compañero de vida, quien está tendido en el suelo paralizado por un ataque fulminante de apoplejía"[53] debe ser responsable sólo por omisión de socorro conforme al § 323 c. Pues "esta inactividad no puede entenderse ...como la omisión de una medida de precaución estabilizadora frente a un foco de peligro ya existente antes y que vaya a desembocar en la muerte"[54].

27 Esta es una teoría que hasta cierto grado puede encajar en la diferenciación dominante entre posición de garante de control y de protección, pues no niega las posiciones de garante de protección, sino que las reduce sólo a objetos de protección necesitados de ayuda desde un principio. En efecto, extender la posición de garante de protección a cónyuges y otras personas con estrechas relaciones es una particularidad o peculiaridad en la medida en que estas personas, en oposición a los niños, personas enfermizas, enfermos, etc., *per se* generalmente no están necesitadas de ayuda y por tanto con razón se pueden oponer a medidas de protección tuteladoras.

28 Sin embargo: no se comprende bien por qué no debería entrar en funcionamiento una función de protección latente tan pronto como estas personas resulten necesitadas de ayuda, y por tanto se transformen en un "foco de peligro" debido a una enfermedad súbita o a un accidente. Por ejemplo, tampoco niños y ancianos necesitan constantes medidas de protección, sino sólo en el caso de necesidad. Además, la opinión de *Gimbernat* da lugar a

---

[49] *Gimbernat*, ZStW 111 (1999), 331 (de aquí la cita), 328.
[50] *Gimbernat*, ZStW 111 (1999), 331.
[51] *Gimbernat*, ZStW 111 (1999), 333.
[52] *Gimbernat*, ZStW 111 (1999), 332.
[53] *Gimbernat*, ZStW 111 (1999), 333.
[54] *Gimbernat*, ZStW 111 (1999), 332.

diferenciaciones problemáticas. En efecto, tan pronto como un cónyuge ha asumido el cuidado del otro que está enfermo, acepta también cometer un delito de comisión por omisión si su omisión de llamar al médico en una situación crítica conduce a la muerte de cónyuge tutelado. ¿ No debería ser tratada igual la misma omisión antes de encargarse del cuidado de éste?

29 Pero de nuevo por otro lado, no se puede desconocer que las tesis de *Gimbernat* tienen gran semejanza con una opinión expresada por mí hace ya décadas, según la cual una total equiparación de comisión y omisión sólo puede afirmarse allí donde una actuación está planificada de antemano en el curso de las reglas sociales[55]. Así sucede en la alimentación del bebé por la madre, en la asistencia del enfermo por el médico, etc. En tales casos concuerda con el el uso del lenguaje decir que la madre o el médico han matado al lactante o al paciente respectivamente si la madre deja morir de inanición a su hijo o el médico deja morir al paciente privándole de un medicamento necesario para su vida.

30 Por el contrario el sentimiento lingüístico se rebela ante la afirmación de que un hombre ha matado a su mujer si ésta muere en un accidente sin que él hubiera efectuado una acción salvadora que le era posible. En ello esto se expresan finas diferencias en la medida de la equivalencia, y perfectamente se podría defender que un supuesto de hecho como el mencionado en último lugar se castigue sólo como un caso cualificado de omisión de socorro[56]. Pero dado que el legislador alemán ha previsto una posibilidad de atenuación de la pena facultativa para las omisiones impropias en el § 13 II –lo que de manera consecuente *Gimbernat*[57] considera un "error fundamental"–, estas diferencias se pueden tomar en consideración en el marco del § 13, de modo que los principios indicados en el nm. 28 en definitiva hablan a favor de que todas las relaciones de protección se enjuicien como posiciones de garantía.

31 En consecuencia, para la siguiente exposición podemos **adoptar como base** la **hoy dominante bipartición de las posiciones de garantía,** a cuyo respecto para su deducción se puede conceder preferencia al criterio desarrollado por *Schünemann* del "dominio sobre el fundamento del resultado". Por el contrario, otros intentos de fundamentación continúan siendo desde un principio demasiado abstractos y vagos. Un criterio como el de las "expectativas recíprocas dentro de la sociedad" (*Otto, Bramsen)* no ayuda gran cosa, porque hay muchas expectativas (también las concretadas en deberes legales de acción, cfr. nm. 11/12) cuya frustración sin embargo no puede funda-

---

[55] Cfr. ya *supra* § 31, nm. 242; además *Roxin*, Täterschaft, 7.ª, 2000, 465 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitik, 2.ª, 1973, 18 ss.

[56] Como también yo lo había propuesto anteriormente; cfr. Kriminalpolitik, 2.ª, 1973, 19 s. Instructiva también la "tripartición de los delitos de omisión" propuesta por *Silva Sánchez*, Roxin-FS, 2001, 641.

[57] *Gimbernat*, ZStW 111 (1999), 314.

mentar ninguna punibilidad por omisión impropia. Por esto *Otto* también quiere atender sólo a aquellas expectativas cuya "vulneración significa un daño grave equivalente a la comisión para la base de la confianza de la vida social" (cfr. nm. 9). Pero esto es demasiado indefinido. Y el criterio de *Freund* de la "responsabilidad especial" (nm. 9)[58] en el fondo sólo parafrasea lo que ya se expresa con el concepto de posición de garante, sin poder declarar y definir algo sobre sus contenidos concretos.

También la jurisprudencia cada vez más acepta la división en posiciones 32
de garante de protección y de control y la limita, en evitación de sobreextensiones normativistas, a funciones de control realmente asumidas. Así dice el OLG Stuttgart[59]: "Según la denominada teoría de las funciones hoy sólo se diferencia según el contenido de significado social entre posiciones de garante derivadas del deber de dominio de una fuente de peligro y derivadas del deber de protección de un bien jurídico". Para el trabajador social, sobre el que versaba el caso concreto, surge "del cumplimiento de la propia función asumida por él un deber de garante derivado de la asunción real de la protección". Por tanto hay indicios de que la jurisprudencia se desvincula paulatinamente de la fijación en la teoría del deber jurídico formal.

IV. El dominio sobre el desamparo del bien jurídico (posición de garante de protección o custodia)

1. Relaciones de protección familiares o análogas a las familiares

a) La relación de los padres respecto de sus hijos

La posición de garante de los padres frente a los niños menores que viven 33
en la casa familiar es indiscutida. Esta posición se consideraba antes respaldada (y todavía hoy se sigue haciendo así en parte) en la ley, la cual asigna a los padres en los §§ 1626 ss. BGB el cuidado de las personas y bienes. Pero aunque los deberes derivados del Derecho civil no se consideren decisivos (cfr. nm. 11, 12), en cualquier caso los padres ejercen el dominio del cuidado de sus hijos, los cuales necesitan y dependen de la protección de sus padres en su situación de desamparo. Por tanto, los hijos tienen que ser alimentados (RG LZ 1925, 485), cuidados, es decir, ser protegidos de la situación de desamparo (RGSt 76, 371), preservados de los peligros de dentro y fuera de la vivienda (así por ejemplo de caerse por la ventana o de un accidente de tráfico en la calle) y de comportamientos autolesivos (suicidios, consumo de drogas, aventuras peligrosas para la vida), atendidos médicamente ante una enfermedad y rescatados de los peligros ya acontecidos. Si los padres no actúan, pueden ser castigados según la situación por delito doloso o imprudente de lesiones u homicidio por omisión (§§ 222, 229), pero también

[58] En la crítica *Schünemann*, Madrid-Symposium, 1995, 51 ss.
[59] OLG Stuttgart NJW 1998, 3132.

podrían ser castigados por un delito de peligro contra la vida (§ 221) o por lesiones con resultado de muerte (§ 227).

34 La posición de garante no está ligada a la presencia física de los padres. Aunque éstos asistan a una velada nocturna, los hijos que se quedan en casa continúan estando sometidos a su control. Por eso los padres, según la edad de los niños y la existencia de posibilidades de peligro, tienen que contratar una persona que los vigile o respectivamente sugerir en su caso a los vecinos que les echen un vistazo de vez en cuando a o llamar a casa, para comprobar si todo está en orden. Por otro lado los niños permanecen dentro del ámbito de protección de los padres, aun en el caso de alejarse los niños del hogar familiar. Por tanto, los padres tienen que prestar atención para que los niños no vayan a meterse en juegos peligrosos o para que no se adentren en un entorno que los exponga seriamente a algún peligro.

35 **No obstante, estas reglas se relativizan, debido a que los niños necesitan libertad y autonomía dentro del marco de lo educativamente razonable o defendible,** para desarrollarse como personas responsables[60]. Sería una equivocación utilizar medios penales para querer educar niños sobreprotegidos. Por ello los descendientes que ya no están en la edad infantil temprana tienen que poder jugar sin vigilancia con sus amigos a excepción de las limitaciones mencionadas en el nm. 34, utilizar medios de transporte públicos y salir de de excursión. También, si los menores según la experiencia de los padres han alcanzado la suficiente prudencia, p. ej. a partir de una edad de 10 años, se los podrá dejar solos en casa, si hay terceros que amablemente están localizables para poder llamarlos.

36 **La medida de lo educativamente razonable también determina el deber de cuidado patrimonial de los padres.** Éstos no tienen que impedir que su hijo pierda o derroche su dinero de bolsillo o exponga su bicicleta al riesgo de deterioro o al de un hurto, pues el niño tiene que aprender a tratar de modo sensato e independiente sus posesiones; de los escarmentados nacen los avisados. Por el contrario los padres que administran el patrimonio heredado por su hijo, tienen que impedir que otros se enriquezcan con ese patrimonio, si no quieren correr el riesgo de ser castigados por el delito de administración desleal (§ 266). También tienen que preservar de la pérdida o deterioro los objetos valiosos (p.ej. cuadros)[61] que pertenecen al niño y evitar que el niño pueda ser víctima de un "engaño masivo"[62]. En cambio, hay que negar que exista un deber de garante para evitar un pequeño fraude (p. ej. en la devolución de la vuelta), ya que de un suceso así el niño puede, sin daño de graves repercusiones, aprender a conducirse con cautela.

---

[60] Cfr. *Freund*, 1992, 276 s.; *Köhler*, AT, 217; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 51.
[61] *Jakobs*, AT 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/59.
[62] *Jakobs*, AT 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/85.

La posición de garante de uno de los padres existe también si el peligro proviene del otro padre y sólo puede ser evitado por medio de una denuncia. En los hechos de la sent. BGH NStZ 1984, 164, una madre no tomó ninguna medida para impedir que su marido (el padrastro) mantuviera continuamente relaciones sexuales con las dos hijas pequeñas que ella había tenido en su primer matrimonio. El BGH ha afirmado en este caso con razón la existencia de una posición de garante y también la exigibilidad de interposición de una denuncia en caso de que no haya medios menos lesivos; y afirma que la inexigibilidad de la interposición de una denuncia de un pariente próximo[63], generalmente aceptada por la jurisprudencia, no puede admitirse si simultáneamente existe una posición de garante frente a la víctima. Hay que estar de acuerdo con esta posición, cuando y en la medida en que la protección de los hijos, como en este caso está fuera de toda duda, tenga un peso mayor que la consideración al matrimonio y al marido. El § 52 I n.º 2 de la StPO (Ley de procedimiento penal), que otorga al cónyuge un derecho de negativa a prestar testimonio y por tanto no le obliga a colaborar en las pruebas de convicción o culpabilidad de su pareja, no obsta a ello, ya que el derecho de negativa a prestar testimonio se refiere a los tipos ya cometidos, mientras que el deber de evitación del resultado se refiere a la prevención de hechos futuros[64]. 37

Los padres pueden traspasar en parte sus deberes de protección a otras personas, p. ej. a una escuela, un internado o al organizador de viajes para menores. Esto descarga de los propios deberes de vigilancia, pero no libera a los hijos del ámbito de control de los padres[65]. Si éstos p. ej. se enteran de que su hijo, en la institución a la que ellos le han encomendado, está siendo maltratado o se está abusando sexualmente de él, tienen que intervenir. Lo propio rige si los padres se separan: aquel de los padres que vive solo tiene que seguir preocupándose por el hijo e intervenir si el otro padre no se cuida suficientemente del niño. Ello sólo será distinto si un hijo pasa completamente al ámbito de protección de terceros, como en la entrega en adopción. 38

La posición de garante frente a los hijos finaliza con su separación o salida del ámbito de protección de los padres[66]. Este es el caso, cuando los hijos mayores de edad abandonan la casa familiar y siguen su propio camino. Si por el contrario permanecen dentro de la comunidad de vida de la familia con los padres, el deber de garante persiste en virtud de la función de protección asumida, aunque en lo sucesivo se limita por la independencia jurídica del hijo mayor de edad. 39

---

[63] Cfr. para más detalles *supra* § 31, nm. 224, 233.

[64] Sobre esta sentencia: *Otto/Brammsen*, Jura 1985, 541; *Ranft*, JZ 1987, 908 s.

[65] Cfr. *Rudolphi*, NStZ 1984, 153.

[66] En sentido parecido *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, §59 IV 3a; *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/62; *Joecks*, 3.ª, § 13, nm. 25; *Köhler*, AT, 217.

40 Ciertamente esto es discutido. *Stree*[67] lo formula de modo apodíctico: "Los parientes en línea directa tienen que prestarse ayuda recíprocamente, incluso si no viven juntos". En sentido similar *Wessels/Beulke*[68] consideran que aunque los hijos adultos hubieran salido de la casa paterna, los padres tienen la obligación para con ellos de "seguir prestándoles todavía protección y ayuda en el caso de peligros graves para la integridad física, la vida o la libertad"[69]. No se puede discutir por regla general, que existe un deber moral de tal clase. Pero un deber moral, como es sabido, no es suficiente para una imputación penal por el resultado (cfr. nm. 15) y naturalmente aún menos son suficientes "los lazos de sangre". Puesto que no se alcanza a ver otro fundamento, se tiene que negar una extensión de la posición de garante de este tipo. En este ejemplo se muestra cuán fructífera y adecuada para la limitación de la punibilidad propia del Estado de Derecho es la idea del dominio del control. Éste no existe evidentemente frente a un hijo adulto que se ha separado de la comunidad de vida con los padres. Si por el contrario se trabaja solamente con la idea de la posición de garante de protección, es posible recurrir a construir dicha posición en una medida mucho más extensiva partiendo del sentimiento jurídico, nutrido éticamente, pero que no resiste sin embargo las exigencias del art. 103 II GG [el principio de legalidad penal].

41 Desde estas mismas consideraciones y por lo que respecta a este caso, **el padre no matrimonial, en la medida en que sólo aparece como "padre pagador" y no vive con el niño**, no tiene tampoco ninguna posición de garante frente al mismo[70]. Él no tiene el dominio del control, puesto que la forma de vida del niño no depende de su asistencia y supervisión. Según otra concepción[71] debe existir un deber de prevención del resultado, el cual sin embargo no puede basarse solamente en el parentesco (§ 1589 BGB) de modo similar a como ocurre en el caso de hijos adultos que viven de modo independiente. Una posición de garante del padre no matrimonial que no detenta la custodia existe entonces solamente si él vive efectivamente con el hijo (ya sea solo, ya sea con la pareja) y se hace cargo de su cuidado. Pero al respecto lo que decide no es ni el parentesco, ni un eventual derecho de guarda y cuidado (cfr. el § 1626 a BGB), sino sólo la real función de protección.

b) Otras relaciones de parentesco

42 También en la relación inversa de los hijos con sus padres el BGH acepta la existencia de una posición de garante, e incluso, como el mismo resal-

---

[67] *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 19

[68] *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 718

[69] De modo especialmente enérgico en este sentido y ya anteriormente *Geilen*, FamRZ 1961, 147; *el mismo*, FamRZ 1964, 385.

[70] En el mismo sentido *Freund*, 1992, 275; *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/62; *Schünemann*, 1971, 347.

[71] RGSt 66, 71; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 18.

ta expresamente, "independientemente de su convivencia o comunidad de vida" (BGHSt 19, 167). Esto supone ir un paso más allá que la jurisprudencia anterior, en la medida en que ésta, aunque el BGH expresamente la invoca y se basa en ella (cfr. *supra* nm. 5), siempre había hecho sólo un uso restrictivo de las comunidades de vida como fundamento de posiciones de garante. Sin embargo, la aceptación de que ya "la relación-hijo-padre" por sí sola (y correspondientemente la relación-hija-padre) debe fundamentar una posición de garante, va demasiado lejos[72]. Igual que los hijos que dirigen su propia vida y están independizados ya no están bajo el dominio de control de sus padres, del mismo modo no se puede decir que éstos están sometidos al cuidado de sus hijos. Y a ese respecto, el § 1618 a BGB, introducido en 1979, tampoco cambia nada. Cierto que en el mismo se dice: "Los padres y los hijos se deben cuidado y asistencia unos a otros". Pero esto es una frase programática[73] no susceptible de fundamentar una demanda y en la que no se puede apoyar un castigo por omisión de cuidados.

No obstante, es distinto en el caso frecuente –por lo menos lo era antes–, de que los padres (o uno de los padres supervivientes) convivan con el hijo en familia. Pero entonces se trata de la asunción de una función de protección, la cual es independiente de la especial relación de parentesco y también puede existir en el caso de parientes lejanos o en caso en que las personas no sean en absoluto parientes (cfr. en detalle nm. 53 ss.). Esa posición de garante es especialmente obvia cuando se trata del cuidado de los ancianos padres. No obstante, la posición de garante existe también independientemente de ello, pues en una comunidad de vida el uno se confía al otro y puede esperar del otro que éste le proteja en caso necesario ante el peligro. En el caso del que se ocupó la sent. BGHSt 19, 167, el hijo vivía "en una comunidad de hogar con la familia". Si se parte de que esa comunidad de hogar se caracteriza por una vida familiar en común, en consecuencia la posición de garante del hijo (y por tanto la corrección de las conclusiones alcanzadas por el BGH) ya resulta entonces de un dominio del control en el ámbito familiar interno, así que no se requería el equivocado recurso a la relación-hijo-padre. 43

La jurisprudencia ha atribuido también a los abuelos una posición de garante[74]. Sin embargo, según los principios desarrollados anteriormente, esto sólo puede ser válido cuando los abuelos viven efectivamente en la familia y se han hecho cargo del cuidado de los niños en exclusiva o lo han compartido[75]. Igualmente, la existencia de una recíproca posición de garante entre 44

---

[72] En el mismo sentido, *Freund*, AT, § 6, Rn. 90; *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/62; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 IV 3 a; *Joecks*, 3.ª § 13, nm. 24 s.; *Nickel*, 1972, 186 s.; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 137; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 39; de otra opinión *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 54.

[73] *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/62.

[74] RG LZ 1916, 404; RGSt 49, 397; 64; 316; 72, 373; OGHSt 1, 88.

[75] Como aquí SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 48; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 53; *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/62. Atienden tb. a ese punto de vista RGSt 72, 374 y OGHSt 1, 88.

los hermanos[76], afirmada por una parte de la doctrina, debe ser rechazada, coincidiendo con la opinión que entre tanto se ha hecho dominante en este caso[77]; sólo en caso de convivencia de los hermanos rige lo contrario. No existe ninguna posición de garante frente a la suegra que vive en una residencia de ancianos, como el BGHSt 13, 162 sostiene sin fundamento. Y tampoco otras relaciones de parientes lejanos conducen como tales a tener que responsabilizarse en el sentido del § 13.

c) Matrimonio y relaciones de pareja análogas al matrimonio

45 También es indiscutible la posición de garante de aquellos que están unidos por una comunidad de vida matrimonial[78]. Con frecuencia se extrae esta conclusión de la "ley", en particular del § 1353 I, 2 BGB: "Los cónyuges están comprometidos recíprocamente a una comunidad de vida matrimonial; y ello conlleva responsabilidad del uno para con el otro". Sin embargo esto es una derivación o deducción de la rechazable teoría formal de los deberes jurídicos (cfr. nm. 10 ss., 11/12). El § 1353 BGB describe la situación o el estado deseado, pero no puede fundamentar la punibilidad; ya civilmente no es coercitivamente imponible la generación de una comunidad de vida matrimonial (§ 888 III ZPO)[79]. **La posición de garante presupone por ello una comunidad de vida o convivencia efectivamente puesta en práctica**[80]; el compromiso no es suficiente para su generación[81]. En un matrimonio que vive de esta manera se confía el uno en el otro y al otro; los cónyuges se preocupan el uno del otro y asumen por ello una función de protección recíproca. Por consiguiente, si uno de los cónyuges tiene un accidente o enferma, el otro cónyuge tiene un deber de evitar el resultado; tiene que ayudarle, en su caso llamando a un médico o a una ambulancia, etc.

46 **No obstante, los deberes de asistencia de los cónyuges están delimitados por medio de un amplio ámbito de autodeterminación autónoma**[82]. Por tanto, los

---

[76] *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 18.

[77] *Freund*, 1992, 291, *el mismo*, AT, § 6, nm. 91; *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/62; *Nickel*, 1972, 186; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 49; *Schünemann*, 1971, 357 s.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 39.

[78] RGSt 64, 278; 71, 187; HRR n. 1624; BGHSt 2, 153; OGHSt 3, 4. En la doctrina: *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 15 III 4 a; *Freund*, AT, § 6, nm, 80, 88; *Gropp*, AT, 2.ª, § 11, nm. 14; *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/63; LK-*Jescheck*, § 13, nm. 22; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 IV 3 a; *Joecks*, 3.ª, § 13, nm. 26; *Kindhäuser*, AT, 2.ª, 257; *Köhler*, AT, 216; *Krey*, AT/2, nm. 335; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 56; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 46/58; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 50; *Schmidhäuser*, Lehrbuch AT, 2.ª, 16/42; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 18; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 59; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 13, nm. 6; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 718.

[79] Al respecto tb. BGHSt 7, 268, 270 s.

[80] Igualmente BGHSt 2, 150, 153; 6, 322, 324; *Brammsen*, 1986, 162; *Freund*, AT, § 6, nm. 88; *Joecks*, 3.ª, § 13, nm. 26; *Köhler*, AT, 217; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 58; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 46/82, 89 s.; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 50; *Schünemann*, 1971, 355 ss.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 39; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 13, nm. 6.

[81] Así no obstante *Geilen*, FamRZ 1961, 148; *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/64; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 217.

[82] Cfr. *Freund*, 1992, 289.

cónyuges pueden regular sus relaciones de tal modo que cada uno sea responsable único de sus negocios privados, que uno no hable al otro para meterlo dentro de sus hobbies o de otras actividades privadas, etc. En esta medida no se asume entonces ningún deber de protección, y no se origina ninguna posición de garante. No obstante, lo que no puede fundamentarse con sentido es que, en la medida en que el patrimonio de la pareja cae en el ámbito de protección recíproco, se considere que sólo puede surgir una posición de garante desde un monto de los daños determinado[83]. Ciertamente que las bagatelas difícilmente llegarán a denunciarse y pueden ser resueltas dado el caso según el § 153 StPO.

Sobre todo, **de la posición de garante del cónyuge no se deriva ningún compromiso de preservar al otro de autodaños responsables**, tal y como ha hecho el BGH (BGHSt 2, 150)[84]. Esto coincide también con la opinión mayoritaria hoy en la doctrina[85], ya que un cónyuge debe proteger al otro de peligros externos, pero no de sí mismo. No obstante, muchos suicidios se deben a una enfermedad psíquica que excluye la autodeterminación libre (p. ej. una depresión endógena), y en tales casos, que serán conocidos para el otro cónyuge en su mayoría por sucesos previos (p.ej. por irregularidades en el comportamiento, tratamiento psiquiátrico y similares), el acto suicida es un acontecimiento desgraciado o accidente [en el sentido legal], el cual queda sometido a la posición de garante del protector conyugal. 47

No obstante, no es seguro si el BGH se mantiene aún firmemente y sin restricciones en esta jurisprudencia. Así BGH NStZ 1988, 127, quiere "atribuir a una decisión de suicidio seria y tomada de manera libre y responsable una importancia o significación jurídica más fuerte" que la que le habían otorgado sentencias anteriores. Ya la BGHSt 7, 271 había considerado "no antijurídico" el hecho de abandonar a una esposa que amenazaba con suicidarse. Según BGHSt 32, 262 no es punible en principio la colaboración en autopuestas en peligro queridas y realizadas responsablemente, lo que naturalmente con mayor razón aún tiene que ser válido para la mera omisión de impedirlas. Cómo hay que resolver el caso si al que colabora "le afectan deberes de garante respecto de la vida o la integridad corporal del que se autodaña", es algo que el BGH ha dejado aquí abierto (loc. cit., 264), y por tanto no afirma sin más la existencia de dicho deber. Finalmente la sent. BGH NStZ 1987, 406 ha considerado impune que un marido omita conducir a su esposa gravemente enferma a que reciba tratamiento médico contra su expresa voluntad. 48

En oposición a la jurisprudencia tradicional[86], **el ámbito matrimonial de protección y de control tampoco abarca la evitación de delitos por parte** 49

---

[83] *Herzberg*, 1972, 338 con indicaciones bibl. sobre voces discrepantes.

[84] Cfr. sobre esta cuestión *supra* detalladamente § 25, nm. 56, 148 ss. así como § 31, nm. 216 s. así com *Roxin*, Täterschaft, 7.ª, 2000, 425 s.; *el mismo*, Dreher-FS, 1977, 347 ss.

[85] Cfr. por todos *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, antes §§ 211 ss., nm. 41, con ulteriores citas.

[86] RGSt 72, 19; 74, 285; BGHSt 6, 322; BGH NJW 1951, 204; 1953, 591. En contra OLG Stuttgart NJW 1986, 1767 (al respecto *Ranft*, JZ 1987, 909).

del cónyuge, pues el dominio de control del cónyuge sirve para la protección recíproca, no para la protección de la generalidad[87]. El cónyuge es un auxiliador para el otro, pero no es su tutor. Y efectivamente la nueva jurisprudencia se ha hecho vacilante. La sent. BGHSt 19, 297 deja abierto "qué pasa con la cuestión de si y en qué medida un cónyuge está obligado jurídicamente, a causa de su comunidad de vida matrimonial, a apartar al otro de cometer delitos". La sentencia manifiesta que quizás no sea éste el caso "cuando el delito de la otra parte se dirige sólo contra un bien jurídico ajeno, respecto del cual el cónyuge... no ocupa... ninguna posición de garante".

50 **Una "ruptura" del matrimonio no anula la posición de garante, mientras la comunidad de vida subsista,** pues las discusiones, por muy serias que sean, no pueden eliminar la relación de solidaridad[88]. Cosa distinta es, si la pareja se ha separado y ha abandonado por ello su comunidad de vida[89], ya que en este caso falta un fundamento real para la función de protección: ambos cónyuges viven en esferas diferentes y no pueden controlar el ámbito vital del otro. Para los supuestos de un matrimonio "frustrado" el § 1353 II BGB dispone incluso expresamente que se puede rehusar el originar o producir una comunidad de vida conyugal[90]. Sin embargo, la cuestión no depende siquiera de ello, pues el puro deber de originar una relación de protección no puede sustituir a ésta.

51 Por el contrario, **una comunidad de vida de personas no casadas análoga o semejante a la de un matrimonio fundamenta** perfectamente **una posición de garante,** puesto que uno confía en el otro y se ocupa de él como en un matrimonio. La inexistencia de un casamiento civil no cambia nada en cuanto a la pertenencia al ámbito de protección respectivamente del otro[91]. Esto también es válido para relaciones de pareja homosexuales, siempre y cuando exista la imprescindible estrecha comunidad de vida (un gobierno de la casa

---

[87] En opinión absolutamente mayoritaria, *Freund*, AT, §6, nm. 79; *Geilen*, FamRz 1961, 147, 157 s.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 IV 4 c; *Joecks*, 3.ª, nm. 26; *Kindhäuser*, AT, 2.ª, 258; *Köhler*, AT, 217; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 59 s.; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 13, nm. 14; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 46/77; *Ranft*, JZ 1987; 909 ss.; *Rudolphi*, 1966, 94 s., 105; *el mismo*, SK, 7.ª, § 13, nm. 52; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 40; *Teuchhoff*, JuS 1978, 308, 311.

[88] *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 58; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 51.

[89] *Köhler*, AT, 217; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 58; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 51. Ya anteriormente con todo detalle y en este sentido, *Bärwinkel*, 1968, 136 s.; de otra opinión, *Krey*, AT /2, nm. 335.

[90] Sólo en este caso quieren admitir la desaparición de la posición de garante *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 19; mientras que *Geilen*, FamRZ 1961, 148, y *Herzberg*, 1972, 324 s., la afirman incluso en tal caso.

[91] En este sentido *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 15 III 4 d; *Brammsen*, 1986, 168 s.; *Freund*, AT, § 6, nm. 88; *Gropp*, AT, 2.ª, § 11, nm. 26; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 IV 3 b; *Joecks*, 3.ª, § 13, nm. 27; *Köhler*, AT, 217; *Maurach/Gössel*, AT /2, 7.ª, 46/89 ss.; SK-Rudolphi, 7.ª, § 13, nm. 51; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 39. Sin embargo, en contra de una posición de garante *Geilen*, FamRZ 1961, 149 ss., 153; *Konrad*, 1986, 74 ss., 86 ss.; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 17; *Timpe*, 1983, 191 ss.

común, una planificación del tiempo libre común etc.)[92]. *Jakobs*[93] sostiene que el confiarse al otro ("la confianza fáctica y presente en la evitación" de daños) en uniones semejantes "no puede sostenerse jurídicamente; si se aseguraran grupos íntimos fuera del matrimonio mediante deberes de garante, de ese modo sería destruido el monopolio del matrimonio". Pero, en primer lugar, la responsabilidad penal no se deriva del derecho de familia, sino de la función de protección realmente asumida; y en segundo lugar, incluso el legislador se esfuerza en la regulación jurídica de uniones similares o análogas al matrimonio y con ello destruye él mismo el "monopolio matrimonial".

Por el contrario **los esponsales como tal no fundamentan ninguna posición de garante, con tal de que no se transformen en una convivencia semejante al matrimonio**[94]; pero entonces es esto y no los esponsales la fuente de la posición de garante. Los esponsales son la promesa de una configuración futura de vida en común, pero no crean todavía esa vida en común con los deberes de protección que se originan en ella. Ni siquiera se puede demandar judicialmente que se contraiga el matrimonio y los esponsales se pueden disolver en cualquier momento unilateralmente. Por tanto, falta aún la unión real, la preocupación del uno por el otro, que es lo único que permite que se origine la posición de garante. 52

2. La asunción de otras funciones de protección

Junto a las relaciones de protección familiares o análogas a las familiares, existen otros muchos casos de asunción de funciones de protección, que fundamentan una posición de garante. Ellas sustituyen en primer lugar la posición de garante por contrato proclamada por la teoría formal del deber jurídico. Garante es con ello el médico frente a su paciente, el instructor o profesor de natación o de conducción de vehículos frente a sus alumnos o la niñera frente a los niños que tiene que vigilar y custodiar. Ya se ha expuesto, que el contrato no es el fundamento jurídico verdadero de la posición de garante. (nm. 13), puesto que la posición de garante es, en caso de asunción real de una función de protección, absolutamente independiente de la existencia de un contrato. Ésta p. ej. se da también si la clase de natación o la vigilancia de los niños se asume por puro favor y amabilidad. Por otro lado 53

---

[92] Así en el caso de una convivencia homosexual AG Duisburg MDR 1971, 1027. A favor de una posición de garante, *Brammsen*, 1986, 168; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 63; *Maurach/Gössel*, AT /2, 7.ª, 46/91; *Otto*, AT, 6.ª, § 9 II 1 b ee; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 51; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 39; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 13, nm. 10. En contra de una posición de garante sin embargo, *Blei*, H. Mayer-FS, 1965, 127; *Doehring*, MDR 1972, 664, 665; *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/66.

[93] *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/66.

[94] BGH JR 1955, 104, 105; BGH NJW 1960, 1821, aceptan una posición de garante, pero ciertamente en casos en que había una comunidad de vida efectiva. En contra de la posición de garante de los prometidos *Geilen*, FamRZ 1961, 155; *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/65; *Köhler*, AT, 217; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 39. A favor de tal posición de garante *Haft*, AT, 8.ª, 184; *Heinitz*, JR 1955, 105; *Kienapfel*, AT, 4.ª, 500; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 16/42, nota 26 a E; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 718.

no existe posición de garante a pesar de un contrato válido, si no es asumida, es decir, si no se ha comenzado el servicio.

Por contra, ello no depende de si el sujeto a proteger también se hubiera expuesto al peligro sin el garante[95]: Si el turista hubiera emprendido solo la escalada de una montaña incluso si no se presenta el guía, éste, no obstante, si él desempeña la dirección en la guía, es garante.

54 Pero la asunción de una función de protección cubre también la posición de garante derivada de una estrecha comunidad de vida, la cual ha sido reconocida ya por la última jurisprudencia del RG y también por el BGH como fundamento independiente de origen de deberes de evitación del resultado (cfr. nm. 4, 5). Quien acoge y atiende a una persona que necesita cuidados (con o sin contrato, pariente o no pariente) en su casa, es garante. E igualmente las llamadas comunidades de peligro no son tampoco posiciones de garante independientes, sino casos de asunción de una función de protección: Los alpinistas, que cuelgan de la misma cuerda, asumen recíprocamente la responsabilidad por su seguridad: lo mismo rige p. ej. para los participantes en una expedición.

55 Es importante destacar **que una función de protección no se desprende de la comunidad como tal, sino que por un lado presupone una dependencia del sujeto a proteger, a la que por el otro lado corresponde una relación de protección del garante.** Tal relación existe, o bien si alguien confiando en el protector se expone a peligros, con los que el solo no hubiera podido (p. ej. el turista de montaña en relación con el guía de montaña o el alumno de natación en relación con su profesor), o si él a causa de su desamparo depende de un protector y por confianza en él omite otras medidas de seguridad (el paciente en relación con su médico, el niño en relación con los cuidadores, a los cuales se ha traspasado provisionalmente la función de protección por los padres)[96].

56 Si falta una dependencia en el sentido señalado, entonces tampoco se origina una función de protección. **La mera convivencia en una comunidad de hogar aún no fundamenta una posición de garante frente a los compañeros de la casa.** Los supuestos, en los cuales la jurisprudencia tradicional había aceptado esto[97], eran en realidad aquellos en los cuales había sido asumido un deber de cuidado frente a personas desamparadas.

57 Esto se ha reconocido ahora también por el BGH[98] y en una sentencia del año 1983 exponía programáticamente: "En la jurisprudencia y en la doctrina se menciona con frecuencia "la estrecha comunidad doméstica" como un elemento fundamentador del deber de garante.

---

[95] *Blei*, AT, 18.ª, § 87 VI 3 b; *Herzberg*, 1972, 353; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 59; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 25.

[96] OLG Düsseldorf NStZ 1991, 531. *Blei*, H. Mayer-FS, 1966, 121 ss.; *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/47; LK-*Jescheck*, 11.ª, § 13, nm. 27; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 IV 3 c; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 46/91; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 58; *Schünemann*, 1971, 344 ss., 350 ss.; *Stree*, H. Mayer-FS, 1966, 184 s.; *el mismo*, Sch/Sch, 26.ª, § 13, nm. 27.

[97] RGSt 69, 321; 73, 390; 74, 311; BGHSt 3, 21.

[98] BGH NStZ 1984, 163 (de ahí está tomada la cita); BGH NJW 1987, 850; BGH NStE nº 3 en § 13.

Sin embargo, el repaso a los supuestos enjuiciados hasta ahora muestra que la aceptación del deber de acción no se apoyaría en ningún caso sólo en esa comunidad. Más bien lo que se contempló como circunstancia determinante fue o una relación de parentesco o de esponsales... o la asunción de una función de protección... frente a un necesitado. La Sala que conoce de este asunto comparte la concepción de que la sola convivencia efectiva aún no fundamenta ningún deber de actuar en el sentido del § 13... En otro caso se ampliaría, dada la diversidad de comunidades de vivienda compartida existentes –comunas, residentes alojados, trabajadores en alojamientos comunes, etc.–, el círculo de los deberes de actuación de un modo inabarcable y en parte injustificable.".

En haber dejado de lado la existencia de una relación de dependencia se encuentra también la debilidad de planteamiento de *Lilie*[99], el cual quiere sacar partido al concepto de "persona próxima", como aparece en los §§ 35, 241, para el fundamento y delimitación de la posición de garante. Pero el mero "estar próximo" todavía no es suficiente, si no está unido a la asunción de una función de protección[100]. 58

De los presupuestos mencionados del deber de protección también se desprende que éste encuentra su límite en la autonomía de la personalidad de la persona a proteger. Así ha resuelto el BGH [101] en un caso en el que el acusado había acogido a un amigo en su vivienda y, cuando éste estuvo postrado en la cama, también se había ocupado de él al principio. Sin embargo, dado que el amigo quería morir, con su consentimiento el acusado suspendió el cuidado en gran parte y tampoco solicitó ayuda médica. El BGH mantiene con razón que de la comunidad de vida y de compartir vivienda no se deriva ningún deber jurídico de impedir al otro la defunción querida por sí mismo, en la medida en que éste haya decidido esto en libre determinación de su voluntad. 59

A causa de la falta de dependencia no surge **ninguna posición de garante de la amistad –incluso de muchos años–[102], de relaciones sexuales** (en la medida en que éstas no den lugar a una comunidad de vida), **de grupos de parroquianos para compartir bebida y consumiciones (o parrandas)[103] o del consumo en común de drogas[104], de relaciones de camaradería deportivas, de la pertenencia a la misma empresa o asociación o de hacer un viaje en común en automóvil[105].** 60

La asunción de una función de protección no consiste aún tampoco en que alguien prometa cumplir un deber de asistencia general según el § 323 c 61

---

[99] *Lilie*, JZ 1991, 541: Críticamente SK-*Rudolphi*, 7.ª, §13, nm. 51 a, el cual, partiendo de la diferente dirección en objetivos de los §§ 35 y 13, deriva de ahí la necesidad de interpretaciones distintas.

[100] La concepción de *Lilie* es elaborada y desarrollada ampliamente por su discípula *Albrecht*, 1998. Pero dado que ella exige (op. cit., 194) para la "proximidad" una "relación estrecha y real", llega con frecuencia a resultados similares a los que aquí se defienden.

[101] BGH NStZ 1983, 117; sobre ella *Ranft*, JZ 1987, 911.

[102] De otra opinión, KG VRS 11 (1956), 360.

[103] BGH NJW 1954, 1047 s.; OLG Düsseldorf NJW 1966, 1175, 1176.

[104] OLG Stuttgart NJW 1981, 182.

[105] De otra opinión, KG VRS 10 (1956), 138, 139; en contra *Heinitz*, JR 1954, 270.

o comience a prestar socorro. Por tanto, si un excursionista encuentra a un accidentado en un paraje solitario y le promete que va a hacer venir ayuda, pero luego omite hacerlo, o si suspende antes de tiempo sus propios esfuerzos de prestación de ayuda, el excursionista por principio sólo es punible según el § 323 c, ya que no se le puede dar peor tratamiento que a aquel que desde el comienzo rehúsa prestar cualquier auxilio.

62 Pero este resultado se deduce también de los fundamentos generales de la asunción de funciones de protección, porque si el accidentado no abandona o renuncia a otras medidas de salvación, debido a que tales medidas no están presentes, éste no se coloca en una dependencia mayor que la condicionada de todos modos por la situación. Ahora bien, las dependencias puramente condicionadas por la situación, como las que existen en la mayoría de los casos del § 323 c, no fundamentan funciones de protección. Por ello, una posición de garante en tales situaciones sólo se origina si el accidentado, debido a la asistencia prometida o prestada ya en parte, renuncia a otras posibilidades de salvación (cfr. nm. 55). Por consiguiente, si el accidentado, en vista del aviso al personal de salvamento prometido por un primer excursionista o en vista de las medidas comenzadas ya por éste, rechaza agradeciendo la ayuda ofrecida por el adicional excursionista nº 2, el excursionista número uno se convierte en garante, porque ahora el accidentado es dependiente de él, porque le ha confiado su protección a él solo[106].

63 De esta exposición se deduce que **la "comunidad de un infortunio o accidente" tampoco fundamenta una posición de garante**[107]. Por tanto, los náufragos, que van en un bote, o las personas que están atrapadas en una vivienda que está ardiendo, no tienen que responsabilizarse los unos de los otros. Es cierto que uno puede depender del otro, pero falta la asunción de una función de protección y el abandono o renuncia a otras posibilidades de aseguramiento.

64 La función de protección, que fundamenta una posición de garante, se origina en la mayoría de los casos por un acto de confianza[108] del desamparado que necesita ayuda, que se pone en las manos del médico, del enfermero, del guía de montaña, etc. Pero esta función también se puede originar "por la propia intervención"[109] del protector, como p. ej. en épocas pasadas sucedía con frecuencia en el caso de que niños huérfanos o expósitos eran acogidos en familia por personas en principio extrañas. En las circunstancias actuales se da un caso semejante cuando un trabajador social de la agencia de protección de menores asume realmente el cuidado de los hijos de una

---

[106] En esencia igualmente BGHSt 26, 39; BayObLG NstZ 1990, 85; OLG Düsseldorf NStZ 1991, 531; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 76; *Otto*, AT, 6.ª, § 9 II 3 a cc; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 64; *Schünemann*, 1971, 344 ss., 350 ff.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 25; *Stree*, H. Mayer-FS, 1966, 154 s. De otra opinión *Joecks*, 3.ª, § 13, nm. 27.

[107] *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 67; *Maurach/Gössel*, AT /2, 7. ª, 46/92; AK-*Seelmann*, § 13, nm. 104, también *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/71.

[108] Al respecto más en detalle *Schünemann*, 1971, 344 ss.

[109] *Schünemann*, 1971, 343.

familia problemática[110]. En tales supuestos la posición de garante se fundamenta incluso si la intervención se produce de manera prohibida y violenta, como es el caso en un secuestro[111]. Por tanto, no se necesita recurrir tampoco en semejantes casos a una posición de garante por un hacer precedente.

La **dimensión de la obligación de protección** se deriva en parte de los límites de la necesidad de ayuda del protegible (el sujeto que hay que proteger), y en parte de posibles acuerdos con él. Quien se ha hecho cargo de los cuidados de un enfermo, no por ello es responsable también de su patrimonio, si éste está dispuesto y en condiciones para ocuparse de su propia administración y seguridad. Por lo demás, el restablecimiento del enfermo pone fin también a la posición de garante. Quien escolta y ayuda a un frágil y débil transeúnte a cruzar la vía, ha aceptado de momento –¡naturalmente sin ningún contrato!– su protección y es garante [112]. Por ello, si lo deja en medio de la vía, de tal modo que el peatón frágil es víctima de un accidente, el acompañante es responsable como autor por omisión. Pero al alcanzar la acera finaliza entonces el deber de protección, porque ya no amenaza ningún peligro directo y en este lugar la persona frágil puede ayudarse a sí misma. Con mucha frecuencia los límites del deber de protección también los fijan los acuerdos. Si el turista despide al guía de montaña en un determinado refugio, para emprender solo el resto del descenso a la mañana siguiente, el guía queda exonerado de todas las ulteriores obligaciones. 65

También el **comienzo de la posición de garante** necesita todavía más precisión. La necesidad de una asunción efectiva de la función de protección es reconocida en principio (por tanto, el guía de montaña tiene que haberse presentado realmente y haberse puesto en camino con el turista), pero ello se relativiza a veces por la doctrina. Asi p. ej. *Kühl*[113] opina que "de modo excepcional" ya la sola promesa puede fundamentar también una posición de garante, p. ej. "si los padres acuerdan con la canguro que ésta, poco tiempo después de salir ellos de casa, debe hacerse cargo del bebé, que han dejado echado para dormir, pero la niñera no aparece". Sin embargo, de este modo se abandona el principio de asunción sin fundamento suficiente. Aquí los padres han de asumir la responsabilidad, igual que tienen que hacerlo si la niñera no aparece puntualmente y en vista de eso ellos se marchan confiando en que la niñera llegará dentro de poco. 66

De nuevo es distinta la situación en el caso construido por *Rudolphi*[114], siguiendo a *Blei*[115], de que "los padres salen de la casa sólo porque la vecina 67

---

[110] OLG Stuttgart NJW 1998, 3131.

[111] OGHSt 2, 14 s.; 2, 68; *Freund*, 1992, 296 ss.; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 64; *Schünemann*, 1971, 343, 349.

[112] OLG Hamm VRS 12 (1957), 45, en referencia a un ciego.

[113] *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 70.

[114] SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 62.

[115] *Blei*, H. Mayer-FS, 1966, 122; *el mismo*, AT, 18.ª, § 87 VI 3.

les ha prometido echar un vistazo al bebé cada cierto tiempo". Aquí la función de protección según lo acordado está limitada a un "echar un vistazo" de vez en cuando. Si esto no es suficiente (cfr. en este sentido ya nm. 34), la responsabilidad penal reside en los padres. No obstante, si la vecina no va en absoluto a ver al niño y se le ocasiona por ello algún daño, la vecina es autora por omisión. En este caso la asunción residía ya en el compromiso, porque éste no se refería a una presencia permanente.

68 Al **final del deber de protección** pueden llegar a entrar en colisión la desaparición de la necesidad de protección y el acuerdo, los cuales cada uno por sí pueden conducir a la extinción de la posición de garante. Se tiene que dar entonces prioridad a la tarea o misión de protección una vez asumida, mientras no se oponga a ello la voluntad autónoma del "protegible". Por consiguiente, si los padres, que han contratado a una niñera, regresan más tarde de lo esperado, ésta no podrá retirarse sin más a la hora convenida de vuelta, sino que tendrá que esperar a los padres. (Ciertamente pueden producirse excepciones desde el punto de vista de la colisión de deberes). O para agudizar el problema: si una mujer le pide a otra que cuide de su pequeño durante diez minutos, mientras ella tiene que solucionar un recado, y si la madre a continuación ya no vuelve nunca porque ella quería librarse de este modo del niño, no obstante la "cuidadora" no puede dejar sólo al niño en medio de la calle, sino que tiene que hacerse responsable de la seguridad del niño hasta que lo entregue a alguna de las autoridades competentes.

69 Distinto es lo que rige si el sujeto que ha de ser cuidado pone fin a la relación de protección por una decisión responsable. Por tanto, en el mencionado caso del guía de montaña (nm. 65) se extingue su cometido de protección incluso aunque el resto del descenso, que el excursionista quiere emprender sólo, no esté exento de peligro y fuera objetivamente adecuada la compañía protectora de un guía de montaña. Al caso de que alguien tenga el deseo de morir y no tolere medidas de un cuidador que le prolonguen la vida, ya se hizo mención anteriormente (nm. 59).

70 **El caso más importante prácticamente de posición de garante en virtud de una función de protección es el del médico en relación con el paciente**[116]. La asunción de la función de protección se produce aquí ya con la aceptación o promesa –en su caso también telefónicamente– de tratamiento por el médico. Pero esto no es una excepción a la exigencia de asunción real y efectiva de la actividad prometida[117], sino que se deriva de la peculiaridad de esta posición de garante: Puesto que la misma no presupone la presencia personal y permanente con el paciente, la "asunción real" radica en la fundación (creación) del estatus de paciente. Por consiguiente, si el paciente se ha presentado al médico y éste, aunque al principio sea sólo por medio de

[116] RG DR 1943, 896, 897; BGHSt 7, 211 s.; 31, 348 s.; BGH NStZ 1983, 263; BayObLG JZ 1973, 319; OLG Hamm NJW 1975, 604 s. Nueva exposición doctrinal en *Tag*, 2000, 407 ss.

[117] Así sin embargo *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 70.

un compromiso verbal, asume el tratamiento, le conciernen a él todos los deberes de garante (que aquí no es posible exponer en detalle)[118].

Por el contrario no existe obligación coactiva de curar, por lo que, si el médico rechaza a un al paciente, no se origina ninguna posición de garante. (Sobre el debatido caso del médico de guardia o de urgencias cfr. nm. 73-75). Las razones para el rechazo son indiferentes. Por tanto da igual si el médico rechaza al paciente por sobrecarga de trabajo, por antipatía personal, por sospechar su incapacidad de efectuar el pago o porque el médico no se sienta lo suficientemente competente para el tratamiento de la enfermedad. No obstante, la inactividad puede ser punible como omisión de socorro según el §323 c [119] si la ayuda está requerida urgentemente y el médico al que se le llama puede ayudar mejor y más rápido que otro en esa concreta situación. Por lo cual, si un médico pasa por casualidad por el lugar de un accidente o si simplemente se le llama desde allí y se niega a actuar, aunque hubiera podido intervenir de manera más eficaz que los profanos allí presentes, será culpable de una omisión de socorro. 71

Una finalización de la posición de garante del médico se produce con la conclusión del tratamiento, pero también con una rescisión unilateral del contrato de tratamiento por el paciente, el cual quiere cambiar de médico o prescindir absolutamente de un ulterior tratamiento. Esto es válido incluso si el paciente basado en una decisión responsable se niega a un tratamiento para salvarle la vida, rehusando p. ej. una transfusión de sangre por motivos religiosos (BverfGE 32, 98). Y también otras decisiones "insensatas o irrazonables" del paciente tiene que ser respetadas por el médico (BGHSt 11, 114). Una única excepción ha hecho la jurisprudencia en el caso de un intento de suicidio de un paciente, que expresamente no permitió ser salvado por el médico (BGHSt 32, 367 ss., 377)[120]. No obstante, tampoco existe aquí posición de garante, porque en la mano del paciente está acabar la relación con el médico en cualquier momento y por motivos cualesquiera. 72

Es debatido si el **médico de guardia o de urgencias** desempeña una posición de garante incluso sin asunción real, para la cual ya es suficiente un compromiso de tratamiento (nm. 70), de tal modo que se haga culpable p. ej. de un homicidio imprudente o incluso doloso por omisión si se niega a prestar el servicio que se le reclama y el paciente muere a consecuencia de ello. El BGH afirma la existencia de tal posición de garante (BGHSt 7, 211, 212), sosteniendo que el médico de guardia tiene "un deber jurídico penalmente protegido de intervenir en casos de enfermedades de urgencia..., no sólo frente a la institución médica de la seguridad social o de las sociedades 73

---

[118] Cfr. los casos sentenciados por la jurisprudencia *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 28 a.

[119] Cfr. resumidamente *Kreuzer*, 1965; *el mismo*, NJW 1967, 278.

[120] Conforme *Dölling*, NJW 1986, 1011; *Eser*, MedR 1985, 6; *Gropp*, NStZ 1985, 97; *Herzberg*, JA 1985, 184 s.; *Kutzer*, MDR 1985, 711 s.; *Otto/Brammsen*, Jura 1985, 596; *R. Schmitt*, JZ 1984, 867; *el mismo*, JZ 1985, 367 s.; *Schultz*, JuS 1985, 271, 273; *Sowada*, Jura 1985, 75. *Uhlenbruck*, 1985, 16.

de asistencia sanitaria, sino frente a la población"; y que ello se deriva de la "esencia de servicio de urgencias o de guardia y del interés prevalente de la población..." ya por el dato esencial "de que los deberes de otros médicos están limitados considerablemente frente a sus pacientes durante el tiempo que éstos están en el servicio de urgencias". Esta posición es secundada también por los tribunales de instancia y la mayoría de la doctrina[121].

74 En cambio, otra concepción[122] discute la posición de garante del médico de guardia o urgencias y exige también en él un acto de asunción expresa para que se origine un deber de evitación del resultado. Esto se puede fundamentar aduciendo que de lo contrario se abandona el punto de partida teórico, la existencia de una concreta relación de custodia o amparo, y que "la posición de monopolio" que puede tener el médico de urgencias como único salvador disponible en determinadas circunstancias, también en otros casos sólo fundamenta punibilidad por omisión de socorro conforme al § 323 c.

75 La solución correcta esta en el punto medio[123]. El médico de urgencias o de guardia asume provisionalmente la función de protección de aquellos pacientes que se dirigen a él aunque ya están en tratamiento con otro médico. En este sentido no se trata de algo diferente del caso de las personas dispuestas como cuidadores, a las cuales les transmiten los padres durante su ausencia el cuidado de sus niños. Si por el contrario un paciente que no se ha tratado hasta el momento se dirige al médico de urgencias o de guardia, su negativa le acarrea dado el caso sólo la punibilidad por omisión de socorro del § 323 c, pues los médicos remplazados por él tienen sólo un deber de asistencia general, cuya vulneración dado el caso tiene que ser sancionada conforme al § 323 c; más no le pueden transmitir al médico de guardia o urgencias. Y el deber legal, que tiene el médico de urgencias o de guardia frente a la "institución médica de la seguridad social o de las sociedades de asistencia sanitaria" (cfr. nm. 73), no fundamenta ninguna posición de garante frente al conjunto de la población. Y la dificultad que en determinadas circunstancias pueda haber para conseguir otros profesionales que presten la asistencia no puede tampoco producir dicha posición de garante, puesto que ni siquiera una posición de monopolio es capaz de hacerlo (cfr. nm. 74). Por lo demás la posibilidad de responsabilidad penal por el § 323 c unida a las consecuencias que suponen las sanciones disciplinarias para los médicos podrían ser suficientes para la protección de la población.

---

[121] BGHSt 7, 211, 212; OLH Hamm NJW 1975, 604, 605; AG Jever MDR 1991, 461; *Blei*, AT, 18.ª, § 87 I 4 a; *Bockelmann*, 1968, 23; *Freund*, 1992, 291; *Gropp*, AT, 2.ª, § 11, nm. 28; *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/47, n. 102; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 IV 3 c; *Kreuzer*, 1965, 81 s.; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 74; *Otto*, AT, 6.ª, § 9 II 3 a aa; *Otto/Brammsen*, Jura 1985, 595; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 61; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 46/16; *Stree*, H.Mayer-FS, 1966, 160; *el mismo*, Sch/Sch, 26.ª, § 13, nm. 28 a; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 13, nm. 9.

[122] *Erlinger*, 1998, 116 ss., 119 ss.; *Schünemann*, 1971, 353.

[123] *Ranft*, JZ 1987, 914; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 61; *Tag*, 2000, 411 ss.

Un ámbito especial es la *asunción de deberes de protección frente a patrimonios* 76
ajenos[124]. Esta es ante todo una cuestión de interpretación del tipo de la administración desleal, que no puede ser interpretado en una exposición de la parte general. Pero también sucede que una estafa por omisión sólo puede plantearse si el omitente tiene un deber de protección frente al patrimonio de su contraparte en un negocio. Ese no es el caso en la recepción de dinero devuelto de más por error o en el pago de un precio fijado o marcado demasiado bajo a consecuencia de un descuido, así que queda excluida una posición de garante y con ello también una estafa por omisión. Sólo puede regir una excepción con respecto al deber de manifestar o revelar la incapacidad de pago propia en el marco de unas relaciones estrechas de confianza, de modo que éstas conducen entonces a una posición de protección. El BGH dice al respecto:[125] "Pero una relación de confianza así no se puede deducir ya sólo del hecho de que se hayan firmado reiteradamente contratos de compra con un proveedor; así que con mayor razón aún no se puede aceptar su existencia en caso de conclusión por primera vez de un contrato. Ello sólo sería distinto si una relación de negocios de muchos años y la correcta gestión de los contratos firmados en su transcurso le hubieran proporcionado al proveedor el convencimiento, del que era consciente del acusado, de que sobraba un examen o comprobación de la capacidad de crédito de éste". Ya los concretos pormenores y cuestiones de detalle constituyen también en relación con el tipo de estafa una cuestión de la parte especial. Aquí sólo interesa retener que también en el Derecho penal patrimonial las posiciones de garante sólo se pueden derivar de posiciones de protección, y no, como se sostenía antes, de "la lealtad y la buena fe".

3. Posiciones de protección basadas en posiciones orgánicas y en deberes de los titulares de un cargo

a) En referencia a derechos privados y soberanos del Estado

Dado que las personas jurídicas no pueden actuar por si mismas, éstas 77
tienen que confiar sus bienes jurídicos a sus órganos, los cuales se convierten por ello en garantes de protección. Los órganos tienen ante todo una función de protección con respecto al patrimonio de la persona jurídica. En consecuencia, un órgano que por inactividad y negligencias perjudica a la persona jurídica, puede convertirse en culpable de administración desleal por omisión; pero ello requiere siempre como presupuesto que la omisión afecte al ámbito de tareas del órgano concernido.

Lo propio vale para las personas jurídicas del Derecho público, y por tanto 78
ante todo para el Estado[126], ya que, dado que el Estado no puede protegerse

---

[124] Cfr. *Otto/Brammsen*, Jura, 1985, 597 s. Detalladamente *MaaD*, 1982.

[125] BGH wistra 1984, 224.

[126] Monografías importantes recientes: *Schulz*, 1984; *Hüwels*, 1986, *Sangenstedt*, 1989.

como tal a sí mismo, éste necesita funcionarios y empleados que asuman esta función de protección[127]. A este respecto no se produce ninguna peculiaridad con relación a los bienes jurídicos fiscales. Quien en el marco de su ámbito de competencia no salvaguarda los intereses patrimoniales del Estado, puede ser castigado por administración desleal o malversación por omisión; y quien por su inactividad deja arruinarse la propiedad del Estado materializada en valores reales, puede ser culpable de daños por omisión.

79 Pero también se les confía a los cargos del Estado los derechos soberanos, y ellos tienen que responder de su salvaguardia. Por tanto, si el funcionario de Hacienda no cobra determinados impuestos o conscientemente no impugna declaraciones de impuestos falsas, puede ser culpable de administración desleal y también de defraudación de impuestos por omisión[128].

b) En especial en la persecución del delito

80 También son garantes ante todo aquellos "a los cuales se les confía el proceso penal como misión o cometido oficial (jueces penales, fiscales, funcionarios de policía, personal auxiliar de la fiscalía, cfr. §§ 160, 161, 163 ap. 1 StPO, § 152 GVG)[129]". La administración de justicia criminal está sometida en el marco de la competencia respectiva al dominio de esos encargados de la función. Y el incumplimiento de los deberes de persecución penal que por ello se les imponen encaja en el tipo especial del § 258 a.

81 Por el contrario **los titulares de un cargo que no están encargados de la persecución penal del delito, no tienen ningún deber de denunciar delitos cometidos que les sean conocidos**[130]. Y no existe tampoco ningún deber del superior jerárquico de denunciar delitos de su subordinado que él haya descubierto[131]. Según la antigua jurisprudencia y doctrina[132] el superior jerárquico ciertamente debía ser responsable como garante por el castigo de su subordinado siempre que aquél tuviera un deber de denunciar jurídico-público, y este es el caso si cualquier otra decisión constituiría una desviación de poder, y con ello la discrecionalidad o libre arbitrio se reduce a cero. Pero ni siquiera en este caso se puede afirmar que exista una posición de garante, pues tal deber de denunciar, cuya vulneración puede ser sancionada disciplinariamente en caso necesario, "no sirve para garantizar que se produzca la persecución penal protegida por el § 258 StGB", sino

---

[127] *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 78; *Rudolphi*, NStZ 1991, 361 (366).

[128] Cfr. en sentido similar RGSt 70, 396, 399; RStBl, 1938, 388; BGH NJW 1955, 192; *Kohlmann*, SteuerstrafR, 7 (1997), § 370 AO, nm. 15, 6 ss.; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 78; *Rudolphi*, JR 1987, 338; *el mismo*, SK, 7.ª, § 13, nm. 54 a; *Seckel*, 2 (1979), 50 s., 63. Las particularidades del Derecho fiscal no pueden ser expuestas aquí. Detalladamente con amplias indicaciones *Sangenstedt*, 1989, 509 ss. En relación con la defraudación de impuestos y la administración desleal 524 ss.

[129] Así literalmente BGHSt 43, 85.

[130] Esto es algo indiscutido; cfr. BGHSt 43, 85, con ulteriores indicaciones.

[131] Artículo básico: *Rudolphi*, NStZ 1991, 361; además *Sangenstedt*, 1989, 529 ss.

[132] Citas en *Rudolphi*, NStZ 1991, 361, así como en BGHSt 43, 88.

exclusivamente para el "mantenimiento de la disciplina del funcionariado así como la capacidad de funcionamiento del ejecutivo"[133]. Constituye un retroceso y una recaída en la superada teoría formal de los deberes jurídicos pretender derivar sin más de deberes jurídico-públicos posiciones de garante (cfr. nm. 10-12), pues, dado que el superior no tiene ninguna función de protección frente a la administración de justicia criminal, no puede afectarle tampoco ningún deber de evitación del resultado en el sentido del § 258.

82 También el BGH ha tenido que hacer suya ahora esta concepción. En el supuesto de hecho en el que se basa la sentencia BGHSt 43, 82, unos funcionarios directivos de un establecimiento penitenciario, infringiendo su deber, habían omitido denunciar al director del centro las lesiones que empleados del establecimiento les habían producido a unos "amotinados". Con razón el BGH niega que hubiera una posición de garante de los funcionarios penitenciarios, ya que, como razona la sentencia, ésta presupone un deber de colaboración en la persecución penal de delitos y los funcionarios de prisiones no tienen que desempeñar cometidos de persecución penal de delitos. Y añade: "en nada cambia esto el hecho de que ellos asimismo 'se ocupan' de la pena y el hecho de que el sistema penitenciario es parte de la justicia criminal" (loc. cit., 85), pues tampoco un deber jurídico-público de denunciar las faltas o infracciones fundamenta una posición de garante, sino que sirve sólo "para el mantenimiento o restablecimiento del ordenado cumplimiento de la pena en el establecimiento" y no se transforma "en un deber de salvaguardar o favorecer los intereses o exigencias de la persecución penal de delitos" (loc. cit., 88/89).

83 Por el contrario la sent. OLG Hamburg NStZ 1996, 102, había sentenciado todavía conforme a la antigua posición[134]: "El director de un establecimiento penitenciario de menores es responsable por encubrimiento si él no denuncia los delitos graves cometidos por los internos durante el arresto". Esto se rechaza ahora expresamente por el BGH.

84 Tampoco los funcionarios de policía, pese a que en principio sí están llamados a la persecución penal del delito, tienen un deber de garante si ellos han llegado a saber de la comisión de un delito sólo en la esfera privada (esto es, fuera de servicio)[135]. De la sent. BGHSt 38, 388, no se puede deducir si estas reglas son también válidas para el ministerio Fiscal, pero se debe responder afirmativamente a esta cuestión, ya que no se alcanza a ver razones convincentes para un tratamiento diferente. La jurisprudencia anterior aceptaba en el caso del Ministerio Fiscal la existencia de un deber de intervenir, basado en los § 152 II, 160 y 163 StPO y sancionado por el tipo penal del § 258 [favorecimiento del delincuente tras el hecho], por el conocimiento (de un delito) adquirido fuera de servicio, sólo si, pero al fin y al cabo siem-

---

[133] *Rudolphi*, NStZ 1991, 361 ss., 367.

[134] Con Comentario a favor, *Kleszewski* y en contra *Volckart*, StV 1996, 608; *Küpper*, JR 1996, 524.

[135] BGHSt 38, 393; BGH NJW 1989, 914, 916 con ulteriores citas.

pre que se trate de hechos que según su clase y alcance afecten a los intereses de carácter público y de la totalidad del pueblo en una medida especial[136].

c) En referencia a las personas individuales, especialmente en la relación de la policía con ciudadanos amenazados por delitos

85 Problemas especiales crea la cuestión de si y en qué medida el Estado tiene obligaciones de protección frente a sus ciudadanos. Esto es ciertamente indiscutible en la medida en que las personas se encuentran bajo el poder del Estado y con ello bajo su dependencia[137]. Por tanto, el Estado es garante en relación con los penados o con otras personas coactivamente alojadas en establecimientos y residencias o albergues estatales (p.ej. dementes y jóvenes difíciles de educar). Pero también los escolares están sujetos durante el tiempo de educación en la escuela al dominio de control del Estado, el cual tiene que responsabilizarse de que nada les ocurra.

86 Pero es especialmente **discutido si el Estado ocupa una posición de garante de protección también frente a los ciudadanos que no están en una relación de dependencia especial frente a él. El ejemplo principal lo constituye la relación del policía con los ciudadanos amenazados por delitos.** ¿Se puede castigar al policía por complicidad por omisión si no interviene contra un robo con fractura que presencia? ¿Es el policía que contempla de modo pasivo un homicidio, él mismo un homicida (por omisión)?[138].

87 La jurisprudencia y la doc. dom.[139] lo afirman. La sentencia actualmente decisiva para la praxis, la BGHSt 38, 388[140] parte de la base de que el deber jurídico-público de impedir delitos que tiene el funcionario de policía sirve al menos también al objetivo "de preservar del peligro que concretamente amenaza al bien jurídico protegido en el tipo respectivo ... Ambos fines de protección –impedimento o eliminación de situaciones antinormativas en interés de la generalidad y aseguramiento de bienes jurídicos individuales en interés del particular– están inseparablemente unidos entre sí. Por ello la misión de proteger de los delitos a cada uno de los ciudadanos no es sólo un

---

[136] BGHSt 5, 229 (229); 12, 227 (281). Por el contrario, había rechazado ya *Anterist*, 1968, una posición de garante de la fiscalía por conocimientos alcanzados fuera de servicio, pero había considerado admisible una sanción disciplinaria. Como aquí tb. *Sangestedt*, 1989, 538 ss.

[137] Exhaustivamente y con ulteriores indicaciones *Sangenstedt*, 1989, 557 s.

[138] Una buena exposición del estado de la cuestión actual se encuentra en *Pavlik*, ZStW 111 (1999), 335.

[139] *Androulakis*, 1963, 206 s.; *Bärwinkel*, 1968, 74; *Bergmann*, StV 1993, 518 s.; *Birnbacher*, 1995, 300 s.; *Brammsen*, 1986, 193 ss.; *Frank*, 1985, 109 s.; *Freund*, AT, § 6, nm. 93; *Gallas*, 1989 (1963), 84; LK-*Jescheck*, 11.ª, § 13, nm. 27, 29; *Kindhäuser*, AT, 2.ª, 261; *Köhler*, AT, 226, 228; *Krey*, AT /2, nm. 337 ss.; *Otto/Brammsen*, Jura 1985, 597; *Sangenstedt*, 1989, 606 ss.; NK-*Seelmann*, § 13, nm, 139; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 17; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 13, nm. 6 a; *Wagner*, 1975, 251 ss.; *Wernicke*, ZfW 1980, 263; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 721.

[140] Antes ya BGHSt 8, 186, 189; BGH NJW 1987, 199, con comentario en contra de *Rudolphi*, JR 1987, 336; *Winkelbauer*, JZ 1986, 1119. Ofrece una muy buena panorámica sobre toda la jurispr. anterior OLG Koblenz NStZ-RR 1998, 332.

efecto secundario o reflejo de un deber profesional de otro contenido ..., sino que es un componente esencial del deber profesional del funcionario de policía... Esto se desprende ya del hecho de que el ciudadano es titular de derechos públicos frente al Estado y por consiguiente tiene una pretensión, un derecho a que la policía intervenga para proteger sus bienes jurídicos". **El BGH afirma expresamente que existe una "posición de garante de custodia" o "posición de garante de protector"**, aunque el ciudadano amenazado puede lícitamente defenderse a sí mismo, "porque los funcionarios de policía, en virtud de sus derechos de intervención como autoridad, pueden adoptar medidas más eficaces para la protección frente al peligro" (loc. cit., 390). Por tanto, el BGH sigue en este sentido la moderna teoría de las funciones (cfr. nm. 6) y al aceptar la existencia de una posición de garante como protector se encuentra en consonancia con la doctrina mayoritaria. En cambio, no se plantea una posición de garante como vigilante por la sencilla razón de que la policía no tiene la obligación de vigilar a todos los ciudadanos como "fuentes de peligro"[141].

88 No obstante, el BGH efectúa dos limitaciones. En primer lugar, el funcionario tiene que tener competencia territorial y material[142]. En segundo lugar, tiene que encontrarse de servicio[143]. Por tanto, si no interviene en su tiempo libre para impedir unas lesiones, sólo puede ser castigado dado el caso por omisión de socorro del § 323 c. Por consiguiente, en la sentencia BGHSt 38, 388, a los policías no se les castiga por cooperación por omisión en el fomento y explotación de la prostitución, después de que ellos fuera de servicio habían obtenido el conocimiento de que en el bar que frecuentaban estaban teniendo lugar delitos del § 180 a I y no intervinieron para impedirlo. No obstante, si, como sucedía en el caso sentenciado por el BGH, el delito persiste también cuando los policías reanudan el servicio más tarde, debe sopesarse en el caso concreto si el interés público tiene prioridad sobre intereses privados (loc. cit., 391 s.).

89 En el caso resuelto por el BGH de explotación de la prostitución la sent. negó que fuera así. Igualmente el BGH opina que el conocimiento obtenido privadamente de que alguien conduce sin el permiso de conducir permanentemente, no fundamenta que, al entrar en servicio posteriormente, haya una posición de garante del policía, que le obligue a intervenir. Por el contrario sostiene que en delitos graves se origina una posición de garante incluso en el caso del conocimiento obtenido privadamente, si estos delitos persisten durante la entrada en servicio. "Esto puede suceder, fuera del catálogo del § 138 StGB, en caso de delitos graves como p. ej. lesiones graves, delitos considerables contra el medio ambiente, delitos con daños económi-

---

[141] Con más detalles al respecto *Paulik*, ZStW 111 (1999), 337 s.; *Bergmann*, StV 1993, 518 s.; *Mitsch*, NStZ 1993, 383 ss.; *Laubenthal*, JuS 1993, 907 ss.

[142] Faltaba la competencia p. ej. en el caso BGHR, StGB § 13.1, posición de garante, nº 4.

[143] Así también ya BGH NJW 1989, 914; BGH NStZ 1993, 383.

cos relevantes o con un contenido de injusto especial. Así, un funcionario de policía estará obligado por regla general a intervenir a pesar de intereses privados, si se entera de infracciones muy graves de carácter duradero, o de un supuesto de comercio con drogas duras no limitado al caso concreto o de casos de extorsión a cambio de protección. Lo mismo rige para delitos del ámbito de la criminalidad organizada, los cuales, conforme indica la experiencia, se instalan y apoyan en la repetición" (loc. cit., 392). La sent. BGH NStZ 2000, 147 ha confirmado esta jurisprudencia.

90 Por el contrario **una importante opinión minoritaria**[141] **discute totalmente una posición de garante de la policía, en tanto que ésta no se haga cargo de la protección de persona determinada u objeto determinado.** Para esta posición, la ausencia de una posición de garante se deriva sobre todo del hecho de que en la relación ciudadano-Estado falta una relación de dependencia, pues el ciudadano no está limitado en sus posibilidades de defensa y posee amplias facultades en la legítima defensa, el estado de necesidad y el autoauxilio o autotutela (por vías de hecho). "Pero con ello él mismo sigue siendo por principio competente y responsable para preservarse a sí mismo y sus bienes jurídicos de daños; y junto a ello ya no hay espacio para una especial posición de garante de custodia del Estado y sus funcionarios"[145]. Para una posición de garante de protección falta, según esta concepción, "un acto concreto de disposición de la víctima"[146].

91 Existen también concepciones intermedias. Así acepta *Kühl*[147] una posición de garante del policía sólo si el ciudadano realiza de forma válida una petición o reclamación de intervención policial, y con ello se hace que tenga validez y vigencia una relación personal entre funcionario y ciudadano y se evita una desmesurada extensión de los deberes de garante. No obstante, no será necesaria una "validación", si ello no es posible a causa de la situación material. Y tampoco en los delitos contra la vida y la salud tiene que ser necesaria.

92 Los argumentos en contra de una posición de garante son potentes, tanto más porque algunos de los argumentos alegados a favor de la misma son problemáticos. Cuando el BGH apela a que "los funcionarios de policía, en virtud de sus derechos de intervención como autoridad, pueden adoptar medidas más eficaces para la protección frente al peligro", cabe indicar que el ciudadano tiene muchos derechos para autodefenderse, los cuales en parte son

---

[141] *Grünwald*, ZStW 70 (1958), 425, 428; *Gürbüz*, 1997, 181 ss., 183; *Herzberg*, 1972, 356; *Holtmann*, NuR 1991, 12; *Immel*, 1987, 183 s.; *Mitsch*, NStZ 1993, 384; *Nestler*, GA 1994, 524; *Ranft*, JZ 1987, 914 s.; *Roeder*, DStR 1941, 112 s.; *Rudolphi*, Dünnebier-FS, 1982, 580; *el mismo*, JR 1987, 336 ss.; *el mismo*, JR 1995, 167 s.; *el mismo*, SK, 7.ª, § 13, nm. 36, 54 b ss.; *Schünemann*, 1971, 329, 363; *el mismo*, ZStW 96 (1984), 311; *el mismo*, GA 1985, 380; *el mismo*, wistra 1986, 243 s.; *Winkelbauer*, NStZ 1986, 151; *el mismo*, JZ 1986, 1119 ss., 1120 s.

[145] SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 54 c.

[146] *Schünemann*, 1971, 363.

[147] *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 87-90; muy similar *Bergmann*, StV 1993, 518, y *Krey*, AT/2, nm. 337 ss.

más amplios que los de la policía (p. ej. en el uso de las armas de fuego)[148], y que además puede tomar amplias medidas de seguridad privadas[149].

A pesar de ello tienen más peso las razones para mantener que existe una 93
posición de garante del policía, ya que a pesar de todas las facultades propias el ciudadano para su seguridad es dependiente de la protección brindada por el Estado y tiene que confiar en él. Si no hubiera Estado ni policía, la sociedad se hundiría en la anarquía y la seguridad de sus ciudadanos ya no estaría asegurada de ninguna de las maneras. "La seguridad exterior e interior son objetivos principales del Estado. Por su causa el hombre ilustrado se coloca en el estatus de ciudadano, restringe por tanto su libertad natural al uso de los derechos de necesidad [legítima defensa y estado de necesidad] y presta obediencia a las leyes."[150]. **El acto de disposición del ciudadano, la relación de dependencia especial, que fundamenta la función de protección del Estado, "se origina al incorporarse al estado de ciudadano"**[151]. En otras palabras, el contrato con el Estado se firma precisamente por la protección que el Estado debe garantizar al individuo.

Esto supone una fundamentación en definitiva filosófico-estatal de la po- 94
sición de garante de protección, que será rechazada por los detractores de la posición de garante por excesivamente normativa. No obstante, no es cierto en absoluto que las cosas sean de tal manera que una relación de protección tenga que basarse en un acto de voluntad del sujeto que ha de ser protegido en el que transfiere la custodia, sino que se puede fundamentar también en actos reales como una comunidad de vida o también se puede nacer y ser introducido en una relación de protección (nacer a esa relación), y ello es válido para el arquetipo de todas las posiciones de garante de protección: la relación de la madre con el hijo pequeño. Ella es en el momento del nacimiento la garante-protectora, pese a que no puedan existir actos de disposición psíquicos del recién nacido y aunque asimismo no sea necesario en cualquier caso que exista una voluntad de la madre de asumir la función de protección (aunque naturalmente dicha voluntad está presente en el caso normal). De manera comparable, si bien mediando una óptica filosófica-jurídica, la persona nace y es introducida en la protección del Estado, nace a la protección del Estado.

Prescindiendo de esto, el individuo en la organización práctica de su vida 95
hace uso permanente de la garantía de protección del Estado. En efecto, el particular ciertamente tiene también el derecho a la legítima defensa y derechos a la acción directa mediante la autotutela, los cuales sin embargo están muy limitados por la regulación jurídica de las armas, y también puede

---

[148] *Pawlik*, ZStW 111 (1999) 343, profundizando más en la argumentación.

[149] *Schünemann*, wistra, 1986, 243.

[150] *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/77 d. El planteamiento se desarrolla detalladamente por *Pawlik*, ZStW 111 (1999), 345 ss. En un sentido muy similar *Sangenstadt*, 1989, 612 ss.

[151] *Jakobs*, AT, 2.ª [PG, 2.ª, 1997], 29/77 d, n. 156.

intentar protegerse o asegurarse de otro modo. Pero las medidas de protección del particular sólo pueden ser efectivas sobre la base de una seguridad básica garantizada por el Estado; las medidas privadas adicionales sólo pueden llenar los huecos o lagunas que sigue dejando la protección estatal. Pero si el Estado principalmente no tendiera su mano sobre nosotros, los esfuerzos privados no podrían garantizar una protección que fuera suficiente. Por tanto, es un diagnóstico absolutamente real, y no una construcción teórica, que el ciudadano renuncia a medidas de protección mucho más amplias –si es que él se las pudiese permitir–, porque se confía en la protección por regla general suficiente del Estado [152]. De ello se deriva lo siguiente: El Estado tiene que proteger no sólo una "seguridad y orden" abstractos, en los cuales resulte la protección del individuo sólo como efecto reflejo[153], sino que el Estado existe precisamente en atención a la protección del individuo. De la garantía de la misma extrae la legitimación de su existencia.

96 **La existencia real de una función de protección que se tiene que desempeñar por la Policía se desprende también,** como el BGH con razón subraya, **del derecho subjetivo público del ciudadano a una intervención policial en situaciones de necesidad.** Un ciudadano que se siente expuesto a la amenaza de delitos, llamará a la policía. Si ante esta llamada la policía aparece allí y protege de ataques al solicitante de ayuda, no puede dudarse de que ha asumido una función de protección. Pero entonces no tiene sentido negar una posición de garante, cuando durante una patrulla nocturna el policía es testigo de un robo con fuerza, del cual el dueño no se ha percatado en absoluto todavía, ya que todo el mundo confía en la protección de la policía contra ataques antijurídicos, con tal de que no los tolere expresamente. Y ello es un componente del contrato estatal y también de una realidad social, puesto que si el policía deja que ocurra el robo p.ej. por comodidad, todo el mundo, indignado por este comportamiento, lo considerará como un fallo del Estado en su misión de protección.

97 En consecuencia, el punto de vista intermedio de *Kühl* (nm. 91) merece en gran parte aprobación en su conclusión. Sólo que ocurre que el ejercicio válido (validación) de la pretensión a la intervención oficial no es lo que hace surgir por primera vez la función de protección estatal, sino que sólo la concreta, como muestran las "excepciones" señaladas por el mismo *Kühl*. Por otro lado, la posición de garante de la policía no significa hacerla responsable de todos y cada uno de los delitos que suceden diariamente y hubieran podido ser impedidos por la policía con un mejor control, puesto que el policía en concreto sólo tiene una posición de garante con las restricciones ya elaboradas por el BGH (nm. 88, 89).

98 Pero sobre todo la policía, en la cuestión de si y cómo debe intervenir contra las alteraciones de la seguridad pública, tiene conforme al Derecho

---

[152] Cfr. *Schultz*, 1984, 160 ss.

[153] Así no obstante, *Herzberg*, 1972, 356.

público un amplio margen de arbitrio. La policía tiene que decidir según su arbitrio o juicio qué capacidades y dónde deben ser empleadas y si debe intervenirse ahora o más tarde por razones de táctica policial. Sólo en caso de una "reducción del arbitrio a cero" se desarrollará a partir de la función de protección un deber de evitación del resultado que exija una intervención directa[154]. Semejante reducción se presentará tan pronto como un policía se confronte con un ataque concreto al bien jurídico, contra el que haya que intervenir de inmediato si se quiere evitar daños graves. En los delitos bagatela por el contrario la intervención queda al arbitrio de la policía, ya que en los delitos bagatela no concurre "ningún motivo para fundar el Estado; por consiguiente la prevención de la criminalidad de bagatela tampoco se garantiza institucionalmente *per se* por el Estado"[155]. En la práctica todas las restricciones mencionadas significan una relativización de la posición de garante policial, de tal modo que ni sus adversarios, ni sus defensores ilimitados tienen toda la razón. En cambio, la solución intermedia aquí esbozada concuerda con las necesidades prácticas y también con los fundamentos jurídicos de esta función de protección.

d) En referencia a bienes jurídicos de la comunidad, ilustrado con el ejemplo de la protección de aguas

99 De modo similar se discute la posición de garante de las autoridades protectoras del medio ambiente, y se ha debatido sobre todo tomando el ejemplo de las autoridades de aguas. En primer lugar, se reconoce que el funcionario competente es garante cuando el Estado mismo gestiona una instalación que es peligrosa para el medio ambiente. Por consiguiente, el cargo público que no atiende o cuida suficientemente las depuradoras[156] o las piscinas[157] puede ser castigado en su caso por contaminación del agua por omisión (§ 324) [158].

100 Luego también existe acuerdo unánime en que el funcionario respectivo competente dentro de las autoridades administrativas del agua tiene que revocar la autorización que se haya otorgado incorrecta o viciadamente o que se haya convertido en incorrecta en vista del cambio de las circunstancias y tiene que responsabilizarse de esta revocación de la autorización ante el riesgo de un castigo de acuerdo con el § 324[159] [contaminación de aguas].

---

[154] Al respecto *Köhler*, AT, 227; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 87; *Pawlick*, ZStW 111 (1999), 355 s., con ulteriores referencias en n. 77. De la jurispr. reciente cfr. OLG Rostock NStZ 2001, 199.

[155] *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/77 d.

[156] Sobre ello OLG Saarbrücken NJW 1991, 3045.

[157] Sobre ello OLG Köln NJW 1988, 2119.

[158] Más en detalle sobre ello y con referencias jurisprudenciales *Schall*, NStZ 1992, 267; *Sangenstedt*, 1989, 35 s. con referencias en la n. 33.

[159] OLG Frankfurt NJW 1987, 2757; *Cröger*, 1985, 89 ss.; *Horn*, NJW 1981, 6; *Hüwels*, 1986, 60 ss.; *Joecks*, 3.ª, antes del § 324, nm. 11; *Kühl*, PG, 3.ª, § 18, nm. 79; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 324, nm. 11; *Meinberg*, NJW 1986, 2224; *Ostendorf*, JZ 1981, 166; *Rudolphi*, Dünnebier-FS, 1982, 576 s.; *el mismo*,

Existe un dominio de control en el sentido "de que el funcionario respectivo competente dentro de la administración económica del agua asume un deber de garante cuyo contenido consiste en mantener bajo control las licencias de uso que caen dentro de su ámbito de competencia y adaptarlas a las circunstancias que vayan cambiando en su caso a lo largo del tiempo"[160]. Con frecuencia se sostiene que tal posición semejante de garante se deriva también de un hecho antijurídico precedente o previo, para lo que entonces hay que considerar que las licencias que se han convertido posteriormente en antijurídicas se tienen que incluir a causa de su efecto duradero en el deber de revocación asegurado por el § 13[161].

101 **Pero es muy polémica la cuestión de si los funcionarios competentes también responden penalmente por contaminación del agua por omisión, cuando no intervienen contra las contaminaciones del agua "salvajes" y de antemano no autorizadas realizadas por terceros.** La jurisprudencia[162] y la doc. dom.[163] sostienen la posición afirmativa, pero una opinión minoritaria importante[164] lo rechaza decididamente.

102 No obstante, **las mejores razones abogan por afirmar que existe una posición de garante**[165]. *Horn*[166] lo destacó ya tempranamente: "... las víctimas respectivas son ya constitucionalmente incapaces de protegerse de los peligros que las amenazan; el bien jurídico 'aguas limpias' por ejemplo 'pertenece' a la generalidad o colectividad, no tiene ningún 'titular'; de ahí que necesite un 'protector'. Esta función es ejercida por las autoridades. En efecto, sólo ellas están facultadas y llamadas a 'administrar' por medio de autorizaciones y condiciones estos bienes". Y efectivamente, "el sistema completo de protec-

---

SK, 7.ª, § 13, nm. 40 b; *Sack*, UmweltschutzstrafR, § 324 StGB, nm. 202 d; *Schünemann*, wistra 1986, 244; *Schultz*, 1984, 166 ss., 168; *Seier*, JA 1985, 28; *Zeitler*, 1982, 64 ss.

[160] *Schünemann*, wistra 1986, 244.

[161] *Rudolphi*, Dünnebier-FS, 1982, 577.

[162] LG Bremen NStZ 1982, 164; OLG Düsseldorf ZfW 1990, 352, 355 s.; OLG Frankfurt NJW 1987, 2753 ss., 2757; LG Bremen NStZ 1982, 164; AG Hanau wistra 1988, 199, 200; AG Hechingen NJW 1976, 1222; AG Lübeck StV 1989, 348, 349.

[163] *Bickel*, ZfW 1979, 148; *Brammsen*, 1986, 197 s.; *Freund*, 1992, 305 ss.; SK-*Horn*, 6.ª, antes del § 324, nm. 23; *Hüwels*, 1986, 175 s., 182 ss.; *Joecks*, 3.ª, antes de § 324, nm. 11; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 80 s.; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes de § 324, nm. 4; *Maurach/Schroeder*, BT/2, 8.ª, 58/30; *Meinberg*, NJW 1986 2220, 2224; *Otto*, Jura 1991, 315; *Sack*, UnweltschutzstrafR, § 324 StGB, nm. 202 d; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, antes de § 324, nm. 30, 38 ss.; *Schultz*, 1984, 166 ss.; LK-*Steindorf*, § 324, nm. 64; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 17; *Triffterer*, 1980, 138; *Winkelbauer*, NStZ 1986, 151; *Zeitler*, 1982, 18 ss.

[164] *Czychowski*, ZfW 1984, 265 ss., 267 s.; *Geisler*, NJW 1982, 12 s.; GenStA Hamm NStZ 1984, 219; *Gieseke/Wiedemann/Czychowski*, WHG7, § 324 StGB, nm. 25; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 IV 3 c; *Rudolphi*, Dünnebier-FS, 1982, 580 s.; el mismo, SK, 7.ª, § 13, nm. 54 c s.; *Salzwedel*, ZfW 1980, 211 ss., 212 s.; *Schall*, NJW 1990, 618 s.; *Tröndle/Fischer*, 50. ª, antes de § 324, nm. 18 s.; *Weber*, 1988, 56 s.; *Winkemann*, 1991, 67.

[165] Una exposición excelente del estado global de la argumentación la suministra *Sangenstedt*, 1989, 633 ss., el cual llega a a afirmar la existencia de una posición de garante. De igual modo, *Rogall*, 1991, 217 ss. (especialmente 226 s.)

[166] *Horn*, NJW 1981, 6.

ción del medio ambiente está ajustado ... a los controles y supervisión de las autoridades competentes"[167], de tal modo que las autoridades medioambientales tienen "derechos de información y de entrada así como la facultad de realizar exámenes, análisis y pruebas de muestra"[168]. A estas amplias posibilidades administrativas de influir les tiene que corresponder una obligación especial, un tener que responsabilizarse de un estado del agua idóneo[169]. Si la justicia penal indiscutiblemente está confiada a las autoridades de la administración de Justicia en el orden penal, no se alcanza a comprender por qué debe ser distinto en el caso de las autoridades administrativas del agua con respecto a las aguas, dado que efectivamente su exclusiva tarea consiste en la administración del agua. Precisamente si se exige con el criterio restrictivo de *Schünemann* un "dominio de control" del garante por protección, este aspecto concurre en este caso[170], ya que el control permanente del estado de las aguas está confiado a estas autoridades.

Frente a esto no pueden convencer los argumentos en contra. *Rudolphi*[171] 103
considera que todos los ciudadanos están obligados en su propio ámbito de dominio a luchar contra los peligros de contaminación de las aguas. No obstante, si esto no sucede —y sin el control de las autoridades administrativas del agua probablemente no sucedería prácticamente nunca—, ¡sólo quedan los cargos y funcionarios públicos competentes que están ahí para proteger el bien jurídico amenazado![172] Además, de ningún modo es cierto que haya que rechazar ya una posición de garante en el caso de que también existan otros garantes[173]. Por supuesto que uno de los dos padres también es garante cuando –¡y precisamente cuando!– el otro incumple su deber de protección. Y cuando *Schunemänn*[174] invoca "la misión de administración" de las autoridades del agua, la cual p. ej. también comprende las licencias de inicio o acometida –es decir, una contaminación controlada–, sin embargo subsiste el hecho de que precisamente la evitación de infracciones del § 324 forma parte de una administración ordenada[175].

El trasfondo de esta discusión sobre la posición de garante de las autoridades 104
del medio ambiente es una cuestión de política jurídica: "si la punibilidad del titular del cargo debe ser determinada en este ámbito del modo más extensivo o

---

[167] *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 80.

[168] *Rogall*, 1991, 227.

[169] *Freund*, 1992, 305 s.; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 80.

[170] Discrepando en este aspecto, *Samgenstedt*, 1989, 638 ss. (639), el cual por ello rechaza que haya una posición originaria de garante como protector en el funcionario competente, pero lo considera como "garante secundario"

[171] *Rudolphi*, Dünnebier-FS, 1982, 578 s.

[172] Cfr. en este sentido también *Winkelbauer*, NStZ 1986, 151.

[173] Para más detalles *Sangenstedt*, 1989, 643 ss.; *Winkelbauer*, NStZ 1986, 151, n. 31.

[174] *Schünemann*, wistra 1986, 244; en sentido similar *Schall*, NJW 1990, 1270; *Tröndle*, K.H. Meyer-GS, 1990, 608 (619).

[175] Cfr. al respecto también *Winkelbauer*, NStZ 1986, 151.

más restrictivo posible"[176]. El Ejecutivo –en parte apoyado por los administrativistas[177]– querría minimizar su riesgo de punibilidad, mientras que los penalistas en su mayoría exigen una protección eficaz del medio ambiente y ven en el riesgo de castigo penal del titular del cargo público un medio adecuado para ello.

105 No obstante, el significado práctico de esta discusión ciertamente no es tan grande como parece sugerir la diferencia teórica, ya que a los funcionarios de las autoridades medio ambientales se les concede a través del Derecho administrativo del medio ambiente un amplio margen de arbitrio sobre las cuestiones de si, cuándo y contra quién quieren intervenir[178]. Dado que se reconoce –como en el caso de la policía (nm. 98)–, que una vulneración penalmente relevante del deber de garante presupone una reducción del arbitrio a cero, ello viene a suponer en la práctica hasta ahora que sólo raras veces se produzca una condena penal de los funcionarios que no han intervenido contra la actuación de terceros[179].

106 Por tanto, el miedo a una incriminación extensiva del Ejecutivo es infundado. Si se atribuye a las autoridades administrativas de protección del medio ambiente una posición de garante, tampoco habrá que proceder del mismo modo con cualesquiera otras autoridades de inspección y llegar con ello "a una extensión y ampliación desmesurada de las posiciones de garante"[180]. Con respecto a la supervisión bancaria p. ej. el § 6 III de la Ley del Sistema Crediticio (KreditwesenG) excluye un deber de garante frente al inversor[181]. Y en el caso de la supervisión del seguro hay que tener presente que el tomador del seguro se puede proteger a sí mismo ampliamente –lo que no ocurre en el caso del medio ambiente–. También se puede decir de modo general que las facultades de las autoridades del agua exceden "claramente de las facultades de actuación oficiales habituales"[182]. Ciertamente la dogmática de la omisión en este ámbito de deberes de supervisión estatales aún tiene que realizar mucho más trabajo de delimitación.

V. El dominio sobre el foco del peligro (posición de garante de vigilancia o aseguramiento)

107 **Las posiciones de garante de vigilancia se pueden reconducir a tres fuentes.** En primer lugar, cualquiera tiene que vigilar las cosas muebles o inmue-

---

[176] *Schünemann*, wistra 1986, 235.

[177] Más detalladamente al respecto *Schall*, NJW 1990, 1268 s.; *Schünemann*, wistra 1986, 235; *Tröndle*, K.H. Meyer-GS, 1990, 610.

[178] *Sangenstedt*, 1989, 704 s. habla de una orientación del medio ambiente limitada "por amplios espacios de juego o márgenes administrativos para el arbitrio, enjuiciamiento y gestión".

[179] En detalle *Schall*, NStZ 1992, 268, el cual sólo ha podido encontrar una sentencia condenatoria del AG Hanau wistra 1988, 199.

[180] *Rudolphi*, Dünnebier-FS, 1982, 580.

[181] *Winkelbauer*, NStZ 1986, 150, n. 30.

[182] *Rogall*, 1991, 227.

bles que caen bajo su ámbito de dominio (así p. ej. terrenos y animales). En segundo lugar, aquél que tiene el dominio de control sobre una persona determinada, tiene que evitar que cometa hechos antijurídicos. Por eso los padres tienen que preocuparse de que los hijos no ocasionen ningún daño, de igual modo que el director de un hospital psiquiátrico tiene que evitar los delitos de los pacientes a él confiados. En tercer lugar, según la opinión absolutamente dominante (aunque tampoco es totalmente indiscutida), todo sujeto es responsable de que los cursos causales peligrosos puestos en marcha por él no terminen en un resultado antijurídico. Este caso se refiere a la posición de garante por actuación precedente (ingerencia), cuyo caso paradigmático es el del causante de un accidente en el tránsito o tráfico rodado, al que en su caso se le considera responsable de homicidio (doloso o imprudente) por omisión, si no salva a la víctima. Como cuarto supuesto se debate aquí la responsabilidad penal por el producto, que en los últimos años ha cobrado especial actualidad, en la cual se discute si la misma puede incardinarse en una de las posiciones de garante de vigilancia tradicionales, o bien puede suponer un tipo propio del deber de responsabilizarse del aseguramiento o una posición de garante de protección.

1. El deber de vigilancia de cosas peligrosas en el propio ámbito de dominio

En primer lugar, a este apartado pertenecen todas las funciones de 108
vigilancia que también se conocen en Derecho civil como **deberes de aseguramiento del tráfico***. Aquél que tiene una casa o un terreno debe encargarse de que los habitantes y las visitas no sufran daños a causa de insuficientes medidas de seguridad. En la antigua jurisprudencia el deber de aseguramiento del tráfico no ha desempeñado un papel independiente como posición de garante, porque se creía que estos casos podían ser tratados desde el punto de vista del actuar precedente. Pero tal incardinación es en parte casi imposible y en parte oculta el verdadero fundamento del deber de responder, el cual radica en el dominio sobre la fuente de peligro[183]. Si, por ejemplo, un transeúnte es lesionado por una teja que no estaba suficientemente sujeta, difícilmente se puede basar en la acción precedente una responsabilidad penal del propietario de la casa por lesiones por omisión imprudente, ya que en la construcción de la casa estaba todo en orden y además el propietario puede haber cambiado hace mucho tiempo[184]: Sólo la circunstancia de que el propietario no

---

* En el contexto de la circulación vial en España se utiliza el término "tráfico" como equivalente a "tránsito" (de personas y mercancías), exactamente igual que se usa en alemán el concepto "Verkehr" = tráfico; pero naturalmente el concepto se refiere también al intercambio o circulación de personas y objetos en otros campos de actividad distintos del viario [N. del T.].

[183] Ampliamente sobre la relación entre "los deberes de cuidado e ingerencia" en *Schünemann*, 1971, 281 s.

[184] *Schünemann*, 1971, 284.

haya controlado suficientemente el estado de su tejado, fundamenta el que tenga de responder. Lo mismo rige por ejemplo para los daños que se produzcan por haber descuidado cumplir un deber de esparcir [sal en el pavimento ante las heladas] que se hubiera asumido.

109 No es posible mencionar aquí individualmente los miles de casos de deberes de aseguramiento o mantenimiento de la seguridad en el tráfico[185]. Algunos ejemplos pueden ser suficientes a modo de ilustración. Así, hay que asegurar las zanjas en la propia finca[186], el hueco de la escalera que está abierto al público ha de estar iluminado[187], y si se prenden fuegos en la casa que pongan en peligro a los que están fuera, tienen que ser apagados[188].

110 Del mismo modo, **las plantas empresariales e instalaciones han de ser mantenidas por quienes las explotan en un estado apropiado para el tráfico.** Por ejemplo, las pistas de esquí[189], los parques infantiles[190], las torres de trampolines de esquí[191], los funiculares, las canchas de deportes[192], etc. Se discute si la posición de garante de supervisión y control también tiene lugar cuando el peligro ha sido creado por un tercero. La jurisprudencia ha respondido afirmativamente en el caso de vertidos "salvajes" de basura en una planta clandestina de evacuación de residuos[193]. Y en principio, con razón, pues si una instalación es accesible al público en general, lo cual por cierto en el caso de la sentencia se podía considerar dudoso, el que la explota o el propietario ha de asegurarla contra todos los peligros que amenacen en la instalación, sin importar el medio por el que sean provocados.

111 Importantes deberes de supervisión y control conciernen también al **impedimento de accidentes de trabajo**[194] **en la empresa o en las obras o trabajos de construcción**, para los que, en el último supuesto, existe por igual un deber de aseguramiento tanto hacia los trabajadores como hacia la comunidad[195]. A este respecto, la posición de garante afecta básicamente al constructor y no al promotor comitente de la obra o al director de obra representan-

---

[185] Una panorámica de "los deberes de cuidado en el espejo de la jurisprudencia" proporciona *Schünemann*, 1971, 303 s.

[186] RGSt. 6, 64; 15, 58.

[187] RGSt. 14, 362.

[188] BGHSt 3, 1.

[189] BGH NJW 1971, 1093; 1973, 1379; OLG München NJW 1974, 189. Artículos: *Hepp*, NJW, 1973, 2085; *Hummel*, NJW 1974, 170.

[190] OLG Karlsruhe OLGSt. 222, 29.

[191] OLG Stuttgart VersR 1961, 1026.

[192] BGH VRS 18 (1960), 48.

[193] OLG Stuttgart NJW 1987, 1282; LG Koblenz NStZ 1987, 281 s.; *Kühl*, AT, 3ª, § 18 nm. 109; *Sch/Sch/Stree*, 26ª, §13 nm. 44.

[194] Importantes monografías, *Herzberg*, 1984; *C. P. Schmidt*, 1986.

[195] Monografía: *Gallas*, 1989 (1963).

te de éste* (BGHSt 19, 286). La "posición de garante que se deriva del deber general de aseguramiento del tráfico" del promotor comitente continúa sin embargo "vigente, en la medida en que él asume la responsabilidad de la elección del constructor encargado... Si él percibe que el constructor... trabaja descuidadamente o que surge una nueva fuente de peligro, a la cual el constructor encargado posiblemente no va a poder hacer frente con sus medios y conocimientos, no puede [el promotor] permanecer pasivo. Lo mismo rige para aquel que asume por él la tarea –sea, por ejemplo, como arquitecto o como especialista en cálculo de estructuras estáticas– en este ámbito de velar en la ejecución de la construcción..."[196]. Por lo demás en la realización de obras en la vía pública, el deber derivado de la posición de garante de supervisión y control para asegurar las obras mediante barreras y señales luminosas ha ocupado frecuentemente a la jurisprudencia[197].

Un ámbito especial, cuyos pormenores deben ser dejados a los comenta- 112
rios sobre Derecho de la circulación o tráfico vial, lo representa la posesión y funcionamiento de vehículos de motor[198]. El poseedor debe encargarse de que el vehículo esté en condiciones seguras de funcionamiento[199], el conductor tiene que comprobar antes de empezar a conducir si los frenos, los neumáticos y el alumbrado están en condiciones[200]. Ha de frenar en situaciones peligrosas[201] y asegurar un vehículo que ha quedado parado en la calzada para impedir la colisión de otros contra el mismo[202].

La jurisprudencia exige también la supervisión y aseguramiento del vehí- 113
culo de motor propio contra la utilización por personas que no están en condiciones o no saben conducir, o que no tienen permiso de conducir[203]. Qué alcance tiene este deber de supervisión debe ciertamente ser determinado según las circunstancias de cada caso concreto. Así, normalmente no es preciso contar con que personas que no saben conducir pudieran irse con un

---

* "Oberbauleiter": Suponemos que *Roxin* lo entrecomilla para dar a entender que no sólo es jefe de obra, sino el jefe superior de la obra, lo que de conformidad con la Ley de la Ordenación de la Edificación en España, art. 12, equivaldría al director de obra, que "es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto" y bajo cuyo mando están otros técnicos, jefes de obra o directores de ejecución de la obra. [N.del T.].

[196] BGHSt 19, 288 s. con ulteriores comentarios diferenciadores. Sobre la responsabilidad del arquitecto jefe de obra, OLG Stuttgart, NJW 1984, 2879 con Comentario discrepante de *Henke*, NStZ 1985, 124.

[197] Cfr. BGH VRS 16 (1959), 28; OLG Hamm NJW 1959, 1551; OLG Karlsruhe NJW 1977, 1930.

[198] Una buena panorámica por *Schünemann*, 1971, 305 ss.

[199] BGH VRS 17 (1959), 388; VRS 22 (1962), 211, 281; VRS 37 (1969), 271; OLG Düsseldorf NJW 1971, 65.

[200] BGH VRS 15 (1958), 431; DAR 1961, 341; BGHSt 17, 277; BGH NJW 1964, 1631.

[201] RG JW 1937, 2645; BayObLG VRS (1960), 128; BGHSt 17, 223.

[202] RG DJZ 1930, 1592; RG JW 1932, 801 s.; RGSt 74, 195; BGHSt 4, 360.

[203] BGHSt 17, 289; 18, 361; OLG Hamm NJW 1983, 2456; OLG Köln VRS 77 (1989), 232.

vehículo ajeno. Asimismo, una esposa prácticamente no va a poder impedir que su marido, que es un apasionado conductor pero no tiene permiso de conducción, le sustraiga las llaves de contacto[204]. También hay que evitar una posición antirreglamentaria del vehículo propio[205]. Sin embargo, va demasiado lejos sostener que el titular de un vehículo de motor debe ser garante de impedir la huida en caso de accidente del conductor del vehículo que actúa bajo su propia responsabilidad[206], ya que de la cualidad de titular del vehículo no se puede derivar ningún deber de impedir delitos. También es desacertado imponer al titular de un vehículo a motor un deber de garante de no llevar a cabo él mismo ninguna conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas[207], pues aquí el peligro no proviene del automóvil, sino del conductor, y a éste, si es inimputable durante la conducción, prescindiendo del § 323a, sólo se le puede hacer responsable según los principios de la *actio libera in causa*.

114 Una **posición de garante de vigilancia y control tiene también el propietario de animales en relación con los peligros que de ellos provienen.** Tiene un gran significado práctico, sobre todo, para el dueño de perros, el cual es responsable por omisión de las lesiones y de los daños si su perro, a causa de una insuficiente educación, vigilancia o seguridad (mediante cercado, bozal o correa), muerde a otras personas o a animales ajenos[208]. En un caso extremo –por ejemplo, en una "pelea de perros" insuficientemente vigilada– puede también llegar a considerarse la calificación de homicidio por omisión.

115 Muy **discutida es la cuestión de hasta qué punto la vivienda puede ser contemplada como una fuente de peligro que hay que vigilar y controlar y que desencadena una posición de garante.** Lo es claramente en la medida en que los peligros provengan de la vivienda. Por tanto, si la escalera defectuosa se desploma con el huésped, el propietario de la vivienda que no la ha mandado reparar a tiempo, es penalmente responsable por lesiones por omisión. Pero también existe un deber de garante si una vivienda que se encuentra en condiciones adecuadas, en un caso concreto provoca peligros. Así, el propietario o bien el arrendatario de la vivienda tiene que liberar de su situación a una persona que ha sido encerrada dolosa o imprudentemente por cualquier otro, si no quiere ser castigado por privación de libertad o detención ilegal por omisión. "Aquí el hecho de quedar cerrada la vivienda representa

---

[204] Cfr. sólo OLG Düsseldorf StV 1987, 253; BayObLG bei *Janiszewski*, NStZ 1988, 545 con más citas.

[205] OLG Stuttgart VRS 30 (1966), 78.

[206] BGHSt 18, 7; OLG Stuttgart NJW 1981, 2369; SK-*Rudolphi*, 7ª, § 13, nm. 30; *Brammsen*, 1986, 250; *Weber*, Oehler-FS, 1985, 93.

[207] Así, sin embargo, BayObLG JR 1979, 289 ss.; *Freund*, 1992, 178; *Jakobs*, AT, 2ª, 29/31, nm. 58; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, § 59; *Sch/Sch/Stree*, 26ª, § 13, nm. 43. Como aquí, *Horn*, JR 1979, 291 ss., 292; *Otto/Brammsen*, Jura 1985, 601; SK-*Rudolphi*, 7ª, § 13, nm. 30.

[208] Cfr. de la jurispr., BayObLGSt 1986, 115; 1986, 140; BayObLG NJW 1993, 2001; OLG Bremen NJW 1957, 72 s.; OLG Celle NJW 1970, 202; OLG Düsseldorf NJW 1993, 1609; OLG Hamm NJW 1996, 1295.

una fuente de peligro que se encuentra en el ámbito de dominio del titular y consiguientemente genera para éste un deber de garante"[209].

Muy dudoso es, sin embargo, que el titular de locales esté obligado como 116
garante a intervenir contra delitos que se produzcan en ellos. La jurisprudencia –con crecientes dudas– en principio lo ha afirmado. En la sentencia BGH, NJW 1966, 1763[210] la encargada de un local de hostelería no había impedido que cuatro hombres jóvenes causaran lesiones a una mujer que se había negado a bailar con ellos. El BGH dejó sólo planteada y sin resolver la cuestión de si de la ley de establecimientos de hostelería se puede deducir una posición de garante (lo que ha de negarse, cfr. nm. 11, 12): "En todo caso del hecho de que la acusada regentaba una taberna-restaurante se derivaba su deber jurídico de cuidar por el orden en los locales sobre los que ella tenía poder de disposición, en especial de proteger a sus clientes de desmanes de otros clientes, tales como los que aquí han sucedido,..."[211].

La sentencia BGH 27, 10 (12) ha trasladado esta jurisprudencia al titular 117
de una vivienda quien había acogido en su vivienda (como mínimo por una noche) a un pensionista. El pensionista fue víctima del chantaje con robo con resultado de muerte realizado por otro huésped; y el titular de la vivienda "no impidió el hecho, pese a que había podido" (loc. cit., 11). El BGH deja planteada y sin resolver la cuestión de "si la obligación del titular de la vivienda se deriva ya del hecho de que el ordenamiento jurídico, por otro lado, le concede a él facultades especiales de defensa para la protección de su vivienda", o si él también... "ha de defender de" peligros "a 'visitantes' no invitados, como por ejemplo a un accidentado ladrón o a un mendigo" (loc. cit., 12). En efecto –añade la sent.–, el titular de la vivienda ha "creado un fundamento de confianza", al haberle "recibido en su vivienda y haberle puesto a su disposición su protección": "Quien, por invitación del titular de la vivienda, entra en casa ajena, puede confiarse en que aquél –en su 'ámbito de dominio'– estará de su parte ante graves peligros. Añade que ello no rige en delitos bagatela ("insignificantes injurias o pequeñas trampas estafadoras en juegos de cartas"), pero sí para violaciones[212], homicidios, lesiones graves, robo violento o intimidatorio y robo con extorsión. Aunque la sentencia se adhiere a la anterior resolución de 1966, lo cierto es que se han desplazado las bases de la argumentación, al atender, ya no exclusivamente al criterio de la espacialidad (los locales), sino a una relación de protección o confianza y al limitar el deber de garante a delitos graves.

En la BGHSt 30, 391 se continúa esta línea restrictiva. En este caso el 118
"autor principal" había llevado a la fuerza a una joven a la vivienda de un

---

[209] *Schünemann*, 1971, 361.

[210] Ya antes RG 72, 373; OGHSt 1, 87.

[211] De otra opinión, p. ej., *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª; 59 IV 4 b; *Sch/Sch/Stree*, 26ª, § 13, nm. 54 ("va demasiado lejos...").

[212] En contra, BGH GA 1971, 336.

campesino y allí la había violado. Los acusados (el propietario de la vivienda y su mujer) habían permitido que esto sucediera influidos por las amenazas del autor principal. Una "posición de garante derivada exclusivamente de la cualidad de titular de la vivienda", como la había derivado el tribunal de instancia del "poder de disposición sobre los espacios utilizados para su delito por el acusado" (loc. cit., 393, 395), ahora se rechaza expresamente por el BGH, que sostiene que más bien la cualidad de titular de la vivienda fundamenta una posición de garante sólo "cuando la vivienda, debido a su especial disposición o situación, represente una fuente de peligro que él ha de asegurar o vigilar de tal modo que no pueda ser convertida en un medio para la fácil ejecución de delitos" (loc. cit., 396). El BGH procura evitar una contradicción en relación con la jurisprudencia anterior exponiendo que en aquellos casos se habían presentado, junto a la condición de titular de la vivienda, "circunstancias especiales" que fundamentaban una posición de garante. "Tales circunstancias se vieron en la posición de cabeza de familia frente a la autora de un infanticidio (RGSt 72,373; OGHSt 1, 87), en la posición de esposo de una abortante (BGH... NJW 1953, 591; BGH GA 1967, 115), y además en la llevanza de un establecimiento hostelero (RGSt 58, 299; BGH NJW 1966, 1763...) y... en el acogimiento a la víctima en el ámbito de protección de la vivienda" (loc. cit., 395/96).

119 La jurisprudencia siguiente ha continuado en esta línea. Así, el BGH ha rechazado que haya una posición de garante en la mera tolerancia de un negocio de estupefacientes en la vivienda propia[213]; aun cuando un huésped esté necesitado de ayuda a causa del consumo de drogas, ello no fundamenta ninguna posición de garante del titular de la vivienda[214]. Y el cultivo de plantas de cannabis en la finca por un compañero de vivienda (§ 29 I BtMG) no da lugar tampoco a un deber del titular de la finca de impedir el resultado[215].

120 **Por tanto, se puede partir de que la mera titularidad de una vivienda, un establecimiento hostelero o una finca o inmueble según la jurisprudencia moderna no conlleva ningún deber subsumible en el § 13 de evitar delitos en estos espacios.** Esto es correcto y también se reconoce hoy por la opinión dominante en la doctrina frente a la opinión anterior[216]. En efecto, dado que los espacios como tales no representan ninguna fuente de peligro, tampoco puede surgir de su titularidad ningún deber de vigilancia y control, salvo que la disposición y condiciones de la vivienda en sí misma provoquen el peligro de delitos.

---

[213] BGH NJW 1993, 76; BGH StV 1999, 212.

[214] OLG Stuttgart NJW 1981, 182.

[215] OLG Zweibrücken StV 1986, 483; 1999, 212.

[216] Cfr. *Brammsen*, 1986, 267 ss.; *Freund*, AT, § 6, nm. 76 ss.; *Gropp*, AT, 2.ª, § 11, nm. 41; *Herzberg*, 1972, 332 ss.; LK-*Jescheck*, 11.ª, § 13, nm. 44; *Kindhäuser*, AT, 2.ª, 250; *Köhler*, AT, 221, 225; *Kühl*, AT, 3.ª, § 13, nm. 112 ss., 115; *Landscheidt*, 1985; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 37; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 54; *Schünemann*, 1971, 361, AK-*Seelmann*, § 13, nm. 133; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 45; *Tenckhoff*, JuS 1978, 310 s.

Las adicionales "especiales circunstancias", en las cuales también según la BGHSt 30, 395 s. se imputa al poseedor del local en caso de inactividad una omisión equivalente a la acción, habrían de tener por tanto fuerza autónoma que fundamentara la posición de garante y habrían de ser ubicadas sistemáticamente en cualquier otra parte que bajo "el deber de vigilancia de cosas peligrosas en el propio ámbito de dominio" (cfr. el título del epígrafe en nm 108). El hostelero y también el anfitrión privado tendrían que o bien asumir una función de protección o tener un deber de supervisión y control de los peligros que pudieran provenir de clientes o convidados que delinquieran. La BGHSt 27, 10 (nm. 117) parte claramente de una posición de garante derivada de la asunción de una función de protección frente a los invitados. Pero esta posición fracasa en que falta una dependencia del invitado frente al anfitrión. El art. 13 GG (de la Constitución Alemana) (inviolabilidad de la vivienda) no conduce, por ejemplo, a que el titular del derecho sobre la morada tenga que hacerse cargo de la protección estatal que, de otro modo, disfruta el ciudadano; ya que en caso de "peligros urgentes" (art. 13 GG) cede el derecho sobre la morada[217]. Tampoco se puede afirmar que la víctima de una agresión en viviendas, establecimientos hosteleros o terrenos pueda obtener ayuda menos fácilmente que en otro lugar, de modo que una posición de garante derivada de la asunción de una función de protección del titular del derecho sobre la morada tenga que compensar este déficit; pues en los establecimientos hosteleros, viviendas y propiedades pacíficas más bien se encuentran en promedio más personas obligadas a prestar ayuda según el § 323c (o se las puede conseguir mediante llamada de auxilio) que en agresiones en público, en la mayoría de las cuales se eligen lugares despoblados para cometerlas. Tampoco existe una posición de garante de vigilancia y control frente a los invitados o clientes propensos a delinquir. Un deber de control del comportamiento de terceros responsables existe sólo en raros casos excepcionales (al respecto, nm. 125 ss.) y en todo caso no se puede derivar de la admisión de visitantes. 121

Resulta por tanto que, sin excepción, no existe una posición de garante en los espacios o locales propios, ni siquiera en las "circunstancias especiales" aún reconocidas hoy por la jurisprudencia. Ni el encargado de un local de hostelería ni el titular de la vivienda son garantes de evitar delitos de sus convidados o clientes. Las posiciones de garante para evitar delitos en los espacios o locales propios surgen, por tanto, sólo en casos excepcionales: quien ha acogido en su vivienda a un discapacitado mental o ha de cuidar de niños, tiene que proteger a estas personas contra delitos (posición de garante de protección) y evitar los hechos antijurídicos que partan de ellos (posición de garante de supervisión y control). Pero esto se deriva de otros deberes de responsabilidad y en el fondo no tiene nada que ver con la vivienda. 122

---

[217] *Schünemann*, 1971, 362; BGHSt 30, 394.

123 En la medida en que viviendas y terrenos conlleven peligros por su disposición y condiciones, el deber de supervisión y control en principio sólo sirve para la protección de aquellos que pisan están en estos espacios de forma legítima[218]. Por tanto, el propietario de la vivienda quedará impune si un ladrón se cae de un balcón insuficientemente asegurado y se lesiona. Una excepción rige para los niños, que no son responsables de sus actos y que deben ser protegidos de sí mismos. Se debe hacer además otra excepción para espacios que pueden ser visitados por cualquier persona (grandes almacenes, estadios deportivos) y que por tanto también deberían ser accesibles sin peligros para todo el mundo[219].

124 Para todos los deberes de supervisión y control de cosas peligrosas rige el principio de que son sólo deberes de asegurar y no de salvar[220]. Si –por usar un ejemplo estándar– a un transeúnte le cae en la cabeza una teja insuficientemente fijada, no se puede derivar de la posición de garante de supervisión y control del propietario de la casa ningún deber de salvar al herido, pues éste no tiene nada que ver con el requerido control y aseguramiento del tejado. El problema no tiene importancia práctica si se sigue la teoría dominante de la ingerencia (al respecto, nm. 143 ss.), ya que entonces de la acción precedente se deriva un deber de impedir el resultado.

2. El deber de asegurar (dar seguridad) a la comunidad ante hechos antijurídicos de terceros

125 Del principio de autorresponsabilidad se desprende que en principio no existe ningún deber de controlar el comportamiento de otras personas. Por tanto, quien entonces no interviene, aunque le fuera posible, contra un acto delictivo que observa, podrá ser castigado a lo sumo por el § 323 c. Incluso la ya discutida posición de garante de la policía (nm. 85 ss.) y de las autoridades acuáticas (nm. 90 ss.) no se basa en un deber de vigilancia y control de todos los ciudadanos, sino a una posición de garante de protección frente a las víctimas de delitos y respectivamente en relación con el estado de las aguas. No obstante hay casos excepcionales en los que alguien debe hacerse responsable como garante para impedir delitos de terceros: los mismos presuponen siempre una relación de dominio que se puede basar en la inexistente o limitada responsabilidad de la persona que ha de ser vigilada pero también en relaciones de supraordinación jurídica.

a) El principio de la autorresponsabilidad

126 Prescindiendo de ambos supuestos de excepción mencionados, no existe ningún deber de garante de evitar delitos de otros. Ya hemos visto que

---

[218] SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 31; *Schünemann*, 1971, 304 s.; similar *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 47; en parte de otra opinión, *Arzt*, JA 1980, 716.

[219] *Landscheidt*, 1985, 87; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 31.

[220] *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 111; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 31; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 45; *Schünemann*, 1971, 290 ss. De otra opinión *Brammsen*, 1986, 241 s.; *Herzberg*, 1972, 322 ss.

esto rige tanto para autoridades (cfr. sólo nm. 125) como para el titular del derecho sobre la morada respecto de eventuales delitos de sus invitados o huéspedes (nm. 121). También rige, como ya fue explicado (nm. 49), para la relación de los esposos mutuamente. Así, el RG aún había castigado por complicidad en falso testimonio con perjurio (por omisión) a un marido que no impidió a su esposa cometer un falso testimonio estando bajo juramento[221]. Y todavía el BGH ha castigado por complicidad en aborto por omisión a dos maridos que no hicieron desistir a sus esposas de llevar a cabo las interrupciones del embarazo[222]. Ciertamente que aquí el BGH estaba ya inclinado a reconocer tal posición de garante sólo en los delitos en el ámbito de la vivienda matrimonial; pero la cualidad de titular de una vivienda tampoco puede fundamentar un deber de responsabilizarse de los delitos de personas responsables (nm. 122). Hoy probablemente tampoco el BGH insistiría ya en un deber recíproco de supervisión y control de los cónyuges[223]. De lo dicho se deduce que tampoco el padre está obligado en el sentido del § 13 a evitar los delitos de sus hijos adultos. Por tanto, es insostenible una sentencia del KG[224], a consecuencia de la cual un padre fue castigado por complicidad en falso testimonio porque no interrumpió el falso testimonio de su hijo mayor de edad a favor del padre. Sobre los principios descritos hay amplia unanimidad en la literatura, así que no son necesarias más citas en ese sentido.

b) La nula o limitada responsabilidad de la persona que ha de ser vigilada

El principal ejemplo lo representa la relación de los padres con sus hijos menores de edad. **Los padres no tienen sólo una posición de garante derivada de la asunción de una función de protección frente a sus hijos** (nm. 33 ss.), **sino que también deben repeler los peligros provenientes de ellos y en esa medida vigilarlos.** Los padres pueden convertirse en obligados civilmente a indemnizar por infracción de su deber de vigilancia. El deber de garante penal se deriva necesariamente de que los hijos están bajo el dominio de control de los padres. Puesto que ellos por sí mismos no son responsables, los padres han de asumir la responsabilidad por ellos. 127

No obstante hay que tener en cuenta dos limitaciones. En primer lugar no se exige a los padres, por regla general, una denuncia para impedir delitos de los niños. El tema ha sido tratado ya en otro lugar (§ 31, nm. 211 ss.), al cual nos podemos remitir aquí. En segundo lugar, hay que pensar que una supervisión y control ininterrumpido de los niños generalmente no es posible y, dado que los niños deben ser educados pretendiendo su autonomía, 128

---

[221] RGSt 74, 283.

[222] BGH NJW 1953, 591; BGH GA 1967, 115.

[223] Cfr. el pasaje, citado en el nm. 49, de la sent. BGH 19, 297.

[224] KG JR 1969, 27. *Schünemann*, 1971, 333, habla de un "grave desacierto"; *Freund*, 1992, 262, n. 63, califica el fallo de "aberrante".

educativamente tampoco es deseable. Por tanto, deben ser ponderados los intereses de la generalidad de conservación del bien frente a los intereses de desarrollo de la libertad de los hijos en la educación parental[225].

129 En términos prácticos esto da lugar a que ciertamente los hijos pequeños, en circunstancias que les posibilitan actuaciones peligrosas, han de estar constantemente vigilados: El niño de tres años, por tanto, no debe ser dejado solo en espacios donde él pueda prender fuego, girar el encendedor de la cocina de gas o poner en funcionamiento otras instalaciones técnicas peligrosas. Con un niño de nueve años ya es otra cosa[226]. Y con hijos mayores los padres tienen que intervenir sólo en caso de reconocible tendencia o propensión a delinquir, por tanto si ven que su retoño se dispone a tirar piedras a la ventana de su vecino, poner obstáculos en la calle, etc. Especialmente han de tomar medidas contra la repetición de actuaciones antijurídicas ya llevadas a cabo. También tienen que prevenir delitos imprudentes en casos de reconocida peligrosidad: por consiguiente, no pueden dejar al niño conducir una bicicleta sin iluminación en la oscuridad o confiarle que lleve a pasear a un peligroso "perro de lucha". Por el contrario, los hijos más mayores pueden moverse sin vigilancia en público en tanto en cuanto no representen, debido a trastornos de comportamiento, un peligro para la seguridad conocido por los padres. Si entonces un día de repente cometen unas lesiones o un hurto, no tienen por ello los padres ninguna responsabilidad penal. En general se puede decir que los deberes de supervisión y control de los padres con la progresiva edad de los hijos cada vez encogen más[227] y finalizan con la mayoría de edad (cfr. nm. 126).

130 Al igual que pueden ser delegados los deberes de custodia, también pueden serlo transitoriamente los deberes de protección. Por tanto, la persona encargada de la vigilancia y cuidado por los padres durante el tiempo de su ausencia no sólo asume un deber de garante de protección del niño, sino que debe impedir –en la misma extensión y alcance que de otro modo les correspondería a los padres– que éste cometa hechos antijurídicos. Con más razón vale esto para el profesor o maestro, cuyo deber de garante de protección y de vigilancia proviene del Derecho escolar estatal. Ciertamente, ese deber se limita al ámbito escolar[228]; por tanto, si el profesor observa por la tarde fuera del colegio al alumno metido en una pelea, no necesita tampoco vigilarlo y controlarlo.

131 Una **posición de garante de vigilancia y control existe también frente a enfermos mentales** y afecta sobre todo al director y al personal de los establecimientos en los que éstos están internados[229].

---

[225] De forma instructiva, *Freund*, 1992, 249 ss.

[226] Cfr. al respecto, BGH NJW 1984, 2574.

[227] *Schünemann*, 1971, 327.

[228] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59; *Kühl*, AT[3], § 18, nm. 116; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 33; *Schünemann*, 1971, 325.

[229] *Köhler*, AT, 228; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 33; BGH (sala civil) FamRZ 1958, 211.

132 **También al profesor de la autoescuela se le adjudica con razón una posición de garante de supervisión y control en referencia al alumno aspirante a conductor**[230]. Cierto que éste no es una persona en principio incapaz de culpabilidad, un inimputable; pero es, en la medida en que aún no ha aprendido a conducir el automóvil, incapaz de ajustarse a las exigencias del tránsito o tráfico vial. Esta incapacidad individual es una causa de exclusión de la culpabilidad[231]. El déficit por ello originado debe ser cubierto por el profesor de autoescuela, quien controla el comportamiento al volante de su alumno y, de este modo, garantiza la seguridad del tráfico vial. Y lo propio rige para todas aquellas relaciones profesor-alumno en las que el estatus del alumno conlleva acciones cargadas de peligro.

c) Posiciones de garantía basadas en relaciones de supraordinación en relación con la actuación de personas responsables

133 En determinadas relaciones de supraordinación la ley establece, incluso a través de preceptos penales, una posición de garante de vigilancia o supervisión y de control del superior respecto a sus subordinados. Así, según el § 357 I, un superior que permita el hecho antijurídico de un subordinado habrá "incurrido en la pena con la que se castiga ese hecho antijurídico". Por tanto, en consonancia con la teoría de los delitos de infracción de deber defendida por mí (cfr. § 31 nm. 140 ss.), será castigado como autor de un delito de omisión. Según el § 357 II lo mismo rige para el funcionario o titular de un cargo "al cual le está encomendada una vigilancia o control sobre los asuntos del servicio de otro titular de un cargo, en la medida en que el hecho antijurídico cometido por este último titular del cargo concierna a los asuntos pertenecientes a la vigilancia o control". Disposiciones equivalentes al § 357 I existen para los superiores militares (§ 41 WStG) y para oficiales de marina en relación con los miembros de la tripulación (§ 108 SeemannsG)[232]. También los vigilantes de prisiones han de impedir los delitos de los presos[233]. Bien es verdad que en todos estos casos el autor comisivo del hecho es una persona responsable de sus actos. Pero el superior puede, en virtud de su poder de mando, organizar y controlar este ámbito. Por ese motivo debe hacerse responsable de que aquél no cometa ningún hecho antijurídico[234].

134 Entre los problemas aún hoy discutidos de la dogmática del garante se cuenta la cuestión de si hay además una **responsabilidad penal de los dueños y señores (amos) del negocio**, es decir, si los propietarios de una enti-

---

[230] OLG Hamm NJW 1979, 993; *Brammsen*, 1986, 234, quien evidentemente enlaza el dominio fáctico del profesor sobre el vehículo; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 35; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 52.

[231] Con más detalle, *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 24, nm. 102 ss.

[232] Al respecto, RGSt 71, 177.

[233] RGSt 53, 292.

[234] Sobre una "responsabilidad del superior" ("superior responsibility") general según los principios del Derecho penal europeo y del Derecho internacional penal, *Ambos*, 2002, 666 ss.; *Weigend*, Roxin-FS, 2001, 1393 ss.

dad y los empleados directivos de una empresa tienen un deber de garante de impedir delitos relacionados con la empresa de los subordinados. Faltan sentencias que sirvan de modelo y marquen una dirección[235]. En cambio, la opinión preponderante en la literatura científica afirma tal responsabilidad de los "dueños y señores" del negocio[236], y una fuerte minoría la niega[237].

135 La posición que aboga por la admisión de una posición de garante se apoya en lo esencial en el poder de mando o dar órdenes de los directivos. Así opina *Schünemann*[238] que la posición de garante se puede "deducir estricta y lógicamente" de su –también aquí defendida- concepción del dominio bajo la condición de que "un órgano de dirección haya omitido impedir, como le era posible con los medios disciplinarios de la corporación, la infracción de un subordinado. En efecto, en estos casos el órgano de dirección gracias a su poder de mando ejerce el dominio sobre el fundamento del resultado y por ello está justificado hablar de una posición de garante de vigilancia a consecuencia del poder de dar órdenes y del dominio de la organización". También *Rogall*[239] se apoya en que "el titular de la empresa de facto y de iure posee un dominio de las órdenes y de la organización".

136 Frente a esto, la opinión contraria se empeña en que la responsabilidad propia de los subordinados se opone a una posición de garante de los directivos. *Rudolphi*[240], una de las voces líderes de esta opinión, se apoya sobre todo en este punto de vista y en segundo término también en una interpretación *a sensu contrario* del § 357: en la ley falta un precepto correspondiente para los señores o dueños de los negocios; y añade que tampoco se puede deducir nada contrario del § 130 OWiG, pues según este precepto la vulneración del deber de vigilancia en las compañías y empresas sólo será perseguida precisamente como infracción administrativa.

137 **Las mejores razones abogan sin embargo por una posición de garante de los directivos.** Es cierto que éstos, si permiten o favorecen activamente delitos relacionados con la empresa de sus subordinados, no son sin más autores mediatos en virtud del "dominio de la organización"[241], pues el subordinado puede y debe –al igual que soldados y funcionarios– rechazar pretensiones

---

[235] Cfr., sin embargo, las indicaciones en *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 318, nm. 104.

[236] *Brammsen*, 1986, 275 ss., 277; *el mismo*, GA 1993, 97 ss., 110; *Göhler*, Dreher-FS, 1977, 613 ss., 621 ss.; *Hoyer*, 1998, 31 s., 32, 34; *Köhler*, AT, 223 ss., 225 ss.; *Landscheidt*, 1985, 113 ss.; *Ransiek*, 1996, 36; KKOWiG-*Rengier*, 2.ª, § 8, nm. 47-50; *Rogall*, ZStW 98 (1986), 613 ss., 616 ss.; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 52, *Schubarth*, SchwZStr 1976, 373 s.; *Schünemann*, 1979, 101 ss., *el mismo*, ZStW 96 (1984), 310; *el mismo*, Madrid-Symposium, 1995, 274 ss.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 46 s., 48.

[237] *Heine*, 1995, 116 ss.; *Hsü*, 1986, 254; LK-*Jescheck*, 11.ª, § 13, nm. 45; *Otto*, Jura 1998, 413; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 35 a; *Schall*, NJW 1990, 1269.

[238] *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 318.

[239] *Rogall*, ZStW 98 (1986), 617.

[240] SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 35 a.

[241] Así, sin embargo, *Rogall*, ZStW 98 (1986), 617 y también *Schünemann*, 1971, 328; *el mismo*, 1979, 95 ss., 102 s.; *el mismo*, ZStW 96 (1984), 287, 310 ss.; *el mismo*, LK, 11.ª, § 14, nm. 65.

punibles, incluso cuando vienen "de arriba"[242]. Pero el superior tiene, al menos, el deber y la posibilidad de evitar conductas punibles en la empresa a través de instrucciones vinculantes y controles. En este sentido la empresa está bajo su dominio y es controlada por él. Las condiciones prototípicas de una posición de garante se cumplen por tanto (cfr. nm. 19). Se puede hablar aquí, como mejor denominación, de una "posición de garante material prolongada"[243]. Las personas con puestos directivos han de cuidar de que el "foco de peligro" empresa permanezca bajo control con garantía de seguridad, siendo indiferente si los peligros provienen del potencial de la empresa personal o material. Ambos son a menudo casi inseparables, por ejemplo, cuando unas deficiencias técnicas son provocadas o potenciadas por fallos de mantenimiento.

Una **opinión diferenciadora** defiende *Gimbernat*[244], al recurrir a la tesis 138
fundamental defendida por él sobre la problemática de la equivalencia, de "que un delito de omisión impropia sólo existe cuando aquél que está obligado a controlar un foco de peligro preexistente"[245] prescinde de medidas que impiden una superación del riesgo permitido o habrían reconducido el riesgo ya sobrepasado a la medida del permitido (para más detalles *supra* nm. 25 ss.). Según esto, el director de la empresa sólo es responsable de un delito de omisión impropia cuando el delito doloso o imprudente del subordinado "consistió precisamente en que operó sobre un foco de peligro relacionado con la empresa, del que posteriormente se derivaron menoscabos del bien jurídico"[246]. El director del negocio o gerente responderá por tanto entonces en su caso por omisión impropia si se suministran productos defectuosos o no se observan los preceptos de protección contra incendios y de prevención de accidentes. Por el contrario queda excluida cualquier clase de responsabilidad "por la no evitación de eventuales hurtos cometidos en la empresa, de cohechos o sobornos de funcionarios, de infracciones contra la libre competencia, de manipulaciones por parte del crupier del casino o de actuaciones violentas del `portero` de una discoteca".

El enfoque de *Gimbernat* es aprovechable, pero se puede conciliar per- 139
fectamente, en una versión menos estrecha, con la limitación de la responsabilidad de los señores y dueños del negocio a los delitos relacionados con la empresa. Si un empleado mata a palos a su colega por celos, el 'dueño y señor' del negocio no es garante de impedir tal hecho, pues el mismo puede suceder igualmente fuera de la empresa, no está relacionado con la empresa y por tanto no surge de un foco de peligro empresarial. Pero que un empleado al servicio de la empresa cometa cohechos o infracciones

[242] Más detallado *supra* § 25, nm. 60, 107.
[243] *Schlüchter*, Salger-FS, 1995, 158.
[244] *Gimbernat*, Roxin-FS, 2001, 651, con material interesante de la jurisprudencia española.
[245] *Gimbernat*, Roxin-FS, 2001, 656.
[246] Aquí y en lo sucesivo: *Gimbernat*, Roxin-FS, 2001, 661.

contra la libre competencia, que un crupier se quede por "equivocación" con dinero que tiene a su alcance o que un portero, comprometido dado el caso al uso legítimo de la fuerza, se exceda de sus facultades, pertenece en cambio a un peligro específico de empresa en la correspondiente firma. Por eso este "foco de peligro" debe ser mantenido bajo control por el director del negocio. *Gimbernat* opina[247], que no se puede considerar a un empleado como una "fuente de peligro". Por el contrario, a mí me parece posible en la medida en que las circunstancias dadas de la correspondiente empresa llevan consigo el peligro de la comisión de los correspondientes delitos.

140 Preceptos como el § 130 OWiG y el § 357 no se oponen a tal posición de garante, pues el § 130 OWiG tiene la finalidad de ampliar la posición de garante del empresario en la medida en que se renuncia "a la relación de culpabilidad con la contravención" del subordinado[248]. El § 130 OWiG debe por tanto garantizar la posibilidad de una punición incluso en el caso "de que no pueda ser comprobado que en los obligados a la supervisión hubo dolo o imprudencia en relación a la concreta contravención". A ese respecto se presupone la responsabilidad del garante en caso de existencia de una conexión de culpabilidad. El § 357 expresa por tanto un pensamiento jurídico general, que vale también para la responsabilidad de los 'dueños' y 'señores' de las empresas.

141 Y las diferencias de la concepción aquí defendida frente a los autores que niegan una posición de garante de las personas directivas, tampoco son tan grandes como a primera vista parece, ya que una limitación de la responsabilidad del garante a delitos relacionados con la empresa, es decir, a deberes "que competen al titular como tal" (§ 130 I OWiG), reduce la responsabilidad considerablemente. Si una persona perteneciente a la empresa hurta, injuria, golpea o se permite abusos sexuales frente a un colega de trabajo o incluso frente a un visitante externo, no tiene el dueño y señor de la empresa ninguna posición de garante a ese respecto[249]. Por otra parte también un contrario a la posición de garante como *Rudolphi*[250] considera al señor del negocio obligado como garante "a impedir la entrega de medicamentos defectuosos o automóviles deficientes exactamente igual que por ejemplo la entrega de armas a terroristas". Con ello se reconoce al fin y al cabo la necesidad de una supervisión y control de las personas encargadas de los suministros. Pero entonces no se entiende bien por qué se no debe extender el deber de garante a impedir otros delitos que los empleados "cometan en cumplimiento de las tareas que se les encomiendan".

---

[247] *Gimbernat*, Roxin,-FS, 2001, 661 s., adhiriéndose a *Schünemann*, wistra 1982, 43.

[248] *Rogall*, ZStW 98 (1996), 615; la siguiente cita: 620.

[249] *Rogall*, ZStW 98 (1996), 618.

[250] SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 35 a.

Siempre están requeridas sólo "las medidas de control específicas de la empresa"[251], es decir, que la medida de los deberes del simple particular se rige según las circunstancias dadas del ámbito de control a él confiado. Por el contrario, la dirección suprema del negocio tiene un deber de control y organización muy amplio. Bien es verdad que en una dirección del negocio pluripersonal se pueden asignar determinados ámbitos de responsabilidad a los directores individuales del negocio, de tal modo que los demás estén exonerados en esa medida de su deber de supervisión. Pero si es perceptible que otro directivo de la empresa no cumple debidamente sus deberes o si la empresa en su totalidad se ve afectada por situaciones de crisis o excepcionales, rige de nuevo el principio de la responsabilidad global de todos los directivos. La dirección de la empresa puede delegar también determinadas tareas de control. Pero entonces ha de elegir sus colaboradores de forma cuidadosa, establecer exactamente su círculo de deberes y convencerse a través de controles de especialistas del desarrollo adecuado al ordenamiento de los procesos empresariales. Las singularidades más concretas pertenecen al ámbito especial de la criminalidad de empresa y no pueden ser expuestas aquí. 142

3. El deber de evitar el resultado basado en el actuar precedente (ingerencia*)

a) Sobre la posibilidad de una posición de garante por ingerencia

La posición de garante proveniente del actuar precedente, que se denomina también ingerencia[252], proviene ya de los comienzos de la dogmática moderna de la omisión (cfr. nm. 3) y ha sido reconocida hasta hoy por la jurisprudencia y la doctrina dominante, pese a que tanto su existencia como su fundamentación y su configuración en los detalles son exasperantemente discutidas. Se puede caracterizar según el estado actual de la discusión en un resumen simplificado como "creación de una nueva fuente de peligro". El ejemplo más importante en la práctica es la causación de un accidente de tráfico vial. Quien atropella imprudentemente a otro y con ello pone en peligro su vida, tiene según la teoría de la ingerencia una posición de garante que le obliga a evitar la muerte de la víctima del accidente. En consecuencia, él tiene que llevarlo al hospital o salvarlo de alguna otra manera. Si omite hacerlo y como consecuencia de ello esto la víctima fallece, puede ser casti- 143

---

[251] *Schünemann*, 1979, 105; cuáles son, se expone en loc. cit., 106 ss.

* Escribimos ingerencia con g, como hacen también otros penalistas hispanoparlantes, y no con j como recoge el DRAE, porque es realmente lo correcto, no sólo para ingerir sustancias o alimentos, sino también para ingerirse en un asunto, de acuerdo con su etimología latina de *ingerere*, y no de *inserere* (del que sí se derivaría injerir, como injertar o injerto): v. más ampliamente sobre ello *Luzón Peña*, Derecho penal de la Circulación, 2ª ed., 1990, p. 167, apoyándose en la autorizada opinión en ese sentido del gran filólogo *Corominas*. Y por ese origen latino del término, por cierto, es por lo que ingerencia se escribe con g en todas las otras lenguas modernas que recogen la palabra [N. del T.].

[252] Proveniente del latín *ingerere*, mezclarse en algo (aquí: en una esfera ajena).

gado, en función de su actitud subjetiva, por homicidio imprudente (§ 222), homicidio (§ 212) o incluso asesinato (§ 211) por omisión*.

144 La limitación de la discusión sobre la ingerencia a la creación de nuevas fuentes de peligro es una evolución (aún no reconocida en absoluto por todos) de la época de la posguerra. Hasta entonces se había recurrido a la ingerencia sobre todo como "cubre-lagunas o tapahuecos"[253] para los casos en los que "la omisión ciertamente parecía merecedora de pena, pero un deber de actuar no podía apoyarse en la ley ni en el contrato". Así se trataron durante largo tiempo los deberes de seguridad del tráfico como casos de ingerencia (cfr. ya nm. 108), al recurrir para fundamento de la posición de garante a acciones precedentes tales como la adquisición de una casa, terreno, etc. insuficientemente asegurados posteriormente, y también en otros supuestos en la responsabilidad por la omisión se utilizó a los actos anteriores como punto de conexión para deberes de impedir el resultado. Esto ya no es hoy necesario, porque las constelaciones del dominio del aseguramiento de la protección proporcionan una fundamentación mejor de la posición de garante. Ello es sobre todo significativo a nivel práctico, porque de ese modo se puede sacar estos casos fuera de la polémica en torno a la ingerencia.

145 La posición de garante por ingerencia en la forma aún hoy por discutir se distingue por tanto de las demás posiciones de garante de supervisión en que no consiste primariamente en el aseguramiento, sino en el salvamento respecto de un peligro creado por el obligado a impedir el resultado. En esta forma la posición de garante por ingerencia es principalmente en el ámbito de los delitos de tráfico vial una creación sólo de la época de la posguerra. *Welzel*[254] ha demostrado que el RG no contemplaba jamás al causante del accidente como garante, sino que castigaba su ausencia de prestación del socorro debido primero conforme a preceptos especiales cambiantes y finalmente por omisión de socorro del § 330 c (el actual § 323 c), y enlaza esto con la pregunta siguiente: "¿Ha cambiado tan profundamente entre tanto la conciencia jurídica para que el mismo comportamiento, que en el año 1906 constituía una mera infracción o falta, en el año 1909 se juzgara como un delito leve, en 1939 como un delito medio y desde 1955 pertenezca a la criminalidad grave?" En la sentencia BGH 11, 355 el BGH parte de una posición de garante del causante del accidente ya como algo obvio: "Así

---

* Todas estas calificaciones como homicidios u otros delitos de resultado en comisión por omisión es evidente que no son correctas en Derecho penal español, dado que el art. 195.3 CP, igual que lo hacía el art. 489 ter (antes 489 bis), 3.º del anterior CP, tipifica una simple omisión de socorro cualificada "si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio", o "si el accidente se debiere a imprudencia"; es decir, que, además del delito imprudente causado en comisión activa (cuando el hacer precedente causante de lesiones o muerte fuera imprudente, obviamente no si fuera fortuito), se castiga una omisión propia aunque agravada para el ingerente, pero con penas muy inferiores (prisión de seis meses a 1,5 o 4 años) a las del delito de homicidio doloso o del asesinato [N. del T.].

[253] Aquí y en lo siguiente *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 26.

[254] *Welzel*, JZ 1958, 494 ss. (495).

está reconocido en la jurisprudencia[255] que el conductor que atropella a un peatón y lo lesiona gravemente, se convierte en culpable –en su caso además de serlo de homicidio imprudente y de la fuga en caso de accidente de tráfico– de homicidio (intentado) si sigue conduciendo y abandona a su suerte al herido, pese a que él cuenta con la posibilidad, y la asume en su voluntad, de que el peatón haya sufrido lesiones peligrosas para su vida y morirá por ellas si no se le presta ayuda inmediatamente". Esta es desde entonces –con las limitaciones que aún se comentarán– la jurisprudencia constante.

También en la ciencia se reconoce de forma totalmente preponderante (con distintas modificaciones) la posibilidad de una posición de garante derivada de un actuar precedente, pero sin embargo, todos las fundamentaciones dadas para ello han sido y siguen siendo discutidas[256]. La mayoría de los autores considera casi evidente la afirmación de que se debe responder como garante de la eliminación de los peligros creados por uno mismo[257]. Como fundamento se utiliza la prohibición de lesionar a otros (*neminem laedere*). ¡Pero el problema es en realidad, si y cuándo la omisión del salvamento supone una lesión que va más allá de la infracción del §323 c! La mera causalidad de la acción precedente, que en el siglo XIX bajo el dominio del naturalismo jurídico sirvió para el establecimiento de la posición de garante por ingerencia, en todo caso según los criterios de imputación actuales no puede fundamentar la punibilidad del omitente por homicidio (cfr. ya nm. 3, 14). 146

Efectivamente, una considerable opinión minoritaria rechaza que haya una posición de garante basada en el actuar precedente[258]. Esta denominada **teoría de la antiingerencia**[259] tiene como líder y portavoz a *Schünemann*, cuya fundamentación merece especial atención, porque está derivada de su criterio o directriz de equivalencia, que también emplea aquí, del "dominio sobre el fundamento del resultado". Este autor discute[260] que el ingerente –por ejemplo tras una causación culpable de un accidente– aún tenga el dominio sobre la fuente de peligro, y destaca que tiene, como un *quivis ex populo* [cualquiera del pueblo], sólo una posibilidad de evitar el resultado y con 147

---

[255] Pero anteriormente sólo había dos sentencias en la misma línea: BGHSt 7, 287 (del año 1955) y BGN VRS 13 (1957), 120 ss., 122.

[256] Importantes monografías especiales: *Rudolphi*, 1966; *Pfleiderer*, 1968; *Welp*, 1968; *Herzberg*, 1972. Compárese al respecto la crítica de *Schünemann*, 1971, a *Rudolphi* (165 ss.), *Pfleiderer* (81 ss.), *Welp* (106 ss.). Contra *Herzberg* se expresa *Schünemann* en GA 1974, 236 ss.

[257] Cfr. p.ej. *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 27: no se ha logrado "fundamentar de un modo sencillo y convincente la fuerza vinculante de la ingerencia de otra manera que no sea apelar a que convence inmediatamente". *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 91 habla de una "fuerza de convicción" "también sin fundamentación más detallada".

[258] *Lampe*, ZStW 72 (1960), 93 ss., 106; *Langer*, 1972, 504 s.; *el mismo*, Lange-FS, 1976, 243, n. 12; *Oehler*, JuS 1961, 154; *Roxin*, ZStW 83 (1971), 403; *el mismo*, 21973, 18 ss.; *Schünemann*, 1971, 313 ss.; *el mismo*, GA 1974, 231 ss.; con más reservas *el mismo*, ZStW 96 (1984), 309; *Seebode*, Spendel-FS, 1992, 342 ss.

[259] La denominacion proviene de *Hillenkamp*, 10.ª, 2001, 190.

[260] *Schünemann*, 1971, 316.

ello un dominio potencial, pero no real sobre el acontecimiento. "Mediante la acción previa el ingerente ha 'soltado' el curso causal fuera de su ámbito de dominio... Precisamente por eso él se enfrenta al acontecer ulterior ontológicamente como cualquier otro... Si el ingerente de repente se convierte en doloso, es éste un dolo sin dominio y por tanto mera mala voluntad sin hecho..." Ejemplificado en el accidente de circulación causado culpablemente[261]: "La lesión... está concluida y sólo sigue operando en el cuerpo del lesionado, sobre el cual el causante del accidente no ejerce ningún poder (actual)". También rechaza una posición de garante de custodia[262] porque falta la voluntad del dominio del ingerente y una sumisión de la víctima[263].

148 También discute este autor la necesidad político-criminal de una punición de la ingerencia igual a la comisiva. *Schünemann* no ve entre la falta de atención antes del accidente y la posterior inactividad ninguna relación teleológica que permitiera sumar unas lesiones u homicidio imprudentes y una omisión del deber de socorro para convertirlas en un delito de la más grave criminalidad[264]. En caso de hechos previos dolosos, añade, los delitos cualificados por el resultado pueden satisfacer también la necesidad intensificada de pena[265]. Como saldo o balance (*per saldo*), *Schünemann* admite que en los supuestos de ingerencia el injusto y el merecimiento de pena están por debajo del homicidio del § 212 (o de las lesiones de los §§ 223 ss.) y por encima del § 323 c[266], y propone por ello *de lege ferenda* para tales casos una cualificación del 323 c[267].

149 *Brammsen* defiende una opinión extremadamente opuesta[268], en la medida en que ciertamente rechaza asimismo una posición de garante, pero incardina la situación de ingerencia en el sistema de los delitos comisivos. Por tanto, admite un homicidio doloso por comisión si el causante imprudente del accidente omite dolosamente la evitación del resultado. Para el dolo comisivo es suficiente según él que se añada éste como "**dolus superveniens**" durante la ejecución del hecho. Apela para ello a *Mezger*[269]: "La esencia del

---

[261] *Schünemann*, GA 1974, 235, n. 34.

[262] *Schünemann*, 1971, 316; *el mismo*, GA 1974, 235 s.

[263] Una crítica extensa a Schünemann la realiza *Herzberg*, 1972, 189 ss., 288 ss., 324 s., 340 s. A ella replica *Schünemann* en GA 1974, 236 ss.

[264] *Schünemann*, GA 1974, 233.

[265] *Schünemann*, Madrid-Symposium, 1995, 59.

[266] *Schünemann*, 1971, 315.

[267] *Schünemann*, 1971, 381. Me he adherido a esta propuesta en "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", 2ª, 1973, 19 [Política criminal y sistema del Derecho penal, trad. Muñoz Conde, 1973, 46 s.]. También el art. 489 ter párrafo 3.º del anterior Código Penal español preveía tal regulación. El nuevo Código Penal de 1995 reconoce ahora la ingerencia (art. 11 b). [Pero, como ya hemos destacado, pese a ello sigue manteniendo en el art. 195.3 sustancialmente la misma regulación que el art. 489 ter, 3.º del CP anterior: un tipo agravado de omisión de socorro, es decir de simple omisión propia, para el causante imprudente o fortuito del accidente. N. del T.]

[268] *Brammsen*, 1986, 418 ss.

[269] LK-*Mezger*, 8.ª, § 59, nota III, 21 s.

'dolo sobreviniente (*dolus superveniens*)' consiste en que la realización del tipo objetivo del delito fue comenzada sin culpabilidad o imprudentemente, pero antes de la causación definitiva el autor cobra conciencia de la antijuridicidad de su conducta y pese a todo lleva el hecho hasta el final...". A este respecto es decisivo que, en la fundamentación del dolo, el suceso sometido a la posibilidad de control del causante del peligro aún no haya encontrado su final o conclusión[270]. No es suficiente por tanto, según esta teoría, que el causante doloso se alegre del resultado después de que éste ya se haya producido o de que no sea ya evitable; esto sería un irrelevante *dolus subsequens*.

Aquí debe defenderse la **opinión de que la posición de garante derivada de un actuar precedente es en principio posible y también compatible con el criterio del dominio del control como criterio supremo de equiparación.** La "experiencia de la evidencia" (cfr. nm. 146), a la que la opinión mayoritaria debe agradecer haberse impuesto, se puede expresar con palabras sencillas así: si hay que prevenir o evitar en principio la causación de peligros para bienes jurídicos ajenos, no se puede entender por qué no habría igualmente que evitar, tras la producción de tal peligro, su desarrollo posterior hasta un resultado típico. Para ilustrarlo con un ejemplo clásico: si, para proteger la vida de los transeúntes, se ha de cuidar de que no les caiga en la cabeza ninguna teja suelta de la casa propia, para el caso de que sin embargo tal accidente suceda, se ha de proteger la vida de los transeúntes al menos llevándolos al hospital o atendiéndolos de alguna otra forma. La tesis contraria crea una inexplicable contradicción en la valoración, pues si uno responde del peligro del comienzo (del accidente) como autor, con más razón se tendrá que ser responsable de evitar el resultado en caso de que siga operando y aumentando el peligro que se produce por el accidente. No tiene sentido hacer responsable penalmente a alguien sólo por el impulso inicial y no por la evitable prosecución de un curso causal que conduce a la realización de un tipo. 150

La compatibilidad con el criterio del dominio se puede establecer si se describe así el ámbito del deber de supervisión y control: **la prosecución dominable de un foco de peligro que se debe vigilar y controlar (ya sea el propio cuerpo, un automóvil, un niño, un animal, o una casa) pertenece adicionalmente al ámbito de dominio y se ha de asegurar antes de su transformación en un resultado típico.** Frente a la opinión divergente de *Schünemann* (nm. 147) se puede afirmar esta tesis, porque los límites del ámbito de control, sin perjuicio de su fundamento real, se determinan –como casi todos los límites jurídicos– normativamente. El motivo normativo aquí determinante ya ha sido mencionado (nm. 150): si se tiene que responder jurídicamente de impedir un curso causal, ello ha de valer para cada fase de su desarrollo. A ello se añade el punto de vista, destacado especialmente por *Rudolphi*[271], de 151

[270] *Brammsen*, 1986, 419.

[271] *Rudolphi*, 1966, 110 ss.; *el mismo*, SK, 7.ª, § 13, nm. 38.

que el ingerente, mediante su actuar precedente infringiendo su deber, deja desprotegida a la víctima. Cierto que esto no basta para admitir una posición de garante de custodia (nm. 147), pero fortalece las razones que hablan a favor de afirmar una posición de garante de aseguramiento.

152 El rechazo radical de la ingerencia fuerza también a una delimitación de los deberes de tráfico fundamentadores indudablemente de la garantía que ya no convence. Así quiere *Schunemann*[272] aceptar una posición de garante, "si la situación de peligro creada continúa actuando aún dentro de la esfera de dominio del ingerente". Como ejemplo cita el caso de que alguien pasea a su perro sin correa y éste se abalanza sobre un transeúnte: "Debido al constante dominio sobre el perro" es "igual a la comisión la omisión del dueño que, pese a la 'disposición a obedecer' existente en el perro, no le silba para que regrese". Pero ¿qué sucede si el perro desoye la llamada de su dueño, es decir, no está "dispuesto a obedecer"? Entonces por supuesto que el dueño tendrá que quitárselo de encima a la víctima tirando hacia atrás de él con sus propias manos y, si no lo hace, podrá ser castigado por lesiones por omisión. Si se quisiera rebatir esto, porque el perro no se encontraba ya en el ámbito de dominio de su dueño, se establecería entre la posibilidad de llamar ordenando volver atrás y la de tirar hacia atrás una diferencia en cuanto a punibilidad que teleológicamente ya no sería comprensible. Pero si en cambio, como es lo adecuado, también se enjuicia la omisión de tirar hacia atrás como equiparable a la comisión, no se entiende por qué otros casos, en los que se podría haber parado el curso causal puesto en marcha por un actuar precedente, no deberían ser equiparables a la comisión.

153 Ciertamente, desde el punto de vista del merecimiento de pena se conseguiría a través de una cualificación del § 323 c resultados similares a los que se producirían tratando los casos de ingerencia según el § 13, pues mediante una cualificación se podría llegar, por ejemplo, al marco penal que resulta también con ayuda de la aplicación, necesaria en los casos de ingerencia, de la atenuación del § 13 II (v. al respecto § 31, nm. 240). Pero, dado que la cualificación requerida no es Derecho vigente, el § 13 II proporciona el marco penal adecuado. También hay que tener en cuenta que en una posible cualificación en el § 323c difícilmente se podría dejar de tener en cuenta el resultado producido, pues supone una gran diferencia que alguien, a continuación de una acción previa peligrosa, omita impedir unas lesiones corrientes o la muerte de una persona. Pero si esto se tiene en consideración en la medida de la pena, se está volviendo ya de nuevo a aproximarse a una enmascarada equiparación [con el hecho comisivo].

154 La adecuación de efectuar una equiparación también en los casos de ingerencia se confirma por el hecho de que *Brammsen* incluso quiere calificar aquí como delito comisivo (nm. 149). Sin embargo, eso va demasiado le-

[272] *Schünemann*, GA 1974, 235.

jos[273], pues la decisión de omitir una actuación posterior (el salvamento de la víctima) fundamenta lógicamente un dolo omisivo. La admisión de un dolo comisivo sólo es posible como *dolus subsequens*, y éste no lo conoce el Derecho penal moderno. Además, al tomar como base un delito comisivo, se perdería la posibilidad de una atenuación conforme al § 13 II, la cual es especialmente necesaria precisamente en los casos de ingerencia.

b) Restricciones de la posición de garante por ingerencia

aa) El principio o punto de partida: la acción previa ha de ser objetivamente imputable al causante=

Si se reconoce la posibilidad de una posición de garante derivada de un actuar precedente, se plantea como siguiente cuestión la de qué cualidad debe presentar la acción previa para operar fundamentando el deber de garante. Originariamente la jurisprudencia y la doctrina habían considerado suficiente la mera causalidad, y en parte lo siguen haciendo aún hoy[274]. Esto es explicable por el hecho de que la posición de garante por ingerencia tienes sus raíces en el pensamiento causal del siglo XIX (cfr. sólo nm. 3). Pero esto no es sostenible, pues un nexo causal totalmente libre de valor no puede constituir un punto de conexión para valoraciones jurídicopenales (aquí: cargar con un deber de impedir el resultado). Si alguien invita a otro, que sufre por el camino a la casa del primero un accidente con su automóvil, el invitante es causal, en el sentido de la teoría de la equivalencia, respecto de este accidente. Pero sería totalmente equivocado contemplarlo por ello como garante de la salvación del accidentado, pues si él casualmente es testigo del accidente, estará exactamente tan poco implicado en éste como cualquier otro transeúnte que pasara por allí, de modo que sólo puede entrar en consideración un deber de socorro conforme al § 323 c. 155

Según la concepción aquí mantenida, una posición de garante derivada de un actuar precedente es aceptable siempre que –pero sólo si– la acción previa sea imputable al causante. Por tanto, quien atropella imprudentemente a otro, tiene una posición de garante, pues la situación de necesitado de la víctima es obra suya y por eso es adecuado, por las razones indicadas más arriba (nm. 150), hacerle responsable de no impedir las consecuencias ulteriores. Pero si alguien es sólo causal respecto del accidente, como en el ejemplo de la invitación (nm. 155), sin que el accidente represente la consecuencia de un riesgo jurídicamente relevante creado por él, el suceso para él es una casualidad, de la cual no se puede deducir responsabilidad alguna que vaya más allá del deber jurídicopenal general de socorro (§ 323 c). También las restantes posiciones de garante que se basan en el deber de 156

[273] Una crítica detallada en *Sangenstedt*, 1989, 336 ss., quien, sin embargo, también rechaza una posición de garante por ingerencia.

[274] RGSt 14, 362; BGHSt 3, 203 (205); *Arzt*, JA 1980, 713 ss., 714 ss.; *Welp*, 1968, 265 ss., 273.

supervisión y control de una fuente de peligro se vinculan, no a la mera causalidad, sino a una imputable falta de diligencia en la supervisión y control.

157 La teoría de la imputación objetiva se puede traspasar por tanto a la ingerencia. Cómo se produce esto en los casos concretos, debe ser explicado más detalladamente a continuación (nm. 160 ss.) con el ejemplo de un análisis por grupos de casos (bb-hh). En todo caso, de las fuertes restricciones de la responsabilidad por ingerencia efectuadas aquí y también por la opinión dominante hoy, resulta que la solución correcta transcurre más o menos a medio camino entre un rechazo radical de esta posición de garante y su ilimitada extensión a todas las acciones causales previas.

158 En la literatura científica y también en la jurisprudencia, en la medida en que no se conforman con la causalidad de la acción previa, se le plantean a la estructura y características de ésta exigencias diversas, pero similares a la opinión aquí defendida. *Rudolphi*, que ha sido el primero en fundamentar contundentemente el rechazo del pensamiento causal en el ámbito de la responsabilidad por ingerencia, exige una acción previa antijurídica[275]. Esto va un poco lejos, porque aquellos peligros que se basan en situaciones justificadas de estado de necesidad o en la desaparición de una justificación originariamente dada, se vinculan a una acción previa conforme a Derecho y pese a ello pueden fundamentar una posición de garante (nm. 186 ss., 189). A pesar de todo se pueden integrar sin más tales supuestos, que *Rudolphi* reconoce igualmente como "excepciones"[276], en la posición de garante por ingerencia con ayuda de la teoría de la imputación objetiva. *Jakobs*[277] lo formula con acierto: "La exigencia de una conducta previa antijurídica restringe la responsabilidad por ingerencia... demasiado, dado que puede que la víctima tenga un derecho a ser protegida, ciertamente no de la conducta en sí misma, pero sí de sus consecuencias".

159 Hay algunos otros intentos más de restringir la posición de garante por ingerencia. "La paleta de los criterios ofrecidos para la restricción es multicolor"[278]. Así por ejemplo se atiende un nexo con el fin de protección[279], al incremento del riesgo condicionado por la acción previa[280], a la adecuación[281] o la "probabilidad próxima"[282] de la producción del resultado,

---

[275] *Rudolphi*, 1966 (especialmente 157 ss., 163 ss.); *el mismo*, JR 1987, 62; *el mismo*, SK, 7.ª, § 13, nm. 40; igualmente BGHSt 37, 106; 43, 381, 397; OLG Celle VRS 41 (1971), 98, 99; OLG Karlsruhe Justiz 1975, 151; *Gallas*, 1989 (1963), 90, 92; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 13 nm. 13.

[276] SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 40 a, b.

[277] *Jakobs*, BGH-FG, 2000, t. IV, 47.

[278] *Dencker*, Stree/Wessels-FS, 1993, 163.

[279] *Stree*, Klug-FS, 1983, 395, 399.

[280] *Otto/Brammsen*, Jura 1985, 646, 648; cfr. también *Otto*, NJW 1974, 528.

[281] Por ejemplo, *Welp*, 1968, 201 ss., 226 ss.

[282] Así, por ejemplo, *Grünwald*, ZStW 70 (1958), 431. BGH NJW 2000, 2756, exige, invocando una jurisprudencia constante y distintas voces de la literatura científica, "el peligro cercano de producción del... resultado típico".

o a la incardinación dentro de ámbitos de responsabilidad[283] o círculos de organización[284]. *Herzberg*[285] pretende que se considere decisivo si el omitente "ya durante su actuar activo provocador del peligro era responsable de evitar en todo lo posible el resultado ahora manifiestamente amenazante". Todo esto en sí no es erróneo, pero mediante esas fórmulas se abarcan sólo aspectos parciales de la imputación objetiva, de tal modo que estas concepciones se pueden incluir sin forzarlas dentro de la concepción aquí desarrollada. Esto sirve también para la nueva tesis de *Dencker*:[286] "La acción previa tendría que presentar... todas, pero también sólo las cualidades que ha de presentar la acción objetivamente típica del delito comisivo". Esto se corresponde con la solución aquí desarrollada en la medida en que la imputación objetiva es presupuesto de la realización del tipo. También la jurisprudencia moderna opera con elementos cambiantes de la teoría de la imputación objetiva[287].

bb) No hay posición de garante si la acción previa se mantiene dentro del riesgo permitido

En primer lugar no procede una posición de garante derivada de un actuar precedente si la acción previa ciertamente es causal para el peligro creado, pero no ha creado para la víctima un riesgo incrementado[288]. Quien motiva a alguien a que, en lugar de ir al teatro, como había planeado, mejor vaya al cine con él, no es garante si aquél sufre un accidente de tráfico rodado de camino al cine, puesto que el riesgo circulatorio sería igual de grande en el caso de haber ido al teatro. Quien ayuda a otro en la solicitud de subsidio familiar por hijos, no está obligado frente a la Administración a informar del cambio, si el destinatario del subsidio familiar por hijos no comunica posteriores cambios que conducirían a la pérdida del derecho[289], puesto que este riesgo escaso y penalmente irrelevante habría existido también en una solicitud de subsidio familiar por hijos realizada sin ayuda. 160

Lo propio rige si la acción previa sólo ha creado un riesgo permitido, pues éste también excluye la imputación[290]. Sin embargo, esto es más controvertido en los detalles concretos. Según los hechos de la sent. BGHSt 11, 353 el acusado había puesto a disposición de S una navaja con la que éste imprevisiblemente apuñaló a V y lo hirió poniendo en peligro su vida. Entonces el acusado huyó en lugar de realizar esfuerzos para salvar a la víctima. Ahí hay 161

---

[283] *Rengier*, JuS 1989, 802, 807.

[284] *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/29-36.

[285] *Herzberg*, JZ 1986, 989.

[286] *Dencker*, Stree/Wessels-FS, 1993, 171.

[287] Un análisis resumido de la jurisprudencia de la ingerencia del BHG lo realiza *Jakobs*, BGH-FG, 2000, t. IV, 29 ss.

[288] Sobre el caso paralelo de la imputación objetiva en el marco del cumplimiento del tipo cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 45 s.

[289] OLG Stuttgart NJW 1986, 176 s.

[290] Cfr., *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 54 s.; § 24, nm. 14-38.

una omisión de socorro (§ 323 c). Pero el BGH quiere admitir una posición de garante, afirmando que el acusado "está obligado" a evitar el resultado "sin consideración a si había provocado el peligro surgido para V de forma culpable o sin culpa" (loc. cit., 355). Esto se acerca a la verdad, pues ciertamente la cuestión no depende realmente de si hay culpabilidad en la acción previa. Pero es que la actuación precedente en el presente caso no fue siquiera objetivamente imprudente, sino totalmente legal, puesto que según el principio de confianza[291] todo el mundo puede lícitamente confiar, salvo en caso de reconocible predisposición al hecho delictivo, en que otros no cometerán delitos dolosos. Y dado que aquí no era reconocible tal propensión al hecho, el suceso subsiguiente de antemano no podía ser imputado al acusado, de modo que no es que falte sólo la culpabilidad, sino que falta ya toda creación de peligro no permitida. El prestar una navaja fundamentó un riesgo permitido, de modo que de antemano quedaba descartada una posición de garante para impedir las consecuencias del abuso del cuchillo.

162 El rechazo de una posición de garante en el presente caso coincide con la opinión dominante[292]. Sin embargo, cuando este rechazo en muchas ocasiones[293] se reconduce a la autorresponsabilidad del autor comisivo, eso no es acertado. En efecto, si el acusado, como parece lógico en determinadas ocasiones, hubiera podido sin más reconocer que S con la navaja quería apuñalar a V, entonces estaría obligado a impedir el resultado, aunque esto no habría cambiado nada en la responsabilidad de S[294]. En un caso así, la entrega de un cuchillo ya no es un riesgo permitido. También cuando *Stree*[295] dice que "Quien contraviniendo la ley de armas (WaffenG) vende a un adulto un arma de fuego, no es responsable de la conducta del adulto... y por consiguiente no está obligado según el § 13 a proteger de posteriores daños a una persona a la que ha disparado el adquirente", esto es sólo correcto con la limitación de que una posición de garante al fin y al cabo surge cuando ya en la entrega del arma de fuego era reconocible el fin delictivo que se perseguía con ella. En cambio, la infracción de la ley de armas es por sí sola punible, pero como tal no crea aún sin más un riesgo no permitido para la vida de otro.

163 Según estos principios hay que decidir también en los múltiples casos tratados por el BGH en los cuales un coautor omite conjurar los peligros (la mayoría de las veces para la integridad y la vida de un tercero) crea-

---

[291] Al respecto, *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 24, nm. 26 ss.

[292] *Freund*, 1992, 237 s.; *Frisch*, 1988, 360 s., Fn. 489, 490; *Joecks*, 3.ª, § 13, nm. 80; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 104; *Renzikowski*, 1997, 139-142; *Rudolphi*, 1966, 123; *el mismo*, SK, 7.ª, § 13, nm. 44; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 39.

[293] *Freund*, 1992, 237; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 104; *Rudolphi*, 1966, 123; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 39.

[294] Contra el criterio de la "reconocible predisposición al hecho" *Sch/Sch/Lenckner*, 26.ª, antes de §§ 13 ss., nm. 101 e.

[295] *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 39.

dos por otros coautores[296]. Si se fomenta la reconocible predisposición o propensión al hecho delictivo de un autor comisivo, de ello surge una posición de garante para repeler los peligros creados por él –aunque vayan más allá (excedan) del plan común del hecho–. En caso de hechos excesivos de un coautor no lógicamente suponibles y por ello no previsibles sin más (por ejemplo, uno de los dos ladrones viola a la víctima en contra del plan trazado y de forma inesperada[297]) no se puede aceptar por el contrario que haya un deber de impedir el resultado del cómplice que permanece inactivo.

También es correcta la posición del BGH cuando acepta[298] que la induc- 164
ción al testimonio falso sin juramento convierte al inductor, que además hace solicitar la prestación de juramento del testigo, en garante de evitar un falso testimonio con perjurio; pues si alguien se muestra dispuesto a prestar falso testimonio, es muy lógico suponer que él, si no le ha asegurado lo contrario desde el principio al inductor, dado el caso también lo prestará bajo juramento. Sin embargo, a este tipo de creaciones de peligro específicas de las declaraciones testificales y que van más lejos de la propia conducta procesal es a las que también se debería limitar ciertamente la ingerencia en delitos de declaración (para más detalles v. nm. 177 ss.).

Se mantiene dentro del riesgo permitido también un conductor que cau- 165
sa un accidente, aunque no haya cometido ninguna infracción del cuidado debido. Efectivamente, así lo ha decidido también la BGHSt 25, 218[299] (en la introducción): "Un conductor que se comporta en todos los aspectos conforme a deber y a las exigencias del tráfico rodado no tiene frente a la víctima, que ha sido la única culpable del accidente, ninguna posición de garante". Para todos los otros casos de actuaciones conforme al deber de cuidado (en el funcionamiento de máquinas, en trabajos de construcción, etc.) debe regir lo mismo.

El rechazo de una posición de garante corresponde ciertamente a la opi- 166
nión dominante[300], pero no es indiscutida. *Freund* opina[301] que la no evitación del peligro de muerte no puede "estar apoyada en una correspondiente permisión del riesgo (riesgo permitido): ¡pues el fundamento material del desarrollo de la libertad en la forma de conducir un vehículo no comporta

---

[296] BGH NJW 1992, 1246 (al respecto *Seelmann*, StV 1992, 416 s.; *el mismo*, NK, § 13, nm. 113); BGH NStZ-RR 1997, 292; BGH NStZ 1998, 83 s.; BGH NJW 1999, 69, 71 s. Con más detalle sobre la problemática *Stree*, Klug-FS, 1983, 395 ss.; *Jakobs*, BGH-FG, 2000, t. IV, 44 ss.

[297] Así el supuesto de hecho en BGH NStZ-RR 1997, 292.

[298] BGH NStZ 1993, 489.

[299] En *Roxin*, HRR, AT, caso 94, 145 ss., 212 s.

[300] OLG Celle VRS 41 (1971), 98; *Jakobs*, 1976, 813; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 IV 4 a; *Joecks*, 3.ª, antes del § 13, nm. 47; *Otto*, NJW 1974, 535; *Rudolphi*, JR 1974, 160; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 35.

[301] *Freund*, 1992, 182, que sin embargo pretende aceptar una posición de garante sólo en actividades cualificadamente arriesgadas, entre las que incluye el conducir; para más detalles *el mismo*, AT, § 6, nm. 67 ss.

dejar morir a la víctima tras una colisión inevitable!". *Maurach/Gössel*[302] consideran justificado "obligar" a aquel "que en un comportamiento generalmente peligroso lesiona a otros en sus bienes jurídicos, aunque sea de manera impune, a evitar... el ulterior daño". También *Kühl*[303] destaca que dejar morir al peatón atropellado en todo caso no está "cubierto por una permisión del riesgo, que autoriza la conducción arriesgada con el cumplimiento de las normas de tráfico".

167 Estos argumentos son discutibles, pero las mejores razones abogan a favor de la opinión dominante. Pues una implicación no imputable en un accidente jurídicamente no es una lesión típica, sino una desgracia para el conductor debida al azar. En una desgracia así debe ciertamente como cualquier otro que casualmente esté presente prestar socorro en virtud del § 323 c, pero precisamente no se trata de evitar las consecuencias de una fuente de peligro insuficientemente supervisada y controlada –¡y sólo este punto de vista fundamenta en los comportamientos de riesgo permitido la posición de garante por ingerencia (cfr. nm. 150 s.)! También hay que tener en cuenta que en tales casos la responsabilidad por lo acaecido reside como regla general en la víctima y que no sería adecuado derivar de ello cargas adicionales para el causante. Con razón dice el BGH (loc. cit., 201), "a un conductor que de tal manera se comporta conforme a Derecho equitativamente no se le" puede "erigir en guardián de un partícipe en el tráfico vial que ... ha sido él solo quien de forma culpable ha puesto... la causa para el accidente de tráfico y con ello para el peligro propio". Cuando la opinión contraria quiere ver la posición de garante quasi como precio de la autorización para conducir, se está apartando de los fundamentos de la posición de garante de supervisión y control y además pasa por alto que el conducir no es un lujo que haya que adquirir a costa de una carga especial, sino una forma de locomoción imprescindible hoy en día para el funcionamiento de la sociedad.

168 *Jakobs*[304] pretende diferenciar y deducir del comportamiento arriesgado permitido una posición de garante si se dan dos presupuestos: que consista en un riesgo especial (un riesgo más alto que el de los comportamientos cotidianos ineludibles) y que el sujeto puesto en peligro haya tomado las medidas de seguridad que a él le atañen por su lado. Como indicio de la existencia de un peligro especial menciona la responsabilidad civil por la puesta en peligro y la existencia de un seguro obligatorio.

169 Según esto, incluso el conductor que conduce con el cuidado debido, y que se ve envuelto en un accidente, puede ser en principio garante del salvamento del accidentado. Pero según él, esto no debe regir, por ejemplo, si un borracho ha chocado haciendo eses contra el automóvil[305], pues enton-

[302] *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, § 46, nm. 102.
[303] *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 101.
[304] *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/42.
[305] Ejemplo de *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/42.

ces la víctima, que ha omitido tomar las necesarias medidas de seguridad, debe responder por sí misma del suceso. Sin embargo, con ello se vuelve a anular ampliamente la posición de garante, pues si el causante y la víctima se comportan impecablemente, difícilmente se producirá un accidente. Una posibilidad intermedia que lógicamente se ocurre sería a lo sumo que un tercer causante esté en juego; pero entonces con la posición de garante de éste basta para la protección de la víctima. Tampoco se debería deducir de los preceptos de responsabilidad civil sin más una responsabilidad jurídico-penal reforzada, la cual es menos necesaria precisamente a causa de la protección civil de la víctima. Contra la diferenciación habla también el hecho de que alguien que pese a su comportamiento totalmente intachable se ve envuelto en un accidente, casi no va a poder juzgar la eventual culpa de otro implicado en el accidente y su dimensión o grado en la situación concreta, de forma que la consecuencia de una solución diferenciadora sería una gran inseguridad jurídica.

Se discute si surge una posición de garante cuando la acción previa ciertamente no se mueve en el riesgo permitido, pero la superación del riesgo no ha repercutido en el resultado. Así sucedía en la sent. BGHSt 34, 82:[306] el acusado conducía a 120 km/h (en lugar de a los 100 km/h permitidos) y había infringido con ello la normativa de tráfico vial (StVO). Sin embargo el motorista fallecido en el accidente fue el único culpable del mismo; quedó probado que el accidente no se habría podido evitar aunque se hubiera mantenido la velocidad máxima permitida. El BGH admite en este caso una posición de garante, porque el acusado "se había comportado infringiendo las normas del tráfico y ese comportamiento estaba en relación inmediata con el accidente" (en la introducción): "El Senado (Sala del tribunal) deja sin resolver si esto también ha de regir cuando el comportamiento del conductor no ajustado a las normas de tráfico no pueda tener relación con el accidente (loc. cit., 84). Lo correcto sería rechazar una posición de garante[307], pues si, como el perito había demostrado, el acusado "aun manteniendo ... la velocidad máxima permitida ..." no habría podido evitar "el accidente ni con un frenazo en seco ni con un volantazo a la izquierda", la superación de la velocidad máxima permitida no estaba precisamente en conexión inmediata con el accidente. La "relación" con el accidente construida de pasada no obstante por el BGH acaba desembocando en una inadmisible imputación desde el punto de vista de un *versari in re illicita.* 170

Incluso prescindiendo de la ausencia de repercusión de una infracción del deber de cuidado, una acción previa que fundamente un deber de garante presupone **un nexo de riesgo en el sentido de que la acción precedente** 171

---

[306] Con un Comentario en contra de *Ranft*, JZ 1987, 859 ss.; *Rudolphi*, JR 1987, 162; a favor *Herzberg*, JZ 1986, 986 ss., 989 ss.

[307] Así también SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 39 b; *Stree*, Klug-FS, 1983, 398; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 102; crítico también *Jakobs*, BGH-FG 2000, t. IV, 41 s.

ha de haber creado precisamente el riesgo, cuya evitación era el fin de la norma infringida; pues lo que es condición para la imputación objetiva en el marco de la imprudencia[308] ha de valer igualmente en caso de ingerencia para la acción precedente. A esto le da la razón también el BGH cuando en la BGHSt 37, 115 s. en caso de ingerencia quiere admitir una posición de garante "por lo menos" cuando "existe infracción del deber precisamente en la vulneración de un mandato que esté destinado a servir a la protección del bien jurídico puesto en peligro...".

172 Por tanto, si el propietario de una vivienda se cae por las escaleras del sótano buscando a un ladrón que ha penetrado en ella y se lesiona[309], el ladrón no es garante de la evitación de las consecuencias resultantes del accidente, pues el fin de la prohibición del robo infringida no es evitar daños corporales del propietario. Así, "¿... el conductor que con infracción de las normas del tráfico causa la caída al suelo de un ciclista, de forma que éste queda tirado en la cuneta, debe tener que impedir como garante a un tercero que le hurte la cartera a la persona inconsciente?"[310]. Se debe contestar negativamente a la pregunta, pues no es el fin de los preceptos de tráfico rodado evitar hurtos.

173 Uno de los principales casos de una conducta previa que se mueve dentro del riesgo permitido, y que no fundamenta un deber de garante, es también el **despacho autorizado de bebidas alcohólicas**[311]. Si un cliente en un bar o restaurante toma tanto alcohol que él –pese a seguir teniendo imputabilidad– es incapaz de conducir, y si él después en este estado conduce con su automóvil hasta casa y en el camino causa un accidente, se plantea la cuestión de si junto al conductor el encargado del establecimiento también sería responsable de las consecuencias como autor yuxtapuesto (accesorio) imprudente por omisión. La BGHSt 4, 20 todavía seguía afirmándolo: según ella, el encargado del establecimiento debe impedir conducir a sus clientes, en caso necesario incluso llamando a la policía, y añade que su posición de garante se deriva de la administración de bebidas alcohólicas que habían desencadenado la embriaguez. "Quien crea el peligro para la comisión de un delito, está obligado a repeler el peligro que amenaza por esa situación".

174 Esa jurisprudencia, que posiblemente se habría convertido en ruinosa para la hostelería, ha sido abandonada en la BGHSt 19, 152[312]. El BGH se remite ahora a que según la normativa de establecimientos de hostelería sólo está prohibida la entrega de bebidas alcohólicas a quienes están borrachos. "En la medida en que el encargado del local pueda suponer de forma razonable que el cliente es aún capaz de actuar con autorresponsabilidad, no tiene por qué inmiscuirse... en su hacer o dejar de hacer; en todo caso no se le

[308] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 63 ss.
[309] Ejemplo de *Stree*, Klug-FS, 1983, 397, 399.
[310] *Stree*, Klug-FS, 1983, 403.
[311] Más detalles sobre la jurispr. *Jakobs*, BGH-FG, 2000, t. IV, 35 ss.
[312] De opinión contraria *Geilen*, JZ 1965, 469.

puede imponer un deber penal tan considerable" (loc. cit., 154 s.). Y añade que el límite sólo se sobrepasa cuando el cliente "se ha puesto inimputable, y por tanto se ha sobrepasado el ámbito seguro del § 51 ap. 2 StGB (hoy § 21)" (loc. cit., 154). La BGHSt 26, 35 ha continuado esta jurisprudencia y la ha trasladado al anfitrión privado.

cc) No hay posición de garante si el peligro provocado por la acción previa reside exclusivamente en el ámbito de responsabilidad del sujeto puesto en peligro

La imputación de una acción previa se excluye también cuando el peligro 175
surgido de ella reside en el ámbito de la responsabilidad exclusivo del sujeto puesto en peligro. Un prototipo de esta constelación es la **cooperación en la autopuesta en peligro dolosa de otro**[313]. El supuesto de este tipo más importante en la práctica concierne al suministro de droga, cuyo consumo lleva al receptor a un peligro para su vida. La conducta del suministrador no se convierte en este caso en punible por lesiones si la víctima veía y era consciente del peligro en la misma medida que él (así ahora también BGHSt 32, 262)[314]. Antes bien, existe sólo una cooperación en una impune autopuesta en peligro, que es igualmente impune por ausencia de un hecho principal típico. Para la dogmática de la omisión esto tiene como consecuencia que el suministrador tampoco tiene ninguna posición de garante si el destinatario a consecuencia del disfrute de la droga cae en un estado en que necesita auxilio, pues el peligro surgido no se le puede imputar al suministrador, sino al cliente mismo. Y dado que incluso la cooperación en un suicidio doloso indiscutiblemente es impune [en Derecho alemán], el impedir consecuencias que resultan de una autopuesta en peligro dolosa ha de permanecer igualmente fuera del alcance del tipo de homicidio. De una autopuesta en peligro realizada con total consciencia del riesgo siempre tiene que responder únicamente el que se pone en peligro. Por tanto, si el suministrador omite el salvamento del paciente, que le es posible –por ejemplo, llevándolo al hospital–, su conducta es punible sólo por el § 323 c y no por un homicidio por omisión. Lamentablemente el BGH lo ve de otra manera y castiga en tales casos por homicidio imprudente (o dado el caso incluso doloso) por omisión[315].

Lo dicho se puede trasladar a todos los casos de autopuestas en peligro 176
responsables y emprendidas con plena conciencia del riesgo. Por ilustrarlo con dos casos jurisprudenciales modificados: Quien organiza con otro una peligrosa carrera con apuesta entre dos motos, no es garante si en ella el

---

[313] Cfr. *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 86 ss., donde se trata la constelación bajo la intitulación cooperación en una autopuesta en peligro dolosa.

[314] *Roxin*, HRR AT, caso 3, pp. 3, 158.

[315] BGH NStZ 1984, 452; NStZ 1985, 319 con Comentario discrepante de *Roxin*. Cfr. sobre todo ello con más referencias ya *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I],, § 11, nm. 91.

otro fallece en un accidente provocado por su propia culpa[316]. Quien está en cama como enfermo contagiado de viruela en un pabellón clínico para infecciosos, no es garante de impedir un posible contagio del sacerdote del hospital si éste ha entrado al pabellón aceptando correr el riesgo que le es conocido[317].

177 Otro **ejemplo principal** de la asignación de un peligro al ámbito de responsabilidad de otro es el de que **un falso testimonio con perjurio no es impedido por una de las partes en el proceso, que con su negación de hechos (réplica) contraria a la verdad ha motivado a un testigo a cometer perjurio** [318]. Todavía la BGHSt 3, 18 , adhiriéndose a la jurispr. del RG[319], le asignó a la parte negadora-replicante una posición de garante derivada de actuación precedente, y consideró que la parte incurrió en complicidad o cooperación al perjurio por omisión si durante la recepción de la prueba testifical realizada en su presencia no impidió una vulneración del juramento por parte del testigo confesando ella la verdad.

178 Esa jurisprudencia ha sido abandonada expresamente en BGHSt 17, 321, que declara: "El sentimiento de estar recíprocamente obligado" –en este caso se trataba de una réplica en un proceso de divorcio negando la existencia de relaciones adulterinas– "no es suficiente para crear una situación especial de peligro para el testigo que obligue al cónyuge culpable a hacer desistir al testigo de la declaración falsa". Tal peligro, según la sent., surge sólo mediante ulteriores circunstancias adicionales, "por ejemplo por el hecho de que durante el proceso de divorcio la persona continúe las relaciones adulterinas o extramatrimoniales con el testigo y de ese modo le provoque o al menos le aumente el peligro de testificar en falso y cometer perjurio" (loc. cit., 323, adhiriéndose a BGHSt 2, 129; 14, 22) [320].

179 El abandono de la anterior jurispr. es plausible en el resultado, pero ha de criticarse la fundamentación de la sentencia. La dimensión del "peligro para el testigo" no puede ser el punto de vista correcto ya por el simple hecho de que no es el testigo, sino a lo sumo la administración de Justicia quien puede resultar dañada por un falso testimonio con perjurio. Pero por lo que respecta a la puesta en peligro de la aportación de pruebas en el proceso, difícilmente se podrá negar que manifestaciones inveraces de una parte o de un acusado conllevan el peligro de que testigos que le sean próximos falten

---

[316] Transformación del supuesto de BGHSt 7, 112; para más detalles *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 87; *el mismo*, HRR AT, caso 4, pp. 5, 158 s.

[317] Aprecia equivocadamente un delito comisivo imprudente en este caso BGHSt 17, 359. Para más detalles al respecto *Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 11, nm. 88; *el mismo*, HRR AT, caso 32, pp. 43, 173.

[318] Con más detalle sobre la jurispr. *Jakobs*, BGH-FG, 2000, t. IV, 32 ss.

[319] RGSt 72, 20; 74, 283; 75, 271.

[320] Así en lo sustancial tb. *Krey*, BT I[11], 11.ª, nm. 574 ss.; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes de §§ 153 ss., nm. 7; *Prittwitz*, StV 1995, 274; SK-*Rudolphi*, 6.ª, antes de §§ 153 ss., nm. 52 s.; *Scheffler*, GA 1993, 348; *Schünemann*, 1971, 199 ss. (quien sin embargo atiende al § 138 I ZPO); *Tenter*, wistra 1994, 247; *Welp*, 1968, 307 ss.

asimismo a la verdad. Por ello, visto bajo ese aspecto habría parecido más lógico mantener la jurisprudencia anterior.

Sin embargo, la existencia de una posición de garante de la parte pro- 180
cesal o del acusado que en su réplica niegan hechos fracasa en el hecho de que por regla general pertenece exclusivamente al ámbito de responsabilidad del testigo cómo presta declaración en el proceso. Una eventual corresponsabilidad de extraños sólo puede entrar en consideración en caso de producir repercusiones directas y procesalmente específicas en la declaración del testigo. Aquí efectivamente puede originarse en alguna ocasión una posición de garante, que dé lugar a cooperación por omisión al perjurio en falso testimonio, si el inductor a un falso testimonio deja sin actuar que se produzca la toma de juramento al testigo (v. al respecto *supra* nm. 164). En cambio, otras influencias sobre el testigo, que se deriven de las relaciones personales de los intervinientes, no se pueden delimitar y no cambian para nada la exclusiva responsabilidad de un testigo, que declara sin sufrir error ni coacción, respecto del contenido de su declaración[321].

dd) No hay posición de garante si la creación del peligro está justificada por legítima defensa

La BGHSt 23, 327[322] ha resuelto: "La lesión de un agresor en legítima 181
defensa no convierte por regla general al agredido en garante de la vida del agresor"[323]. Esto se corresponde con la opinión absolutamente dominante y acertada,[324] pero no es del todo indiscutido[325] y tampoco evidente y obvio. Pues la actuación en legítima defensa es de todas formas imputable como conducta típica. Además, la causa de justificación de la legítima defensa está vinculada a una necesariedad, que ya no está presente en la omisión posterior de socorro. Tampoco es en general correcta la tesis de que la acción precedente por ingerencia ha de ser sin excepción contraria al deber[326], de manera que, según esa posición, ya por ese motivo no procede la posición

---

[321] Así tb. LG Essen NJW 1952, 116 s.; LG Göttingen NJW 1954, 731; LG Münster StV 1994, 134 s.; *Ebert*, JuS 1970, 400 ss. (sin una toma de posición totalmente inequívoca); *Hillenkamp*, Wassermann-FS, 1985, 865; *Otto*, JuS 1984, 161 ss., 169. Análogamente restrictivo *Bockelmann*, NJW 1954, 697 ss., 700; *Heinrich*, JuS 1995, 1115 ss., 1119; *Maurach*, DStR 1944, 16; *el mismo*, SJZ 1949, 541 ss.

[322] En el mismo sentido, el BGH NStZ 1985, 501; 1987, 171; 2000, 414.

[323] Así también *Roxin*, HRR AT, Fall 93, p. 144, 212.

[324] *Baumann/Weber*, AT, 10.ª, § 15 III 4 c; *Bringewat*, MDR 1971, 718; *Dahm*, ZStW 59 (1939/40), 179; *Dencker*, Stree/Wessels-FS, 1993, 175; *Freund*, AT, § 6, nm. 74; *Gallas*, 1989 (1963), 90; *Henkel*, MSchrKrim 1961, 183 s.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 IV 4 a; *Joecks*, 3.ª, § 13, nm. 42; *Otto*, AT, 6.ª, § 9 III 1 a, *el mismo*, H. J. Hirsch-FS, 1999, 291, 309; *Rudolphi*, 1966, 180 ss.; *el mismo*, SK, 7.ª, § 13, nm. 41; *Schünemann*, 1971, 314; LK-*Spendel*,11.ª, § 32, nm. 332; *Tröndle*, GA 1973, 295; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 215; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 726.

[325] A favor de admitir una posición de garante en caso de anterior acción justificada por legítima defensa, *Böhm*, 1957, 84; *Drost*, GerS 109 (1937), 21 s.; *Granderath*, 1961, 202 ss.; *Herzberg*, JuS 1971, 74; *el mismo*, 1972, 295 ss.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 46/100; *Nahstoll*, 1951, 87 ss., 120 ss., 140; *Traeger*, 1913, 106; *Vogt*, ZStW 63 (1950/51), 403; *Welp*, 1968, 266 ss., 271 ss.; *el mismo*, JZ 1971, 433 s.

[326] Cfr. las referencias en *Hillenkamp*, 10.ª, 2001, 189 s.

de garante del autor de la legítima defensa (cfr. *supra* nm. 158 e *infra* nm. 186 ss).

182 Sin embargo, hay que rechazar una posición de garante del que ejerce la legítima defensa, ya que en el ámbito del ilícito o injusto se han de ampliar las reglas de imputación válidas para el tipo. Entonces **resulta que en caso de una acción previa condicionada por una legítima defensa la puesta en peligro originada reside en el exclusivo ámbito de responsabilidad del agresor y por tanto no puede ser imputada a quien ejerce legítima defensa.** Este decisivo punto de vista materialmente también lo destaca el BGH: "Quien mediante una agresión antijurídica provoca una autopuesta en peligro no puede forzar con ello que el agredido se convierta en su garante protector" (loc. cit., 328). Mediante esta alusión a la autopuesta en peligro se ha establecido muy acertadamente el vínculo con la teoría de la imputación objetiva (cfr. nm. 175 s).

183 Este resultado se ve confirmado por consideraciones específicas del derecho de legítima defensa, ya que con la afirmación de la existencia de una posición de garante, el agresor ilegítimo sería protegido con más intensidad que una víctima de un accidente causado sin culpabilidad propia. Esto no sólo sería privilegiar injustamente a quien actúa antijurídicamente. Sería contrario al sentido de la legítima defensa que a aquel que por medio de su defensa legítima sirve junto a la protección individual también al prevalecimiento del Derecho en interés de la generalidad[327], a cambio se le impusieran aún obligaciones adicionales. Muy buena demostración de esto es también el caso del tercero que actúa en socorro del agredido. ¿Por qué él, por su intervención de socorro activo, con la que muestra el valor cívico universalmente exigido e interviene contra acciones violentas, iba a tener que ser "castigado" con una posición de garante, que en cambio no asume un observador de los acontecimientos que permanezca inactivo?

184 El hecho de que la legítima defensa esté unida al requisito de la necesariedad, que no existe frente al agresor que ahora necesita ser socorrido, no fundamenta una objeción sólida y convincente contra el rechazo de una posición de garante, puesto que en la conducta posterior a la defensa no se trata de la justificación una actuación en legítima defensa, que es a la que exclusivamente se refiere el requisito de la necesidad, y ni siquiera de la impunidad del sujeto que permanece inactivo, sino solamente de la cuestión de si se produce la punibilidad desde el punto de vista de un delito de omisión impropia o sólo conforme al § 323 c (omisión de socorro).

185 Por tanto, tampoco al autorizado a actuar en legítima defensa le está permitido dejar desangrarse al agresor abatido (así también la BGHSt 23, 328). Por el contrario, subsiste la obligación general de auxilio o socorro contem-

---

[327] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG], § 15, nm. 2.

plada en el § 323 c. Ciertamente, esto tampoco es indiscutible[328], porque quien ahora está en peligro ha agredido ilegítimamente al autor de la legítima defensa, por lo que no está situado frente a éste de la misma forma que un accidentado inocente. También los límites de la interpretación del tipo penal son gravemente maltratados si se califica como un "caso de accidente" a las consecuencias de una legítima defensa. Sin embargo, la humanidad prohíbe que a un sujeto, incluso a un agresor antijurídico (y que en la mayoría de los casos también actúa de modo culpable) se lo considere como un *quasi* proscrito y eventualmente se lo deje indefenso a merced de la muerte. La tolerancia de tal "pena de muerte" impuesta en privado estaría con mucho más allá de toda proporcionalidad y sería inconstitucional.

ee) Afirmación de una posición de garante si la acción precedente está justificada por estado de necesidad

186 En el estado de necesidad justificante la situación de los intereses es otra. Si un conductor, para evitar un accidente con seguridad mortal si no actúa, se desvía con la mayor rapidez invadiendo la acera o vía de peatones y por ello tiene que aceptar la lesión de algún transeúnte, puede que se considere esto justificado en virtud del § 34, pero al conductor habrá que imponerle la carga de una posición de garante frente al transeúnte lesionado, de manera que eventualmente deberá ser castigado por lesiones por omisión si no le proporciona asistencia médica[329].

187 En efecto, lo que aquí acontece no está en el ámbito de responsabilidad del transeúnte, que es completamente ajeno al origen del peligro. Más bien el sujeto que obra en estado de necesidad ha interferido en el espacio de libertad de una persona que no tiene responsabilidad alguna respecto de la situación de necesidad, por la que ha tenido que sacrificar sus bienes jurídicos. Es verdad que el autor del acto en estado de necesidad está justificado; pero según el § 34 (y también según los preceptos jurídico-civiles del estado de necesidad) la justificación está ligada a una ponderación de intereses, que obliga a tratar con la mayor consideración y protección posible a la víctima. De aquí se deriva la legitimación para que el autor del acto en estado de necesidad cargue por eso con la responsabilidad de que el daño a la víctima sea lo más leve posible. Esto se corresponde con la lógica jurídica del § 904 párr. 2 BGB, según el cual el afectado puede demandar compensación de daños, y desde el punto de vista jurídicopenal significa que el autor del acto en estado de necesidad ha de responsabilizarse de impedir ulteriores consecuencias no cubiertas por el estado de necesidad.

---

[328] Cfr. para más detalles, LK-*Spendel*, 11.ª, § 32, nm. 333.

[329] Así también *Blei*, AT, 18.ª, § 87 VI 2 c; *Freund*, 1992, 185; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 96; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 13, nm. 13; *Landscheidt*, 1985, 119; *Otto*, AT, 6.ª, § 9 III 1; *Rengier*, JuS 1989, 807; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 36; *Timpe*, 1983, 182. **Expresa dudas sobre un tratamiento diferente para conductas precedentes justificadas en virtud del § 32 o del § 34** *Joecks*, 3.ª, § 13, nm. 43.

188 Si el autor del acto realizado en estado de necesidad, como sucede la mayoría de las veces, es al mismo tiempo el beneficiario del hecho, concurre además el punto de vista adicional de que es políticocriminalmente adecuado que a aquella persona que se ha salvado a expensas de otro, posteriormente al menos se le haga responsable también del rescate de su víctima en la medida de lo que le sea posible. Si el beneficiario es una persona distinta del interviniente (p. ej. el ocupante del otro vehículo que, en el ejemplo del nm. 186 es salvado de una colisión), también es correcto imponerle a éste una posición de garante si fue responsable de la situación peligrosa[330].

ff) Afirmación de una posición de garante si, en caso de una acción previa justificada con efecto permanente, posteriormente desaparecen los presupuestos de la justificación

189 Una posición de garante también surge si una acción previa justificada con efecto permanente pierde para el futuro su efecto justificante por desaparecer los presupuestos justificantes. Si por ejemplo alguien encierra a un borracho agresivo y peligroso para la comunidad, esto puede estar justificado en virtud del § 34. Sin embargo, el apresador debe dejarlo en libertad cuando el borracho esté nuevamente sobrio y ya no represente ningún peligro. De lo contrario, será culpable de detención ilegal por omisión (§ 239) [331], pues con la desaparición de los presupuestos del estado de necesidad la ulterior encierro se convierte en ilegal, de tal forma que el apresador tiene que encargarse de suprimir este peligro no permitido. Del mismo modo, las autoridades ambientales tienen una posición de garante si posteriormente cesan las condiciones para una autorización que inicialmente era conforme a Derecho (cfr. ya al respecto *supra* nm. 100).

gg) Omisión precedente que infringe el deber de garante

190 Debe tenerse en cuenta que la acción previa también puede consistir en una omisión equivalente a la comisión[332], de forma que la calificación como "actuación precedente" no caracteriza de modo plenamente exacto la ingerencia en todos los casos. Por consiguiente, si un transeúnte es herido por caerle encima una teja que el propietario de la casa omitió asegurar para que estuviera bien sujeta incumpliendo su obligación, éste ha de responsabilizarse de la asistencia médica del herido (cfr. ya *supra* nm. 124).

---

[330] Cfr. al respecto también *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/44 a.

[331] Así también *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 97; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 40 a; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 36.

[332] Más en detalle al respecto SK-Rudolphi, 7.ª, § 13, nm. 45.

hh) ¿Fundamentan los hechos dolosos dirigidos al resultado un deber de garante de evitar el resultado?

Está claro que un actuar precedente imprudente da lugar a una obligación de evitar el resultado. El caso en el que el causante imprudente de un accidente deja a la víctima sin ayuda y luego se le exige responsabilidad por delito doloso de lesiones intentadas o en su caso consumadas por omisión o incluso de homicidio por omisión, es verdaderamente un prototipo de la nueva jurisprudencia de la ingerencia (cfr. nm. 143). También está reconocido que una lesión dolosa obliga al autor a la evitación de consecuencias más graves (por ejemplo, la muerte). Así que quien sin dolo de matar apuñala a alguien y luego dolosamente le deja desangrarse, será castigado por lesiones dolosas con resultado de muerte en concurso ideal con homicidio doloso por omisión[333]. 191

Por el contrario, según la jurisprudencia no habrá posición de garante alguna cuando un autor doloso omite evitar la producción del resultado causado dolosamente, aunque esto aún fuera posible. Por tanto, quien dispara y derriba a otro con dolo homicida y sin conmoverse deja morir por sus lesiones internas a la víctima que en el primer momento aún está con vida, aun cuando todavía podría ser salvada ingresándola en el hospital, de acuerdo con esta concepción ha realizado sólo el tipo del homicidio doloso por comisión, pero en cambio, no concurre también un homicidio por omisión por faltar la posición de garante. El BGH dice (sin mayor fundamentación)[334]: "... el autor que dolosamente persigue un resultado o con dolo eventual se conforma con el mismo, no está simultáneamente obligado a evitarlo". *Otto*[335] intenta sostener esta tesis señalando que de otra manera el omitente sería equiparado a sí mismo (como simultáneo autor comisivo) y que esto no concuerda con las premisas del StGB: "Según éste, el hecho delictivo de pretender causar resultados típicos fundamenta la punibilidad, pero no una justificación para la evitación de estos resultados". 192

Sin embargo, es preferible la opinión contraria, que afirma que hay un homicidio por omisión, pero no obstante considera que éste retrocede tras el homicidio comisivo doloso en virtud del concurso de leyes (como acto posterior previamente penado)[336]. Pues cuando *Otto* dice que la autoría comisiva fundamenta la punibilidad, esto también afecta a la solución del concurso. Pero por lo demás, "si la acción previa imprudente opera fundamentando la responsabilidad ..., con tanto mayor motivo ha de regir esto para la acción previa dolosa"[337]. El hecho de que con ello se establece una obligación legal 193

---

[333] Cfr. BGH NStZ 2000, 29 s. El resultado de muerte conecta la "los hechos en concurso ideal". De igual forma, BGH NStZ-RR 2000, 329 s.

[334] BGH NStZ-RR 1996, 131.

[335] *Otto*, H. J. Hirsch-FS, 1999, 305 s.

[336] Así también *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 105 a; *Stein*, JR 1999, 265, 271 ss.; *Welp*, 1968, 321 ss.

[337] Así el propio *Otto*, Hirsch-FS, 1999, 305.

de desistimiento, no se opone a ello; pues esto rige también para otras constelaciones (cfr. el ejemplo al final del nm. 191).

194 La cuestión puede alcanzar **importancia práctica para la punibilidad de una posterior participación de terceros.** Si se plantea el caso en el que un autor comisivo primero quiere desistir de la tentativa de homicidio y llevar a la víctima herida de gravedad al hospital, pero se deja no obstante disuadir de nuevo por un tercero y en vista de ello deja morir a la víctima, según la concepción aquí defendida el tercero puede ser castigado por inducción a un homicidio por omisión. La opinión contraria debería conducir a la impunidad, pero con ello dejaría impune un homicidio doloso de modo opuesto a todas las reglas del Derecho penal, pues la posible admisión de una autoría comisiva directa (inmediata) fracasa ante la ausencia de dominio del hecho del tercero externo.

VI. La responsabilidad penal por el producto

195 Uno de los problemas menos aclarados en la moderna dogmática penal atañe a la responsabilidad por productos peligrosos. A ese respecto puede tratarse de alimentos o medicamentos peligrosos para la salud, pero también de objetos de uso de cualquier tipo (máquinas o vehículos con defectos susceptibles de causar daños, esprays para cuero o conservantes de madera que producen enfermedades, etc.). Si tales productos son distribuidos en el tráfico de mercancías, a pesar de que su peligrosidad era conocida, pueden ser aplicables unas lesiones imprudentes mediante una conducta activa. Si después de tener conocimiento de las consecuencias perjudiciales, cuya posibilidad era reconocible desde el principio, no se realiza ningún esfuerzo por evitar el resultado (a través de la retirada de los productos o de la advertencia a los compradores), también puede existir un delito omisivo, en su caso doloso. La obligación de evitar el resultado podría derivarse de una actuación precedente imputable (nm. 143 ss., 216).

196 Pero es sumamente polémica la cuestión de si y cómo es posible fundamentar una posición de garante del fabricante del producto si la peligrosidad del producto aún no es reconocible durante la elaboración y su introducción en el tráfico comercial, sino que sólo aparece después. Así ocurrió **en el *leading case* de la jurisprudencia moderna, el denominado caso del espray para cuero (BGHSt 37, 106).** En el mismo una empresa había introducido en el mercado un producto para el cuidado de piel que originó edemas pulmonares en una serie de consumidores. No existía un defecto de producción en la elaboración del producto distribuido durante largo tiempo sin reclamaciones; el resultado por tanto no podía ser previsto. Tampoco pudo ser esclarecido qué sustancia contenida en el espray había originado los daños.

197 Se excluyó un delito de lesiones mediante conducta activa porque, visto desde la requerida consideración *ex ante*, la distribución no había creado

ningún riesgo no permitido, y por tanto no había sido contraria al cuidado debido. Pero es dudoso si existe una hecho omisivo (negligente o incluso doloso) cuando el fabricante, después de ser conocidos los primeros casos de personas que enfermaban, omitió evitar otros daños entre los consumidores mediante advertencias o incluso retirada del producto. Con este problema es con el que tuvo que enfrentarse el BGH, y a continuación serán examinadas su solución y las otras construcciones ofrecidas por la doctrina.

1. ¿Posiciones de garante por (derivadas de) actuar precedente?

El BGH entiende que una posición de garante se deriva "de conductas 198
precedentes peligrosas contrarias a deber (ingerencia)" (loc. cit., 115). Tal posición de garante es hoy ampliamente admitida, aunque no del todo indiscutida (nm. 143 ss.). Pero la dificultad de tal construcción estriba en la fundamentación de la infracción del deber. El BGH la justifica con estas palabras: "La infracción del deber objetivo por parte de la conducta previa no presupone que el agente ya vulnera por eso sus deberes de cuidado, y que se ha comportado por tanto imprudentemente... En este sentido, basta la desaprobación jurídica del resultado de puesta en peligro. La cuestión de si la conducta de quien ha provocado tal resultado le es reprochable en el sentido de culpabilidad personal, es algo que no interesa" (loc. cit., 118/110).

Pero esto es falso y ha encontrado un rechazo general[338], puesto que 199
también una infracción del deber objetivo presupone un injusto o ilícito en la conducta: El autor tiene que haber creado un riesgo no permitido[339], y éste no se da cuando la fabricación y distribución del producto ha tenido lugar sin falta de diligencia. La infracción del deber por parte de una conducta es algo que sólo puede ser determinado *ex ante* y no precisamente *ex post*–desde el resultado de peligro–. No es posible admitir una "infracción objetiva del deber" sin "vulneración del deber de cuidado o diligencia", pues ambas son idénticas. En cambio, el BGH confunde antijuridicidad y culpabilidad cuando equipara la infracción del cuidado con la culpabilidad. La infracción del cuidado (o infracción del deber) presupone una conducta perceptible en el momento de la comisión del hecho como objetivamente defectuosa, sin que exista ya un injusto o ilícito. La cuestión de si el autor ha actuado culpablemente, o sea si podía evitar su fallo, es otra cuestión y está en otro plano.

Dado que la posición de garante por actuar precedente nunca puede ser 200
derivada de la mera causalidad, sino sólo a partir de la imputación objetiva

---

[338] *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 739: *Brammsen*, GA 1993, 102 ss.; *Freund*, 1992, 219, n. 84; *Hilgendorf*, 1993, 138 ss.; *Kuhlen*, NStZ 1990, 568; *Meier*, NJW 1992, 3196; *Otto*, WiB 1995, 933; *el mismo.*, H. J. Hirsch-FS, 1999, 291, 304 s.; *Puppe*, JR 1992, 30; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 39, 39 b, 40 c; *Samson*, StV 1991, 182, 184; *Schünemann*, en: *Gimbernat/Schünemann/Wolter* (eds.), 1995, 66 ss., 68 s.; *el mismo.*, BGH-FG, 2000, t. IV, 638; *Weißer*, 1996, 35 ss., 64.

[339] Para más detalles *Roxin*, AT I, 3.ª [PG], § 24, nm. 3 ss.

del actuar precedente (nm. 156 ss.), la argumentación del BGH por tanto no es sostenible. Pero la apelación a la ingerencia también sería errónea si sólo estuviera permitido apoyarla en la causalidad. En efecto, si se quiere imponer a la persona responsable de la empresa un deber de evitar el resultado, naturalmente también habrá que hacerlo cuando esa persona haya entrado a desempeñar su cargo tan sólo después de la distribución del producto, y por tanto no haya realizado ni siquiera una aportación causal para provocar el peligro mediante una actuación precedente[340]. El BGH considera, en contra de la objeción de la ausencia de causalidad, que el que entra a ocupar el puesto en la empresa se inserta "regularmente a través de la asunción de los cometidos en la posición de garante del predecesor". Pero aunque esto es correcto, entonces ya no es una actuación precedente aquello en lo que se puede apoyar la posición de garante del sucesor en el cargo.

2. ¿Posiciones de garante por conducta previa con incremento de riesgo?

201 Especial predilección disfruta una concepción que ciertamente fundamenta la posición de garante del productor responsable asimismo en la actuación precedente, pero que para ello no exige la infracción de ningún deber, sino que considera que basta con una conducta previa que –si bien permitida– suponga un riesgo "incrementado" o "cualificado"[341]. *Freund*[342] lo fundamenta así: "Quien practica actividades cualificadamente arriesgadas que están provistas por así decir de la reserva más o menos explícita o implícita de actuar cuando sea necesario para conjurar el peligro, ha de hacerlo entonces –si desea practicar esta actividad– también en virtud de una correlativa responsabilidad especial. No se puede querer tener las ventajas correspondientes sin aportar a cambio la adecuada 'contraprestación' ". De esta forma efectivamente explica la posición de garante del fabricante del producto. Y *Seelmann*[343] dice al respecto: "En caso de riesgos permitidos hay que ... distinguir si existe o no un riesgo superior al que implica un comportamiento cotidiano inevitable".

202 Sin embargo, esta solución también suscita objeciones[344]. En primer lugar, infrige la idea básica de la ingerencia, según la cual la acción previa, en la medida en que se trata de la imputación típica, tiene que haber creado una fuente de peligro en una forma que *ex ante* suponga una infracción de deber

---

[340] Cfr. *Schünemann*, 1979, 99 ss.; *el mismo*, wistra 1982, 41, 44 s.; *el mismo*, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), 1995, 69 s.

[341] *Freund*, AT, § 6, nm. 69; *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/42; *Kuhlen*, NStZ 1990, 568; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 13, nm. 13; *Otto*, WiB 1995, 933; *el mismo*, AT, 6.ª, § 9 III 1 a; *Rengier*, JuS 1989, 807; NK-*Seelmann*, § 13, nm. 117. Parecido *Herzberg*, JZ 1986, 986 ss., 988 ss.

[342] *Freund*, AT, § 6, nm. 69 (sobre la responsabilidad por el producto nm. 71).

[343] NK-*Seelmann*, § 13, nm. 117.

[344] Cfr. obre la crítica también *Otto*, Hirsch-FS, 1999, 308; *Brammsen*, 2000, 116.

(nm. 150 ss., 156 ss., 199 s.)[345]. En segundo lugar, la distinción entre riesgo permitido "normal" e "incrementado" es también inútil debido a su indeterminación. Cada aumento del riesgo se mueve en una escala continua sin que haya una cesura, en la que se pudiera fijar un incremento relevante en las consecuencias jurídicas[346].

Como arriesgadas en grado incrementado se han considerado hasta ahora sobre todo las actividades de la fabricación de productos y el automovilismo (al respecto, nm. 165 ss.).¿Pero en qué consiste el riesgo incrementado en caso de observarse todos los estándares de seguridad? Desde el punto de vista de la estadística son sumamente raros los efectos reconociblemente dañosos de productos debidamente elaborados. Por consiguiente, el riesgo "incrementado" sólo se podría derivar a lo sumo de la elevada cifra de los potencialmente afectados. Pero esto no encaja con el automovilismo y en los restantes casos tampoco tiene ningún sentido: pues si se quiere admitir una posición de garante del productor, razonablemente ésta también ha de existir si los daños se ponen de manifiesto inmediatamente después del primer suministro, de tal modo que hasta ese momento sólo se ha puesto en peligro a pocas personas. 203

En segundo lugar, difícilmente puede defenderse la opinión de que la producción de mercancías y el automovilismo no representan en el mundo moderno ningún "comportamiento cotidiano indispensable". También el modo de expresión tanteante de *Freund* ("por así decir", "más o menos", "explícita o implícita") demuestra la inseguridad en la determinación de los criterios decisivos. 204

Por último, también la tesis de la actuación precedente con incremento del riesgo ha de estar expuesta a que se le replique con la objeción, que ya había que hacerle al BHG (nm. 200), de que la posición de garante de una persona que sólo posteriormente entra a ocupar el puesto en la empresa no se puede explicar desde su conducta previa. 205

3. ¿Posición de garante por ley?

El BGH baraja también la posibilidad de fundamentar sobre deberes legales una posición de garante del fabricante. De esta forma remite a la ley civil de responsabilidad por productos, pero deja abierta la cuestión a favor de la fundamentación por la ingerencia después de haber mencionado también las objeciones que pueden ser esgrimidas en contra de una transformación directa de los principios del Derecho civil de responsabilidad orientada al daño en deberes penales de garante (cfr. para más detalles ya nm. 11). No 206

---

[345] Con razón censura *Brammsen*, 2000, 116, que a través de la criticada construcción se "burla y elude ... la perspectiva *ex ante* en la determinación de deberes de evitar el resultado fundados en la acción".

[346] Respecto a esto *Hoyer*, GA 1996, 160, 175.

obstante, el BGH también vuelve para la fundamentación de la ingerencia a la idea de obligación legal, y opina que "la infracción del deber objetivo de la conducta precedente creadora de peligro" resulta "también de disposiciones legales" loc. cit., 117), a saber, de la ley de alimentos y productos básicos, según la cual está prohibido introducir en el tráfico comercial productos nocivos para la salud. Por tanto, aquí se entremezclan la ley y el actuar precedente.

207 Pese a todo sin embargo no se origina una posición de garante. Esto resulta ya del rechazo de la teoría formal del deber jurídico y con ella de la posición de garante por ley (*supra* nm. 10-12), y se muestra de modo especialmente claro en que tampoco el BGH puede indicar ningún criterio sobre cuándo las normas extrapenales pueden fundamentar posiciones de garante jurídicopenales y cuándo no. Respecto de la apelación a la ley de alimentos y productos básicos se añade además el hecho de que no se sostiene bien la admisión de una infracción de la prohibición si quien introduce los productos en el tráfico ha actuado del todo correctamente. Pero lo que ya hemos dicho sobre la "infracción del deber objetivo" (nm. 199), rige también frente al intento de fundamentar éste además en una infracción de la ley.

4. ¿Posición de garante por deber de supervisión o vigilancia y control?

208 *Brammsen*[347] ha desarrollado la tesis de que una posición de garante de vigilancia o supervisión y control obliga a los fabricantes de productos lesivos para la salud a retirarlos. Él rechaza la concepción según la cual la posición de garante de vigilancia debe restringirse "a casos de relaciones de dominio físico-real (sobre la cosa)"[348]; y considera que los deberes de retirar el producto corresponden a las "efectivas relaciones de expectativas afianzadas"[349] y existen "independientemente de si los productos se encuentran aún en el ámbito de la empresa... o ya han llegado al comercio o bien a las manos de los consumidores".

209 Aunque se considere correcta la conclusión pretendida por *Brammsen*, sin embargo difícilmente se la puede alcanzar desligando la posición de garante de supervisión y control de cualquier base real. Pues si el producto ha salido ya del ámbito de dominio efectivo del fabricante y se encuentra en posesión de comerciantes o consumidores desconocidos, ya no se puede hablar de una supervisión y control y de la posibilidad de intervención efectiva necesaria a esos efectos. En tal caso para los fabricantes ya no hay nada que se pudiera supervisar y controlar. Si los poseedores actuales se preocupan o no de eventuales advertencias del fabricante o productor, eso es sólo asunto suyo y no está sujeto a "supervisión y control" algunos. Y si se quiere obligar a los productores o fabricantes a comunicar a consumidores e intermediarios

---

[347] *Brammsen*, GA 1993, 97 ss.; *el mismo*, 2000, 105 ss. (113 ss.).

[348] *Brammsen*, GA 1993, 113.

[349] *Brammsen*, GA 1993, 116.

los conocimientos que entretanto han adquirido –no mediante supervisión y control, sino a través de los partes de daños que les van entrando–, esto no tiene nada que ver con una supervisión y control, sino que se basa en una obligación de protección que también puede ser salvaguardada desde una cierta distancia.

5. ¿Posición de garante por asunción de una función de protección?

En efecto, se puede interpretar mejor la posición de garante como asun- 210
ción de una función de protección. El adquirente por regla general no tiene en la moderna sociedad de productos ninguna posibilidad de inspeccionar la inobjetabilidad sanitaria y la inocuidad en lo demás de los productos comprados. Por esa razón, él ha de confiar forzosamente en que el fabricante no sólo observará todos los estándares de seguridad, sino que también le informará sobre los riesgos posteriormente conocidos. Que ésta es una realidad social lo demuestran también los deberes jurídicociviles de observar y de retirar el producto, de los cuales no se puede derivar directamente una posición de garante, pero que sí suponen elementos de la función de protección atribuible al fabricante.

También el hecho de que el productor o fabricante es el primero que 211
puede adquirir amplias informaciones sobre defectos que aparecen posteriormente, descubrir fuentes de los fallos por medio de la reconstrucción de los métodos de elaboración y, debido a su conocimiento de las vías de distribución, "parar" antes que nadie y encontrar la forma de acceso a los clientes que están en peligro, habla a favor de considerar que el cliente se tiene que confiar a sus conocimientos superiores y correlativamente el fabricante, dentro de lo posible, tiene que asumir su protección.

El BGH argumenta asimismo en el fondo en esta línea cuando señala (loc. 212
cit., 121): "Productor y organización de distribución tienen la panorámica más completa, dado que en sus sistemas de información se recogen los partes y avisos de daños. Una retirada del producto por parte de ellos tiene, en comparación con la intervención de terceros, una mayor oportunidad de eficacia ya por el hecho de que los comerciantes y consumidores pueden suponer que aquéllos poseen más que nadie el conocimiento de la materia que es necesario para enjuiciar la deficiencia del producto, para estimar la dimensión del peligro amenazante y para adoptar la correcta elección de las medidas necesarias para su eliminación. En este punto también se distingue la posición de los productores responsables o de su organización de distribución frente a los consumidores de la posición de un tercero ajeno". Todo esto no tiene nada que ver con el "actuar precedente", pero describe certeramente la superior posición de protección del productor frente al consumidor que depende de la competencia de aquél.

La fundamentación de la posición de garante del productor por la asun- 213
ción de una función de protección fue desarrollada por primera vez por

Schünemann[350]. Según su argumentación, el cliente confía en el fabricante también para el caso de peligrosidad que no es reconocible hasta posteriormente, de manera que él, "de forma no distinta a la del paciente frente al médico de cabecera o el titular del vehículo frente al taller, pone el cuidado y la preocupación por la no peligrosidad del producto ... en manos del productor o fabricante". *Schünemann* quiere reducir la posición de garante del productor a los artículos de marca; señalando que éstos por regla general suelen ser más caros que los productos sin marca, de manera que el cliente paga incluso una "cuota específica" por la "prestación adicional" de la asunción de la función de protección[351]. No obstante, se debería imponer al fabricante sencillamente la obligación de proteger al cliente frente a un daño a través de sus productos. Dado que a menudo los productores venden artículos sustancialmente iguales en parte como productos de marca, y en parte por otras vías de distribución como productos sin marca, no es convincente un tratamiento distinto. El precio más elevado de los productos de marca no es señal de una mayor protección frente a los peligros, sino en parte de la mejor calidad y en parte del mayor valor que tienen determinadas marcas como símbolo de estatus. Asimismo, sería preocupante que él pudiera sustraerse a su deber de protección a través de su renuncia a la producción con marca.

214 El hecho de atender a la asunción de una función de protección explica también sin dificultades (a diferencia del enfoque de la ingerencia, nm. 200, 205) que incluso las personas que han entrado en su puesto en la empresa sólo después de la distribución y suministro puedan familiarizarse e introducirse en la posición de garante. Pues naturalmente que una función de protección puede y tiene que ser "asumida", porque la misma sólo enlaza con la posición actual en la empresa y no con la conducta anterior.

215 El productor cumple su deber de protección en su caso haciendo retirar los productos que aún conservan almacenados los intermediarios, pues los riesgos son neutralizados de la mejor forma posible si los productos son retirados del tráfico comercial. Frente al consumidor final por regla general será suficiente una advertencia, que puede ser difundida a través de todos los medios de comunicación.

216 Si desde un principio la mercancía fue introducida imprudentemente en el tráfico comercial, se apreciará también una posición de garante proveniente de un actuar precedente. La yuxtaposición de dos deberes de garante no es problemática y por lo demás tampoco extraña en otros campos (p. ej. cuando un padre descuida la supervisión y control de las fuentes de peligro ubicadas en su esfera de dominio y debido a ello produce un daño a su niño). Pero el recurso al deber de protección del

[350] *Schünemann*, BGH-FG, 2000, t. IV, 640; el enfoque esbozado ya en 1995, 70 s. En publicaciones anteriores *Schünemann* había rechazado una posición de garante del productor.

[351] *Schünemann*, BGH-FG, 2000, t. IV, 641.

productor ahorra en su caso el difícil examen de la cuestión de si el suministro era ya contrario al deber.

6. La competencia dentro de la empresa para revocar y advertir o avisar

Aquí rigen los principios que ya fueron esbozados para la responsabilidad empresarial en general (*supra* nm. 142). El BGH los ha vuelto a resumir con precisión en la resolución del espray para cuero (loc. cit., 123 s.): "Ciertamente, por regla general la posición de deber del gerente o directivo enlaza con el ámbito de responsabilidad y negocio dirigido por él ... No obstante interviene el principio la de responsabilidad general y total competencia donde –como por ejemplo en situaciones de crisis y excepcionales– por un motivo especial la empresa es afectada en su conjunto; entonces la dirección o gerencia está llamada a actuar en su totalidad... Así ocurre también precisamente ante una acumulación de quejas de consumidores sobre casos de daños por utilización de productos en serie elaborados y distribuidos masivamente, cuando hay que decidir qué medidas deben ser adoptadas y si en particular ha de tener lugar un alto en la distribución, una campaña de advertencia o de retirada de los productos...". 217

B. La cláusula de la correspondencia

I. Sobre la evolución legislativa

Según el § 13 I StGB la punibilidad de una omisión equivalente a una comisión, además del deber especial de responsabilizarse, presupone en segundo lugar que "la omisión se corresponda con la realización del tipo legal mediante un hacer". El significado de esta "cláusula de la correspondencia" es controvertido y poco esclarecido. El término plantea ya en una lectura sin prejuicios del texto de la ley importantes problemas de comprensión (entendimiento), puesto que si alguien tiene que responder o responsabilizarse jurídicamente de la no producción del resultado, pero se niega que se dé la relación de correspondencia requerida además legalmente, entonces el omitente precisamente no tiene que responder jurídicopenalmente de la no producción del resultado, o del resultado ya producido, debido a la ausencia de equiparación. Es difícil interpretar sin contradicciones tal redacción legal. De todos modos, una mirada a la historia de la génesis del requisito puede que al menos explique lo que el legislador tenía en mente. 218

El P 1959[352] no contenía aún ninguna cláusula de correspondencia, sino que quería equiparar la omisión al hecho comisivo cuando el omitente "en virtud de la ley esté obligado a evitar el resultado y según las circunstancias tenga que responder de que el resultado no se produzca" (§ 14 II). La actual cláusula de la correspondencia –al principio todavía en forma de una cláu- 219

[352] Una síntesis de los borradores desde 1959 se encuentra en *Nitze*, 1989, 190 ss.

sula de equiparación o equivalencia– se remonta a *Gallas*, quien, con ocasión de la segunda lectura del Proyecto en la 116.ª sesión de la Gran Comisión de Derecho penal del 10 de marzo de 1959, había indicado que la exigencia de vulneración del deber de garante equipara únicamente la no evitación del resultado con su causación activa, pero añadía: "Sin embargo, con ello no se dice aún nada sobre los casos en los cuales el tipo penal no se limita a considerar punible la mera provocación del resultado, sino que describe con más detalle la forma en que ha de ser provocado ese resultado. Así por ejemplo cuando el perjuicio patrimonial en la estafa debe ser ocasionado mediante 'engaño'... Por consiguiente necesitamos para los casos esta categoría como segundo criterio restrictivo el de la equivalencia de la conducta omisiva con la comisión positiva también en referencia a las especiales modalidades de actuación requeridas en el tipo[353].

220 Aparte de eso, *Gallas* era de la opinión de que también en los delitos puros de resultado se le debe dar al juez la oportunidad de poder aún decir "que en el caso concreto la conducta no equivale a la comisión del hecho mediante un hacer"[354]. Entonces esta intervención dio lugar a una propuesta de ley que exigía adicionalmente, además del requisito de tener que responder o responsabilizarse jurídicamente[355], que la conducta del omitente, "teniendo también en cuenta las circunstancias específicas del hecho y las características o elementos legales de la acción, equivalga típicamente a la comisión mediante un hacer".

221 El Ministerio Federal de Justicia acogió esta propuesta en el P 1959 II y sustituyó en lo esencial sólo las palabras "equivalga típicamente" por "sea equivalente"[356]. Los Proyectos de 1960 y 1962 agruparon y resumieron las palabras "teniendo en cuenta las circunstancias específicas del hecho y las características o elementos legales de la acción" en la frase simplificadora "según las circunstancias"[357]. En la motivación del P 1962[358] se indica que el juez, después de la comprobación del tener que responder, aún tiene que efectuar otra "valoración global": "Si el tipo presupone especiales características de la acción que influyen en el injusto y que no pueden resultar visibles a través de un hecho omisivo, ello puede ser ponderado mediante la mayor vinculación del garante a los deberes o, si no, también mediante otras circunstancias que aumentan el grado del injusto o ilícito". Además considera que la cláusula de la correspondencia debe dar lugar a entender "que los casos que hasta ahora la jurispr. ha disculpado desde el punto de vista de la inexigibilidad, ya no satisfacen los requisitos

---

[353] Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission (Actas de las sesión de la Gran Comisión de Derecho penal), t. XII, 1959, 79.

[354] Niederschriften, t. XII, 1959, 82.

[355] Recogido en *Nitze*, 1989, 190

[356] En *Nitze*, 1989, 190.

[357] *Nitze*, 1989, 191.

[358] BT-Drucks. IV, 650, 125 ss.

típicos de la omisión punible". Por tanto son puntos de vista muy heterogéneos los que con la cláusula de la correspondencia se ponen aquí en conexión sin mayor concreción.

Por último, la Comisión especial de reforma del Derecho penal en el año 1968 le dio al § 13 I la forma en la que ha pasado a la nueva Parte general. También fueron ahora suprimidas las palabras "según las circunstancias", que a su vez eran ya una simplificación de las "circunstancias específicas" y las "modalidades de acción" destacadas por *Gallas*. Además, el requisito de la equivalencia fue sustituido por la actual cláusula de la correspondencia. La razón era que la posibilidad de atenuar la pena que entretanto se había introducido, y que todavía no estaba incluida en el P 1962, habría estado "en una abierta contradicción con el requisito de la equivalencia del hecho omisivo"[359]. Por tanto, la "correspondencia" de la actual redacción legal no debe excluir que la omisión que hay que castigar partiendo del tipo comisivo sea menos merecedora de pena que la "correspondiente" conducta activa. 222

II. El actual estado de opinión

La cláusula de la correspondencia ha conseguido hasta la fecha sólo un escasa trascendencia práctica. Sólo se puede encontrar, por lo que se alcanza a ver, una sentencia del BGH que hace referencia explícita a la cláusula de la correspondencia[360]. Además, el OLG Karlsruhe[361] ha interpretado en una ocasión, adhiriéndose a la motivación del P 1962 (nm. 221), un supuesto de inexigibilidad admitido por él como un caso de ausencia de correspondencia[362]. En cambio, las otras numerosas sentencias que se ocupan de la inexigibilidad[363], la tratan como un criterio independiente. 223

En la literatura científica ha tenido escasa acogida la "**consideración global**" sugerida en la exposición de motivos de la ley (nm. 221).[364] Y ello es convincente, pues las posiciones de garante cuidadosamente configuradas desde puntos de vista de equiparación resultan devaluadas, y cualquier tipo de seguridad jurídica resulta disuelta si conforme a esa perspectiva luego en todos los casos aún hay que llevar a cabo un ulterior examen de correspondencia, para el que falta todo criterio concreto (para más detalles nm. 227 ss.). Y efectivamente un sector rechaza la cláusula de la correspondencia 224

---

[359] Cfr. al respecto más en detalle ya § 31, nm. 236 s.

[360] BGH NJW 1995, 3194 (para más detalles al respecto *infra* nm. 246 ss.)

[361] OLG Karlsruhe MDR 1975, 771.

[362] Para más detalles *supra* § 31, nm. 215, 220, e *infra* nm. 227.

[363] Para más detalles *supra* § 31, nm. 211 ss.

[364] Referencias sobre los autores que argumentan "en esta dirección"en *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 V, n. 75 (*Jescheck/Weigend* rechazan una consideración global a causa de la "puesta en peligro de la seguridad jurídica" que supone); *Nilze*, 1989, 29 ss.

como totalmente carente de función[365]. Una concepción similar defiende *Seelmann*[366], que interpreta la cláusula de la correspondencia "como reto y requerimiento para un examen especialmente pormenorizado del merecimiento de pena de la conducta"; pues tal examen también tendría que efectuarse sin la cláusula de la correspondencia para determinar la posición de garante.

225 Hoy es dominante[367] la teoría de la "equivalencia de las modalidades", que recurre a las manifestaciones de *Gallas* sobre el especial significado de las "modalidades de acción" para la equiparación entre omisión y actuación (nm. 219). Yo ya la había defendido tempranamente[368] y formulado diciendo "que ciertamente la falta de causación del resultado[369] por el omitente puede ser sustituida por la obligación de su evitación, pero que como ilícito o injusto de las específicas modalidades de acción no encuentra ninguna correspondencia en el simple no actuar". En los delitos puros de resultado (homicidio, lesiones simples, daños) según esto la no evitación por un garante corresponde siempre a la comisión a través de actuación activa, de modo que la cláusula de la correspondencia no tiene en este aspecto significado independiente. Otra cosa rige según esta teoría en los delitos "ligados o vinculados a conductas", que además la causación del resultado exigen determinadas modalidades de actuación (como el "engaño" en la estafa o "violencia" y "amenaza" en las coacciones)[370]. En ellos las posiciones de garante no deben decidir solas sobre la equivalencia, sino que siempre debe seguir siendo una cuestión, ubicada en la parte especial, de interpretación del tipo respectivo, la de si una omisión corresponde a una acción activa de estafa, o de coacción, etc.

226 Aisladamente también se ha retomado la otra idea de *Gallas*, próxima a la teoría de la consideración global, (*supra* nm. 220)[371], según la cual también en los delitos de resultado el Juez siempre debe seguir teniendo todavía la posibilidad de negar la equiparación de la omisión contraria al deber de

---

[365] Así es rechazada por *Nitze* en la única monografía dedicada al tema; cfr. además los autores citados por *Nitze*, 1989, 44.

[366] NK-*Seelmann*, § 13, nm. 70.

[367] BGHSt 28, 300, 307; *Freund*, AT, § 6, nm. 8; *Gropp*, AT, 2.ª, § 11, nm. 79 ss.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 29/7, 78 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 V; *Joecks*, 3.ª, § 13, nm. 45 s.; *Kindhäuser*, AT, 2.ª, 242 s.; *Köhler*, AT, 230; *Krey*, AT/2, nm. 374; *Kühl*, AT, 3.ª, § 18, nm. 122 ss.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 46/55 s.; *Roxin*, JuS 1973, 199; *Rudolphi*, 1966, 63 s.; *Schünemann*, 1971, 371 ss.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 13, nm. 62; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 13, nm. 17; *Welp*, 1968, 18 ss.

[368] *Roxin*, JuS 1973, 199.

[369] Referido a la causalidad comisiva.

[370] *Herzberg*, 1972, 60-106, considera que en los delitos vinculados a conductas las posiciones de garante no desempeñan ningún papel, pero no ha encontrado ninguna aceptación a esta posición (sobre la crítica, SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 18). Sobre mi propia opinión, nm. 230 ss.

[371] *Androulakis*, 1963, 219 ss.; *Henkel*, MSchrKrim 1961, 178 s.; *Kahlo*, 1990, 322; *Arthur Kaufmann/Hassemer*, JuS 1964, 153; WK-*Nowakowski*, § 2, nm. 13; *Pallin*, ZStW 84 (1972), 200; Austria. OGH JBl. 1972, 276.

garante con la comisión ("teoría de la doble función de la cláusula de la correspondencia"[372]).

III. No existe valoración global ni doble función de la cláusula de la correspondencia

227 En primer lugar es rechazable con carácter general la concepción que en todos los tipos, tras la afirmación de la existencia de una posición de garante, pretende seguir examinando además si no es impune la omisión debido a la ausencia de correspondencia. A las razones decisivas para este rechazo, es decir, a la ausencia de todo baremo o criterio de correspondencia independiente de las posiciones de garante y, en consecuencia, a la inseguridad jurídica resultante, ya se ha hecho referencia (nm. 224).[373] Los puntos de vista de la "inexigibilidad" y de la "mayor vinculación a deberes" mencionados en la exposición de motivos del P 1962 (nm. 221) tampoco sirven de mayor ayuda. En efecto, la inexigibilidad es un problema de culpabilidad (ampliamente § 31, nm. 211 ss) y no tiene nada que ver con la cláusula de la correspondencia típica. Y asimismo, de la intensidad de la vinculación a deberes –que, si realmente tuviera que desempeñarlo, tendría que desempeñar un papel en todas las omisiones– tampoco puede hacerse depender la equivalencia. El que sea la madre o una niñera quien causa la muerte del niño pequeño mediante una omisión por infracción del deber[374], no puede suponer una diferencia para la punibilidad de la omisión. Si se quisiera considerar impune a la niñera por asignarle una vinculación a deber menos estricta, habría que negarle a ésta ya la posición de garante (lo que sería erróneo, cfr. nm. 53 ss.), ya que no tiene sentido admitir una posición de garante si de antemano el incumplimiento del deber de evitar el resultado no puede conducir a una equivalencia con el delito comisivo. Y si se afirma que existe una función de protección por deber de evitar el resultado, tampoco tiene sentido en absoluto distinguir superiores o inferiores vinculaciones al deber.

228 Ahora bien, una "valoración global" o un segundo examen de equivalencia que haya que aplicar siempre (primero bajo el aspecto del deber de responder o tener que responsabilizarse, luego bajo el de la correspondencia) también han perdido cada vez más plausibilidad por razones de evolución científica y legislativa. La concepción según la cual el tener que responsabilizarse o responder aún no conduce necesariamente a la equiparación de la omisión con la comisión, tendría una cierta justificación en caso de derivar la posición de garante de la ley, el contrato y el actuar precedente, como era habitual aún en las primeras décadas de la postguerra. En efecto, puede existir una obligación (jurídico-civil o jurídico-pública) proveniente de ley

---

[372] Formulación de *Nitze*, 1989, 33.

[373] Similar la crítica en *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 V; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 4.

[374] NK-*Seelmann*, § 13, nm. 69 en polémica con *Arzt*, JA 1980, 555, 716 s.

o de contrato o una acción previa causal, sin que la omisión relativa a ella tuviera necesariamente que implicar una equiparación con la comisión (cfr. nm. 4, 5, 10 ss.). Bajo esta condición podría tener sentido reunir los criterios de la equiparación que han de agregarse a la ley, el contrato y la causalidad, sintetizándolos en una cláusula de correspondencia. Sin embargo, en una época en la que ha sido abandonada de modo general la teoría formal del deber jurídico (nm. 10 ss.) y las garantías de protección y de supervisión y control son determinadas de antemano según los puntos de vista decisivos para la equiparación o equivalencia (nm. 17 ss.), por regla general no queda nada más que pudiera ser examinado desde el punto de vista de una cláusula de correspondencia.

229 También la evolución legislativa le ha restado más terreno a un "doble examen". En efecto, una razón que abogó para que aun existiendo una posición de garante no haya que efectuar necesariamente una equiparación con la comisión, estribaba en el menor merecimiento de pena que en muchas ocasiones *ceteris paribus* hay en la omisión (§ 31, nm. 236 ss.). Pero en este punto la actual posibilidad de atenuación de la pena del § 13 II, aún no prevista en las discusiones de la Gran Comisión de Derecho penal y en el P 1962, crea una solución que hace superflua la posibilidad de desviación a una cláusula de correspondencia conducente a la impunidad.

IV. No necesidad de la cláusula de la correspondencia para producir una equivalencia general de las modalidades

230 Pero una cláusula de correspondencia limitada a modalidades adicionales de acción del delito comisivo tampoco puede fundamentar la posibilidad de una restricción general de la punibilidad de la omisión. Tomemos p. ej. el tipo de la estafa, en el que desde *Gallas* (nm. 219) hasta la doctrina actual se alude repetidamente a la modalidad de conducta del "engaño", que se opina que no tiene correspondencia en el deber de evitación del resultado, ¡de manera que se sostiene que a causa de una cláusula especial hay que examinar si la omisión tiene la cualidad de un engaño! Pero en realidad, el engaño es sólo la causación dolosa de una autodañación (autoperjuicio) condicionada por el error, y no se ve por qué esa causación activa no iba a poder ser reemplazada, como en otros delitos, por la no evitación del resultado (que aquí consiste en un autodaño condicionado por un error) con infracción del deber de garante. Por consiguiente, no hay ninguna particularidad estructural que pudiera justificar un trato distinto a la estafa respecto de los restantes delitos de resultado.

231 Ciertamente, la simple no evitación de un perjuicio patrimonial aún no es una estafa. Pero, del mismo modo, esto rige igualmente para la causación activa de aquél. El deber del garante ha de dirigirse por supuesto a la evitación de resultados típicos delictivos (aquí por tanto a la evitación de una

autodañación condicionada por un error). Pero si este es el caso –lo cual ocurre con relativamente escasa frecuencia–, no se entiende por qué dicha no evitación no debería ser suficiente, como las restantes no evitaciones, para la equiparación con la conducta causal comisiva.

En todo caso, en la estafa se requeriría un especial examen de correspon- 232
dencia cuando las posiciones de garante generales no encajaran en este tipo. (En tal caso, parecería más lógico atender aquí solamente a la cláusula de la correspondencia[375]). Pero esto no es así, pues en el § 263 ha de darse una de estas situaciones: o bien ha de existir un especial deber de protección de la otra parte frente a engaños condicionados por el error, como el deber que puede surgir de especiales relaciones de confianza, cuando el error afecta a la esfera del omitente (su deterioro patrimonial, la supresión de los requisitos previos de reclamación y semejantes). O existe un deber de eliminación de los riesgos que se han creado para el patrimonio de la otra parte a través de una conducta previa imputable, como por ejemplo ocurre si alguien ha presentado por equivocación para un pago un billete de cincuenta como uno de quinientos y, pese a que ha notado el error, se embolsa sin decir nada el cambio muy excesivo.

En los casos en que por parte de la doc. y jurispr. dom. se ha rechazado 233
con razón la estafa mediante omisión –por ejemplo, si un cajero de banco por su propia culpa ha pagado dinero de más, que es recibido en silencio por el cliente conocedor de esto, o si se calcula por equivocación un precio demasiado bajo para un producto– ello no se basa en la ausencia de una correspondencia, sino sólo en que al cliente no le concierne el deber de proteger el patrimonio de su interlocutor de aquellos daños que se han originado en su propia esfera y por su propia culpa, y en que el cliente tampoco ha creado ningún peligro inadecuado para el patrimonio del perjudicado. Naturalmente, la estafa por omisión no puede ser tratada aquí en detalle. Sin embargo, las alusiones del texto pueden mostrar que no hay razones ni estructurales de la omisión ni específicas del garante que pudieran hacer necesario recurrir a la cláusula de la correspondencia.

Para mencionar sólo el caso de las coacciones: las "modalidades de con- 234
ducta" consistentes en la "violencia" o "la amenaza con un mal sensible" caracterizan al tipo delictivo de las coacciones; sin éstas no existe en absoluto una coacción y un resultado típico. Si alguien ha asumido la protección de otro contra agresiones (y con ello también contra coacciones), incurrirá por consiguiente sin más en responsabilidad penal por omisión si deja que se produzca una coacción que hubiera sido impedida mediante su intervención. Si un profesor al que se ha confiado la protección de una alumna, no interviene para impedir que sea objeto de coacciones sexuales de sus compañeros, su conducta será punible en virtud del § 177 StGB por omisión. Una

[375] Cfr. n. 370 sobre la correspondiente propuesta de *Herzberg*.

adicional correspondencia de la no evitación del hecho con su causación activa no es necesaria.

235 En casos en que la doctrina ha recurrido a la cláusula de la correspondencia reclamando su aplicabilidad[376], hay que negar ya sin excepción la exigencia de una posición de garante. Un buen ejemplo lo facilita la BGHSt 28, 300, en la que se trataba de un supuesto en el que el conductor de un camión aprovechó los registros defectuosos de su tacógrafo, de los que no era responsable, para simular una velocidad inferior. El BGH rechazó que hubiera responsabilidad penal por el § 268 III (influjo perturbador sobre una proceso técnico de registro, a través de omisión). Argumenta que ciertamente la omisión de "eliminar las alteraciones" de un tacógrafo puede ser equiparada a la alteración activa si el conductor infringiendo su deber no impide la manipulación por parte de otro o no elimina la alteración provocada sin darse cuenta por él mismo (loc. cit., 307), pero que es distinto ante un "defecto propio o intrínseco" y ante una alteración provocada por tercero y no reconocida como tal por el conductor. En esos casos, añade, la omisión de eliminar la alteración no puede "ser equiparada al influjo perturbador sobre el proceso de registro, en el sentido en que sería necesario según el § 13 ap. 1 StGB" (loc. cit., 302). La cuestión de si realmente existía una posición de garante, la deja abierta el BGH (loc. cit., 308), pero no se refiere tampoco expresamente a la cláusula de la correspondencia.

236 Si bien se puede aceptar el resultado al que llega la sentencia, la impunidad del conductor se basa sin embargo en la ausencia de una posición de garante. Pues la ratio de la decisión parece ser la de que el conductor es responsable del tacógrafo (es decir, ostenta una función de protección) en la medida en que ha de contrarrestar las alteraciones causadas por él mismo y las alteraciones reconocibles provocadas por un tercero. Por el contrario, los defectos intrínsecos del aparato y las alteraciones desconocidas originadas por terceros no le son imputables al conductor, es decir que no caen dentro de su esfera de responsabilidad y no generan ninguna posición de garante. Tal fundamentación referida al deber de garante es en todo caso mucho más racional que un vago juicio desligado del mismo sobre correspondencia o no correspondencia.

237 En otros casos, en cambio, en los que la cláusula de la correspondencia va a poder fundamentar una equivalencia[377], existe en realidad un delito comisivo. La negativa ostensible a estrechar la mano en una ceremonia pública de bienvenida ha de ser contemplada como una ofensa o injuria. Pero no es una injuria por omisión, en la que a la posición de garante –¿de dónde iba a derivarse la misma?– ha de añadirse una relación de correspondencia, sino que la negativa tiene el valor expresivo de una manifestación activa de menosprecio[378] –y por tanto la misma es un delito comisivo.

---

[376] P. ej. en *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 59 V; SK-*Rudolphi*, 7.ª, § 13, nm. 18.

[377] Cfr. con ulteriores referencias, *Nitze*, 1989, 178.

[378] Cfr. ya § 31, nm. 73 ss. respecto de la delimitación de formas de conductas ambiguas.

Es cierto que hay tipos delictivos que no pueden ser realizados por omisión 238
(para más detalles § 31, nm. 140 ss.). Por ejemplo, el hecho de que omita impedir un hurto una persona encargada de la vigilancia del objeto sustraído no es un hurto por omisión debido a la ausencia de ánimo de apropiación. Lo mismo rige p. ej., debido al carácter de delito de propia mano, para la omisión de impedir un incesto por un garante (si el padre no interviene contra las relaciones incestuosas de sus hijos menores). Por consiguiente, en tales casos, pese a la posición de garante la omisión no puede corresponderse con la realización del tipo penal en autoría. Pero la consecuencia no es la impunidad debido a la falta de correspondencia, sino una punibilidad por cooperación o complicidad por omisión (§ 31, nm. 140 ss.). En cambio, si un tipo es realizable por omisión, en caso de vulneración del deber de evitar el resultado no es necesaria ninguna correspondencia adicional.

V. La limitación de la cláusula de la correspondencia a elementos cualificadores relativos al autor comisivo

Según esto, para la cláusula de la correspondencia queda sólo el caso en 239
que elementos cualificantes caractericen únicamente la actuación del autor comisivo, sin influir en la valoración de la conducta omisiva. Si un garante deja, por ejemplo, que se lleve a cabo la muerte alevosa de una persona que está bajo su protección (§ 211), debe responder por dicha muerte. Esto constituye en principio un homicidio por omisión. ¿Pero hay también un asesinato por omisión? La respuesta habrá de ser negativa. Pues el "aprovechamiento de la falta de recelo y de la indefensión", de los que se ha valido el autor comisivo, no repercute en el resultado y no tiene correspondencia alguna en la conducta del omitente. Si, por el contrario, el garante deja sin hacer nada que se mate a alguien con medios peligrosos para la seguridad colectiva, causación de muerte que se podría evitar con su intervención, él es culpable de asesinato por omisión, ya que la mayor peligrosidad de la muerte eleva también el ilícito o injusto y la culpabilidad del omitente.

El punto crucial fue captado mucho tiempo antes de la introducción de 240
la cláusula de la correspondencia por *Armin Kaufmann*[379]: "Si en el delito comisivo la cualificación enlaza con la incrementada intensidad criminal, que se manifiesta en la configuración del ataque, sin dificultar no obstante el resultado, siempre que sucede eso, no es posible una transmisión de esa cualificación al delito omisivo correspondiente". En estos casos, también se resuelve el enigma (nm. 218) de cómo es posible que se deba responder penalmente por un resultado y luego, sin embargo, el sujeto no es castigado por falta de correspondencia: El omitente ha de responder penalmente por la realización del tipo básico, pero, dado que la omisión no se corresponde con la realización del tipo cualificado, no puede ser castigado por éste.

---

[379] *Armin Kaufmann*, 1959, 289, así como 1988, 289.

241 Para ejemplificar una vez más lo expuesto al hilo de las lesiones peligrosas: si un autor comisivo lesiona gravemente a otro "por medio de un trato peligroso para la vida" (§ 224 I Nr. 5), el garante que no impide esto debe ser igualmente castigado por el tipo cualificado, pues la puesta en peligro de la vida que agrava el resultado se basa también en su inactividad con infracción de su deber de actuación. Si por el contrario las lesiones se producen por un "asalto alevoso" (§ 224 I n.º 3), la omisión del garante ciertamente corresponde a la realización activa del tipo simple de lesiones (§ 223), pero no a la cualificación, ya que la configuración penalmente agravatoria de la agresión es neutra respecto del resultado (la insignificancia o la gravedad de la lesión son independientes de aquélla) y no tiene ninguna correspondencia en la conducta omisiva que queda limitada a la no evitación del resultado.

242 En la doctrina[380], en la medida en que los elementos cualificadores son incluidos, si es que ello se admite, en el ámbito de aplicación de la cláusula de la correspondencia, un sector aún hace otra distinción entre garante vigilante o supervisor y protector. Según esto, el garante vigilante o supervisor también debe responder del desvalor de acción sólo incrementado de la conducta del sujeto al que tiene que vigilar, mientras que en el caso del garante protector no deben serle imputadas tales cualificaciones al omitente. Por consiguiente, según esta posición, si el padre no interviene contra un asalto alevoso a su hijo, su conducta es punible sólo conforme al § 223; por el contrario, si no impide un asalto alevoso de su hijo a un tercero, su omisión debe ser castigada en virtud del § 224 I n.º 3. No obstante, esto forma parte de las conclusiones exageradas que también en otros ámbitos se extraen de la diferenciación entre garante protector y vigilante (cfr. § 31, nm. 158 ss.). Pues a fin de cuentas lo que importa en ambos casos es que el omitente tiene que impedir daños a una persona amenazada por las lesiones. Por qué la no evitación de un daño corporal debería ser más duramente castigada cuando éste amenaza a un tercero desconocido que cuando amenaza a su propio hijo, es algo que no puede resultar plausible desde puntos de vista de merecimiento de pena.

243 Pero la cláusula de la correspondencia en el caso de elementos cualificantes también puede desempeñar un papel allí donde no haya ningún autor comisivo entre la omisión y el resultado. Así lo muestra la BGHSt, 7, 287, caso en el que el acusado había atropellado imprudentemente a una persona y a continuación cometió una fuga del lugar del accidente para no desvelar su autoría. Aquí existía una posición de garante por ingerencia (nm. 143 ss.), de manera que el acusado, presuponiendo su dolo y una posibilidad de evitar el resultado, debió ser castigado en todo caso por homicidio por omisión si el atropellado murió como consecuencia del accidente. Pero, ¿se puede reprochar también al acusado que él ha permanecido inactivo "para ocultar un delito" y que por tanto ha cometido un asesinato por omisión?

---

[380] *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 13, nm. 4; *Gropp*, AT, 2.ª, § 11, nm. 81.

El BGH lo rechazó. Su argumento principal consiste en que sólo el "ocul- 244
tamiento", pero no el "no desvelar", da lugar a un caso de asesinato. Del ocultamiento forma parte integrante "un encubrimiento del hecho, por tanto un acto de hacer irreconocibles los rastros del hecho o una neutralización a personas ... que podrían contribuir a su descubrimiento. Quien incumple el deber de evitar el resultado mortal de su propio delito sólo para no desvelar su propia autoría, con ello no quiere ocultar o encubrir el hecho, sino solamente dejar que los hechos sigan su curso". Esta diferenciación entre "ocultamiento" y "no desvelar" se corresponde con la distinción entre comisión y omisión[381]. Por tanto, el BGH en relación al elemento típico del asesinato constituido por el ánimo de ocultamiento niega la equiparación de la omisión con la comisión y lo fundamenta con el argumento de que la "omisión de prestar socorro y con ello de hacerse responsable y someterse a su propia persecución penal .... no alcanza el contenido de injusto de la especial reprobabilidad que es propia de la totalidad de las formas comisivas del asesinato" (loc. cit., 291).

A este respecto, el tenor argumentativo del BGH (la diferenciación lin- 245
güística entre ocultamiento y no desvelamiento) como tal no es convincente, porque la omisión como "no evitación" siempre puede ser distinguida del "provocar" propio del hecho comisivo, sin que por eso esto impidiera la equiparación. Sin embargo, en el momento en que se dictó la sentencia (¡1955!) aún no existía una regulación legal de los delitos de omisión impropios que hubiera podido ser invocada por el BGH. En la actualidad, la resolución puede basarse sin forzar los términos en que es cierto que la huida del acusado del lugar del accidente fundamenta un deber de responder por la muerte de la víctima del accidente, pero no se "corresponde" con el elemento típico del ánimo de ocultamiento y con ello con el tipo del asesinato.

Finalmente, la cláusula de la correspondencia también puede llegar a ser 246
fructífera para los delitos cualificados por el resultado, como pone de manifiesto la sent. BGH NJW 1995, 3194.[382] En este caso, el compañero sentimental de la acusada había lesionado con malos tratos al niño de ésta tan gravemente que murió como consecuencia de su hecho. La acusada había omitido proporcionarle asistencia médica, con la que aún se podría haber evitado la muerte del niño, por lo que fue condenada por homicidio imprudente por omisión (§ 222), y el BGH tuvo que ocuparse de la cuestión de si quizá no se debía admitir la existencia de un delito, considerablemente más grave, de lesiones con resultado de muerte por omisión (§ 227).

---

[381] Así acertadamente *Armin Kaufmann*, 1959, 290, así como 1988, 290. De igual manera, en los resultados *Joecks*, 3.ª, § 13, nm. 46.

[382] Cfr. al respecto el instructivo artículo de *Ingelfinger*, GA 1997, 573, que también cita toda la literatura científica existente sobre esta sentencia (en el presente contexto hay que renunciar a la reproducción de dicha relación).

247 Constructivamente (estructuralmente), esto habría sido posible, porque la acusada, mediante la omisión de su deber de proporcionarle al niño la mitigación del dolor que hubiera producido una asistencia médica, también ha cometido unas lesiones por omisión, y ese incumplimiento tuvo por consecuencia una provocación omisivo-causal (con causalidad omisiva) de la muerte. El BGH rechazó, sin embargo, exigir responsabilidad a la acusada por lesiones con resultado de muerte; y lo fundamentó con el argumento de que una omisión de mitigar el dolor no conduce típicamente a la muerte, de manera que falta un nexo de peligro típicamente específico entre las lesiones dolosas realizadas por la acusada y la muerte del niño. Esto es problemático en la medida en que la omisión de hacer venir a un médico mantuvo el peligro de un desenlace mortal, que es el que también se ha realizado. Con todo, la sentencia es correcta, porque la omisión de eliminar un riesgo de muerte surgido sin colaboración propia no puede ser equiparado en su contenido de desvalor a la provocación activa de dicho peligro y –como ve correctamente el BGH– no se "corresponde" con ella.

248 Tenemos aquí ante nosotros probablemente el único caso en que el BGH se refiere expresamente a la cláusula de la correspondencia. Unas lesiones con resultado de muerte mediante omisión, dice la sentencia, entran "sólo en consideración si únicamente a través de la no realización de la conducta debida se crea un peligro de muerte. Sólo entonces se corresponde la omisión con la realización de las lesiones mediante un hacer positivo" (§ 13 inciso 2.º StGB). Esto es acertado también porque de lo contrario todo garante protector que por omitir o demorarse en llamar a un médico descuida imprudentemente evitar la muerte de su protegido, también debería ser castigado por el § 227, aun sin la presencia de un autor comisivo, debido a la omisión dolosa de mitigar el dolor. Eso sería ir demasiado lejos, porque transformaría la mayoría de los casos de omisiones imprudentes en un delito de la criminalidad más grave.

249 La sentencia coincide también con los principios aquí desarrollados para el ámbito de aplicación de la cláusula de la correspondencia, pues el § 227 es un caso cualificado de homicidio imprudente, y la circunstancia cualificante, la provocación dolosa de lesiones mortales, no podía ser imputada a la acusada. A ella desde el punto de vista del homicidio sólo se le podía reprochar el no haber impedido la muerte.

SECCIÓN 11.ª
CONCURSOS

§ 33. Concursos

Bibliografía: *Köhler*, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz: Eine strafrechtliche Untersuchung, 1900; *Höpfner*, Einheit und Mehrheit der Verbrechen. t. I, 1901; *Coenders*, Über die Idealkonkurrenz etc., 1921; *Honig*, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925; *Hirschberg*, Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 53 (1934), 34; *Kohlrausch*, Der Sammelbegriff der Sammelstraftat, ZAkDR 1938, 473; *Preiser*, Die Aufspaltung der Sammelstraftat, insbesondere der fortgesetzten Handlung, ZStW 58 (1939), 743; *Hartung*, Tateinheit und künstliche Verbrechenseinheiten in der neueren Rechtsprechung des RG, SJZ 1950, 326; *Gallas*, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-FS, 1954, 311; *Jescheck*, Die Konkurrenz, ZStW 67 (1955), 529; *Hellmer*, Das Zusammentreffen von natürlicher Handlungs- und rechtlicher Tateinheit bei Verletzung höchstpersönlicher Interessen, GA 1956, 65; *Klug*, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 68 (1956), 399; *Dreher*, Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen, JZ 1957, 155; *Baumann*, Straflose Nachtat und Gesetzeskonkurrenz, MDR 1959, 10; *Preiser*, Einheitsstrafe für eine Mehrheit gleichartiger Handlungen. Einzelstrafen für verschiedenartige Handlungen einer Mehrheit, ZStW 71 (1959), 341; *Hruschka*, Diebstahl oder Betrug im Selbstbedienungsladen, NJW 1960, 1189; *Geerds*, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961; *Maurach*, Die Problematik der Verbrechensverabredung (§ 49 a II StGB), JZ 1961, 137; *Sacksofsky*, Die Problematik der doppelten Gesamtstrafe, NJW 1963, 894; *R. Schmitt*, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 75 (1963), 43; *Bender*, Doppelte Gesamtstrafe oder "Einheits"-Gesamtstrafe, NJW 1964, 807; *Kohlmann*, Schließt die Verjährung der Vortat auch die Bestrafung wegen der Nachtat aus?, JZ 1964, 492; *Maiwald*, Die natürliche Handlungseinheit, 1964; *Warda*, Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964, 81; *Bruns*, Zum Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen oder strafrahmenbildenden Umständen (Strafbemessungsgründen), H. Mayer-FS, 1965, 353; *Krauß*, Zum Begriff der straflosen Nachtat, GA 1965, 173; *Oske*, Das Konkurrenzverhältnis der Dauerdelikte zu den übrigen Straftaten, MDR 1965, 532; *Miehe*, Das Verhältnis des Fälschens zum Gebrauchmachen im Tatbestand der Urkundenfälschung, GA 1967, 270; *Wahle*, Die sogenannte "Handlungseinheit durch Klammerwirkung", GA 1968, 97; *Baumgarten*, Die Idealkonkurrenz, Frank-FG, t. II, 1969; *Cramer*, Das Strafensystem des StGB (Die Bildung der Gesamtstrafe), JurA 1970, 205; *Maiwald*, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970; *Otto*, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970; *Bruns*, Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, Heinitz-FS, 1972, 317; *Struensee*, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten, 1971; *Blei*, Die natürliche Handlungseinheit, JA 1973, 95; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2.ª, 1974; *Jescheck*, Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, Welzel-FS, 1974, 683; *Wolter*, Verurteilung aus nicht tatbestandsmäßiger Nachtat?, GA 1974, 161; *Hartmann*, Die Entbehrlichkeit des fortgesetzten Delikts, 1977; *Burgstaller*, Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, JBl. 1978, 393; *Kühl*, Das leidige Thema der Konkurrenzen, JA 1978, 475; *Maiwald*, Die Feststellung tatmehrheitlicher Deliktsbegehung, NJW 1978, 300; *Bottke*, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979; *Fleischer*, Verhältnis von Dauerdelikt und Einzelstraftaten, NJW 1979, 1337; *Grünwald*, Der Verbrauch der Strafklage bei Verurteilungen nach den §§ 129, 129 a StGB, Bockelmann-FS, 1979, 737; *Haberstumpf*, Konkurrenzprobleme bei der Anwendung der Paragraphen 129 und 129 a StGB, NJW 1979, 977; *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung, 1979; *Roxin*, Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung

(§ 30 StGB), JA 1979, 169; *Vogler*, Funktionen und Grenzen der Gesetzeseinheit, Bockelmann-FS, 1979, 715; *Werle*, Die Beteiligung an kriminellen Vereinigungen und das Problem der Klammerwirkung, JR 1979, 93; *Schroeder*, Behandlung der natürlichen Handlungseinheit in strafrechtlichen Übungsarbeiten, Jura 1980, 240; *Gössel*, Buchbesprechung. Ingeborg Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, GA 1981, 134; *Werle*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981; *Geppert*, Repetitorium Strafrecht. Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB), Jura 1982, 358 (parte 1): 418 (parte 2); *Puppe*, Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, GA 1982, 143; *Bruch*, Vorsätzliche Brandstiftungen, 1983; *Montenbruck*, Strafrahmen und Strafzumessung, 1983; *Seier*, Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen, Jura 1983, 225; *Kindhäuser*, Normverstoß und natürliche Handlungseinheit BGH, NJW 1984, 1568, JuS 1985, 100; *Tenckhoff*, Die Unterschlagung (§ 246 StGB), JuS 1984, 775; *Krauth*, Zum Umfang der Rechtskraftwirkung bei Verurteilungen von Mitgliedern krimineller und terroristischer Vereinigungen, Kleinknecht-FS 1985, 215; *Lippold*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von den Konkurrenzen. Ein Beitrag zum Problem des Normenkonfliktes, 1985; *Seelmann*, Grundfälle zu den Eigentumsdelikten, JuS 1985, 699; *Warda*, Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit, Oehler-FS, 1985, 241; *Otto*, Examinatorium. Rücktritt und tätige Reue (Rücktritt nach § 310) bei der Brandstiftung, Jura 1986, 52; *Wolter*, Natürliche Handlungseinheit, normative Sinneinheit und Gesamtgeschehen, StV 1986, 315; *Bringewat*, Die Bildung der Gesamtstrafe, 1987; *Backes/Ransiek*, Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, JuS 1989, 624; *Geppert*, Die restlichen Brandstiftungsdelikte (§§ 307 bis 310 a StGB), Jura 1989, 473; *Jähnke*, Grenzen des Fortsetzungszusammenhangs, GA 1989, 376; *Seier*, Die Handlungseinheit von Dauerdelikten im Straßenverkehr, NZV 1990, 129; *Abels*, Die "Klarstellungsfunktion" der Idealkonkurrenz, 1991; *Puppe*, Die neue Rechtsprechung zu den Fahrlässigkeitsdelikten – Teil 3, JZ 1991, 609; *Fischer*, Entwicklungslinien der fortgesetzten Handlung, NStZ 1992, 415; *Bohnert*, Warum Gesamtstrafenbildung?, ZStW 105 (1993), 846; *Bringewat*, Die Bildung der Gesamtvermögensstrafe – ein kriminalpolitisches Kuckucksei, NStZ 1993, 316; *Cording*, Der Strafklageverbrauch bei Dauer- und Organisationsdelikten, 1993; *Mitsch*, Konkurrenzen im Strafrecht, JuS 1993, 385; *Schmidhäuser*, Über die strafrechtliche Konkurrenzlehre, GA-FS, 1993, 191; *Aden*, Ständige Rechtsprechung und Gewohnheitsrecht, JZ 1994, 1109; *Arzt*, Die fortgesetzte Handlung geht – die Probleme bleiben, JZ 1994, 1000; *Dannecker*, Die Rechtsprechungsänderung zur fortgesetzten Handlung und ihre Konsequenzen für Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, WiB 1994, 669; *Erb*, Die Reichweite des Strafklageverbrauches bei Dauerdelikten und bei fortgesetzten Taten, GA 1994, 265; *Hamm*, Das Ende der fortgesetzten Handlung, NJW 1994, 1636; *Mitsch*, Die Vermögensstrafe, JA 1994, 425; *Otto*, Mitbestrafte Nachtat, straflose Nachtat und nicht strafbares Verhalten, Jura 1994, 276; *Zschockelt*, Die praktische Handhabung nach dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung, NStZ 1994, 361; *Altenhain*, Die Verwirklichung mehrerer Tatbestandsalternativen. Einzelverbrechen oder Idealkonkurrenz?, ZStW 107 (1995), 382; *Bittmann/Dreier*, Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität nach dem Ende der fortgesetzten Handlung, NStZ 1995, 105; *Geisler*, Der Beschluß des Großen Strafsenats zum Fortsetzungszusammenhang, Jura 1995, 74; *Sowada*, Probleme der natürlichen Handlungseinheit, Jura 1995, 245; *Zschockelt*, Bemerkungen zu Bittmann/Dreier, NStZ 1995, 109; *Geppert*, Zur straf- und strafverfahrensrechtlichen Bewältigung von Serienstraftaten nach Wegfall der Rechtsfigur der "fortgesetzten Handlung", NStZ 1996, 59 (1.ª parte); 118 (2.ª parte); *Gribbohm*, Auf der Suche nach dem richtigen Recht, Odersky-FS, 1996, 387; *Schlüchter/Düttge*, Spionage zugunsten des Rechtsvorgängerstaates als Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik, NStZ 1996, 457; *Wollweber*, Fortgesetzte Probleme der fortgesetzten Handlung, NJW 1996, 2632; *Zschockelt*, Auswirkung der Entscheidung des Großen Senats zum Fortsetzungszusammenhang auf die tatrichterliche Rechtsprechung, StraFo 1996, 131; *Zieschang*, Tendenzen in der Rechtsprechung seit der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung, GA 1997, 457; *Zschockelt*, Die Auswirkungen der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zum Fortsetzungszusammenhang, JA 1997, 411; *Klumpe*, Probleme der Serienstraftat, tes. doct. Bochum, 1998; *Martin*, Tateinheit zwischen Prozeßbetrug und Anstiftung zur falschen uneidlichen Aussage, JuS 1998, 761; *Momsen*, Die konkurrenzrechtliche "Tat" bei suk-

zessiver Tatausführung unter Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter, NJW 1999, 982; *Kudlich*, Rechtsprechung Strafrecht – Brandstiftung und Betrug, JA 2000, 361.

I. Introducción[1]

La teoría de los concursos trata el caso en que varias infracciones de la ley del mismo autor están en un procedimiento para su enjuiciamiento, "concurren" (literalmente: confluyen). El legislador alemán plantea en estos supuestos diferentes consecuencias jurídicas, en función de si las diversas infracciones de la ley se basan en una o en varias acciones. 1

En el primer supuesto se habla de concurso ideal (unidad de hecho); se encuentra regulado en el § 52. El **concurso ideal** existe (§ 52 I) cuando la misma acción o bien lesiona varios y distintos preceptos (leyes) penales (**concurso ideal heterogéneo**) o bien lesiona varias veces el mismo precepto (ley) penal (**concurso ideal homogéneo**).Un concurso ideal heterogéneo se produce cuando una misma acción (p.ej. arrojar una piedra al cristal de una ventana) produce diferentes tipos (aquí: daños, § 303, y lesiones peligrosas, § 224). Un ejemplo de concurso ideal homogéneo nos lo ofrece el supuesto de un mismo disparo que hiere a dos personas. Aquí es realizado dos veces el mismo tipo penal (§ 224). 2

El **concurso real** (pluralidad de hechos) existe cuando diferentes acciones infringen varios tipos penales. Podrían ser diferentes tipos penales (p. ej. el autor comete primero un hurto y después a través de otra acción una estafa). Pero también podría ser el mismo tipo penal (p. ej. el autor mata a dos hombres, primero a uno y después a otro). Las consecuencias del concurso real están reguladas en los §§ 53 y 54. 3

Los conceptos del lenguaje legal "unidad de hecho" y "pluralidad de hechos" se explican porque en el primer caso las distintas infracciones de la ley se producen a través de un hecho y en el segundo a través de una pluralidad de hechos. Las expresiones habituales en el lenguaje técnico "concurso ideal" y "concurso real" se basan en la idea de que en el concurso real efectivamente (= realmente) existen varios hechos, mientras que la pluralidad de infracciones de la ley en el concurso ideal sólo es de naturaleza ideal, es decir, se basan en una pluralidad de tipos realizados mientras que realmente sólo se ha cometido una acción. 4

El significado práctico de la distinción entre concurso ideal y real consiste en las diferentes consecuencias jurídicas. En el concurso ideal es aplicable el marco penal de la ley que "amenaza o conmina con la pena más grave" (§ 52 II 1). En el ejemplo de partida del concurso ideal heterogéneo el marco 5

[1] Exposiciones introductorias para estudiantes: *Warda*, JuS 1964, 81; *Geppert*, Jura 1982, 358, 418; *Mitsch*, JuS 1993, 385. Monografía detallada: *Geerds*, 1961 (respecto a ella la recensión-estudio de *Schmidt*, ZStW 75 (1963), 43).

penal es el de las lesiones peligrosas del § 224, que es más severo que el de los daños del § 303. En un concurso ideal homogéneo naturalmente sólo está disponible el marco penal del precepto lesionado varias veces. Por el contrario en el concurso real se fija una pena individual para cada uno de los hechos, y a continuación será configurada a partir de las penas individuales una "**pena conjunta o global**" (§ 53 I), que por regla general consiste en "un aumento de la pena más alta merecida" (§ 54 I 2). Por tanto el autor sale mejor parado en el concurso ideal, porque la conminación penal más grave absorbe todas las demás (**principio de absorción**), mientras que en el concurso real la pena más grave merecida siempre es agravada (**principio de asperación**, del latín *asperare*, [ex]asperar, agravar). Las particularidades en buena parte complicadas de la regulación de las consecuencias jurídicas serán tratadas en detalle más abajo (nm. 109 ss., 122 ss.).

El legislador trata los concursos bajo el título "medición de la pena en caso de varias infracciones de la ley". Se trata, por tanto, de la cuestión de la determinación de la medida de la pena, así que puede defenderse la opinión de que los concursos pertenecen a la medición o determinación de la pena[2] y no a las teorías generales de la dogmática del Derecho penal. No obstante, los concursos también están en estrecha relación con la teoría general del delito. Así el cometido central de la teoría de los concursos es determinar qué es una acción y qué son varias acciones. También la realización de varios tipos es una "forma especial de aparición de la comisión delictiva", una especie de contrapartida de los §§ 25 ss.: Mientras la teoría de la participación trata el caso en el que varias personas realizan un tipo, la teoría del concurso se ocupa de los casos inversos, en los que una persona realiza varios tipos. Finalmente el BGH[3] parte de que la unidad de acción en el sentido de la teoría del concurso es decisiva también para la unidad del "hecho" en la teoría del desistimiento (cfr. §30, nm. 139 ss.): "...hecho en el sentido del § 24 ap. 1 StGB, al que se extiende el desistimiento, es el hecho determinante para el enjuiciamiento de los concursos en sentido jurídico-material". Todos estos temas afectan a problemas genuinamente dogmáticos del Derecho penal y esa circunstancia justifica tratar los concursos, que forman "una línea de costura entre la teoría del hecho punible y la teoría de las consecuencias del injusto"[4], dentro del contexto de la teoría general de delito, como es usual en todas las exposiciones doctrinales. 6

Políticocriminalmente **es controvertido el tratamiento diferenciado del concurso ideal y real**. El "**principio de la diferenciación**" mantenido en el Derecho vigente está siendo abandonado mayoritariamente en favor del "**principio de la pena unitaria**"[5]. El principio de la pena unitaria está vigente en Austria (§ 28 I StGB), en Suiza (art. 68 StGB) y en el Derecho penal de menores alemán (§31 I 7

[2] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG, I], § 1, nm. 10.

[3] Ejemplarmente con ulteriores indicaciones BGHSt 41, 369

[4] *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 751 (la expresión es citada por numerosos autores); *Warda*, JuS 1964, 81: "doble posición peculiar".

[5] Sobre la historia y el Derecho comparado *Geerds*, 1961, 5–145.

1 JGG). También los proyectos de reforma de los tiempos de Weimar y el PA de 1966 se pronunciaban a favor del principio de pena unitaria. En la mayoría de los casos esto se regula de manera que la pena impuesta para la infracción de ley más grave puede ser superada hasta la mitad.

A favor de pasar al principio de pena unitaria habla el hecho de que la delimitación de la unidad de acción y la pluralidad de acción, del concurso ideal y del concurso real[6] causa dificultades extraordinarias y que su significado práctico es escaso, porque los Tribunales se inclinan a fijar la cuantía de la pena según una apreciación conjunta, para la que por regla general deja margen de juego suficiente el marco penal en ambas formas de concurso. También se puede dudar si las infracciones de la ley en concurso real e ideal justifican generalmente o siempre una diferencia valorativa tan significativa como la que prevé la ley. ¿Por qué debe ser –por volver sólo al ejemplo inicial del lanzamiento de la piedra (nm. 2)– tan importante para la pena que hay que imponer, el hecho de que el autor primero rompa el cristal de una ventana y luego mediante una nueva acción lesione a una persona o que realice el daño y la lesión mediante una única acción? 8

El legislador se ha ocupado del problema y ha alegado a favor del mantenimiento del principio de diferenciación fundamentalmente tres razones[7]. En primer lugar sostiene que la determinación judicial de la pena en el concurso real perdería en cuidado y exactitud si ya no se fijaran previamente las penas individuales. En segundo lugar, que el acusado, para su defensa en el procedimiento del recurso correspondiente, tiene que poder conocer el peso de cada hecho individual. Y en tercer lugar, que varias acciones penales revelan por lo general una mayor intensidad delictiva que un hecho único que vulnere varias leyes. Ello no es muy convincente, porque las penas individuales, si de todos modos acaban fundiéndose en una pena global, desde el principio no precisan ser fijadas con especial cuidado, y porque un principio de asperación que hay que prever para la pena única (cfr. nm. 7) permite perfectamente dar cuenta de un merecimiento de pena que, aunque no de modo general (cfr. nm. 8), sí es mayor en muchas ocasiones. Pero naturalmente hay que respetar la decisión del legislador y no debería ser burlada a través de la tendencia, que se puede encontrar aquí y allá en jurisprudencia y doctrina, a ampliar el concurso ideal a costa del concurso real (cfr. nm. 54). 9

II. Unidad de acción y pluralidad de acciones

1. Concepto y manifestaciones de la unidad de acción

El problema más importante de la teoría del concurso consiste, por tanto, en determinar cuándo existe una acción y cuándo varias. Hasta hoy no ha 10

[6] Sobre la distinción entre unidad de acción y concurso ideal cfr. nm. 13.

[7] Fundamentación o exposición de motivos del P 1962, BT-Drucks. IV/650, 190.

sido satisfactoriamente explicado de qué manera ello se ha de verificar en el caso particular. Sin embargo, existe acuerdo en que el concepto de acción de la teoría del concurso no se identifica ni con el concepto de acción del sistema del delito (el hecho como una acción típica, antijurídica y culpable)[8] ni con el concepto procesal penal del "hecho" (§ 264 StPO)[9].

11 Por ello el concepto de acción de la teoría del delito generalmente se considera inidóneo para la teoría del concurso, porque sólo determina los requisitos mínimos de una conducta punible, lo común a todas las acciones punibles[10]. Esto no es ninguna afirmación falsa, pero la inidoneidad del concepto de acción del sistema del hecho punible para la teoría del concurso puede ser comprendida con mayor precisión si se reconoce que el concepto sistemático de acción es de naturaleza pretípica (por tanto abarca modos de comportamiento típicos y también no típicos), mientras que el concepto de acción de la teoría del concurso sólo describe comportamientos típicos y en determinadas circunstancias puede incluir dentro de sí numerosas acciones típicas (cfr. nm 19 ss., 29 ss.).

12 Por otra parte, el concepto procesal penal del hecho abarca según la jurisprudencia constante la totalidad del proceso histórico planteado por la querella en la medida en que según la concepción de la vida el mismo constituye una unidad. Tal "hecho" puede consistir en varias "acciones" realmente concurrentes en el sentido de la teoría del concurso (cfr. nm. 119).

13 El esclarecimiento del concepto de "unidad de acción" se ve dificultado adicionalmente por el problema terminológico y otras diferenciaciones. En primer lugar no se puede confundir **la unidad de acción (es decir, la existencia de una y la misma acción) con "la unidad de hecho"** (§ 52 [regulador del concurso ideal]). Ciertamente cada unidad de hecho presupone una unidad de acción (esto es, la realización del resultado a través de una acción). Pero a la unidad de acción se le han de añadir varias infracciones de la ley (de diferente o de la misma naturaleza) para que surja una unidad de hecho. Por ello aquí (II., nm. 10 ss.) se discutirá por ahora en primer lugar la unidad de acción sólo en la medida en que a ese respecto pueda prescindirse de varias infracciones de ley. Los problemas de identidad de acción que se plantean sólo en caso de varias infracciones de ley serán tratados en relación con el concurso ideal (III. nm. 70 ss.).

14 Una complicación añadida se produce por el hecho de que hay diferentes formas de manifestación de la unidad de acción, cuya denominación y delimitación en lo concreto es controvertida. Lo más usual es una tripartición, que también va a ser utilizada aquí. Según la misma, se puede distinguir

---

[8] Respecto a ello *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 8, nm. 1 ss.

[9] Sobre ello *Roxin*, StrafverfahrensR, 25.ª, § 20, nm. 5.

[10] Cfr. p. ej. *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 66 I 2; LK–*Vogler*, 10.ª, antes del § 52, nm. 7; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 10.

entre la acción en sentido natural (*infra* 2., nm. 17 s.), la unidad típica de acción (*infra* 3., nm. 19 ss.) y la unidad natural de acción (*infra* 4., nm. 29 ss.).

Existe el primer supuesto cuando un único acto voluntario causa la realización típica: por ejemplo al apretar el gatillo del revolver, acción en sentido natural, se mata a un hombre. Por el contrario se acepta una unidad de acción típica si varias acciones en sentido natural son agrupadas por el tipo en una acción "jurídica". Así la violencia y el apoderamiento son dos acciones en sentido natural, pero fundamentan sólo una acción de robo según el §249. El tercer y más complicado caso es el de la unidad natural de acción, en el que distintos actos particulares a causa de su similitud y cercanía espacio-temporal son reunidos en una unidad de acción en virtud del denominado por la jurisprudencia modo de ver natural. Si, por ejemplo, un ladrón se apodera en el mismo lugar de diferentes objetos, a pesar de las diferentes acciones se verá sólo como un hurto. 15

Naturalmente se debe tener claro que la contraposición del punto de vista "natural" y "típico" no afecta al núcleo del asunto, porque en última instancia se trata siempre sólo de la cuestión de si existe una acción típica única[11]. "Determinante ... puede ser sólo el sentido de los correspondientes tipos vulnerados" [12]. Pues bien, el concepto de unidad natural de acción se mantiene aquí sobre todo porque en la jurisprudencia está firmemente asentado y porque lo que importa no es la denominación sino la determinación suficientemente exacta de lo denominado. 16

2. La acción en sentido natural

La acción en sentido natural es una manifestación de la personalidad penalmente relevante[13], que se manifiesta en los delitos de comisión en un empleo de energía positiva, es decir, en su mayoría en un movimiento corporal llevado por la voluntad del actuante: por ejemplo una pedrada (nm. 2), un tiro mortal (nm. 15) etc. Por lo general se tiene sólo en cuenta ese prototipo de acción en sentido natural, así cuando la BGHSt 1, 21, atiende a "si existe una acción en sentido natural, es decir, una actuación de la voluntad". Pero una acción en sentido natural también lo es una manifestación de la voluntad que se agote en pura pasividad, es decir en el no empleo de energía, en la medida en que se corresponda con los requisitos de la omisión típica[14]. 17

Sobre la acción en sentido natural siempre decide sólo el acto concreto, no la simultaneidad. Por tanto, si alguien con la mano derecha y con la iz- 18

[11] Por eso el concepto de unidad natural de acción a menudo es juzgado muy críticamente en la doctrina y en parte rechazado por completo, en parte manejado distintamente; cfr. respecto a ello nm. 29 con n. 25-27.

[12] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 66 I 3; LK-*Vogler*,10.ª, antes del § 52, nm. 14.

[13] Cfr. *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 8.

[14] Respecto a ello, *supra* § 31, nm. 174 ss.

quierda dispara al mismo tiempo al mismo o a diferentes hombres o sustrae varias cosas, existen dos acciones en sentido natural. Otra cuestión es si es posible agruparlas en una unidad natural de acción (sobre ello nm. 38 ss., 50 s.).

3. La unidad típica de acción

19 Una unidad típica de acción, que se denomina también **unidad jurídica o normativa de acción** y que a veces es calificada por la jurisprudencia[15] como **unidad típica de valoración**, se da si la conducta típica, ya sea conceptualmente, o al menos fáctica o típicamente, presupone varias acciones únicas.

20 El primer supuesto existe en delitos de varios actos, en delitos permanentes y en formas de conducta que requieren varios y la mayoría de las veces numerosos actos. El ya mencionado robo (nm. 15) presupone conceptualmente al menos dos acciones en sentido natural (violencia o amenaza y apoderamiento), pero es visto legalmente como una única acción de robo, así que desde el principio no se origina problema de concurso alguno. Lo propio rige para la violación, que como acción típica agrupa los modos de comportamiento del § 177 I con las prácticas sexuales del § 177 II, o para el § 306 b II n.º 3 si el autor primero prende fuego y después impide o dificulta la extinción, etc.

21 La jurispr. y la op. dom.[16] también han admitido una unidad típica de acción **cuando un segundo acto, el cual según la redacción típica sólo ha de ser pretendido, es realmente llevado a cabo.** Sustracción y apropiación en el § 242 son sólo **una** acción de hurto; quien engaña en el tráfico jurídico con un documento falsificado por él, sólo ha cometido **una** falsedad documental (§ 267); quien primero falsifica dinero y luego lo introduce en el tráfico, será castigado sólo por una falsificación de dinero (§ 146 I n.º 1), etc. Esta posición está justificada, porque los elementos intencionales sólo pretenden un adelantamiento de la consumación formal del delito, pero su realización pertenece materialmente a la ejecución del delito.

22 **Una acción son con necesidad conceptual en los delitos permanentes las acciones que crean el estado antijurídico y aquellas que lo sostienen.** Quien entra en una vivienda ajena sin autorización, luego con su mera presencia siempre vuelve a romper la paz de la casa y sin embargo comete sólo una

---

[15] BGHSt 30, 31; 40, 165.

[16] BGHSt 20, 194, 196; 26, 28 (ambas sobre el § 242); 34, 108 s.; 35, 21, 27 (ambas sobre el § 146); BGH JR 1988, 453, con Com. de *Jakobs* (sobre el § 146); BGH MDR (H) 1982, 102; BGH JZ 1991, 612, con recens. de *Puppe*; BGH NStZ 1997, 80 s. (todas sobre el § 146); BGHR StGB, § 146 ap. 1, Concursos, n.º 4; BayObLG NJW 1983, 406 (sobre el § 242); *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 66 I 3; *Mitsch*, JuS 1993, 389; LK-*Rissing-van-Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 21; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 46; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 14; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 17, nm. 3; LK-*Vogler*, 10.ª, antes del § 52, nm. 16.

acción típica (§ 123). Lo propio rige para el mantenimiento de una detención ilegal (§ 239) mediante una actuación o una omisión por infracción del deber, para la vulneración del deber de manutención (§ 170), para la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (§ 316), la conducción sin permiso (§ 21 I n.º 1 StVG), etc.

La unidad típica de acción no es destruida tampoco por una breve in- 23
terrupción. Por tanto, existe sólo un allanamiento de morada si el intruso sale por breve tiempo de la vivienda para avisar a un cómplice; así que no empieza un segundo allanamiento de morada al volver a entrar a la casa. Asimismo no cambia para nada la existencia de una única conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas el hecho de que el conductor se baje un momento para repostar combustible, para beber un vaso de cerveza en un local[17], permitir subir a un pasajero o esperar a que se disuelva un atasco en la circulación.

Por el contrario, según algunas sentencias del BGH[18] un accidente de cir- 24
culación debe interrumpir siempre la unidad de la conducción, de modo que existen dos conducciones bajo la influencia de bebidas alcohólicas incluso si el autor continúa conduciendo sin pararse. Esta interpretación se basa en el argumento de que el sujeto a causa del accidente es "colocado tanto en el acontecimiento externo como también en su estado anímico y mental ante una nueva situación"[19]. Pero esta posición no merece aplauso y aprobación[20]. Pues si el autor, que tiene prisa, considera el accidente sólo como un motivo añadido para rápidamente continuar conduciendo, ello no cambia para nada la unidad de la conducción bajo influencia de bebidas. La cuestión sólo será distinta en una consideración valorativa si el autor interrumpe la conducción al principio, pero a continuación, al aproximarse la policía cambia otra vez de decisión y se escapa conduciendo, o si después del accidente huye en una dirección alejada de su destino original. Sólo en tal supuesto se puede hablar de una segunda y diferente conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas[21].

Un tercer supuesto, en el que varios actos únicos se agrupan en unidad 25
típica de acción por los conceptos utilizados por el legislador, lo forman **los delitos que describen un comportamiento de duración prolongada.** Así el encabezamiento de una banda u organización, que fundamenta la tipicidad, (§§ 84, 129 IV) presupone las diferentes acciones individuales, que fundan tal posición. Una actividad de suministrar información ([en el espionaje] §§ 98, 99), el mantenimiento de relaciones que pongan en peligro la paz (§

---

[17] BayObLG NJW 1960, 879; OLG Stuttgart NJW 1964, 1913.

[18] Cfr. sobre la jurispr. algo falta de unidad las citas de *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 85.

[19] BGH VRS 13 (1957), 122; BGHSt 21, 203; 23, 144.

[20] Así, también *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 85.

[21] Cfr. sobre el correspondiente problema también *Wahle*, GA 1968, 97; *Seier*, NZV 1990, 129.

100), la pertenencia a un grupo criminal o terrorista (§§ 129, 129 a), la vulneración grave del deber de asistencia o educación (§ 171), el favorecimiento de la prostitución (§ 180 a) o el rufianismo (§ 181 a) consisten en todo un complejo de actividades de comportamientos típicos, que en todos los casos sólo forman una acción en el sentido del tipo correspondiente.

26 Un segundo grupo de unidad típica de acción lo forman **los supuestos en los que la realización del tipo ciertamente también es posible a través de un único acto, pero en el caso concreto fácticamente se necesitan varias acciones para ello.** Si un asesinato sólo puede ser consumado a través de diez cuchilladas, forman todas esas cuchilladas una acción única en el sentido del § 211. "Una acción única es siempre el cumplimiento de los requisitos mínimos del tipo legal".[22] También los diversos actos concretos que en su conjunto causan un aborto, son sólo una acción de aborto en el sentido del § 218. Del mismo modo las numerosas simulaciones mediante las que se causa el error del estafado son sólo componentes de una acción unitaria de engaño en el sentido del § 263. Las distintas acciones mediante las cuales el inductor finalmente determina al potencial autor a su decisión de cometer el hecho, dan como resultado sólo una inducción.

27 En tercer y último lugar, también deben ser considerados unidad típica de acción los **supuestos en los cuales ciertamente es suficiente un acto particular para el cumplimiento del tipo legal, pero típicamente y según la redacción lingüística del legislador son necesarias varias acciones para ello.** Un buen ejemplo sobre ello es "traficar con estupefacientes" (§ 29 I n.º 1 BtMG). El BGH dice [23] que ese concepto incluye "toda actividad lucrativa dirigida a facturar bienes, en la que adquisición, introducción y enajenación... jurídicamente son actos parciales no autónomos del hecho de traficar ... Lo coherente con esta concepción es aceptar que siempre hay un hecho único donde una y la misma facturación de bienes es objeto de valoración penal. Los actos parciales sucesivos dentro de ese marco de referencia –como adquisición, introducción y enajenación– no son algo así como realizaciones múltiples del mismo tipo penal, cuya relación entre sí aún habría de ser determinada por vez primera; más bien los mismos son ya reunidos por el tipo legal mismo en una unidad de valoración en el concepto del traficar, englobante y agrupador de diversas actividades".

28 En el tipo de falsificación de moneda (§ 146) ciertamente es suficiente que el autor obtenga un único billete o lo saque al tráfico. Pero típicamente (normalmente) serán varios o incluso numerosos billetes los que el autor falsifique, obtenga o saque al tráfico, en cuyo caso el comportamiento global será valorado como una única acción típica en el sentido del § 146. Al des-

---

[22] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 66 III, 1, igualmente LK-*Vogler*, 10.ª, antes del § 52, nm. 15.

[23] BGHSt 30, 31 con citas de la jurisprudencia anterior. Detalladamente sobre ello LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 28-30. Sobre el concepto estructuralmente similar del tráfico de armas v. loc. cit., nm. 31.

cribir la ley el objeto del hecho no como "billetes" o "monedas", sino como "dinero", esta consideración unitaria también se expresa en el tenor legal. Lo propio rige para las "acciones sexuales" de los §§ 174 ss. Cierto es que basta también aquí ya un único acto para la realización del tipo legal, pero el plural empleado ("acciones") por la ley muestra que todos los actos concretos de un suceso espacio-temporalmente unitario de abuso son valorados como una realización típica única.

4. La unidad natural de acción[24]

Es polémico si ya la figura jurídica de la unidad natural de acción debe acaso aceptarse. En la doctrina, su justificación y necesidad son rechazadas por un sector[25]. Sin embargo, dado que también los adversarios de la unidad natural de acción reconocen en su totalidad esos fenómenos, aquí considerados manifestaciones de la misma, que son la realización típica iterativa (nm. 32 ss.) y sucesiva (nm. 42 ss.) [26], sólo que las encuadran en la unidad típica de acción o las equiparan a la misma, no vale la pena tratar de precisar esas diferencias terminológicas al detalle[27], ya que las consecuencias jurídicas de todas las formas de la unidad de acción son las mismas. Lo más adecuado es abarcar con el concepto de unidad natural de acción aquellos supuestos en los que la unidad de acción aún no se desprende de la redacción del tipo, sino de una valoración conjunta de los actos individuales. Ciertamente, también una unidad natural de acción entendida en este sentido es una unidad típica de acción entendida en un sentido amplio, porque siempre se trata de si los diversos actos individuales se presentan como una acción típica. 29

El BGH adhiriéndose al RG[28] ha definido la unidad natural de acción así[29]: "Se da una unidad natural de acción, cuando el agente pone operativa la voluntad unitaria dirigida a la consecución de un resultado en el mundo exterior a través de una pluralidad de actos uniformes y esos actos operantes individuales a causa de su conexión espacial y temporal es objetivamente reconocible que pertenecen de tal modo al mismo grupo que forman una 30

---

[24] Monografía fundamental: *Maiwald*, 1964. Una muy buena exposición más reciente la ofrece *Warda*, Oehler-FS, 1985, 241.

[25] *Blei*, JA 1973, 95, 98 s 2.ª, § 14, nm. 32, 44 s.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 32/35, 37; *Kindhäuser*, JuS 1985, 105; *Klumpe*, 1998, 144; *Kühl*, AT, 26.ª, § 21, nm. 10 ss. (sobre todo 17); *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 54/32 s.; *Puppe*, 1979, 255 ss.; *la misma*, GA 1982, 163 s.; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 22 ss., 28 ss., 33; *R. Schmitt*, ZStW 75 (1963), 58; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 22 ss.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 17, nm. 9 ss.; *Werle*, 1981, 97 ss., 104; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 765; *Wolter*, StV 1986, 320.

[26] *Blei*, AT, 18.ª, § 93 I 4; *Gropp*, AT, 2.ª, § 14, nm. 32, 44 s.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 32/10, 16 ss.; *Joecks*, 3.ª, antes del § 52, nm. 10 ss.; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 22, 28 ss., 39; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 17 s.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 17, nm. 7 s.; *Werle*, 1981, 105 ss.

[27] Una detallada defensa de la unidad natural de acción la lleva a cabo *Warda*, Oehler-FS, 1985, 257 ss., pero probablemente sobreestimando su autonomía en relación con la unidad de acción típica.

[28] Sobre todo RGSt 44, 223 (226/27); 58, 113 (116).

[29] BGHSt 10, 230 (231); antes ya BGH GA 1970, 84; BGHSt 4, 219, 220.

acción según la normal concepción de la vida". El último criterio también se formula de este otro modo: que la actuación "resulta reconocible también para un tercero como unidad de acción conjunta para un modo natural de ver las cosas" (BGHSt 4, 220).

31 Hay según esto **cuatro criterios** que deben darse juntos para la unidad natural de acción: **una voluntad única** (1); **una pluralidad de actos uniformes** (2); **una estrecha relación conexión espacial y temporal de los actos individuales** (3); y **su pertenencia al mismo grupo reconocible también objetivamente y para un tercero** (4). En la jurisprudencia también existe controversia sobre si realmente deben darse todas esas cuatro características en cada caso concreto (cfr. en detalle nm. 35, 43, 44, 47 s.) Si se puede afirmar que concurren, habrá que aceptar en todo caso con seguridad una unidad natural de acción. Conforme a esto resultan la realización típica iterativa y la sucesiva como los dos grupos de casos que deben ser reconocidos como supuestos de unidad natural de acción [30].

a) La realización iterativa del tipo

32 Se da una realización iterativa del tipo cuando alguien a través de un número plural de actos únicos, de forma similar y en rápida sucesión, realiza siempre el mismo tipo penal. La proverbial "tunda de palos" o "paliza", que propina el autor a la víctima, se compone de tantos actos únicos como golpes ha repartido el autor. Sin embargo, en el caso de que haya dado veinte golpes a la víctima, no será castigado por una veintena, sino por unas únicas lesiones. Es sencillo comprobar que los cuatro criterios ya nombrados se cumplen en un caso de estas características. Especialmente muestra la síntesis en la forma lingüística con la que se habla de una "paliza" o "tunda de palos", que también un tercero juzgador objetivo interpreta tal acontecimiento como una unidad.

33 La justificación interna para admitir unidad natural de acción resulta de que tales supuestos son equivalentes en todos los aspectos relevantes a los casos de unidad típica de acción en los que varios actos concretos ya son abarcados por el tenor de la ley –traficar o comerciar, falsificación de dinero, practicar actos sexuales, cfr. nm. 27 s.–. Aquí como allí se trata de una intensificación de una y la misma violación de la ley, que conlleva en sí misma un aumento cuantitativo de injusto y culpabilidad, pero no fundamenta unidades de valoración jurídica diferentes.

34 Semejantes formas de comisión iterativas se pueden imaginar en muchos tipos. La "sarta de insultos" compuesta de una numerosa cantidad de injurias individuales es sin embargo solamente una injuria (§ 185), la demolición de un objeto mediante varios golpes, solamente un daño material [denominado con el plural "daños" en muchos Códigos], y la sustracción de varias cosas

[30] Expresamente y con muchas citas de la antigua doctrina y jurispr. *Maiwald*, 1964, 70 ss., 85 ss.

de un propietario (nm. 15) sólo un hurto[31]. Por el contrario, acciones de administración desleal realizadas sucesivamente (§ 266) por parte de un empresario frente a diferentes "inversores", son acciones independientes (BGH wistra 1992, 148).

Resulta dudoso que para fundamentar una unidad natural de acción deba existir realmente una voluntad unitaria o única (o sea, continuada durante todo el hecho). Ciertamente, pequeñas pausas –como un respiro que se toma el agresor– no varían en nada la unidad de acción, porque continúa la voluntad lesiva. ¿Pero cómo resolver en el caso construido por *Binding*[32], en el que "el causante de un maltrato lo considera terminado, y se aparta del maltratado, pero directamente a continuación se resiente otra vez por la afrenta inferida en su momento por aquél y le vuelve a propinar otros cuantos golpes más"? No se puede hablar aquí de una voluntad única, pero es adecuado considerar, con *Maiwald*[33], que es suficiente **una "motivación unitaria provocada por la situación"**, ya que ciertamente los hechos individuales, para que aparezcan como componentes de una unidad de valoración, tienen que encontrarse en una conexión psíquica, pero esta conexión en caso de varias decisiones también puede ser producida a través de la igualdad de situación, motivo y fin. Por tanto, una voluntad única o unitaria es la regla ciertamente para el componente psíquico de la unidad natural de acción, pero no es imprescindible. 35

Discutido también resulta **si es posible una unidad natural de acción cuando** son dañados **diferentes bienes jurídicos**. En general, se reconoce tal posibilidad si no se trata de bienes jurídicos personalísimos, por tanto sobre todo en delitos contra la propiedad y patrimonio. Si el autor en un control del aeropuerto mediante rapidísimos agarrones se apodera rápidamente de monederos de varios pasajeros que van circulando por la cinta transportadora, el botín total es el objeto del hurto. Por tanto, la identidad de un hurto, si los demás requisitos de la unidad natural de acción se han cumplido, no depende de a quién pertenecen los objetos hurtados. La mayoría de las veces el propio ladrón ignorará esto y también le será indiferente. 36

Esta es también la posición del BGH. Éste ha aceptado que hay unidad natural de acción en un caso[34], en el que los acusados "habían forzado y así abierto en la misma noche, en el mismo lugar y de la mima forma los automóviles de tres propietarios diferentes" al mismo tiempo o uno tras otro. En la sentencia se dice expresamente: "No obsta a la aceptación de una unidad natural de acción que los ataques se dirijan frente a personas distintas". Del propio modo puede existir una unidad natural de acción si el autor engaña a tres personas en la misma situación, inmediatamente una tras otra a través del mismo truco (p. ej. a través 37

[31] BGHSt 10, 230; BGH NStZ 1996, 493.
[32] *Binding*, Handbuch StrafR, 544.
[33] *Maiwald*, 1964, 76.
[34] BGH NStZ 1996, 493 (494).

del cobro ilegítimo del precio de una entrada), o si destroza con vandalismo objetos de diferentes personas que estaban a su alcance etc.

38 Cuando se trata de bienes jurídicos personalísimos, por el contrario, la posibilidad de unidad natural de acción en caso de lesión de diferentes titulares de bienes jurídicos se afirma por una parte de la doctrina[35], y se niega por otro sector[36]. Aquí se trata de casos como los de que alguien en el marco de una misma situación inmediatamente una tras otra y en forma totalmente similar ofenda, maltrate o coaccione sexualmente a diferentes personas, que en una corta sucesión mate a tiros a varios policías que le seguían, etc. Aquí lo correcto será negar la unidad natural de acción. El punto de vista decisivo lo ha elaborado, adhiriéndose a *Gallas*[37], sobre todo *Maiwald*[38]: "Ciertamente el menoscabo de valores patrimoniales o de la propiedad constituye una magnitud con posibilidad de aumento, pero al contrario los bienes jurídicos personalísimos forman unidades absolutas, las cuales no son susceptibles de un calculo cuántico. Tanto para la valoración jurídica como para la valoración moral la destrucción de dos vidas o la lesión al honor de dos personas no es simplemente una lesión intensificada del bien jurídico vida u honor. Por eso no puede construirse tampoco una unidad de acción para el castigo de la lesión de varios bienes jurídicos personalísimos".

39 La jurisprudencia vacila, al admitir ciertamente en principio también una unidad natural de acción en caso de lesión de bienes jurídicos personalísimos de varias personas, pero limitando los requisitos de la misma y con ello acercándose más a la opinión aquí defendida. Según ella, los bienes jurídicos personalísimos deben ser susceptibles de ser contemplados desde "una perspectiva aditiva" sólo en supuestos excepcionales[39], cuando exista una relación estrecha temporal y espacial. Esto es afirmado sobre todo en los ataques corporales con armas de fuego y cuchillos: en repetidos disparos de un fusil de tiro rápido (BGH GA 1966, 208/209), en disparos a una muchedumbre (BGH NJW 1985, 1565)[40], en una rápida sucesión de cuchilladas a dos adversarios (BGH StV 1990, 544), o en disparos a cuatro policías para evitar una detención (BGHSt 37, 289).

---

[35] RGSt 27, 19; BGHSt 1, 20, 22; *Blei*, AT, 18.ª, § 93 II 3; *Bockelmann/Volk*, AT, 4.ª, § 34 II 1 a; *Geerds*, 1961, 289 s.; *Helmer*, GA 1956, 68 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 66 III 1; *Otto*, AT, 6.ª, § 23 II 2 b aa; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 14; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 35, 38; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 52, nm. 2 c; LK-*Vogler*, 10.ª, antes del § 52, nm. 32 s.

[36] *Baumann/Mitsch*, AT, 10.ª, § 36 III 2; *Gropp*, AT, 2.ª, § 14, nm. 44 s.; *Haft*, AT, 8.ª, 284; *Hartung*, SJZ 1949, 64, 66; *Kühl*, AT, 3.ª, § 21, nm. 19; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 52, nm. 7 (por regla general); *Maiwald*, 1964, 81 s.; *el mismo*, NJW 1978, 301; *el mismo*, JR 1985, 513 s.; *Mitsch*, JuS 1993, 388; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 29; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes del §§ 52 ss., nm. 24 ss.; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 18/12; *el mismo*, StuB AT, 2.ª, 14/11; *Warda*, JuS 1964, 84; *el mismo*, Oehler-FS, 1985, 241, 247; *Wolter*, StV 1986, 315, 321.

[37] *Gallas*, Mezger-FS, 1954, 327.

[38] *Maiwald*, 1964, 81.

[39] BGH StV 1994, 537, 538; del mismo modo LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes de § 52, nm. 14.

[40] Con Com. discrep. de *Maiwald*, JR 1985, 513.

Por otro lado se rechaza una unidad natural de acción en caso de distancia algo mayor de los actos individuales. En BGHSt 2, 246[41] los acusados habían querido matar uno tras a otro a los cuatro habitantes de una casa y les habían causado, con dolo de asesinar, lesiones graves. Al respecto opina el BGH (loc. cit., 247): "Varias acciones..., cada una de las cuales se dirige contra una persona sola, no pueden agruparse ni a través de su sucesión ni a través de un plan unitario del hecho... en una unidad natural de acción y con ello convertirse en una acción en sentido jurídico. A pesar de sucederse unas junto a otras y del igual dolo siguen siendo independientes". En BGH NStZ 1984, 311 los acusados habían matado a un padre y a su hija mediante varios disparos alternos contra ellos; y también aquí decidió el BGH: "Varias actuaciones de la voluntad que lesionan cada vez otros bienes jurídicos personalísimos no pueden convertirse ni a través de su sucesión ni a través del plan unitario del hecho ... en una unidad natural de acción y con ello en una acción en sentido jurídico". Del mismo modo juzga BGHSt 16, 397: "Quien bajo los requisitos del § 211 StGB ataca uno tras otro a tres hombres para matarlos comete tres tentativas de asesinato independientes. Que su acecho previo pusiera en peligro simultáneamente a todas las víctimas, no es idóneo en tales casos para fundamentar la aceptación de unidad de hecho uniforme". También en el caso del denominado tirador de la autopista[42] (el autor había querido extorsionar al gobierno del Land de Schleswig-Holstein tiroteando a vehículos) el BGH rechazó que hubiera una unidad de acción[43]. 40

Sin embargo, los ejemplos citados de la jurisprudencia muestran que una separación como la que el BGH quiere hacer, prácticamente no se puede realizar sin arbitrariedad y tampoco puede reconocerse ya ningún principio diferenciador evidente. Es plausible aceptar que el matar a tiros p. ej. a cuatro hombres a través de cuatro disparos requiere cuatro acciones. Que esa opinión, compartida por el BGH incluso en caso de sucesión continua, ya no deba servir si los actos agresivos se suceden unos a otros de modo especialmente rápido, no puede convencer, pues no es posible convertir de ese modo cuatro homicidios en un único homicidio cualitativamente aumentado. 41

b) La realización sucesiva del tipo

Existe una realización sucesiva del tipo cuando el autor atraviesa para llegar al resultado diferentes etapas. Si se recorre el estadio de la tentativa conforme al plan previsto y sin interrupción –el autor saca el revólver, apunta y dispara–, habrá que hablar de una unidad típica de acción, pues la tentativa 42

---

[41] Al respecto *Roxin*, HRR AT, supuesto 98, 152, 214 s.

[42] BGH NJW 1998, 619; al respecto *Momsen*, NJW 1999, 982.

[43] En la misma línea también BGH MDR (H) 1985, 880; BGH StV 1994, 537, 538; BGH NStZ 1996, 129; BGH NJW 1998, 619 s.; BGH NStZ-RR 1998, 233; BGH NJW 1999, 1413.

es sólo un "fragmento del complejo de la realización del tipo"[44], y por tanto pertenece a sus requisitos mínimos. A menudo se ejecutan tentativa y consumación incluso *uno actu* –por ejemplo en un golpe ofensivo– y forman entonces sólo una acción en sentido natural.

43 Frente a ello hay otros supuestos, en los que el autor alcanza su objetivo sólo pasando por actos únicos distintos y separados temporalmente. Por ejemplo, para conseguir la liberación de presos (§ 120) el sujeto sierra sucesivamente seis barrotes; o puede "reventar" la caja fuerte finalmente la cuarta noche, después de haber trabajado en ello tres noches consecutivas. O tras el fracaso de la primera forma o procedimiento de matar (golpear con una botella la cabeza) pasa a otro medio de matar (estrangulamiento) (BGHSt 10, 129).

44 La jurispr. y la doc. dom.[45] aceptan también aquí una unidad natural de acción y al respecto parten en principio de los mismos requisitos que también rigen para la unidad de acción en la realización iterativa del tipo (nm. 32 ss.). No obstante, esos criterios necesitan una modificación correspondiente a la distinta estructura de los hechos. Así, no necesita ser la sucesión temporal tan estrecha como en la realización iterativa del tipo, como nos muestra el ejemplo del reventador de la caja fuerte (nm. 43): La invariabilidad del resultado cuantitativamente no aumentable permite una cierta dilatación temporal de los actos individuales al menos cuando la misma concuerda con un modo de proceder lleno de sentido desde el punto de vista del autor (así también BGG StV 1987, 389).

45 Además la uniformidad de la acción de ejecución, como muestra la sent. BGHSt 10, 129 (nm. 42), sólo puede ser entendida en el sentido de un ajuste uniforme hacia el objetivo, pero no debe extenderse al medio del hecho). En el famoso **caso de Dagobert** (BGHSt 41, 368: extorsión o chantaje a unos almacenes haciendo estallar explosivos) dice también el BGH (loc. cit., 369): "Existe un hecho en sentido jurídico cuando los actos parciales al servicio de la consumación del tipo forman un proceso vital unitario, en el cual el cambio de medio agresivo no tiene un significado decisivo".

46 A ese respecto también hace ya tiempo que entretanto ha sido abandonada la restricción de la BGHSt 10, 129 (nm. 42): "Sin embargo, la segunda porción o fragmento del hecho debe valorarse como acción independiente si desde el principio al autor le importaba la utilización solamente de un medio". La cuestión desempeña un papel importante también en la teoría del desistimiento en la tentativa, porque la aceptación de una unidad de acción de los comienzos de ejecución hasta ese momento realizados permite un

[44] *Maiwald*, 1964, 86.

[45] BGHSt 4, 219; BGH NJW 1990, 2896 s.; BGHR antes del § 1, unidad natural de acción, resolución, unitario, n.º 1; *Baumann/Mitsch*, AT, 10.ª, § 36 III 2; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 52, nm. 6; *Maiwald*, 1964, 70 ss., 85 ss.; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 11; *Sowada*, Jura 1995, 247 s.; *Warda*, Oehler-FS, 1985, 242 s.

desistimiento de todas las acciones individuales ya existentes. Aquí podemos remitir al tratamiento detallado del problema en el marco de la teoría de la tentativa (*supra* § 30, nm. 139 ss.). En este lugar puede bastar con una cita tomada de la sentencia del caso de chantaje o extorsión de Dagobert (loc. cit., 369), que pone de relieve el contexto con especial claridad: "La unidad típica... termina allí donde el autor según las reglas del desistimiento ya no pueda desistir librándose de pena, o sea, o por plena consecución del objetivo o por tentativa fracasada o fallida".

47 Las breves interrupciones en la realización sucesiva del tipo no ponen tampoco en cuestión la unidad natural de acción si la unidad del proceso de vida permanece garantizada. En la sentencia BGH NStZ 1993, 234 un sujeto, para librarse de una testigo, la había apuñalado dos veces, pero ante la aparición sorpresiva de un transeúnte, primero lo apuñala a éste y a continuación prosigue con su intento de asesinato contra la testigo. Con razón fue aceptada, sobre la base de la unidad natural de acción, sólo una tentativa de asesinato frente a la testigo, en la que correctamente no se incluyó la tentativa de asesinato contra el transeúnte. En cambio, en un intervalo de tiempo de varios meses entre dos actos parciales se rechazó que hubiera una unidad de acción (BGH NStZ 1995, 46 s.)[46]. Igualmente se rechazó una única tentativa de chantaje en un supuesto en el que los sujetos ciertamente repitieron más frecuentemente las amenazas con las que querían conseguir el dinero, pero separaron las actuaciones individuales varios días cada una y también cambiaron los puntos de entrega previstos.

48 Al igual que en la realización iterativa del tipo (nm. 32 ss.) también en la realización sucesiva del tipo surge el problema de **si se puede seguir aceptando una unidad de acción incluso cuando no sólo se interrumpe la ejecución sino que incluso en un momento intermedio es abandonada la voluntad de cometer el hecho.** La BGHSt 4, 219[47] decidió en un supuesto como ese: El acusado y su acompañante estaban a punto de abrir con fuerza una caseta de ventas cuando se acercó un coche patrulla de la policía, y en vista de ello abandonaron su resolución de cometer el hecho; sin embargo, como el coche patrulla pasó por delante sin darse cuenta los policías de la presencia de aquéllos, realizaron ambos el hecho. El BGH acepta una unidad natural de acción y declara que "la continuación ininterrumpida de la decisión delictiva no" es "imprescindible", y en su lugar atiende a "cómo se le presentan las actividades diferentes a un tercero observador". Esto es correcto en el resultado, pero problemático en la fundamentación, pues continúa requiriendo una explicación por qué "un tercero observador", que ha notado en el autor la extinción de su voluntad de acción en el ínterin, no obstante debe aceptar una acción unitaria. El punto de vista decisivo radica en la identidad de la

---

[46] Otros ejemplos en jurisprudencia no publicada del BGH. en LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 11.

[47] Respecto a ella *Roxin*, HRR AT, caso 97, 151, 214.

situación y en la situación motivacional, mediante la que puede ser sustituida la voluntad unitaria requerida en otros casos (nm. 35).

49 Un supuesto similarmente estructurado ha resuelto la BGH NStZ 1990, 490 del mismo modo. El autor había querido matar a su víctima, y después de causarle lesiones graves lo tomó por muerto y se fue de allí; pero cuando después de poco tiempo se enteró de que la víctima aún vivía, regresó y concluyó su trabajo. El BGH acepta con razón calificar como asesinato consumado y para ello atiende a la "situación inalterada –el hecho aún no había sido descubierto–" y a la "voluntad de acción uniforme". Ello se podría corresponder aproximadamente con el criterio aquí empleado de la unidad situacional y motivacional de los acontecimientos. Además el intervalo de tiempo de más de 30 minutos no impidió al BGH aceptar que había unidad natural de acción. Por el contrario otra sent. del BGH (StV 1986, 293) rechazó una unidad natural de acción en un caso en el que el autor primero socorrió a la víctima después de un primer intento de matarla, pero luego la había matado después de que ésta le volvió a dirigir nuevas injurias. Esta calificación merece compartirse, porque entre ambos actos parciales tuvo primero que producirse otra vez una nueva motivación por un nuevo suceso.

c) ¿Unidad de acción en caso de realización de distintos tipos?

50 La jurisprudencia va aún más allá, puesto que considera posible también la unidad natural de acción incluso cuando se realizan distintos tipos penales, siempre y cuando estén muy cerca temporal y espacialmente uno junto a otro y sean abarcados por una voluntad unitaria. Si alguien hurta un coche e inmediatamente después "repeina" el número del vehículo con la finalidad de venderlo sin peligro, según la jurispr. debe apreciarse que el hurto y la falsedad documental (§§ 242, 267) forman una unidad de acción y por consiguiente están en concurso ideal (BGH MDR (H) 1981, 452). Lo mismo debe regir si el autor produce un incendio en la casa, en la cual él ha hurtado, incendio que entre otras cosas también debe servir para borrar las huellas del hurto (BGH NStZ 1997, 276). También entre el hurto y la subsiguiente simulación de un hecho punible (§ 145 d) debe existir según esta doctrina una unidad natural de acción, si con el delito se pretende la ocultación o encubrimiento del hurto conforme al § 145 d [48].

51 El principal campo de aplicación de esa "unidad de acción diversa" en la jurispr. lo constituyen los denominados **casos de huida ante la policía**. Cuando alguien después de la comisión de un hecho punible comete distintos delitos en la huida ante la policía (por ejemplo fuga después de un accidente, resistencia al funcionario ejecutor, daños materiales, lesiones peligrosas, intromisión peligrosa en el tráfico vial), todos esos delitos, a través del obje-

[48] BGHR StGB antes del § 1, unidad natural de acción, resolución, unitario, n.º 8. Otras referencias de la jurisprudencia no publicada del BGH en LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 15.

tivo que los mueve de escapar a la detención de la policía, serán agrupados en una unidad. Así se dice en la BGHSt 22, 57 (67), que el acusado había "cometido todas las acciones ... en el curso de una única huida ininterrumpida. Su comportamiento en su totalidad fue guiado por una voluntad de acción unitaria; estaba dominado por el pensamiento de escapar de sus perseguidores sin ser reconocido ... En vista de esa especial situación existe un comportamiento conjunto, cerrado en sí mismo, una unidad natural de acción respecto a todos los delitos cometidos durante la huida.[49] También en el supuesto de huida ante una persona privada ha aplicado el BGH esos principios (BGH NJW 1989, 2550).

Pero por otra parte algunas sentencias permiten reconocer también un claro escepticismo frente a tal "unidad de acción diversa". En un supuesto en el que un sujeto desde el principio había planeado provocar varios accidentes de tráfico durante un viaje, se negó la unidad de acción (BGH NJW 1995, 1797). A veces se requiere una uniformidad de los actos individuales (BGH VRS 36 (1969), 154, 355 s.). En ocasiones también el BGH le pasa la decisión, quitándosela de encima, al juez de instancia –lo que contribuye al aumento de la inseguridad jurídica– (BGH NStZ-RR 1998, 69): "Aquí se hurtó en una parte independiente y separadamente reservada de un edificio, se sacó de allí y se guardó fuera el botín y a continuación se entró nuevamente en el edificio, no en la habitación separada sino en otro lugar, donde fue prendido fuego. La valoración de que ese acontecimiento no representa una unidad natural de acción, es defendible bajo esas circunstancias. Por ello –sin perjuicio de la cuestión de si también hubiera sido posible otra valoración distinta– debe ser aceptada por el Tribunal de revisión". Y entre un incendio realizado con finalidad de estafa y la posterior tentativa de estafa, a pesar de la finalidad unitaria se aceptó que había una pluralidad de actos (BGH NJW 2000, 226 s.)[50]. 52

De manera correcta sólo se puede reconocer una unidad natural de acción entre diferentes tipos en la medida en que las acciones únicas encajen en el mismo tipo de delito, o sea, en que estén unos con los otros en relación de tipo base y tipo cualificado o privilegiado[51]; pues en ese marco sigue tratándose siempre de la cuantificación (es decir, el aumento o la disminución) del mismo injusto o ilícito. Por tanto, si el autor da puñetazos a la víctima en la cabeza y la víctima pierde un ojo por uno de los golpes, existe un hecho subsumible en el § 226 ap. 1. n.º 1. La modalidad o variante típica más grave es siempre la decisiva para el enjuiciamiento jurídico. Si el autor primero intenta una extorsión o chantaje simple (§ 253) y después, amenazando con un peligro actual para la integridad corporal o la vida, pasa a una extorsión 53

[49] Invocando a BGH VRS 28 (1965), 359, 361. Además BGH VRS 57 (1979), 277; BGH MDR (H) 1979, 987; BGH, en Hürzthal, DRiZ 1979, 149; 1980, 143 s.; BGH VRS 66 (1984), 20.

[50] Al respecto *Kudlich*, JA 2000, 361; *Martin*, JuS 2000, 503 s.

[51] Con más detalle al respecto *Warda*, Oehler-FS, 1985, 245 ss.

constitutiva de robo (§ 255), será castigado, si tiene éxito, por **un** hecho consumado del § 255 [52].

54 Por el contrario, ha de rechazarse de antemano y por principio la posibilidad de una unidad de acción en la realización de tipos delictivos diversos[53]. En contra de ello hablan al menos cinco convincentes razones: En primer lugar, tal posibilidad, como ya muestran las sentencias contradictorias, crea una gran inseguridad jurídica y, al permitir al juez un margen de juego dejado a su arbitrio para agrupar la realización de diferentes tipos en una unidad de acción, estropea e impide alcanzar el "cuidado y precisión" perseguidos por el legislador en la constatación de varios actos concretos de realización típica.[54] *Warda*[55] opina con razón que "mediante la desvinculación de las unidades valorativas que se expresan en los tipos legales se abre la vía a una amorfa e ilimitada unidad natural de acción, en cierto modo a través de todo el Código penal".

55 En segundo lugar, el principio de diferenciación [entre concurso real e ideal], por el que se ha decidido el legislador (cfr. nm. 7-9), en el marco de finalidades que abarcan varios hechos en caso de actos particulares muy cercanos entre sí, resulta prácticamente sustituido por el principio de la pena unitaria, de modo que delitos que están en concurso real son adjudicados al concurso ideal. Y esto tampoco está cubierto por las intenciones del legislador.

56 En tercer lugar no es una voluntad que abarque la totalidad de un acontecimiento, sino sólo una y la misma acción lo que puede reunir la realización de diferentes tipos en una unidad de acción. Pero ello falta si los actos de ejecución de realizaciones de tipos de distinta clase (diversos) no coinciden ni siquiera parcialmente.

57 Pero en cuarto lugar y ante todo la aceptación de una unidad natural de acción en la realización de tipos diversos a través de varios actos individuales destruye el fundamento legal en el que descansa la unidad natural de acción en la realización típica iterativa y sucesiva: a saber, que en una interpretación con buen sentido los actos individuales siempre dan como resultado sólo **una** realización típica y que, por lo tanto, la unidad natural de acción sólo

---

[52] El ejemplo en *Warda*, Oehler-FS, 1985, 246.

[53] También en la doctrina es criticada y rechazada la ampliación de la unidad natural de acción por la jurisprudencia: *Blei*, JA 1973, 95 s.; *Bruns*, Heinitz-FS, 1972, 319; *Freund*, AT, § 11, nm. 4, 8; *Gropp*, AT, 2.ª, § 14, nm. 44 s.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 66 III 3; *Kindhäuser*, JuS 1985, 100 s.; *Kühl*, JA 1978, 478; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 52, nm. 6, 8; *Maiwald*, 1964, 101 ss.; *el mismo*, NJW 1978, 300 ss., 302 s.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 54/32 ss., 38 ss.; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, § 52, nm. 28 ss., 33; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 22 ss.; *Schroeder*, Jura 1980, 240 s.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 17, nm. 9 ss.; LK-*Vogler*, 10.ª, antes del § 52, nm. 12; *Warda*, Oehler-FS, 1985, 248 ss.; *Werle*, 1981, 97 ss., 108; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, § nm. 764 ss.; *Wolter*, StV 1986, 319 s.; crítico tb. *Joecks*, 3.ª, antes del § 52, nm. 7 ss.

[54] Cfr. la fundamentación del P 1962: E 1962, 190, así como *supra* nm. 9.

[55] *Warda*, Oehler-FS, 1985, 252.

representa una unidad típica de acción en sentido amplio. Con razón dice *Maiwald*[56]: "Una ampliación tal de la idea de la unidad de acción significa ... desvincularse de las unidades de valoración jurídicas, como las que representan los tipos", y *Rissig-van Saan* describe esa construcción como "ajena al sistema y dogmáticamente contradictoria".

En quinto lugar hay otra contradicción más, que especialmente ha advertido *Warda*[57], en el hecho de que la construcción de la unidad natural de acción, que en la realización típica iterativa y sucesiva sirve precisamente para evitar la calificación por varias infracciones legales, aquí es lo primero que precisamente crea un concurso ideal no fundamentable de otro modo, y por consiguiente persigue la tendencia exactamente opuesta. También a ese respecto resulta por tanto una "destrucción de la unidad del instituto", que hace fracasar la originaria determinación de su función[58]. 58

Por todo ello **debería renunciarse por completo a la construcción de una unidad natural de acción en la realización de tipos de delitos diferentes.** En contraposición con ello, una nueva opinión en la doctrina[59] pretende admitir una unidad natural de acción también en la realización de tipos diversos y en la lesión de bienes jurídicos personalísimos de varias personas, con la sola condición de que los mismos estén temporal y espacialmente muy próximos entre sí. "La unidad natural de acción abarca varios actos operativos, que a causa de su conexión temporal, situacional y voluntaria están unidos tan estrechamente que un castigo según las reglas del concurso real aparecería como un tratamiento desigual materialmente no justificado en relación con la acción natural"[60]. Por tanto, no se entiende, como aquí se ha sostenido, la unidad natural de acción como una forma ampliada de la unidad típica de acción, sino que se atiende a la "cercanía y semejanza con la acción natural". "La unidad natural de acción debe complementar la acción natural"[61]. 59

Es cierto que esta teoría evita la imprecisión y la "incomprensiblemente vacilante ponderación de los criterios determinantes" por parte de la jurisprudencia[62] y rechaza por ejemplo también en "los casos de huida de la policía" (nm. 51) que haya una unidad de acción, porque faltan la unidad del lugar y una decisión voluntaria unitaria[63]. No obstante, tal teoría es inaceptable porque adjudica numerosos supuestos de concurso real al concurso ideal en contra de las intenciones del legislador y porque la similitud con la "acción natural", que invoca, en realidad no existe. Incluso si alguien con 60

---

[56] *Maiwald*, 1964, 102.

[57] *Warda*, Oehler-FS, 1985, 248 ss.

[58] *Warda*, Oehler-FS, 1985, 249, 251.

[59] *Puppe*, 1979, 265 ss., 285 ss.; *la misma*, JR 1985, 245 ss.; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 35 ss.

[60] SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 35. Aquí también la siguiente cita.

[61] SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 34.

[62] SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 33.

[63] SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 39.

ambas manos simultáneamente o en rápida sucesión dispara a diferentes personas, eso siguen siendo dos acciones, las cuales no aparecen tampoco en una consideración "natural" como una sola acción de matar.

5. Unidad de acción y pluralidad de acciones en la omisión[64]

61 En los delitos de omisión surge el problema de que no hay actos individuales, a los que pudiera conectarse una unidad de acción. El hecho de que alguien en contra de diferentes mandatos de acción permanezca pasivo, aún no fundamenta por eso una unidad de omisión. La jurispr. en el supuesto principal de las omisiones impropias atiende al dato de **si diferentes obligaciones de evitar el resultado podrían haber sido cumplidas sólo a través de una acción (y entonces unidad de acción) o a través de varias (entonces pluralidad de acciones)**. Esto es seguido por la doctrina mayoritaria[65]. Si un guardabarreras al acercarse un tren omite cerrar las barreras, de tal modo que varias personas mueren en las vías, existe sólo una acción (en forma de omisión)[66], pues sólo a través de una acción (el cierre de la barrera) se podrían haber evitado todos los resultados. En cambio, si en el incendio de la casa un padre omite salvar a sus dos hijos [67], hay que aceptar una pluralidad de omisiones si el rescate hubiera requerido dos acciones consecutivas. Del mismo modo existe una pluralidad de omisiones si alguien comete fraude fiscal mediante el sistema de no presentar declaración ni sobre los ingresos ni sobre el volumen de ventas[68], ya que la elaboración y presentación de las declaraciones habría requerido varias acciones.

62 En el supuesto de vulneración del deber de manutención (§ 170) la sent. BGHSt 18, 376 [69] ha decidido (en la introducción): "Quien se sustrae al deber legal de manutención respecto a varios hijos extramatrimoniales que no conviven con él, no abonando las pensiones alimenticias debidas por el mismo tiempo a los representantes legales de los niños, comete varias acciones independientes". Ello está claro porque habrían sido necesarias tres transferencias diferentes. ¿Pero qué ocurre si hubiera habido que transferir el dinero para los tres niños a una misma persona, de manera que habría sido suficiente con cumplimentar una orden de transferencia? Las formulaciones del BGH en apariencia hacen pensar en que en tales casos (es decir, p.ej. en caso de hijos que conviven juntos con sólo un representante legal) debería aceptarse una unidad de acción[70]. Pero

---

[64] Monografía: *Struensee*, 1971.

[65] BGHSt 18, 376, 379; BayObLG NJW 1960, 1730; *Jakobs*, AT, 2.ª, 32/30 s.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 66 IV 2; *Maiwald*, 1964, 107; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 54/42; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 762.

[66] Ejemplo en LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 60.

[67] Cfr. el supuesto de BGH MDR (D) 1971, 361 y al respecto *Struensee*, 1971, 48 ss., 56.

[68] BGH JR 1985, 244, con Com de *Puppe*.

[69] Cfr. al respecto *Roxin*, HRR AT, Supuesto 99, 153, 215. La sentencia sigue a la jurispr. del RG (RGSt 76, 140, 143).

[70] Así entienden también SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 40, al BGH.

esa solución no se podría aceptar: Pues si, por ejemplo, cada uno de los niños tiene su propia cuenta, ya habrían sido necesarias otra vez tres transferencias. E incluso si el pago para los tres niños se hubiera podido producir a través de una transferencia, sin embargo la cuestión sigue siendo que el padre habría podido cumplir su deber de manutención sólo para con uno o dos de los niños, de modo que por tanto las omisiones son "separables" y por eso deberían ser reconocidas como varias.

Por tanto, la existencia de una unidad de omisión sólo debería afirmarse si los diferentes deberes de evitar el resultado realmente pudieran haber sido realizados sólo a través de una acción, como en el ejemplo del guardabarreras (nm. 61). Lo propio rige por regla general para la omisión de retirar una mercancía perjudicial para la salud en el marco de la responsabilidad penal por el producto (BGHST 37,134), porque la mayoría de las veces un producto sólo puede ser retirado en todos sus ejemplares. 63

El punto de vista exactamente opuesto lo vuelven a defender también en cuanto a la unidad de omisión de nuevo *Samson/Günther*[71] y *Puppe*[72]: "Existe... unidad de omisión cuando el autor no realiza varios deberes que debería haber realizado simultáneamente o casi simultáneamente". Pero ello conduce a resultados al azar y poco convincentes. Por ejemplo, si hubieran vencido las obligaciones de tres pagos diferentes de alimentos en el mismo día, habría de ser aceptada una unidad de omisión; pero en un vencimiento en distintos días existiría pluralidad de omisiones, porque entonces los deberes no deberían haber sido cumplidos "casi simultáneamente". 64

En los delitos propios de omisión hay que aplicar conforme a su sentido las mismas reglas que en los impropios[73]. Por tanto si alguien omite un socorro (§ 323 c) que debería haber prestado a diferentes personas una tras otra, existen varias omisiones. Por el contrario, si todos los que estaban en peligro podían haber sido salvados mediante una sola acción (por ejemplo los habitantes de una casa mediante la extinción de un incendio), hay que afirmar que existe una unidad de omisión. Un clásico supuesto de pluralidad de omisiones nos lo ofrece la sent. RGSt 76, 144: el acusado había "infringido mandatos muy diferentes en su finalidad y basados en distintos preceptos legales, que habían de cumplirse frente a autoridades también diferentes y que habrían necesitado para su realización diferentes actividades". 65

Maiwald[74] niega la posibilidad de unidad de omisión en los delitos de omisión propia, porque argumenta que en los mismos se trata de deberes 66

---

[71] SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 40 (aquí también la cita).

[72] *Puppe*, 1979, 282 ss.; *la misma*, JR 1985, 247.

[73] Así también la op. dom. RGSt 76, 140, 144; OLG Hamm, NJW 1973, 1851, 1854; *Bringewat*, 1987, nm. 61 s.; *Geerds*, 1961, 262 s.; *Höpfner*, 1901, 164 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 66 IV 2; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 28; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 762.

[74] *Maiwald*, 1964, 108 s.

de acción sin imputación del resultado. Pero esto no convence[75], pues en primer lugar debe ser suficiente la necesidad de diferentes acciones, y en segundo lugar podrían perfectamente no tener lugar diferentes resultados positivos (por ejemplo el socorro a varias personas) por omisión de una y la misma acción.

6. La unidad de acción en los delitos imprudentes

67 También en los delitos imprudentes han de ser modificados los principios de la unidad de acción, porque no hay una voluntad unitaria uniforme o tan siquiera sólo la misma situación de motivación que puedan ser referidas a una determinada comisión delictiva. En consecuencia, básicamente hay que distinguir si se ha producido un resultado o si son **varios** los que concurren. **Si sólo ha ocurrido un resultado, existe siempre una unidad de acción, incluso aunque el mismo se base en varias infracciones del deber de cuidado** y éstas se extiendan a un periodo prolongado[76].

68 **Si se han producido varios resultados, la cuestión dependerá de si los mismos se basan en una infracción del cuidado debido o en varias.** Existen varias infracciones de cuidado cuando entre las infracciones individuales existió la posibilidad de un retorno al comportamiento conforme al cuidado debido. Si por ejemplo alguien causa por una conducción excesivamente rápida diferentes accidentes sucesivamente, los tipos realizados en cada accidente están en relación de pluralidad de hechos con los otros accidentes [77], pues el conductor habría podido moderar después de cada accidente su velocidad y de esa manera habría podido evitar posteriores accidentes. Por el contrario, si un conductor a consecuencia de la falta de atención pierde el dominio sobre su vehículo, por lo que éste atropella a varios transeúntes, sin que el conductor entre tanto hubiera podido recuperar el poder sobre el vehículo, existe una unidad de acción[78].

69 En los delitos de acción imprudentes hay que proceder del mismo modo. Si alguien infringe muchas veces una tras otra descuidadamente la regulación de precios, hay que admitir una pluralidad de acciones, porque el actuante aún podría haber corregido su comportamiento después de cada infracción empleando el cuidado suficiente (RGSt 53, 226, 227)[79].

---

[75] Convincentemente en contra *Struensee*, 1971, 54 ss.

[76] BGH VRS 9 (1955), 350, 353; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 66 IV 1; *Maiwald*, 1964, 111; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 62.

[77] RGSt 16, 290; BayObLG VRS 35 (1968), 421; OLG Hamm VRS 52 (1977), 131 s.; *Bockelmann/Volk*, AT, 4.ª, § 34 II 1 d; *Höpfner*, 1901, 250; LK-*Jähnke*, 10.ª, § 222, nm. 24; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 66 IV 1; *Maiwald*, 1964, 111; *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 222, nm. 6.

[78] Cfr. BayObLG NJW 1984, 68.

[79] Igualmente *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 66 IV 1; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 62.

III. La unidad de hecho (concurso ideal)

1. La estructura básica del concurso ideal

El concurso ideal se presenta según el § 52, como ya se explicó (nm. 2), en las formas de unidad de hecho heterogénea y homogénea. La jurisprudencia y la doc. absolutamente dom. lo entienden de tal modo **que una acción en el sentido expuesto** (nm. 10 ss.) **ha de haber tenido como consecuencia diferentes realizaciones de tipos.** En el supuesto más sencillo las acciones de ejecución son idénticas en su totalidad; así ocurre en el ejemplo ya empleado del arrojamiento de una piedra (nm. 2), el cual tiene como consecuencia tanto un daño material como también unas lesiones. Pero es suficiente también que las acciones de ejecución de las distintas realizaciones típicas se superpongan parcialmente (en detalle nm. 81 ss.): Si una estafa (§ 263) se comete engañando el autor con la ayuda de un documento falsificado por él, la estafa y la falsedad documental sólo coinciden en un acto de acción, que en la estafa cumple el elemento típico del engaño y en la falsedad documental el elemento del hacer uso. El resto de los elementos del tipo no se cumplen *uno actu*. Y a pesar de ello, existe concurso ideal. 70

Una vieja controversia gira en torno a la cuestión de si en los casos de concurso ideal existe un hecho punible a pesar de las diferentes infracciones a la ley (teoría de la unidad[80]) o si hay que aceptar que son varios (teoría de la pluralidad[81]). La discusión no tiene significación práctica y es por ello improductiva. Su decisión depende en definitiva de si bajo el concepto "hecho punible" se entiende la "acción" del § 52 I con todas sus consecuencias (y entonces un hecho punible) o las diferentes acciones típicas (entonces varios hechos punibles). Ambos puntos de vista son posibles, pero de manera unilateral. Por eso correctamente habrá que decir que existe una "pluralidad de valoración basada en una unidad de acción"[82] [83]. 71

Frente a ello, *Puppe*[84] ha desarrollado una **concepción completamente novedosa.** Para ella el **criterio del concurso ideal** no lo constituye la identidad o identidad parcial de la acción ejecutiva sino **"la afinidad o parentesco de injusto" de los tipos realizados.** En el ya mencionado ejemplo del 72

---

[80] *Baumann/Mitsch*, AT, 9.ª, § 41 I 2 a; *Baumgarten*, Frank-FG, t. II, 1969, 189; *Blei*, AT, 18.ª, § 92 II; *Höpfner*, t. I, 1901, 101 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 67 I 2 (poco claro); *Köhler*, AT, 685 s.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 54/24; LK-*Vogler*, 10.ª, antes del § 52, nm. 4.

[81] *Binding*, Handbuch StrafR, 569 ss.; *Coenders*, 1921, 12 s.; *Frank*, StGB, 18.ª, 1931/1936, § 73, nota 1; *Honig*, 1925, 3, n. 7; *Jakobs*, AT, 2.ª, 32/15; *Joecks*, 3.ª, § 52, nm. 1 (poco claro); *H. Mayer*, LB AT, 412; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 18/38; *el mismo*, GA-FS, 1993, 198 ss.; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 52, nm. 4.

[82] LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 6.

[83] Del mismo modo en lo esencial *Abels*, 1991, 11 s.; *Geerds*, 1961, 324 ss.; *v. Hippel*, StrafR II, 504 ss.; *Jescheck*, ZStW 67 (1955), 533; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 67 I 2, en n. 7 y su texto; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 6; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 52, nm. 3.

[84] *Puppe*, 1979, 125 ss.; *la misma*, 1982, 143; *la misma*, NK, § 52, nm. 45 ss.

engaño fraudulento a través del empleo de un documento falso (nm. 70) acepta también *Puppe* el concurso ideal. Pero esto no es porque la simulación según el § 263 y la utilización según el § 267 se realicen a través de la misma acción, sino porque el elemento del "engaño" concurre en ambos tipos. Están de ese modo emparentados en el injusto y se caracterizan recíprocamente, de modo que una única punición por el tipo conminado con pena más grave resulta suficiente para la sanción del hecho. "Por tanto es plausible contemplar el engaño fraudulento como más cercanamente determinado y cualificado en su contenido de injusto, por el hecho de que del engaño se produjo precisamente a través de un documento falso, y viceversa, la utilización de un documento falso, por el hecho de que ésta estaba al servicio del autodaño del engañado. Lo cual se corresponde exactamente con la regla de determinación de la pena del § 52 [concurso ideal]"[85]. También la coacción, las lesiones, el robo, el homicidio y el asesinato son según esta teoría afines o emparentados en el injusto, porque en todos esos tipos desempeña un papel la violencia frente a una persona[86]. Del mismo modo deberán ser afines o emparentadas en el injusto las lesiones y la detención o privación de libertad, porque el daño grave a la salud es un supuesto cualificado de detención (§ 239 III n.º 2). "Pues si la ley ha declarado y convertido un supuesto especial de un tipo expresamente en causa de aumento del injusto de otro tipo, también tiene que existir la conexión de injusto para el supuesto general". También el hurto es considerado por ella como afín o emparentado en injusto con la estafa y la extorsión, porque en los tres supuestos se trata de delitos patrimoniales[87].

En todos esos casos por consiguiente habrá que aceptar según esta con- 73
cepción un concurso ideal incluso aunque las acciones ejecutivas no se superpongan parcialmente, es decir, aun cuando el encerrado sea encima apaleado en una acción independiente o el estafado sea además objeto de un hurto. Por otra parte existirá concurso real a pesar de la identidad de la acción de ejecución si los tipos realizados no tienen nada que ver uno con otro. En el caso tantas veces mencionado en el que la acción de arrojar una piedra destruye el cristal de una ventana y lesiona a un hombre (nm. 2, 70), *Puppe* tiene que admitir el concurso real, porque el daño en la cosa y las lesiones no tienen nada que ver entre sí[88]. "Si un conductor ilegítimamente transporta droga pasando la frontera con un vehículo ajeno y sin permiso de conducir, el hecho de que se trata de una y de la misma conducción del automóvil no es razón para reunir la conducción sin permiso y el delito de tráfico de drogas en una unidad"[89].

---

[85] *Puppe*, GA 1982, 152.

[86] Aquí y en el siguiente ejemplo *Puppe*, GA 1982, 154.

[87] *Puppe*, GA 1982, 154 s.

[88] Cfr. la propia *Puppe*, GA 1982, 159, para el supuesto similar en el que el "homicida agujerea también dolosamente la ropa de su víctima".

[89] *Puppe*, GA 1982, 159.

La teoría de *Puppe* tiene la gran ventaja de que ofrece para la distinción del concurso ideal y del concurso real, cuya necesidad según la opinión dominante es bastante dudosa (cfr. nm. 7-9), un fundamento normativo plausible en su punto de partida. Pues a causa de la afinidad o parentesco de injusto de los distintos tipos el más grave absorbe a todos los demás; la utilización de las penas individuales seria una doble valoración de elementos similares del injusto, que está prohibida en la medición de la pena. 74

Sin embargo, la concepción de *Puppe* no ha encontrado ningún partidario[90], y efectivamente ha de ser rechazada conforme al Derecho vigente. En primer lugar, es difícilmente compatible con el tenor literal de la ley, pues el § 52 I en el concurso ideal heterogéneo habla de la vulneración de varias leyes penales, sin aludir a la afinidad o parentesco de injusto. Y con mayor razón aún en el concurso ideal homogéneo no encaja el criterio[91]: ya que en caso de varias vulneraciones de la misma ley penal el injusto no es parecido o similar, sino idéntico. 75

Además, de la evolución histórica de la distinción y de su génesis también se desprende que el legislador lo que ha tenido siempre presente es sólo la identidad de la acción de ejecución y no la afinidad o parentesco de injusto de los tipos realizados. Esto debe repercutir en una interpretación teleológica, dado que ésta no puede anteponer las propias ideas políticocriminales a la finalidad del legislador. Éste partió de la base de que diferentes acciones criminales separadas temporalmente revelan una energía criminal mayor que un acto único (nm. 9) y que esa circunstancia requiere la determinación exacta de penas individuales y una pena conjunta o global incrementada. Cierto que esta concepción se puede criticar, pero no puede pasarse por alto. 76

Finalmente una objeción esencial a la teoría de *Puppe* se deriva también de que ella misma no se contenta con la afinidad o el parentesco de injusto, sino que tiene que exigir como otro ulterior requisito del concurso ideal un proceso unitario del suceso, pues naturalmente que ella tampoco puede aceptar un concurso ideal si el autor comete hoy un hurto y mañana una estafa. Por eso introduce como "criterio de sustitución simplificado de la unidad de injusto"[92] la "simultaneidad" de la realización típica[93]. "Las realizaciones del tipo puestas en marcha al mismo tiempo tienen por regla absolutamente general también en cuanto al contenido algo que ver unas con 77

---

[90] Rechazándola *Abels*, 1991, 12 ss.; *Altenhain*, ZStW 107 (1995), 398 ss.; *Gössel*, GA 1981, 134, 136; *Jakobs*, AT, 2.ª, 31/16, n. 18; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 66, n. 5; *Lippold*, 1985, 19 ss.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 54/25; *Montenbruck*, 1983, 146 s.; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 19 s.; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 8; § 52, nm. 9; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 34; *Werle*, 1981, 128 ss., 135, 139. Crítico también *Seier*, Jura 1983, 227 ss., 231.

[91] Más detalladamente *Werle*, 1980, 128 ss.

[92] NK-*Puppe*, § 52, nm. 52.

[93] Sobre la simultaneidad o simultaneidad aproximada como elemento característico de la unidad de acción cfr. ya *supra* nm. 59.

otras", y por tanto serán afines o emparentadas en el injusto. Pero de este modo, como ella misma también resalta, llega en la mayoría de los casos a los mismos resultados que la op. dom., que atiende a la identidad o la identidad parcial del acto de ejecución sólo que la conexión temporal necesaria y suficiente es menos exactamente definible.

78 También el concepto de afinidad o parentesco de injusto deja muchas preguntas abiertas, porque la "afinidad o parentesco" depende del grado de abstracción del elemento seleccionado que ese concepto debe fundamentar. ¿Y por qué el elemento típico del engaño habría de fundamentar una afinidad o parentesco de injusto de los §§ 263 y 267, dado que son absolutamente diferentes los bienes jurídicos tutelados? ¿Qué ocurre entonces con los §§ 145 d y 164, que también presuponen un engaño? ¿Por qué deben ser afines o emparentadas en injusto las lesiones y la detención ilegal sólo porque el primer delito puede añadirse al segundo cualificándolo? El concepto añade muchas otras cuestiones nada claras además de las de la requerida dimensión temporal, así que parece justificado el reproche generalmente formulado frente a la teoría de *Puppe* por la gran inseguridad jurídica de la misma.

79 Por tanto la solución ha de seguir siendo la de la concepción tradicional de la identidad como mínimo parcial de los actos de ejecución. Sin embargo, las sugerentes ideas de *Puppe* muestran la necesidad de replantear de nuevo toda la teoría del concurso desde los puntos de vista de la política criminal y del Derecho de la medición de la pena.

2. La identidad total de la acción ejecutiva o de ejecución

80 El caso más fácil es aquel en el que la acción de ejecución o ejecutiva de todos los tipos realizados es idéntica en su totalidad. Si alguien golpea derribando a un funcionario ejecutor precisamente mientras éste ejerce un acto de servicio legítimo, el golpe *uno actu* realiza los tipos delictivos de la resistencia (§ 113) y de las lesiones (§ 223); éstos se encuentran por lo tanto en concurso ideal. Lo propio es de aplicación si uno y el mismo disparo causa un homicidio (§ 212), unas lesiones (§ 223) y unos daños materiales (§ 303). Es cierto que existe una diferencia en las circunstancias respecto al ejemplo del funcionario de policía golpeado y derribado, ya que en ese caso sólo existe un resultado (la caída por el golpe), mientras que en este otro caso se dan diferentes resultados en distintos objetos. No obstante, esto no varía en absoluto la identidad total de la acción delictiva. Y también en los delitos de actividad puros, en los que falta un resultado separable de la acción, es posible sin más el concurso ideal, por ejemplo, cuando un falso testimonio con perjurio (§ 154) constituye al mismo tiempo calumnia (§ 187)[94].

[94] Ejemplo en *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 67 II 1.

Un caso especialmente frecuente de la realización de varios resultados con una acción ejecutiva totalmente idéntica lo proporciona el concurso ideal homogéneo (nm. 2): un disparo hiere o un insulto ofende a varias personas. El hecho de si también es posible un concurso ideal homogéneo en caso de violación de derechos patrimoniales resulta polémico[95]. La mayoría de las veces aquí existirá ya una unidad natural de acción (cfr. nm. 36 s.), por ejemplo, si en un engaño en un contexto temporal breve se estafa a varias personas. Sin embargo, si no se cumplen sus requisitos de una forma clara, porque p. ej. los resultados dañosos están muy distanciados, en este caso se puede plantear también un concurso ideal heterogéneo. 81

3. La identidad parcial de las acciones ejecutivas o de ejecución

Ahora bien, conforme a la jurispr. y la op. absolutamente dom., también es suficiente una identidad parcial de la acción ejecutiva, tal y como se expresó por primera vez en la hoy ya clásica "fórmula" del RGSt 32, 137 (139)[96]. Según la misma, para la admisión de concurso ideal es necesario "que los actos de manifestación de voluntad, a través de los cuales se crea el tipo delictivo de las distintas acciones punibles, coincidan, si no de manera íntegra, sí parcialmente de tal manera **que al menos una parte de la acción unitaria co-opere en la configuración del tipo delictivo de ambos delitos**". Por consiguiente, si un ladrón golpea a su víctima y a posteriori le sustrae el dinero, los §§ 223, 224 y 249 están en concurso ideal, aunque sólo tengan en común la característica del uso de la violencia (cfr. BGHSt 39, 100). 82

Las innumerables posibilidades del concurso ideal entre diferentes tipos delictivos sólo pueden tratarse en el marco de la Parte Especial, de manera que aquí nos tenemos que conformar con algunos ejemplos. Aquel que posea (por ejemplo, en préstamo) una cosa ajena y la venda y transfiera a un tercero como si fuera suya, comete una apropiación indebida (§ 246) frente al propietario y conforme a la jurisprudencia (BGHSt 15, 83) por regla general también una estafa (§ 263) frente al adquiriente de buena fe. Ambos delitos entran en concurso ideal, aunque sus acciones ejecutivas coincidan únicamente en el momento de la oferta de venta: pues en ella se manifiesta la voluntad de apropiación y con dicha manifestación está concluida la apropiación indebida; pero en el mismo acto se produce también el engaño que inicia la estafa. 83

Si una persona, durante una coacción continuada, decide posteriormente sustraer objetos del coaccionado (cfr. BGH NStZ 1982, 380), la coacción (§ 84

---

[95] A favor *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 67 II 1; en contra *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 52, nm. 29; LK-*Vogler*, 10.ª, § 52, nm. 35.

[96] A continuación tb.: RGSt 52, 299, 300; 54, 288; 56, 58; 66, 359, 362; posteriormente BGHSt 7, 149, 151; 14, 104, 109; 18, 29, 34; 27, 66, 67; 33, 163, 165. Además de las sentencias citadas adicionalmente en el texto.

240) y el robo (§ 249) están en concurso ideal, a pesar de que ambos delitos únicamente coincidan en el tramo final. Un falso testimonio (§ 153), una acusación falsa (§ 164) o una calumnia (§ 187) pueden entrar en concurso ideal con una estafa procesal (§ 263), incluso aunque las acciones típicas sólo se superpongan parcialmente en una única manifestación iniciadora de la estafa. Si alguien viola a su hermana, los §§ 173 II, 2 y 177 II n.º 1 entran en concurso ideal, aunque las acciones ejecutivas sólo se superpongan en la ejecución del yacimiento.

85 Por el contrario, tal y como en principio opina también el BGH[97], "un motivo unitario, una simultaneidad en el desarrollo de los acontecimientos, el perseguir una finalidad, una conexión de medios y fines o una relación causa-efecto no pueden ... fundamentar una unidad de hecho ... Los comentaristas están de acuerdo". Por tanto, si alguien, para vengarse de una ofensa que ha sufrido, golpea con ambos puños a dos personas a la vez y las hiere (§ 223) o si con una mano dispara (§ 212), mientras que con la otra retiene delante de él a un rehén como escudo de protección (§ 239), si comete varios delitos para la liberación de presos, si hurta un revólver (§ 242) con el fin de cometer un homicidio (§ 212) o mata a alguien con el fin de hacerle desaparecer como testigo de un delito previo (§ 211), los distintos delitos están en concurso real a pesar de su relación temporal e intencional.

86 Deben rechazarse los esporádicos intentos de la jurispr. de compendiar en una unidad natural de acción delitos basados en acciones ejecutivas de distinta naturaleza en caso de una relación temporal, espacial y subjetiva especialmente estrecha (más detalles en nm. 50 ss.), ya que difuminan la diferencia entre concurso ideal y real tal y como el legislador la ha previsto.

87 Tampoco concuerda con el principio, según el cual el concurso ideal precisa al menos una identidad parcial de las acciones ejecutivas, lo estimado en la BGHSt 43, 317. Según ella, la inducción o instigación a un testigo a realizar falso testimonio (§ 153) entraría en concurso ideal con la estafa procesal cometida mediante el falso testimonio (§ 263). El BGH se basa en que el falso testimonio del testigo también hay que imputárselo al sujeto que lleva a cabo la estafa procesal (por consiguiente, a la parte). El falso testimonio es según la sent. "también una acción ejecutiva del hecho del estafador procesal... El falso testimonio es el medio a través del cual el autor comete la estafa procesal". Pero, la relación medio a fin no produce ninguna identidad de ejecución* y el acto de inducción del estafador procesal no es precisamente

---

[97] BGH NStZ 1998, 300 (301), refiriéndose a BGH wistra 1985, 19.

* Que la relación medio a fin entre dos acciones no supone unidad de acción ni identidad de ejecución y por tanto que el denominado concurso medial o instrumental no es en puridad un concurso ideal es algo que se reconoce en un CP como el español (art. 77 del vigente CP 1995, igual en esto que el art. 71 del anterior CP 1944/1973) pese a que equipara en tratamiento penológico el concurso medial al ideal, ya que en ambos –por asperación– se impone la pena de la infracción más grave en su mitad superior. Pues al decir el precepto "en el caso de que un solo hecho constituya

el falso testimonio en sí mismo, sino un acto (parcial) de la acción distanciado temporalmente del mismo[98].

La jurispr. también va demasiado lejos cuando mantiene que es posible 88
que exista el concurso ideal entre un delito de omisión y uno de comisión. De esta forma, por ejemplo, el hecho de escaparse con el vehículo quien ha originado culpablemente un accidente, de haber el correspondiente dolo, supondrá una tentativa de homicidio mediante omisión (§§ 22, 13, 212) en concurso ideal con la huida en caso de accidente (§ 142). De la misma manera, para la jurispr. entre la omisión de socorro (§ 323 c) y el § 142 debe darse un concurso ideal. Sin embargo, lo correcto es aceptar el concurso real, puesto que a pesar de que la comisión y la omisión se realizan al mismo tiempo, la omisión no es ningún acto parcial de la acción comisiva[99].

Por otro lado, la jurispr.[100] y la op. dom.[101] consiguen una ampliación 89
considerable del concurso ideal debido a **que el estadio entre consumación formal y terminación o agotamiento material de un delito[102] se le adjudica a la acción ejecutiva o de ejecución, de forma que las superposiciones parciales de la acción con otros delitos que se produzcan luego fundamentan un concurso ideal.** Si el ladrón con el fin de transportar el botín se apodera a continuación de un vehículo ajeno mediante coacción, el hurto (§ 242) y la coacción (§ 240) entran por tanto en concurso ideal, aunque la coacción

---

dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra", se está reconociendo que el segundo supuesto, relación medio-fin, ontológica y estructuralmente no es lo mismo que el primero en el que hay "un solo hecho", o sea unidad de hecho o de acción, es decir, se está reconociendo que ontológicamente el concurso medial no es un concurso ideal, sino una clase de concurso real; pero esa clase singular de concurso real, por su peculiaridad –por ser la comisión de la primera acción-medio no innecesaria o gratuita, sino precisamente necesaria y obligada en el caso concreto para poder cometer la segunda acción-fin–, axiológicamente se considera menos grave que el concurso real normal y por ello se equipara en tratamiento penológico más benigno al concurso ideal, en el que hay una sola resolución delictiva y una sola acción de ejecución de la misma. Ciertamente sin embargo, esa equiparación legal del concurso medial y el concurso ideal en el CP español en la práctica difumina bastante los límites entre ambos, y ya no es tan perentorio como en Derecho alemán trazar con precisión la frontera entre la relación medio a fin y la identidad sólo parcial de acción.[N. del T.].

[98] Sobre la crítica cfr. tb. *Martin*, JuS 1998, 761; *Momsen*, NStZ 1999, 306.

[99] Del mismo modo *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 67 III 4; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 52, nm. 7; *Maiwald*, 1964, 107 ss.; *Struensee*, 1971, 46 ss. Tb. la BGHSt 6, 229, 230, aún había (adhiriéndose a RGSt 68, 315, 317) declarado que "un auténtico hecho omisivo no" puede "estar en unidad de hecho con la realización simultánea de un hecho comisivo".

[100] BGHSt 26, 24 (27 s); BGH NJW 1992, 2103; BGH JZ 1952, 89; BGH GA 1955, 245, 246; 1969, 347; BGH StV 1983, 413; 1984, 374; BGH NStZ 1993, 77; 1995, 588; BGHR, § 52 I, acción, la misma, n.º 5, 13, 21; § 113, concursos, n.º 2; BGH MDR (H) 1988, 453; BayObLG NJW 1983, 406.

[101] SK-*Samson/Günther*, 6.ª, § 52, nm. 2; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 52, nm 11; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 31; *Struensee*, 1971, 24 s; LK-*Vogler*, 10.ª,§ 52, nm 23; *Warda*, JuS 1964, 87.

[102] La diferenciación es importante sobre todo en los delitos contra la propiedad y desempeña un papel importante, por ejemplo, para la actualidad de la agresión en la legítima defensa (*Roxin*, AT I, 2.ª [PG I], § 15, nm. 27) y en la delimitación de la cooperación o complicidad y el favorecimiento (*supra* § 26, nm. 226 ss., 228 ss.).

sólo haya empezado en el momento en que el hurto ya se había consumado (BGH StV 1983, 413). En el fondo esta solución del asunto está justificada, puesto que el aseguramiento del botín forma parte material del hurto y la construcción de la consumación formal significa únicamente un adelantamiento de la punibilidad ilimitada. Si la huida con el botín constituye además una agresión en el sentido del § 32 [legítima defensa], la coacción cometida en ese momento ha de considerarse también coincidente con la ejecución del hurto[103].

90 Sólo a modo de ejemplo pueden citarse otros casos. Si los ladrones en la huida toman rehenes con el fin de asegurar su botín, los §§ 250 y 239 a están en concurso ideal (BGHSt 26, 24, 28). Si un ladrón conduce con el botín bajo los efectos del alcohol, entran en concurso de forma ideal los §§ 242 y 316 (BayObLG NJW 1983, 406). Igualmente, si un ladrón realiza disparos en su huída a sus perseguidores, se produce un concurso ideal de los §§ 249 ss. y 211 (BGH NJW 1992, 2103 s.).

91 En la misma línea está la posición de la jurispr. y la doc. dom.[104] cuando consideran que **las acciones que contribuyen a la realización de una intención o propósito exigido en el tipo están en concurso ideal con el delito intencional.** En consecuencia, si el autor de un secuestro extorsivo (§ 239 a) efectúa, tras el logro del secuestro, también el chantaje o extorsión, los §§ 239 a y 255 entran en concurso ideal. Si se admite que entre la realización dolosa del tipo objetivo (en este caso: el secuestro) y la posterior realización de la intención (en este caso: el chantaje) hay una unidad típica de acción (*supra* nm. 21), esa calificación se entiende por sí misma. Pero también se deriva del hecho de que el secuestro extorsivo sólo está terminado o agotado materialmente con el chantaje o extorsión.

92 **Por el contrario, conforme a la jurispr. una superposición parcial en el estadio de la tentativa aún no fundamenta un concurso ideal.** Por tanto, si un sujeto intenta asesinar a tres víctimas (a su mujer y sus dos hijos), una detrás de la otra, estas tres tentativas de asesinato entrarían en concurso real incluso si en un estadio anterior (en el acecho) coinciden en un acto (BGHSt 16, 397 s.). El BGH afirma (loc. cit., 398): "Si el acusado hubiera estado colocado en ese momento (es decir, en el acecho) y se le hubiera impedido seguir actuando, no se podría evitar ... admitir la concurrencia de tres tentativas de asesinato en una uniforme unidad de hecho"; pero añade que una separación temporal posterior de las tres tentativas de asesinato las hace

---

[103] En parte divergente y diferenciando *Bitzilekis*, ZStW 99 (1987), 725 ss.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 33/7.

[104] BGHSt 26, 24, 27 s.; BGH JZ 1952, 89; BGH GA 1955, 245; 1969, 347; BGH NStZ 1984, 409; 1986, 314; 1993, 77; BGH StV 1996, 432 s.; BGH MDR (H) 1992, 632; BGHR StGB, § 52 I, acción, la misma, n.º 5, 13, 21; § 113, concursos, n.º 1; *Geerds*, 1961, 279; *Jescheck*, Welzel-FS, 1974, 698; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 67 II 2; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, § 52, nm. 20; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 52, nm. 11 s.; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 52, nm. 3; *Warda*, JuS 1964, 87; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 231 s.

independientes. Esta posición merece aprobación[105], ya que la coincidencia de acciones en un estadio anterior a la ejecución no fundamenta aún una coincidencia de las acciones ejecutivas. Si se hubiera logrado matar a las tres víctimas, la unidad de la tentativa de asesinato en un estadio inicial no hubiera tenido la fuerza suficiente para vincular las acciones ejecutivas totalmente independientes en una unidad de delito. "En esa medida, el punto de vista de la puesta en peligro pierde su significación con relación al tipo delictivo de lesiones" (loc. cit., 398). Pero entonces no puede ser de otra manera si las tres "tentativas", inicialmente concentradas en el momento del acecho, se llevan adelante "posteriormente sólo por separado" y consecutivamente. También se pronuncia contra la aceptación del concurso ideal el criterio político-criminal de que una solución de este tipo favorecería inmerecidamente a sujetos "que en vez de iniciar el ataque de forma inmediata, acechan antes pérfidamente a sus víctimas" (loc. cit., 398).

4. La coincidencia de delitos de estado y permanentes[106]

La jurispr.[107] y la op. dom.[108] en este caso aceptan también un concurso ideal sólo si se da una identidad parcial de las acciones ejecutivas y no admiten que resulte suficiente con la mera simultaneidad. Así la BGHSt 18, 32 s., exponiendo sintetizadamente la jurisprudencia del RG, destaca que una violación (hoy: § 177 II nº. 1), que se haya cometido durante un allanamiento de morada (§ 123), está con éste en relación de pluralidad de hechos. Señala el BGH que, siguiendo la fundamental sentencia RGSt 32, 137, 140, "**la unidad de hecho no existe ya en cuanto un comportamiento infringe al mismo tiempo varias leyes penales**, sino que más bien es necesario que aquella acción que realice un tipo delictivo (total o parcialmente), satisfaga a la vez, es decir, al menos en manifestaciones de voluntad ... individuales, otro tipo delictivo total o parcialmente. Y ello falta normalmente en la relación del § 123 StGB con el § 177 StGB. Ni la intrusión ni la permanencia configu- 93

---

[105] Del mismo modo *Baumann/Mitsch*, AT, 10.ª, § 36 IV 1 a; *Kühl*, AT, 3.ª, § 21, nm. 42; *Miehe*, GA 1967, 278; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 52, nm. 10; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes de § 52, nm. 3. Rechazándolo por el contrario SK-*Samson/Günther*, 6.ª, § 52, nm. 12; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 29, 31; *Struensee*, 1971, 25.

[106] Monografía: *Lippold*, 1985. Sobre el agotamiento de la acción penal en caso de delitos permanentes *Erb*, GA 1994, 265.

[107] RGSt 32, 137, 140; 54, 288, 289; 66, 117, 119; BGHSt 18, 29, 32 ss.; 27, 66, 67 (cuestiones paralelas en infracciones administrativas); 29, 184, 186; 31, 29, 30; BGH GA 1967, 21; BGH NStZ 1995, 300; BGH VRS 30 (1966), 185 s.; BGH LM § 177, n. 8; BayObIG GA 1975, 54; OLG Koblenz VRS 56 (1979), 38 ss.; OLG Köln NJW 1982, 296.

[108] *Baumann/Mitsch*, AT, 9.ª, § 41 II 1 c; *Freund*, AT, § 11, nm. 53 s.; *Geppert*, Jura 1982, 370; *Gropp*, AT, 2.ª, § 14, nm. 42; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 67 III 2; *Köhler*, AT, 688 s.; *Kühl*, AT, 3.ª, § 21, nm. 34 b; *Larlener/Kühl*, 24.ª, § 52, nm. 7; *Lippold*, 1985, 29 ss.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 55/72 s.; *Oske*, MDR 1965, 534; *Schmidhäuser* LB AT, 2.ª, 18/43; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 88 ss.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 32; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes de § 52, nm. 35; LK-*Vogler*, 10.ª, antes de § 52, nm. 25; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 232; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 779.

ran ni siquiera una mínima parte del tipo del delito contra la moralidad. Por eso dicho Tribunal ha declarado que la unidad de hecho tampoco se puede aceptar aunque la intrusión o la permanencia en el sentido del § 123 StGB se lleven a cabo con el fin de perpetrar un delito contra la moralidad".

94 Todo esto es correcto y se debe compartir, ya que si la simultaneidad en delitos de estado no fundamenta el concurso ideal (nm. 18, 38 ss., 59 s.), con mayor razón aún no puede darse en caso de intervención en un delito permanente. Dado que muchos delitos permanentes (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, conducción sin permiso, detención ilegal o privación de libertad, etc.) pueden prolongarse durante espacios de tiempo muy amplios, si todo el resto de delitos cometidos entretanto estuvieran en unidad de hecho con ellos, ello llevaría a un desbordamiento total del concurso ideal. Si se admite que en caso de sentencia firme hay un agotamiento de la acción penal respecto a todos los otros hechos punibles que estén en concurso ideal[109], la aceptación del concurso ideal en caso de absolución o condena por un delito permanente tendría también consecuencias difícilmente soportables en la práctica en relación con otras realizaciones de tipos "simultáneas" no tenidas en cuenta.

95 **También es correcta la posición de la jurisprudencia cuando, en contra de la opinión mantenida por una parte de la doctrina[110], no permite que una relación medio-fin*, es decir, el caso en el que el delito permanente cree los requisitos para la comisión de un delito de estado, sea suficiente para un concurso ideal**[111]. Si se comete un allanamiento de morada (§ 123) con el fin de realizar un robo (§ 249), o si alguien porta armas de fuego de forma ilegal (§ 53 I n.º 3 a, lit. b WaffG) con el fin de perpetrar un asesinato (§ 211), los dos delitos correspondientes entran en concurso real, pues también en este sentido falta la superposición parcial de los actos ejecutivos.

96 Por el contrario, según la opinión general existe **concurso ideal cuando un delito de estado ayuda a la conservación del estado antijurídico alcanzado a través del delito permanente**: por ejemplo, si un allanador de morada derriba a golpes al dueño de la casa cuando lo quiere echar fuera. Pues en tal caso las lesiones son parte integrante del hecho de seguir realizando el allanamiento de morada, de forma que en este caso se puede aceptar que

---

[109] Cfr. al respecto *Roxin*, StrafverfahrensR, 25.ª, § 20, nm. 8-10 y más adelante nm. 112.

[110] *Cropp*, AT, 2.ª, § 14, nm. 41 (poco claro); *Jakobs*, AT, 2.ª, 33/10; *Kühl*, AT, 3.ª, § 21, nm. 35; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 91; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 232

* No obstante, v. lo expuesto sobre la relación medio-fin o concurso medial en el CP español, donde está equiparado penológicamente al concurso ideal, *supra* n. * en nm 87 [N. del T.].

[111] Del mismo modo *Baumann/Mitsch*, AT, 9.ª, § 41 II 1 c; *Geppert*, Jura 1982, 370; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 67 III 2; *Kühl*, AT, 3.ª, § 21, nm. 34 b; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 52, nm. 7; *Lippold*, 1985, 29 ss.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 55/72 s.; *Oske*, MDR 1965, 534; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 18/43; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 88 ss.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 32; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 52, nm. 35; LK-*Vogler*, 5.ª, antes del § 52, nm. 25; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 232; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 779.

existe la requerida superposición parcial de los actos ejecutivos. Lo propio rige si se utiliza violencia contra alguien, con el fin de impedirle que libere a un encerrado ilegalmente (lesiones, § 223, en concurso ideal con detenciones, § 239), o si alguien en un control de tráfico muestra un permiso de conducir falso (§ 267 StGB), para poder seguir conduciendo sin permiso (§ 21 StVG)[112].

Existe también concurso ideal si un delito permanente es parte integrante de la acción de ejecución de un delito de estado, tal y como frecuentemente ocurre en la conducción sin permiso o licencia (§ 21 StVG): La conducción no autorizada se utiliza, por ejemplo, para perpetrar delitos sexuales y robos durante el trayecto (BGH NStZ 1948, 135) o el transporte del botín en el automóvil conducido sin el permiso legal sirve para lograr la propia custodia y con ello al mismo tiempo constituye una acción de ejecución del hurto (BGH NJW 1981, 997). El BGH también ha afirmado la existencia de concurso ideal en un caso en el que el autor había aprovechado una detención ilegal (§ 239) para cometer delitos sexuales (§§ 177, 178) (BGH NStZ 1999, 83), porque ya el aprovechamiento de la privación de libertad se considera un uso de la violencia. 97

Sin embargo, ciertamente la frontera entre la simple simultaneidad y la identidad parcial no es siempre fácil de establecer. De forma que por ejemplo se considerará concurso real si la copiloto es forzada sexualmente (§ 177 I) durante una conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (§ 316). No obstante, si las circunstancias del viaje en el automóvil sirven como medios de coacción, entonces habrá que admitir el concurso ideal. 98

También pueden estar en concurso ideal varios delitos permanentes si las acciones ejecutivas son idénticas total o parcialmente: p.ej., si alguien sin permiso de conducir conduce un coche bajo los efectos del alcohol (§§ 316 StGB, 21StVG)[113] o si un secuestro (§§ 239 a y b) u otra privación de libertad o detención ilegal (§ 239) se comete con un vehículo que el autor conduce sin permiso de conducir (§ 21 StVG). En cambio, hay concurso real si por ejemplo alguien, que se encuentra en un estado de incapacidad de conducir, conduce un vehículo (§ 316) y además al hacerlo porta armas de fuego de forma ilegal (§ 53 I nº. 3 a, lit. b WaffG); puesto que en este caso, con acciones ejecutivas totalmente independientes, existe únicamente una simultaneidad de distintas realizaciones de tipos delictivos (BGH VRS 49 (1975), 177 s.). Sin embargo, la jurisprudencia, que aquí sólo se ha podido exponer con algunos pocos ejemplos, muestra en casos concretos cierta fluctuación e inseguridad[114]. 99

---

[112] Discrepante en esto BGH VRS 30 (1986), 185; OLG Köln VRS 61 (1981), 349. En cambio, como aquí *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 91 a.

[113] BayObLG GA 1975, 54.

[114] Para más detalles LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, § 52, nm. 24.

100 Es muy **discutida** la cuestión de **si los delitos de organizaciones constituyen una unidad de hecho o una pluralidad de hechos cuando un miembro de una organización criminal comete otros delitos relacionados con su pertenencia** a la misma, p. ej. ejecutando asesinatos o perpetrando atracos a cajas de ahorro para una organización terrorista. Conforme a una extendida opinión[115], se debe aceptar el concurso real, puesto que la pertenencia punible a una organización no abarca la comisión de delitos al servicio de la organización. Sin embargo, es preferible la interpretación contraria sostenida por la BGHSt 29, 288, 290 s., que califica como concurso ideal[116]. En efecto, conforme al tenor literal de los §§ 129 y 129 a incurre en responsabilidad penal, entre otros, quien "participe en calidad de miembro" en una asociación criminal o terrorista, y esa participación se manifiesta también precisamente en la actividad delictiva para la organización. La cuestión de si, en caso de una condena por pertenencia, este concurso ideal da lugar a un agotamiento de la acción penal con respecto a los delitos perpetrados para la organización, es una cuestión procesal (que debe ser respondida negativamente), que se debe solucionar de forma independiente del problema jurídico-material del concurso[117] (cfr. además nm. 118 s.).

5. El efecto abrazadera del tercer delito

101 La jurispr., que se remonta ya al RG (RGSt 44, 223, 228) [118], y la op. dom.[119] afirman que hay un **concurso ideal también cuando dos acciones separadas en el tiempo y en el espacio, es decir como tales en concurso real, se encuentran cada una por su lado en concurso ideal con un tercer delito aproximadamente igual de grave**. Por tanto, si un ladrón derriba a golpes a la víctima y durante la sustracción rompe sus cajones, las lesiones (§ 223) y los daños materiales (§ 303) son en sí mismos acciones independientes, cuyos actos ejecutivos no se superponen o interfieren por ningún lado. Sin embargo, como ambos concurren idealmente con el robo (§ 249), los tres delitos se encuentran en concurso ideal debido a la abrazadera (o grapa de unión) que existe entre ellos.

---

[115] OLG Karlsruhe NJW 1977, 2222, con Com. positivo. *Meyer*, JR 1978, 35; *Herdegen*, MDR 1980, 438, 439; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 91; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 129, nm. 23; LK-*Vogler*, 10.ª, antes del § 52, nm. 23.

[116] BGHSt 19, 114, 122 s.; BGH NJW 1975, 985, 986; BGH MDR 1980, 684, 685; LK-*v. Bubnoff*, 11.ª, § 129, nm. 87; *Cording*, 1993, 69 ss., 109 ss.; *Fleischer*, NJW 1979, 1339; *Grünwald*, Bockelmann-FS, 1979, 737 ss.; *Haberstumpf*, MDR 1979, 977 ss., 980; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 129, nm. 13 (críticamente); *Krauth*, Kleinknecht-FS, 1985, 224 s.; SK-*Rudolphi*, 6.ª, § 129, nm. 30; *Werle*, JR 1979, 93 ss. (pero crítico).

[117] Más detenidamente al respecto *Roxin*, StrafverfahrensR, 25.ª, § 20, nm. 9.

[118] RGSt 56, 329; 60, 241; 68, 216; BGHSt 3, 165; 6, 92, 97; 23, 141, 149; 31, 29, 31; BGH NJW 1952, 795 s.; 1998, 619, 620; BGH MDR (D) 1973, 556, con Com. de *Schönborn*, NJW 1974, 734; BGH wistra 1997, 61, 62; BGHR StGB, § 52 I, efecto abrazadera, n.º 4.

[119] *Geerds*, 1961, 280 s.; *Geppert*, Jura 1982, 370 s.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 67 II 3; *Joecks*, 3.ª, § 52, nm. 4; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 52, nm. 5 (críticamente); *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 55/74 ss.; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 52, nm. 14 ss.; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 52, nm. 5 ss.; LK-*Vogler*, 10.ª, § 52, nm. 27 ss.; restrictivamente *Welzel*, StrafR, 11.ª, 232; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 780.

Existe una gran cantidad de casos similares. Si A lesiona imprudentemente 102
a B atropellándolo con el auto y, a continuación, se da a la fuga del lugar del accidente, el § 229 y el § 142 se encuentran en concurso real. Pero si los delitos entran en concurso ideal con la utilización ilegítima de un vehículo, el § 248 b vincula los tres delitos en una unidad de hecho. Si alguien en el transcurso de una actividad ilegal como agente de un servicio secreto (§ 99) comete primero un hurto (§ 242) y después una escucha ilegal (§ 201), debido a que opera como abrazadera el § 99 los tres delitos se encuentran en concurso ideal. Una violación (§ 177 II nº. 1) y un homicidio doloso (§ 212) ocurrido algun tiempo después resultarán reunidos en una unidad de hecho si ambos delitos concurren idealmente con una detención ilegal con resultado de muerte (§ 239 IV) (BGHSt 28, 20). Una tentativa de hurto llevando arma (§ 244 I nº 1) y unas coacciones cometidas exclusivamente con el arma (§ 240) entran en concurso ideal si ambos delitos se encuentran en unidad de hecho con el porte ilegal de un arma de fuego (§ 53 I nº. 3 a, lit. b WaffG) (BGH NStZ 1989, 20). Como muestran los ejemplos antes indicados en este nm., son sobre todo delitos permanentes los que son aptos para producir una abrazadera. Pero no tiene que ser necesariamente así, como bien ha mostrado nuestro primer ejemplo de un delito de dos actos con efecto abrazante (nm. 101: robo).

Pero la jurisprudencia admite el efecto abrazadera o de abrazamiento úni- 103
camente cuando el delito abrazante no es sustancialmente menos grave que los delitos abrazados. Así en BGHSt 2, 246[120] dos ladrones habían cometido sucesivamente cuatro intentos de asesinato a los inquilinos que se les resistieron. Aunque las cuatro tentativas de asesinato se encontraban en concurso ideal cada una con el mismo robo, el BGH (adhiriéndose a BGHSt 1, 67) califica por cuatro tentativas de asesinato en pluralidad de hechos (en lugar de por un concurso ideal homogéneo), porque aduce que el delito menos grave del robo no puede vincular en unidad de hecho a los delitos graves de asesinato. La razón de esta restricción del efecto abrazadera (aquí se habla de desabrazamiento) reside en que no tendría sentido que un autor de varios delitos en concurso real sólo fuera castigado por concurso ideal y de ese modo, por lo tanto, de modo más benigno, porque encima se añade todavía un ulterior delito menos grave. El BGH lo expresa de la siguiente forma (loc. cit., 248): "Si el autor ha infringido una ley penal grave varias veces y, conforme a ello, ha merecido varias penas, a partir de las cuales ... se ha de formar una pena conjunta o global, su culpabilidad no puede verse disminuida por el hecho de que en unidad de hecho él haya infringido encima una ley penal menos grave. Eso no puede ... englobar por ello en un hecho unitario las infracciones graves de ley, como si fueran partes no independientes de un delito menos grave".

Asimismo, el uso ilegítimo de títulos (§ 132 a) no puede tampoco vincular va- 104
rios actos de estafas (§ 263) cometidos mediante el uso del título en una unidad de

---

[120] Sobre ello *Roxin*, HRR AT, caso 98, 152 s. y 214 s.

hecho (RG HRR 1935, n.º 535). La conducción sin permiso o licencia de conducir (§ 21 StVG) no puede vincular en unidad de hecho (BGHSt 18, 69) varios hurtos de vehículos cometidos marchándose con el vehículo (§ 242). O el rufianismo (§ 181 a) no puede abrazar delitos como el tráfico de personas (§ 181), la coacción sexual (§ 177 I) y la violación (§ 177 II) (BGHSt 39, 390, 391 s.)[121].

105 En el tipo, muy importante en la práctica, de la conducción en estado de embriaguez (§ 316), el efecto abrazadera conforme a la jurisprudencia en la mayor parte de los casos falla no sólo debido a la importancia menor del hecho, sino también debido a que según ella un accidente de tráfico debe interrumpir y separar la unidad típica de la conducción en estado de embriaguez (cfr. nm. 24). De igual forma, la nueva jurisprudencia intenta restringir el efecto abrazadera de la posesión ilegal de armas. Conforme a BGH NStZ-RR 1999, 9 "el delito permanente de la posesión ilegal de armas (ejercicio de violencia real/porte) experimenta una cesura jurídico-material si la persona que posee armas adopta posteriormente la decisión de cometer un delito grave con ese arma. El delito permanente de antes y de después del hecho se debe juzgar de forma independiente en cada caso. El delito grave en sí mismo se encuentra en unidad de hecho con el delito permanente del delito menos grave según la ley de armas (WaffG)". Si se impone esta tendencia, una parte de las antiguas sentencias indicadas en el texto, que basan un efecto abrazadera en la WaffG (ley de armas), quedaría obsoleta; así la BGH NStZ-RR 1999, 9, se manifiesta expresamente contra la decisión, indicada en el siguiente nm., del mismo senado (sala) en la BGHSt 31, 29, en la medida en que ésta reconoce el delito de armas como delito abrazante.

106 Pero por otro lado, la nueva jurisprudencia tiende de nuevo a extender el efecto abrazadera. Así la BGHSt 31, 29 permite una vinculación de dos acciones independientes mediante un tercer delito incluso cuando uno de los delitos abrazados resulta más grave que el abrazante (en contra BGHSt 3, 165). Según esta sentencia el delito menor de ejercicio ilícito de la violencia con un arma de fuego (§ 52 a I WaffG) puede vincular en unidad de hecho posteriormente a la adquisición ilegal de armas (§ 53 WaffG) y un homicidio cometido con el arma (§ 212), a pesar de que sólo el ejercicio de violencia supera ligeramente en gravedad a la adquisición de armas de fuego, pero queda muy por detrás del homicidio en peso delictivo. En un caso así, añade, "la infracción de ley más grave no" está " 'subordinada' a los delitos menores... Una valoración que parta de ahí sólo está justificada cuando los delitos existentes al principio y final del 'delito intermedio' sean ambos más graves que éste". Por la misma razón se considera también que la tenencia de un arma de fuego (§ 53 I n.º 3 a, lit. b WaffG) debe poder unir en concurso ideal el homicidio (§ 212) y las coacciones (§ 240) (BGH StV 1983, 148). A pesar de que la fundamentación de la jurisprudencia es más una afirmación surgida del deseo de una aplicación simplificada de la ley, la doc. dom. la sigue[122].

---

[121] Con Com. de *Geerds*, JR 1995, 71.

[122] *Gropp*, AT, § 14, nm. 43 (crítico sin embargo ahora en AT, 2.ª, § 14, nm. 43) *Köhler*, AT, 688 s.; *Kühl*, AT, 3.ª, § 21, nm. 35; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 52, nm. 5; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 52, nm. 18; *Tröndle/*

La gravedad de los delitos de los que depende la posibilidad de la abrazadera, 107
se debe medir por regla general por la categoría del delito y por el marco penal: un delito grave o crimen tiene más peso y es más grave que un delito menor, un tipo que conmina con diez o quince años de pena de privación de libertad, caracteriza a un delito de más peso que otro en el que el límite máximo de la pena es de cinco años de privación de libertad. La jurisprudencia, no obstante, ha aligerado también la abrazadera en la medida en que cada vez en mayor medida atiende a un modo de consideración "concreto". Así se expresa en BGHSt 33, 4 (apartado introductorio): "Un delito menor o menos grave no es ya inadecuado para vincular dos crímenes o delitos graves en unidad de hecho sólo porque éstos, según el modo de consideración generalizador y abstracto, sean de mayor peso que aquél". Por eso, el delito menor del § 29 III BtMG (tráfico de estupefacientes en un supuesto especialmente grave) puede vincular dos delitos graves del § 30 I n.º 4, II BtMG (introducción o importación de estupefacientes en un supuesto menos grave) en concurso ideal, porque el delito menor *in concreto* se puede penar con mayor dureza que el delito grave. Conforme a la BGH NStZ 1989, 20 el porte punible de un arma (§ 53 I n.º 3 a, lit. b WaffG) vincula en concurso ideal el robo (§ 242) y las coacciones (§ 240) "teniendo en cuenta la ponderación concreta de los hechos"; sin embargo, ciertamente aquí no habría sido necesario recurrir a la ponderación concreta, porque los marcos penales no se diferencian sustancialmente tampoco en abstracto[123].

En su conjunto la jurisprudencia sobre el efecto abrazadera es prácticamente 108
igual de insegura que la afirmación de una unidad natural de acción en caso de bienes jurídicos personalísimos de distintos titulares (nm. 38 ss.) y en caso de realización de tipos delictivos diversos o de diferente clase (nm. 50 ss.). Yefectivamente, encuentra cada vez mayores críticas en la doctrina[124]. Parte de la doctrina ha desarrollado soluciones modificadoras[125]. Pero la construcción ya desde su punto de partida es problemática y sería mejor abandonarla. Pues las objeciones que se han reconocido contra el efecto abrazadera de un delito de menor gravedad, también por parte de la jurisprudencia (nm. 103, 104), son válidas, aunque en forma atenuada, con carácter totalmente general. No se puede llegar a comprender bien por qué el hecho de que se añada otro ulterior delito debe descartar el endurecimiento de pena del concurso real[126]. "El hecho de que el trato privilegiado del concurso ideal no se deba aplicar si dos violaciones sólo están vinculadas mediante una simple detención ilegal... pero que en cambio sí deba tener lugar el trato

---

Fischer, 50.ª, antes del § 52, nm. 5 c (poco claro); *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 780.

[123] Tb. BGH NStZ 1993, 133 (134) invoca la conveniencia de una "ponderación concreta de las infracciones".

[124] *Gropp*, AT, 2.ª, § 14, nm. 43; *Jakobs*, AT, 2.ª, 33/12; NK-*Puppe*, § 52, nm. 63 s.; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, § 52, nm. 19; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 18/41; *R. Schmitt*, ZStW 75 (1963), 48; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 33 s.; LK-*Vogler*, 10.ª, § 52, nm. 29; *Wahle*, GA 1968, 107 ss.; *Werle*, 1981, 48 ss.

[125] Por ejemplo en *Jakobs*, AT, 2.ª, 33/11 ss.; NK-*Puppe*, § 52, nm. 65 ss.; *Struensee*, 1971, 26 ss. Una discusión con ellas y ulteriores referencias bibliográficas proporciona LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, § 52, nm. 33.

[126] Así tb. SK-*Samson/Günther*, 6.ª, § 52, nm. 19. Aquí tb. la cita siguiente.

privilegiado si la vinculación se produce mediante una detención ilegal con resultado de muerte (§ 239 III), es algo que no puede convencer".

6. El tratamiento jurídico del concurso ideal

109 A pesar de que la ley guarda silencio al respecto, existe unanimidad en considerar que el veredicto de culpabilidad, es decir, el tenor del fallo de la sentencia, tiene que citar todas las leyes penales infringidas. Se habla aquí de la **"función aclarativa" del concurso ideal.** En el concurso ideal homogéneo ocurre esto mencionando el número de infracciones de la ley, por ejemplo: "Se condena a A .... por lesiones en cinco casos". En el concurso ideal heterogéneo se mencionan individualmente los diferentes tipos cumplidos o realizados: "Se condena a A a ... por lesiones en unidad de hecho con resistencia a la autoridad". Para designar los delitos aquí se utilizan, siempre y cuando existan, los títulos o rúbricas legales de los delitos (§ 260 IV 2 StPO). Los parágrafos y leyes infringidos se indicarán sólo después de la fórmula "fallo" de la sentencia (§ 260 V 1 StPO).

110 A diferencia de lo que ocurre en el concurso real, se determina y fija únicamente una pena. En el concurso ideal homogéneo es decisivo el marco penal del tipo cumplido o realizado repetidas veces. En el ejemplo de las quíntuples lesiones cometidas mediante una acción (nm. 104), la pena se debe extraer por tanto del § 223 (pena de privación de libertad de hasta cinco años o multa). Por consiguiente, desde el punto de vista del marco penal no existe diferencia alguna entre si alguien mediante una acción ha lesionado sólo a una persona o ha lesionado a cinco.

111 No obstante, ciertamente dentro del marco penal se puede valorar con efecto agravante que una ley se ha infringido en múltiples ocasiones de la misma forma[127] o mediante realización de múltiples variantes típicas[128]. Esto se desprende del § 46 II, conforme al cual "el modo de ejecución y los efectos del hecho culpablemente causados" resultan relevantes para la determinación de la pena. Además, la múltiple lesión del mismo tipo puede llevar a la admisión de un supuesto de especial gravedad [subtipo cualificado], por ejemplo conforme al § 212 II en caso de homicidio de varias personas, o conforme al § 266 II si mediante una acción de administración desleal se daña el patrimonio de varias personas[129].

112 No obstante, la jurisprudencia no reconoce la obligación de la agravación de la pena o de admisión de un supuesto de especial gravedad si existe concurso ideal*. Ciertamente, el juez de instancia puede calcular una pena en cuantía mayor, pero

[127] BGH MDR (H) 1992, 932.

[128] BGH MDR (D) 1971, 363; BGH NJW 1994, 2034.

[129] De la jurispr. BGH StV 1981, 545; BGH NJW 1982, 2265.

* La situación es diferente en Códigos como el español (art. 77 del vigente CP 1995, coincidente con el art. 71 del anterior CP 1944/1973) o por influencia suya de algún Código iberoamericano

"la ley no prevé que exista la correspondiente obligación de hacerlo ... Ciertamente que el juez de instancia, en caso de unidad de hecho, tendrá que tener en consideración el incremento del contenido de injusto y de culpabilidad; pero ello no le impide aplicar la pena mínima legal teniendo en cuenta los principios plasmados en el § 46 StGB"[130].

Más difícil resulta la fijación de pena en el caso más frecuente de concurso 113
ideal heterogéneo, porque aquí el marco penal tiene que ser un marco que sólo surge de la combinación a partir de las conminaciones penales de las diferentes leyes infringidas (**principio de combinación**). El punto de partida es el **principio de absorción**, según el cual la ley que contiene la conminación penal más severa desplaza (absorbe) a las conminaciones penales del resto de leyes. Este principio se plasma en el § 52 II 1. Pero el mismo se ve quebrado en el sentido de una "**absorción limitada**"[131] por el § 52 II 2, ya que la pena concreta resultante de la conminación penal del delito más grave no puede ser menor "que lo que las otras leyes aplicables permiten". El denominado **efecto de bloqueo de las leyes más benignas** se basa en la idea certera de que no se puede aplicar menos que la pena mínima de una ley infringida únicamente porque el autor además haya infringido otra ley que sea más dura "por arriba" pero que no prevea dicha pena mínima. El principio de absorción se complementa además con el § 52 IV, según el cual junto con una pena temporal de privación de libertad de más de dos años se debe o se puede imponer penas accesorias, consecuencias accesorias y medidas en el sentido del § 11 I n.º 8 cuando uno de los preceptos aplicables así las prescriba o las admita. Finalmente, bajo los requisitos del § 41 (enriquecimiento del

---

(p. ej. el art. 85 CP nicaragüense de 2007) en los que para el concurso ideal se prevé imponer obligatoriamente la pena típica de la infracción más grave en su mitad superior (salvo que, calculando separadamente las penas concretas de cada infracción, la suma de las mismas –como se hace en el concurso real– resultara inferior, en cuyo caso se impondría esa suma). Y con esta regulación, en el caso del concurso ideal homogéneo caben dos interpretaciones: una, seguramente mayoritaria, que considera que una de las penas típicas iguales opera como más grave y se agrava a su mitad superior; y otra interpretación (cfr. *Luzón Peña*, El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia, JDem 14 1991, 56, donde apunta esta posible interpretación), que sostiene que, como en tal concurso ideal homogéneo todas las infracciones tienen la misma pena típica, no se cumple el presupuesto legal de que haya una infracción más grave y por tanto será aplicable no la asperación de una sola pena, sino, aunque conceptualmente siga siendo un concurso ideal, la acumulación de penas (limitada luego en la fase de cumplimiento) que la ley prevé como regulación general para el concurso de delitos, o sea, cuando se realizan varios delitos; esta interpretación es posible sin problemas en el CP español porque los arts. 73 y 75-76, aunque simplificadamente se los considera reguladores del concurso real, realmente no hablan de concurso real ni de pluralidad de acciones o de hechos que realicen varios delitos, sino simplemente de pluralidad de infracciones cometidas (delitos o faltas), de modo que es la regulación penológica general o de partida del concurso, que luego se exceptúa en el art. 77 para el concurso ideal o medial, pero que cabe interpretar que sólo es aplicable si hay alguna infracción más grave que las otras. En cambio, tal regulación del concurso ideal (o del medial) asperando la pena más grave es aplicable sin problemas a los supuestos de concurso ideal heterogéneo siempre y cuando una de las infracciones sea más grave; si las infracciones fueran diversas, pero de igual gravedad, la situación volvería a ser igual que en el concurso ideal homogéneo. [N. del T.].

[130] BGH GA 1987, 28 (29).

[131] LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, § 52, nm. 40.

autor o intento de enriquecimiento), se puede imponer de forma separada penas de multa junto a penas privativas de libertad (§ 52 III: principio de acumulación).

114 Para la determinación de las conminaciones penales máxima y mínima no rige el punto de vista abstracto que decide en la diferenciación entre delito grave y delito menor o menos grave (§ 12 III)[132], sino el marco penal aplicado en cada caso concreto para supuestos especialmente graves, menos graves u otros de distinta clase, y que dado el caso puede ser diferente del marco penal normal. Si, por ejemplo, una traición a la parte en un proceso "en acuerdo con la contraparte" (§ 356 II) se encuentra en concurso ideal con un caso de administración desleal de especial gravedad (§ 266 II)[133], el § 266 II conmina con la pena más grave (10 años), mientras que el § 356 II prevé el máximo de pena mínima (un año); por tanto, el marco penal debe moverse entre un año y diez años de pena de prisión. Si un delito grave y un delito menor se encuentran en concurso ideal, el tipo del delito menor puede, sobre la base de la consideración concreta del caso individual, contener la conminación penal más grave, de forma que la pena se derive de ahí. Si, por ejemplo, un caso especialmente grave de estafa (§ 263 III; delito menor) concurre con un caso menos grave de falso testimonio con perjurio (§ 154 II; delito grave), la pena se derivará del § 263 III (en éste se prevé un máximo de diez años en comparación con los cinco años del § 154 II).

115 Para la medición de la pena rige lo ya dicho en el concurso ideal homogéneo (nm. 107): la lesión de varios tipos delictivos puede tenerse en consideración como agravante de la pena.

116 Los tipos delictivos para los que no va a haber pena por falta de un requisito de procedimiento, tampoco se tienen en cuenta para la determinación del marco penal. Por ello, si no se interpone una querella obligatoria o si prescribe o se amnistía una infracción de ley, el delito en cuestión ya no se debe tener en cuenta en la determinación de la conminación penal.

117 No existe una absolución parcial en tipos delictivos en concurso ideal, porque aun en caso de infracción de varias leyes, siempre se juzga únicamente por una sola acción (cfr. § 52 I). Por tanto, si p. ej. el autor está inculpado por ejemplo por estafa (§ 263) en unidad de hecho con falsificación de documentos (§ 267) y no se puede demostrar el tipo delictivo de falsificación, se procederá a una condena sólo por el § 263, quedando el § 267 sin mencionar en el tenor del fallo.

118 Los delitos en concurso ideal también conforman en principio un hecho único en el sentido jurídico procesal, de forma que una condena firme agota la acción penal respecto de todos los tipos delictivos existentes en la unidad de hecho (*ne bis*

[132] Más detenidamente *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 9.

[133] Ejemplo de *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 67 IV 2, donde ciertamente en el § 266 se ha partido de una pena mínima de un año.

in idem, § 103 III GG)[134]. No obstante, conforme a la nueva jurisprudencia, esto no rige sin excepción alguna (BGHSt 43, 255). En especial, la condena firme por un delito de organización (§§ 129 y 129 a) no impide el posterior castigo de hechos que se hayan cometido al servicio de la organización (BGHSt 29, 288 s.; cfr. nm. 100).

IV. La pluralidad de hechos (concurso real)

1. ¿Qué es concurso real?

Existe concurso real cuando una pluralidad de hechos punibles se juzga en el mismo procedimiento (§ 53 I) o se somete a una posterior formación de una pena global o conjunta (§ 55 StGB, 460 StPO). Dado que el concepto de unidad de hecho (§ 52 I) ya se ha aclarado e ilustrado en detalles (*supra* III, nm. 70 ss.), el concepto de pluralidad de hechos se interpreta por sí mismo: todas las acciones sometidas a una condena independiente, que no están en concurso ideal y que son susceptibles de formación de una pena conjunta o global, están en concurso real. Por tanto, la delimitación de unidad de acción y pluralidad de acciones (*supra* nm. 10 ss.) aclara ya qué significa haber cometido varios hechos punibles. 119

Existe –paralelamente a la distinción en el concurso ideal, nm. 2– **un concurso real heterogéneo y uno homogéneo.** El concurso real heterogéneo se da cuando alguien mediante múltiples acciones comete delitos diversos (por ejemplo hoy un hurto y mañana una estafa), y el homogéneo, cuando alguien mediante múltiples acciones realiza varias veces el mismo tipo delictivo (por ejemplo, causando lesiones a varias personas consecutivamente). 120

Mientras que los concursos se encuentran ya como tales en el límite entre la dogmática jurídicopenal y la medición de pena (nm. 6), en el concurso real se añade todavía un elemento jurídico-procesal más, porque esta forma de concurso requiere básicamente el enjuiciamiento de los múltiples hechos en el mismo procedimiento (§ 53 I). No obstante, mediante la posibilidad de formación posterior de una pena conjunta o global (§ 55 StGB, 460 StPO) esto se relativiza sustancialmente. 121

2. Con arreglo a qué principios se forma la pena en caso de concurso real?

a) Principio de asperación y principio de acumulación

Mientras que el tratamiento jurídico del concurso real es el objeto del § 53, que se explica a continuación, la clase y forma de la formación de la pena global o conjunta, siempre y cuando el § 53 la prescriba o admita, se regula en los §§ 54 y 55. 122

[134] Más detenidamente *Roxin*, StrafverfahrensR, 25.ª, § 20, nm. 9.

En principio para el concurso real rige el **principio de asperación** (del lat. *asperare* [agravar]), es decir, para cada acto independiente se determina una pena individual o particular; y partiendo de estas penas individuales se crea una pena conjunta o global mediante la agravación de la más dura (§ 53 I, II 1; 54). El modelo concurrente o competidor es el **principio de acumulación** (del lat. *cumulare*, acumular, cumular), en el que las penas particulares o individuales se unen unas junto a otras o en su caso se contabilizan conjuntamente. El Derecho vigente sólo conoce además la "imposición por separado" (es decir, la coexistencia unas junto a otras) de diferentes penas, consecuencias accesorias, medidas y otras sanciones*. Este tipo de acumulación está previsto en los casos del § 53 II 2 de forma facultativa, en los del § 53 III, IV de forma obligatoria. Se encuentra además en la coincidencia de penas conforme al StGB con sanciones conforme a la WStG, la JGG y la OWiG [Ley penal militar, Ley de tribunales de menores y Ley de contravenciones]. 123

b) Pluralidad de penas privativas de libertad

124 En caso de varias penas privativas de libertad impuestas conforme al Derecho penal común o general, se prevé de forma imperativa la formación de una pena conjunta o global conforme al § 53 I. Se lleva a cabo normalmente (§ 54 I 2) conforme al principio de asperación, mientras que en caso de condena a prisión perpetua, aunque se añadan otras penas de privativas libertad temporales o perpetuas, únicamente se condena siempre a la pena conjunta "perpetua" (§ 54 I 1; hasta 1986 se acumulaban las penas en dichos casos).

125 Básicamente, el principio de la formación de una pena conjunta o global también rige para el arresto penal, que conforme al § 9 II 1 WStG [Ley penal militar] consiste "en privación de libertad". Se ha de formar una pena conjunta o global tanto cuando se hayan impuesto varias penas particulares o individuales de arresto penal, como también cuando concurran pena de prisión y arresto penal (§ 13 II 1 WStG). En este último caso, se debe agravar la pena de prisión como pena más grave. También en los otros casos, si se obtiene una pena total de más de seis meses, se deberá condenar "a pena de prisión en lugar de a pena de arresto penal" (§ 13 I 1 WStG); ya que el máximo del arresto penal es seis meses (§ 9 I WStG).

126 No obstante, la ley admite también una imposición por separado de pena de prisión y de arresto penal cuando una pena conjunta habría de suspenderse condicionalmente, pero "la salvaguarda de la disciplina" [militar] "exige la ejecución del arresto penal" (§ 13 II 2; 14 a WStG). Como el autor pierde de esta forma la "rebaja" de la formación de la pena global o conjunta, las penas particulares o individuales se deben "acortar de tal forma que su

* Sobre la comparación entre el sistema de tratamiento penológico del concurso real en el Derecho alemán (básicamente la asperación, pero en ciertos casos la acumulación) con otros sistemas jurídicos tales como el de acumulación limitada en el CP español, el argentino similar al modelo de asperación alemán y el intermedio del CP colombiano cfr. *infra* la nota * en el nm. 143. [N. del T.]

suma no supere la duración de la pena conjunta que habría que imponer de lo contrario" (§ 13 II 3 WStG).

En condenas conforme a la JGG [Ley de tribunales de menores] no se 127
plantea la formación de la pena global o conjunta, porque se aplica el principio de la pena unitaria (§ 31 JGG). Incluso cuando un autor sea condenado tanto a pena de privación de libertad como a pena juvenil, en principio a partir de ahí no se puede formar una pena conjunta[135]. La única excepción la encontramos en el § 32 JGG: si se juzgan al mismo tiempo varios delitos, a los que habría que aplicar parcialmente el Derecho penal de menores y parcialmente el Derecho penal común y si el mayor peso recae en los hechos que se deben juzgar conforme al Derecho penal de adultos, se aplicará "de forma unitaria el Derecho penal común o general", que efectivamente admite una pena global o conjunta[136].

c) **Pluralidad de penas de multa**

También en caso de imposición de una pluralidad de penas de multa, la 128
ley prevé en el § 53 I una obligatoria formación de una pena conjunta. Hasta la primera StrRG las multas estaban sujetas al principio de acumulación. No obstante, ya el P 1962 apoyó para éstas la transición a la formación de la pena global o conjunta y el legislador de la reforma así lo hizo. El razonamiento para ello es convincente[137]. Mientras que la multa, "en efecto, en principio sólo impide la satisfacción de necesidades más o menos secundarias, con su aumento se acerca cada vez más al mínimo vital y se hace por ello cada vez más sensible". Por lo tanto, una acumulación contradiría el principio de culpabilidad.

Como [en Derecho alemán] no existen preceptos penales que conminen 129
exclusivamente con penas de multa, sólo se puede llegar a múltiples condenas de multas, cuando o bien la multa va unida como pena típica a pena privativa de libertad (como por ejemplo en los §§ 242 y 263 StGB) y el tribunal imponga en su caso una multa, o cuando la multa conforme al § 47 sirva para evitar una pena de privación de libertad de corta duración. Es indiferente si la multa surge o se produce de una u otra forma. Si se han impuesto dos multas conforme a la sustitución del § 47 StGB, a partir de ellas puede no formarse una pena conjunta privativa de libertad si la pena conjunta de multa supera el límite de seis meses del § 47 (BGH NJW 1995, 178), ya que de lo contrario se frustraría la finalidad de evitación de las penas privativas de libertad.

Si en un procedimiento penal se juzga junto a un delito al mismo tiempo 130
una contravención administrativa (§§ 42, 45, 83 OWiG), no se puede formar

---

[135] BGHSt 10, 100; 14, 287; 36, 270.
[136] BGHSt 12, 129, 134; a favor del § 105 II JGG: BGHSt 37, 34, 39; 40, 1, 2.
[137] BT-Drucks. IV/650, 193.

a partir de ellos una pena global o conjunta, ya que lo prohíbe la diferencia de esencia que el legislador pretende entre ambas sanciones, incluso aunque requieran igualmente un pago de dinero (OLG Köln NJW 1979, 379), sino que en ese caso la pena de multa y la sanción administrativa se deben imponer de forma acumulativa. Contra esto se puede objetar que de esta forma el condenado puede ser cargado con pagos dinerarios desproporcionadamente elevados, de modo que se produce una situación que precisamente debería ser remediada mediante la introducción de una pena conjunta de multa[138]. Por otro lado, en dichos casos en contra de una pena conjunta de multa habla no sólo la indeseada confusión entre pena e infracción administrativa, sino también la circunstancia de que la OWiG sólo prevé la acumulación (§ 20 OWiG).

d) Pena privativa de libertad (de prisión) y de multa en caso de distintos hechos

131 Si concurren una pena privativa de libertad y una multa, conforme al § 53 II 1 se creará igualmente una pena global o conjunta, en la que conforme al § 54 III una cuota diaria corresponde a un día de privación de libertad. No obstante, el tribunal también puede acumular, es decir imponer multa junto con pena privativa de libertad. A este respecto **se discute si por regla general se debe formar una pena conjunta o determinar por separado penas privativas de libertad y multas, o si no se debe adoptar en absoluto una relación regla-excepción, sino que la decisión sólo se pueda tomar por la vía de la ponderación de cada caso en concreto.**

132 La jurispr.[139] y una parte de la doctrina[140] parten de la idea de que por regla general se debe crear una pena global o conjunta y que la acumulación de pena privativa de libertad y multa sea la excepción. En favor de esta posición se puede alegar que el texto de la ley establece la prioridad o primacía de la pena conjunta (§ 53 II 1), de la cual parte la ley también en los demás casos.

133 La opinión contraria[141], que para el caso normal defiende la imposición por separado de pena privativa de libertad y multa, puede invocar el hecho de que la pena conjunta, que en los casos del § 53 I beneficia al autor en comparación con una concebible acumulación, le supone un perjuicio si concurren multa y pena privativa de libertad, pues la multa se convierte en una pena privativa de libertad más grave. Además, la primacía de la pena conjunta o global privativa de libertad contradice el principio establecido en

---

[138] Cfr. *Cramer*, JurA 1970, 205; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 53, nm. 16.

[139] BGH MDR (D) 1973, 17; BGH GA 1987, 80; 1989, 132, 133; BGH JR 1989, 425 s. con Com. positivo de *Bringewat*; BGH wistra 1994, 61; BayObLG MDR 1982, 770; OLG Koblenz GA 1978, 188 (dubitativa).

[140] NK-*Frister*, § 53, nm. 24; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 53, nm. 6.

[141] *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 53, nm. 18-20; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, § 53, nm. 14.

el § 47, según el cual por lo menos en el ámbito de la pequeña delincuencia se debe anteponer la multa.

La mejor solución es no dar primacía a ninguna de las dos opciones de antemano, sino decidir conforme a las reglas generales de la determinación de la pena si lo adecuado es una pena privativa de libertad agravada o una acumulación[142]. Pues el legislador le abre al juez ambos caminos y, como la discrecionalidad de la acumulación no está vinculada a ningún requisito restrictivo, se debería imponer, en el marco de lo adecuado a la culpabilidad, la pena preventivamente indicada en cada caso. Del § 47 no se desprende ningún argumento convincente para la primacía básica de una imposición de multas por separado, pues el texto del § 53 no ofrece ningún punto de apoyo al respecto; y la evitación de penas cortas privativas de libertad, que es de lo que se trata en el § 47, concierne únicamente a una parte de los casos, en los que se puede tener en cuenta este punto de vista también en el marco de la medición de la pena (cfr. nm. 135). 134

Así que la multiplicidad de delitos puede indicar la conveniencia de una pena conjunta privativa de libertad incluso cuando algunos de los delitos individuales que van a entrar dentro de ella sólo merecerían una multa si se consideraran de forma aislada. Por otro lado, si el centro de gravedad se sitúa en las multas, se debe condenar de forma separada a pena privativa de libertad y a multa. También las reflexiones específicamente preventivas pueden señalar tan pronto en esta dirección como en aquella dirección. Así, para facilitar medidas de resocialización efectivas puede ser deseable una prolongación de la pena privativa de libertad y con ello una pena conjunta o global. No obstante, también puede suceder todo lo contrario: si la pena conjunta supone perjuicios jurídico-administrativos graves para el condenado debido a la duración de la privación de libertad[143] o impide una suspensión condicional de la pena[144], resulta contraindicada preventivo-especialmente y se requiere por ello una imposición separada de multa y pena privativa de libertad. Si concurre una pena privativa de libertad con una multa impuesta conforme al § 47, en la mayoría de los casos la finalidad del § 47 hablará a favor de una imposición separada de la multa. 135

La jurispr., a pesar de aceptar en principio la primacía de la pena conjunta o global, se aproxima de modo favorable a la concepción aquí defendida en la medida en que para la imposición de la pena conjunta o global exige al juez de instancia una fundamentación especial y naturalmente orientada a los principios de la teoría de la medición de la pena, cuando la pena con- 136

---

[142] *Bringewat*, 1987, nm. 116 s.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 68 II 2; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 53, nm. 4; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, § 53, nm. 13 ss., 14; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 53, nm. 6; sin duda *Joecks*, 3.ª, § 54, nm. 2.

[143] BGH wistra 1986, 256 s.; BGH NJW 1989, 2900.

[144] BGH MDR (H) 1985, 793; BGH StV 1986, 58; 1992, 225; BGH NJW 1990, 2897.

junta en un caso concreto conlleve especiales desventajas para el autor[145]. No obstante, éste no es siempre el caso en absoluto, ya que ciertamente la pena privativa de libertad es como tal más grave que la multa, pero cuando en la formación de la pena conjunta se aplique sólo una pequeña agravación, la eliminación de una multa más elevada puede experimentarse por el reo también como un alivio.

e) Pena privativa de libertad (de prisión) y multa en el mismo hecho

137 Conforme al § 41 se puede imponer pena de privación de libertad y multa para una misma acción si el autor "mediante el hecho se ha enriquecido o ha intentado enriquecerse". En dicho caso, la remisión del § 53 IV al § 52 III da como resultado que el tribunal "pueda imponer multa por separado junto a una pena privativa de libertad". La ley no indica expresamente que en dicho caso no se pueda crear una pena conjunta o global. No obstante, el texto de la ley lo sugiere, ya que el § 52 III al que se hace referencia, y que afecta al concurso ideal, no reconoce por supuesto la pena conjunta, pero también es verdad que el propósito del § 41 impone una coexistencia de pena privativa de libertad y multa, ya que, dado que la multa debe privar al autor del enriquecimiento que ha conseguido o al que ha aspirado, ésta no puede ser absorbida por la pena privativa de libertad.

138 Si se imponen múltiples multas conforme al § 41 para múltiples hechos, se debe imponer en este sentido una pena conjunta o global de multa, como se desprende tanto del § 53 I como del § 53 II 2. Lo mismo es aplicable cuando las multas conforme al § 41 concurren con multas impuestas de forma independiente (siempre y cuando éstas no sean absorbidas en una pena conjunta privativa de libertad)[146].

f) Pena privativa de libertad y penas accesorias, consecuencias accesorias y medidas

139 También estas otras sanciones aparecen, dado el caso, junto con la pena conjunta o global privativa de libertad, como se desprende de la remisión del § 53 IV al § 52 IV 2. La medida etc. tiene que aparecer junto con la **pena individual** merecida; es decir, no es suficiente si sólo la pena conjunta o global cumple sus requisitos. Si es aplicable una de las consecuencias mencionadas (p.ej. una retirada del permiso de conducir conforme al § 44) en varias penas individuales (en el ejemplo: por diferentes delitos contra la seguridad del tráfico vial), en ese caso, cuando se trata de la misma consecuencia jurídica, ésta sólo se deberá imponer una única vez. A ese respecto se puede cal-

[145] Cfr. las citas en n. 143 y 144. [el texto original alemán menciona las n. 145 y 146, pero se trata de un error. N. del T.]

[146] *Bringewat*, 1987, nm. 125 y 128 i. f.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 68 II 2; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, § 53, nm. 18; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 53, nm. 22.

cular una duración mayor que la que correspondería en una pena accesoria individual; pero se debe respetar el límite máximo legal (en el § 44: tres meses). Si para los hechos individuales se prevén legalmente diferentes penas accesorias, consecuencias accesorias o medidas, éstas se han de imponer en su caso de forma conjunta unas al lado de otras.

3. La formación de la pena conjunta o global

La misma está regulada en los detalles particulares en el § 54 y se desarrolla en tres pasos.

a) La fijación o asignación de las penas particulares

En primer lugar hay que fijar una pena independiente para cada hecho 140
particular de los que están en concurso real. Para ello en la medición de la pena básicamente hay que proceder como si el hecho hubiera de ser enjuiciado solo; pues la valoración global de todos los hechos punibles no se produce hasta la fijación de la pena conjunta o global (§ 54 I 3). Ciertamente sin embargo, según la jurispr. ello no rige totalmente sin restricciones, porque en determinadas circunstancias también para la medición de la pena en el hecho particular puede ser relevante que éste se haya cometido dentro del contexto de otros delitos. En particular para enjuiciar la cuestión de si hay que imponer excepcionalmente una pena privativa de libertad inferior a seis meses con arreglo al § 47, la jurisprudencia permite tener en consideración la pluralidad de hechos cometidos[147]. Y efectivamente ello es correcto, pues en caso contrario, si sólo se impusieran las penas de multa particulares, ya no podría surgir de ellas la pena privativa de libertad necesaria en un enjuiciamiento conjunto de todos los hechos.

Las penas particulares o individuales tienen en relación con la pena 141
conjunta un cierto significado autónomo, porque van vinculadas a ellas las sanciones que hay que imponer en virtud del § 53 III y IV junto a la pena privativa de libertad (nm. 137-139). Y también pueden quedar subsistentes penas particulares si al final no procede la pena conjunta u otras penas individuales. Por eso es necesario indicar en los fundamentos de la sentencia (¡no en el tenor del fallo!) cada pena particular con los factores de medición determinantes de la misma.

b) La determinación de la pena de arranque o base de partida

En un segundo paso de esta labor hay que determinar o calcular la pena más 142
grave de las penas particulares merecidas (la denominada pena de arranque,

---

[147] BGHSt 24, 268, 271; BGH MDR (D) 1970, 196. Asimismo en la doc. *Bringewat*, 1987, nm. 154 s.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 68 III 1 a.

base o de partida*). Ello se produce básicamente del mismo modo que en el concurso ideal (nm. 110 ss.). En caso de varias penas privativas de libertad la más grave es aquella que condena a la mayor o más larga privación de libertad. En caso de varias penas de multa la más grave es aquella en la que se impone el mayor número de cuotas diarias[148]; por tanto no es necesariamente decisivo el importe que hay que pagar. Y si las penas particulares son en parte privativas de libertad y en parte de multa, la más grave es siempre la pena privativa de libertad; ello rige incluso aunque ésta sea en duración inferior al número de cuotas diarias impuestas en el marco de una pena de multa[149].

c) La agravación conforme al principio de asperación

143 En el último paso de la formación de la pena global o conjunta la pena de arranque o base de partida se incrementa con arreglo al principio de

---

* El término alemán es *Einsatzstrafe*, que admite múltiples traducciones. En efecto, el sustantivo *Einsatz* (y el verbo *einsetzen* del que procede) posee múltiples connotaciones, significados y matices según el contexto en que se utiliza, cada uno de los cuales se traduce de una manera al español. Por citar sólo algunos de los significados más frecuentes y que aquí pueden interesar, por una parte significa la entrada en acción o la puesta en acción, el arranque o inicio (partida) de un proceso, o de una obra musical o de otro tipo, el empleo, uso, utilización o puesta en juego de medios o recursos –en el caso del dinero la inversión de capital o en el juego la puesta en juego o apuesta de una cantidad–, pero también la acción y efecto de plantar (una planta o figuradamente algo), de injertar, insertar, interponer o intercalar en mitad de algo, de un objeto o en un proceso. Atendiendo a todos los primeros significados del término, se trata de que de entre las penas particulares o individuales de cada acción delictiva ahora se toma una, la más grave, y una vez calculada y determinada, esa es la que se utiliza, emplea, entra en acción o en juego como arranque, inicio o base de partida para llegar a la pena final: la pena conjunta o global. Por tanto se puede utilizar una traducción múltiple, la que se prefiere aquí, como pena de arranque o pena base o pena de partida, o pena base de partida. Pero caben más sinónimos, como pena de inicio o de comienzo o, si se conoce el contexto (pena elegida y empleada para llegar a la pena final), también –aunque ya son traducciones menos expresivas e inteligibles– como pena empleable o utilizable, pena de entrada, o de entrada en acción o en juego, o de puesta en juego. Y así p.ej. en la traducción de la PG de Maurach *Córdoba* la traduce como "pena base" (*Maurach*, Tratado de DP, II, Barcelona, 1962, 479), traducción que repite *Bofill* con supervis. de *Donna* en *Maurach/Gössel/Zipf*, DP PG 2, trad. de la 7.ª ed., Buenos Aires, § 56/66, p. 598; *Mir* opta por "penalidad disponible" (que parte de la idea de lo utilizable o empleable a partir de algo) en su trad. de *Jescheck*, Tratado DP, PG (trad. y adiciones a la 3.ª ed.), Barcelona, 1981, § 68 III 1 b, p. 1028; y *Cuello Contreras/Serrano González de Murillo* traducen como "pena de partida" en *Jakobs*, DP, PG, 2.ª, Madrid, 1997, 33/18, p. 1112. Si aquí ciertamente se utilizan también las traducciones pena base o de partida o base de partida, pero se les antepone "pena de arranque", es porque arranque o entrada en acción es significado más específico de *Ansatz*, mientras que para los otros términos hay palabras más específicas en alemán: *Ausgang* para "partida" o "salida" (así que la pena de partida sería la *Ausgangsstrafe*), y para "base" los vocablos *Grund* o *Grundlage* (por tanto sería *Grundstrafe* o *Grundlagenstrafe*). Pero teniendo en cuenta que la *Einsatzstrafe* es la pena que hay a mitad del proceso tripartito del Código alemán en este punto, también se podría traducir ciertamente por pena intermedia, interpuesta o intercalada (entre las iniciales penas particulares de cada acción delictiva y la definitiva pena global o conjunta), atendiendo al sentido de expuesto de insertar, injertar, intercalar o interponer. No obstante he optado por los primeros significados, dado que son los mayoritariamente usados en las traducciones existentes. [N. del T.]

[148] BGH NJW 1986, 1117.

[149] BGHSt 37, 106, 133; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 54, nm. 5; *Tröndle/Fischer*, 50.ª § 54, nm. 5.

asperación, siempre que aquélla –como ocurre en la pena de prisión perpetua (§ 54 I 1) o en una pena temporal de prisión de quince años– no llegue ya al límite máximo absoluto. A tal efecto se forma un nuevo marco penal, cuyo límite inferior consiste en un aumento de la pena de arranque o base de partida y cuyo límite superior "no puede alcanzar la suma de las penas particulares" (§ 54 I 2; II 1)**. Por consiguiente, es una vía equivocada para obtener la medida de la pena la de computar primero conjuntamente las penas particulares y a continuación efectuar una reducción o descuento o incluso determinar primero una pena conjunta o global y posteriormente fijar las penas individuales que encajan en la misma[150].

El incremento de la pena de arranque (o base de partida), si se trata de 144
una pena privativa de libertad, como mínimo tiene que corresponder a la unidad menor de las previstas en el § 39: es decir, una semana en las penas privativas de libertad inferiores a un año, y un mes en las penas privativas de libertad a partir de un año. Por tanto, si la pena particular más grave de las privativas de libertad que se ha merecido el sujeto tiene una cuantía de nueve meses el límite inferior de la pena conjunta será de nueve meses y una semana. Si la pena de arranque o base de partida tiene una cuantía de dos años, el marco penal comenzará en dos años y un mes. En el supuesto de pena de multa la unidad mínima es una cuota diaria (§ 40); por tanto en esa cuota habrá de agravarse como mínimo la pena unitaria.

Si coinciden pena(s) privativa(s) de libertad y pena(s) de multa, para la 145
formación de una pena conjunta, hay que calcular la conversión de la multa en pena privativa de libertad, a cuyo efecto corresponde "una cuota diaria a un día de privación de libertad" (§ 54 III). Por tanto, si p. ej. al sujeto le corresponde una pena de prisión de seis meses y además una pena de multa

---

** Éste es el sistema de tratamiento penológico del concurso real en el Código alemán. pero como es sabido, existen otros muchos sistemas legales posibles. Por citar sólo algunos ejemplos: En los arts. 73, 75 y 76 del CP español de 1995, siguiendo el modelo del los anteriores CP históricos, para el concurso real (porque, aunque no se menciona la pluralidad de acciones, ello se desprende de que en el art. 77 se regula el concurso ideal y el medial con la asperación de la pena más grave, que se impone en su mitad superior) se sigue un sistema doble: primero de acumulación material o aritmética de penas en la imposición de la suma de éstas en la condena, pero en segundo lugar, para el cumplimiento efectivo se introducen las limitaciones de la llamada acumulación jurídica: como máximo el triplo de la pena más grave y a su vez límites absolutos de duración del máximo de cumplimiento (de 25, 30 o 40 años según los casos); así en la fase de cumplimiento real el sistema español no difiere totalmente del sistema alemán de asperación de la pena más grave. En el art. 55 del CP argentino, en un sistema similar al alemán para el concurso real (en el concurso ideal el art. 54 impone sólo la pena mayor), la pena aplicable en caso de penas homogéneas "tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos", con un límite máximo de 50 años de prisión. O en el art. 31 del CP colombiano se prevé para el concurso real o ideal, por igual, aplicar la disposición "que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas". [N. del T.]

[150] LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, § 54, nm. 5.

de 90 cuotas diarias, resultará una pena conjunta mínima de seis meses y una semana de prisión.

146 Hacia arriba la pena conjunta es doblemente limitada: en primer lugar no puede alcanzar la suma de las penas particulares (§ 54 II 1: límite superior concreto o relativo); y en segundo lugar no puede sobrepasar los quince años en las penas privativas de libertad temporales ni setecientas veinte cuotas diarias en el caso de pena de multa (§ 54 II 2: límite superior abstracto). En caso de pena de prisión perpetua no procede la asperación (§ 54 I 1), de tal modo que en ese caso la pena de arranque es idéntica a la pena global o conjunta.

147 El concreto límite superior o máximo resulta de una primera adición y una posterior resta o sustracción. En primer lugar se suman todas las penas particulares. Esto es posible sin más en caso de coincidir pena de prisión y de arresto (BGHSt 12, 244) y si coinciden pena privativa de libertad y de multa, mediante conversión y cálculo de esta última según el baremo del § 54 III. A continuación la suma de las penas particulares resultante de la adición ha de ser reducida en una unidad como mínimo, o sea en una semana o un mes en caso de penas privativas de libertad y en una cuota diaria en caso de penas de multa. Por tanto, si al sujeto le corresponden dos penas de prisión, de uno y dos años respectivamente, el marco penal de la pena conjunta irá desde un año y un mes hasta dos años y once meses.

148 Sólo se podrán producir desviaciones de este modo de cálculo si el tiempo de incremento mínimo, que hay que tomar del § 39 ya alcanza por sí mismo la suma de las penas particulares y con ello contradice el § 54 II 1. Si p. ej. al sujeto se le ha impuesto una pena particular de un año y otra de un mes, según el § 39 habría que calcular una pena mínima de un año y un mes; pero esto entra en colisión con el límite máximo concreto fijado en el § 54 II 1, en virtud del cual la pena global o conjunta ha de quedar por debajo de la suma de las penas particulares: Por eso en este caso jurispr.[151] y op. dom [152] admiten un aumento mínimo de una semana, de manera que la cuantía de la pena conjunta puede ser un año y una semana, un año y dos semanas o un año y tres semanas.

149 El segundo límite superior lo constituye la cuantía máxima abstracta, tal como está fijada en el § 54 II 2 (cfr. nm. 146). Si p.ej. al reo le corresponden penas privativas de libertad que conjuntamente suman 25 años, el límite superior de la pena conjunta o global no es de 24 años y once meses de acuerdo con la cuantía máxima concreta, sino quince años. Y lo propio rige para la pena de multa.

150 **Dentro del marco penal así formado la fijación concreta de la pena conjunta precisa un acto independiente de medición de la pena, en el cual se**

---

[151] BGHSt 16, 167; 41, 374, 376; BGH NStZ 1996, 187.

[152] *Bringewat*, 1987, nm. 167; NK-*Frister*, § 54, nm. 18; SK-*Horn*, 7.ª, § 39, nm. 3; *Lackner/Kühl*, 24.ª § 54, nm. 4; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, § 54, nm. 5; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 39, nm. 4; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 39, nm. 6.

"valoren conjuntamente la persona del reo y los concretos hechos punibles" (§ 54 I 3). No basta por tanto con fundamentar las penas particulares y a continuación respecto de la pena conjunta o global constatar en la sentencia únicamente: "la pena conjunta que hay que formar pareció adecuada en una cuantía de cinco años"[153]. Por el contrario es necesaria una fundamentación adicional específica, que se basa en la concepción del legislador de "que los hechos particulares son emanación de una personalidad única del sujeto y por ello han de ser enjuiciados no como mera suma, sino como un conjunto". Ha de efectuarse una "visión global de todos los hechos". "A este respecto hay que considerar diversos factores, a saber, la relación de los hechos particulares entre sí, en especial su conexión, su mayor o menor autonomía, y además la frecuencia de la comisión, la igualdad o diversidad de los bienes jurídicos lesionados y de los modos comisivos así como el peso total del supuesto que hay que juzgar".

Junto a la valoración global de los hechos opera la de la personalidad del 151
autor. A ese respecto hay que tomar en cuenta "junto a su sensibilidad a la pena sobre todo su mayor o menor culpabilidad en relación a la totalidad del suceso". También es importante determinar "si los varios hechos punibles proceden de una tendencia criminal o en los hechos imprudentes de una disposición de ánimo general de indiferencia o si por el contrario se trata de delitos ocasionales sin vinculación interna".

A pesar de estas indicaciones relativamente concretas quedan dos proble- 152
mas básicos aún sin aclarar suficientemente. **Discutida** es en primer lugar la cuestión de **si los factores o criterios de medición de la pena que ya han sido considerados en cada pena particular, también pueden volver a desempeñar un papel en la determinación de la pena conjunta**. En contra de esta posibilidad se aduce la "prohibición de doble utilización y valoración" que rige en el resto del ámbito de la determinación de la pena[154]. Frente a esta posición, la jurispr. y un sector de la doctrina[155] parten de la base de que no es practicable una total separación de los puntos de vista decisivos para la pena particular y la pena conjunta. "Circunstancias como las relaciones personales y económicas del reo, su vida anterior y su actitud interna expresada en el hecho, que ya ... deben ser tenidas en cuenta en la fijación de las penas particulares, tienen también una importancia esencial en la formación de la pena global o conjunta. Dichas circunstancias pueden ser por una parte con-

---

[153] Ejemplo tomado de BGHSt 24, 269. Tb. todas las siguientes citas proceden de BGHSt 24, 269/270.

[154] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 68 III 1 c. Asimismo *Dreher*, JZ 1957, 157; *Jakobs*, AT, 2.ª, 33/18; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª § 54, nm. 15; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 54, nm. 10; básicamente tb. SK-*Samson/Günther*, 6.ª, § 54, nm. 9.

[155] BGHSt 8, 205, 210; 24, 268, 270 s. con Com. aprobatorio de *Jagusch*, NJW 1972, 454; OLG Hamm NJW 1977, 2087, 2088; OLG Köln NJW 1953, 275, 276; OLG Saarbrücken NJW 1975, 1040, 1041; *Bringewat*, 1987, nm. 184; *Bruns*, H. Mayer-FS, 1965, 374 s.; *Geerds*, 1961, 376, n. 765; *Lackner/Kühl*, 24.ª § 54, nm. 6; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, § 54, nm. 12.

sideradas aisladamente para el hecho particular, y por otra parte 'sintéticamente como conjunto' en su repercusión sobre la totalidad de los hechos".

153 Esta última perspectiva es la que merece apoyo; pues p. ej. la constatación de las respectivas infracciones individuales del cuidado debido es algo distinto de la indiferencia y desconsideración frente a bienes jurídicos ajenos, que resultan de la suma de aquéllas. Cierto que la valoración global se remonta en su caso a los mismos hechos que han sido valorativamente empleados en la medición de la pena para el hecho particular, pero los enjuicia bajo otro aspecto distinto. Tal "valoración repetida, pero de diversa forma, de los mismos (bifuncionales) hechos y circunstancias de la medición de la pena"[156] ha de considerarse como lícita y admisible.

154 **Tampoco está claro si los hechos punibles en serie tienen importancia en la formación de la pena conjunta con carácter agravante[157] o atenuante[158].** Lo correcto parece juzgar esos supuestos diferenciando. Así, si diversos hurtos representan sólo la realización sucesiva de un dolo global unitario, en la que antes se admitió un delito continuado (cfr. *infra* nm. 248 ss.), o si varios hechos similares se deben a que el sujeto ha caído en la misma tentación, la comisión *formaliter* repetida puede ser juzgada de modo más benigno. Pero dicha comisión, como sucede en caso de robos con atraco constantemente repetidos y basados en decisiones siempre nuevas, también puede delatar una especial energía criminal y de ese modo operar con carácter agravante.

155 Por lo demás la jurispr. le plantea a la fundamentación de la medida de la pena exigencias tanto mayores cuanto más se aproxima dicha medida al límite inferior o superior del marco penal[159]. Por tanto, si la pena conjunta a pesar de haber muchos hechos particulares va a quedar sólo un poco por encima de la pena de arranque o base de partida, ello ha de fundamentarse de modo exactamente igual de minucioso que si la pena conjunta se aproxima a la acumulación.

4. La posterior formación de la pena conjunta o global

156 La posterior formación de la pena conjunta o global debe compensar una omisión de la justicia penal, incluyendo ahora en la pena conjunta hechos que ya habrían tenido que ser considerados en la sentencia anterior si en-

---

[156] Cfr. sobre ello espec. *Bringewat*, 1987, nm. 184.

[157] BGHSt 24, 268, 270; 36, 320 ss.; BGH NStZ 1992, 389; 1996, 187, 188; BGHR StGB, antes del § 1, acción continuada, repercusiones, desfavorables, núms.. 6 y 7; *Bender*, NJW 1964, 807 s.; *Böhnert*, ZStW 105 (1993), 850; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 68 III 1 c; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 54, nm. 14.

[158] BGH StV 1994, 424, 425; 1997, 76; BGH NJW 1995, 2234; BGHR StGB, § 54 ap. 1, medición, núms. 2 y 4; *Arzt*, JZ 1994, 1001; *Geisler*, Jura 1995, 82.

[159] BGHSt 5, 57 ss.; 8, 205, 210; 24, 268, 271; BGH JR 1954, 147; BGH StV 1994, 424, 425.

tonces hubieran sido conocidos. Por consiguiente, el condenado debe ser protegido de perjuicios penales que se le originarían por dos condenas independientes. La ley condiciona la formación posterior de la pena conjunta o global a tres presupuestos: En primer lugar el hecho que hay que enjuiciar posteriormente tiene que haber sido cometido antes de la condena anterior (a). En segundo lugar la pena anteriormente impuesta aún no puede estar "ejecutada, prescrita o condonada (b). Y en tercer lugar la sentencia anterior ha de ser firme (c)".

a) La comisión antes de la condena anterior

Un hecho ha sido cometido antes de la anterior condena si su momento temporal es anterior a la última decisión judicial del hecho sobre la cuestión de la culpabilidad y la pena[160]. En el caso de la denominada orden penal [pena leve] depende del momento en que se dicta (BGHSt 33, 320), pues hasta la última decisión material aún se habría podido formar una pena conjunta[161]. 157

Sobre la cuestión de cuáles son los presupuestos para que se haya "cometido el hecho punible antes de la anterior condena", según la doc. dom. decide su terminación material[162]. Por tanto, según esto p.ej. en caso de unidades de acción naturales o típicas o de un delito permanente ha de estar concluido el último acto (parcial) de la acción. 158

La opinión contraria[163] atiende a la consumación formal. Y tiene las mejores razones a su favor, pues ya el hecho formalmente consumado puede ser juzgado como delito consumado y con ello en la anterior condena habría podido ser incluido en la pena conjunta o global. En cambio va demasiado lejos la posición de *Frister*[164] cuando pretende incluir ya incluso una tentativa punible realizada antes de la condena anterior en la posterior formación de la pena conjunta; pues si en el momento de la anterior condena sólo había una tentativa y era incierto si daría lugar a la consumación, el hecho aún no podía ser juzgado definitivamente y por ello aún no podía ser incluido en la anterior condena (BGH NStZ 1994, 482 s.). 159

Tampoco es totalmente indiscutida la cuestión de cómo se debe proceder si los hechos enjuiciados por el segundo juez se han cometido en parte an- 160

---

[160] BGHSt 2, 230 ss.; 4, 366; 15, 66, 69; 17, 173, 175; BGHR StGB, § 55 ap. 1 inciso. 2, efecto de cesura, n.º 1.

[161] Sobre la cuestión de qué sentencias en particular se pueden considerar decisiones sobre el fondo, cfr. con numerosas citas concretas LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, § 55, nm. 5-7.

[162] RGSt 59, 168; BGH MDR (H) 1988, 101; BGH NJW 1991, 2847; BGH wistra 1996, 144, 145; BGH, recogida en *Detter*, NStZ 1989, 470; OLG Hamm NJW 1954, 324; 1957, 1937; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 55, nm. 4; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 55, nm. 12; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 55, nm. 7.

[163] *Bringewat*, 1987, nm. 213/214; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, § 55 nm. 6; NK-*Frister*, § 55, nm. 8.

[164] NK-*Frister*, § 55, nm. 9.

tes y en parte después de la segunda sentencia. La jurispr.[165] y la op. dom.[166] admiten que también en tal caso sólo pueden incluirse en la formación de la pena conjunta los delitos producidos antes de la condena anterior, y consideran que para los hechos posteriores hay que formar entonces una segunda pena independiente, particular o conjunta.

161 La opinión contraria pretende incluir en la pena conjunta también hechos cometidos posteriormente[167] con la argumentación de que la cesura mediante la condena previa es contraria a la idea en la que se basa la formación de la pena conjunta, o sea que dentro de lo posible todos los hechos del reo que va a ser condenado deben ser saldados mediante una única pena conjunta. Una opinión intermedia defiende *Stree*[168], que no admite que rija el efecto de cesura de la anterior sentencia "cuando la anterior condena según la clase del hecho enjuiciado no podía ser adecuada para ejercer sobre el autor una llamada de advertencia en relación con el hecho posterior". En consecuencia, según él "si el autor ha cometido varios atracos o falsos testimonios con perjurio, la inclusión de las penas impuestas por ellos en una pena conjunta conforme al § 53 no puede ser impedida por el hecho de que el autor en el tiempo transcurrido entre los delitos ... haya sido condenado por lesiones imprudentes. De lo contrario, sólo por eso podría quedar sin aplicación el límite máximo del § 54 II".

162 Las opiniones divergentes tienen peso político-criminal, pero no concuerdan con el Derecho vigente, pues el tenor literal del § 55 requiere inequívocamente que el hecho que se vaya a incluir haya sido cometido antes de la anterior condena. Y tampoco el fin de la ley cubre la inclusión de hechos posteriores, ya que el reo debe ser colocado sólo tal como habría estado si en la primera condena hubieran sido saldados todos los hechos cometidos hasta entonces.

b) La pena anterior aún no puede estar extinguida

163 Aparte de ello, una formación posterior de la pena conjunta o global sólo es planteable si la pena anterior aún no "está ejecutada, prescrita o condonada" (§ 55 I 1). La causa de este requisito consiste en que en los citados supuestos de "extinción" la pena anterior ya no puede ser incluida en una nueva pena conjunta. Concurre ejecución si una pena privativa de libertad ha sido extinguida por cumplimiento, una pena de multa pagada o la pena privativa de libertad sustitutiva de ésta por impago ha sido cumplida. Pres-

---

[165] RGSt 4, 53 ss.; BGHSt 9, 370, 383; 32, 190, 193 s.; BGH GA 1955, 244 s.; 1956, 50 s.; 1963, 374 s.; BGH MDR (H) 1979, 987; BGH StV 1981, 620 s.; BayObLGSt 1955, 123 s.; BayObLG NJW 1971, 1193 s.; OLG Celle GA 1957, 56 s.; OLG Hamm MDR 1976, 162 s.; OLG Zweibrücken NJW 1973, 2116.

[166] *Bender*, NJW 1964, 807 s.; NK-*Frister*, § 55, nm. 16, 15; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 68 III 2; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 55, nm. 7.

[167] *Sacksofsky*, NJW 1963, 894 s.; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, § 53, nm. 9.

[168] *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 55, nm. 16.

cripción de la ejecución de la pena se produce según lo dispuesto en los §§ 79 ss. Y una condonación se producirá en forma de amnistía, indulto y sobre todo tras la superación con éxito del período de prueba en la suspensión condicional (§§ 56 g I; 57 III 1; 57 a III 2).

Si la pena anterior ya ha sido ejecutada, queda por tanto excluida la forma- 164
ción posterior de una pena conjunta. Esto supone una dureza de tratamiento para el reo, porque es castigado dos veces y con ello pierde la atenuación que conlleva el principio de asperación. Por eso la jurispr. le concede en la medición de la pena una compensación de la dureza, que debe compensar ese trato desfavorable[169]. Y la doctrina aprueba con razón esta posición[170]. En cambio, en caso de condonación de la pena anterior –y lo propio ha de regir en caso de prescripción de la ejecución– no es planteable una compensación de la dureza (BGH NStZ 1983, 261), ya que, si la pena anterior ha sido condonada, el autor estará en mejor posición que si tal pena hubiera sido incluida en una nueva pena conjunta.

c) La sentencia anterior ha de ser firme

Este tercer requisito se explica porque no tiene mucho sentido "incluir en 165
una pena conjunta o global penas particulares cuya existencia no está asegurada" (BGHSt 23, 100). Por tanto, la firmeza de la anterior sentencia ha de haberse producido como muy tarde al tiempo de la decisión sobre la pena conjunta en el proceso posterior. Por otra parte, una decisión pronunciada en la anterior sentencia sobre la suspensión condicional (a prueba) de la pena no tiene necesariamente que ser ya firme, porque conforme al § 58 II de todos modos ha de decidirse de nuevo en la nueva sentencia (BGH NJW 1956, 1567 s.).

d) La formación de la posterior pena conjunta o global

La formación de la posterior pena conjunta o global se efectúa en prin- 166
cipio conforme al precepto general del § 54. Por tanto, en primer lugar se determinan las penas particulares, a partir de las cuales se forma a continuación la pena conjunta o global con arreglo a las reglas ya expuestas. Si la pena anterior ya era una pena conjunta, ésta se disuelve como tal; de modo que las antiguas penas particulares subsisten y son incluidas con las que después se han añadido en una nueva pena conjunta o global (BGHSt 12, 99). El tribunal de la segunda sentencia está vinculado a la primera sentencia en las concretas determinaciones y ponderaciones para la medición

---

[169] BGHSt 2, 230, 233; 31, 102 con Com. de *Loos*, NStZ 1983, 260; BGHSt 33, 131; 367, 369; BGH NStZ 1990, 436; BGHR StGB, § 55 ap. 1 inciso. 1, compensación de la dureza, n.º 1; BayObLG NJW 1993, 2127. Sobre las particularidades observables al respecto cfr. para más detalles LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, § 55, nm. 23, 30 ss.

[170] *Bringewat*, 1987, nm. 251; NK-*Frister*, § 55, nm. 33 ss.; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 55, nm. 3; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, § 55, nm. 10; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 55, nm. 28; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 55, nm. 17, 21 s.

de la pena en relación con las penas particulares, pero en cambio es libre en la estimación y valoración conjunta-sintética y en cuanto a la pena global o conjunta que hay que formar sobre esta base. Sobre las dificultades que pueden presentarse en la formación de una pena conjunta de multa cuando las cuotas diarias sean de diferente cuantía en la primera y la segunda sentencia por haber cambiado entretanto las circunstancias económicas del reo, cfr. BGHSt 27, 359; 28, 360 [171].

167 Conforme al § 55 II las penas accesorias, consecuencias accesorias y medidas que se hubieran impuesto en la anterior sentencia hay que "mantenerlas en la medida en que no hayan quedado sin objeto por la nueva sentencia". Sin objeto quedará una anterior medida o consecuencia accesoria cuando se haya convertido en superflua debido a las medidas impuestas en la nueva sentencia. Si p.ej. la nueva sentencia impone una retirada del permiso o licencia de conducción (§ 69), quedará sin objeto una condena de prohibición de conducir (§ 44) impuesta en la anterior sentencia. El internamiento, ordenado en la nueva sentencia, en un establecimiento psiquiátrico (§ 63) hace que esté de más la anterior prescripción de internamiento en un centro de deshabituación (§ 64). O si en la posterior pena conjunta se impone obligatoriamente la ihnabilitación o pérdida de la capacidad para el cargo conforme al § 45 I, ello hará que caduque la denegación de tal capacidad anteriormente impuesta con arreglo al § 45 II.

e) La posterior formación de la pena conjunta mediante decisión con arreglo al § 460 StPO

168 Si se ha omitido la formación posterior de la pena conjunta o global porque el juez posterior no ha conocido la sentencia anterior, en caso de ser firmes todas las sentencias se puede recuperar a posteriori dicha formación de pena conjunta por la vía de la "decisión" (§ 460 StPO). Esta disposición puede ser también aplicada cuando en la segunda sentencia no se pudo efectuar la formación de una pena conjunta por falta de firmeza de la primera sentencia (cfr. nm. 165 y BGHSt 20, 292, 294), o porque en la segunda sentencia no se pudo disponer a tiempo de los datos fácticos de la pena previa (BGHSt 12, 1, 10) o porque al dictarla, debido a la existencia de una demanda de restauración con perspectivas de éxito contra la dilación indebida en el plazo de un recurso, se pudo prescindir de una posterior formación de la pena conjunta (BGHSt 23, 98).

169 Competente para decidir es según el § 462 a III StPO el tribunal de la primera instancia que haya impuesto la pena particular más grave y en caso de igual gravedad la más elevada[172]. Otras cuestiones de detalle sobre la competencia las regula el § 462 a III 2-4 StPO.

---

[171] Minuciosa exposición del estado de la polémica y de los detalles en LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, § 55, nm. 35 ss.

[172] BGHSt 11, 293; BGH NJW 1976, 1512; BGH MDR 1986, 69.

V. El concurso de leyes (unidad de ley)

1. ¿Qué es concurso de leyes?

De concurso de leyes se habla cuando, aunque es cierto que formalmente se han realizado varios tipos, empero mediante el castigo por uno de esos tipos ya se ha retribuido y saldado completamente el contenido de injusto o ilícito y de culpabilidad del suceso. Así p. ej. si alguien comete un robo violento (§ 249), realiza necesariamente también los tipos del hurto (§ 242) y de las coacciones (§ 240); pues los elementos conceptuales de éstos están contenidos en el tipo del robo. Pero en un caso así el autor será castigado sólo por el § 249, porque el contenido de desvalor del hurto y de las coacciones ya ha sido tomado en consideración en el tipo del robo. Entonces los tipos desplazados ya no se manifiestan en absoluto –a diferencia de lo que ocurre en el concurso ideal– en la declaración de culpabilidad; el sujeto será castigado sólo por robo (§ 249), y los §§ 242, 240 no son siquiera mencionados. 170

El concurso de leyes sólo está regulado en el StGB en casos particulares mediante las denominadas cláusulas de subsidiariedad (cfr. para más detalles nm. 192 ss.). Así p.ej. se dice en el § 265 a: "Quien fraudulentamente consiga... la prestación de una máquina automática con intención de no abonar la contraprestación, será castigado con pena de prisión de hasta un año o con pena de multa, si el hecho no está penado en otros preceptos con pena más grave". Según esto el precepto del § 265 a en la práctica sólo es aplicable en las máquinas automáticas de prestación (como pueden ser los teléfonos o básculas automáticas), ya que en las máquina automáticas de artículos o productos (p. ej. las de expendición automática de cigarrillos o bebidas) el hecho de procurarse ilegítimamente tales artículos, como sucede al introducir monedas falsas, se enjuicia como hurto. Dado que el § 242 prevé para el hurto la pena más grave (prisión de hasta cinco años), el autor será castigado en tal caso sólo por hurto conforme a la regulación expresamente adoptada en el § 265 a, y el tipo de la obtención fraudulenta de prestaciones no se toma siquiera en consideración en el fallo de la sentencia. 171

Prescindiendo de las cláusulas de subsidiariedad el legislador ha "renunciado conscientemente,... en vista de la multiplicidad de las situaciones, a dar determinadas directrices para el tratamiento del concurso de leyes"[173]. Y esto ha de ser apoyado. Pues por una parte no se puede fijar *in abstracto* bajo qué condiciones el contenido de injusto de la realización de un tipo ya está contenida en el de otra infracción de las leyes penales: ello presupone una interpretación de los tipos que hay que poner en relación, que sólo se puede efectuar en la Parte especial. Y por otra parte tampoco se precisa una regulación penal si una interpretación de diversos tipos da como resultado que el contenido de desvalor del uno en el caso concreto ya está contenido en el del otro; puesto que ya de los 172

[173] Fundamentación del P 1962, BT-Drucks. IV/650, 191.

principios generales del Estado de Derecho se puede deducir que no es lícito exigir responsabilidad varias veces a una persona por el mismo reproche.

173 La expresión "concurso de leyes" está ya acuñada y como se ha visto, es utilizada también en los materiales legislativos. Es cierto que su elección ha sido desafortunada: pues en primer lugar es difícil hablar de un auténtico "concurso" o concurrencia de diversas leyes, porque la condena se basa sólo en **una** infracción de ley. Y en segundo lugar también y precisamente en el concurso ideal y real concurren varias infracciones de ley, de tal modo que el concepto de concurso de leyes no designa ningún criterio específico de distinción. Por eso el BGH prefiere hablar de "unidad de ley" (BGHSt 11, 17; 25, 373), lo que se ajusta mejor al supuesto de hecho en la medida en que en la declaración de culpabilidad de la condena sólo aflora **una** infracción de ley. Otros hablan –asimismo más certeramente– de "concurso impropio"[174] o "concurso aparente"[175]. Con todo y con eso, el término "concurso de leyes" no es totalmente equivocado en la medida en que el tipo desplazado, ciertamente no en la declaración de culpabilidad, pero sí en otros aspectos, sigue teniendo relevancia y puede dar lugar a consecuencias jurídicas independientes (para más detalles al respecto nm. 227 ss.). En vista de ello y teniendo en cuenta la circunstancia de que se trata de una cuestión terminológica y en definitiva de segundo rango, lo mejor será considerar válidas y tratar como equivalentes todas las denominaciones mencionadas.

174 Una delimitación conceptualmente precisa del concurso de leyes respecto del concurso ideal y real es algo que hasta ahora no se ha logrado. Según la jurispr. existe concurso de leyes "si varias leyes penales establecen el mismo tipo y sólo se diferencian en que una de las leyes contiene un elemento conceptual en una delimitación más estricta o en una particular configuración; uno de los hechos punibles ha de ser una forma de manifestación, si no necesaria, sí regular del otro" (BGHSt 11, 17, invocando la sent. RGSt 60, 122). O se alude a que "en tal caso (scil. el de concurso de leyes) el contenido de injusto de la acción es abarcado o comprendido exhaustivamente por uno de los diversos tipos" (BGHSt 25, 373). Esto es materialmente acertado, pero deja abierta la cuestión de cuándo en concreto los tipos son tan similares entre sí que con la punición por el delito más especial se salda el contenido de injusto o ilícito de la totalidad del suceso. Ello ha de ser averiguado y determinado mediante interpretación de los tipos realizados en el caso individual y aquí sólo es posible mostrarlo mediante ejemplos.

175 La op. dom. distingue **tres formas diferentes de concurso de leyes: especialidad, subsidiariedad y consunción**[176]. La diferencia entre esas tres mani-

---

[174] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 I 1. Igualmente *Freund*, AT, § 11, nm. 2, 17; *Gropp*, AT, 2.ª, § 14, nm. 6; *Köhler*, AT, 691; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 55/6; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 14; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes del § 52, nm. 102; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 2.

[175] *Burgstaller*, JBl. 1978, 393; similar *Hirschberg*, ZStW 53 (1934), 50: "concurso aparente".

[176] *Baumann/Mitsch*, AT, 10.ª, § 36 II; *Blei*, AT, 18.ª, § 96 II; *Bockelmann/Volk*, AT, 4.ª, § 36 II; *Burgstaller*, JBl. 1978, 395; *Gropp*, AT, 2.ª, § 14, nm. 6; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II; *Köhler*, AT, 691; *Kühl*,

festaciones se puede caracterizar *grosso modo* así: En la especialidad el tipo desplazado está contenido conceptualmente en el desplazante, como p. ej. ocurre en la relación de los §§ 242 y 240 con el § 249 (cfr. nm. 170). En la subsidiariedad un tipo opera como tipo de recogida o residual para el supuesto de que la conducta del autor no esté abarcada o comprendida ya por un tipo sancionado con pena más grave; un ejemplo de ello puede ser el ya mencionado del abuso de máquinas automáticas (§ 265 a) en relación con el hurto (§ 242, cfr. nm. 171). Y de consunción se habla finalmente cuando el tipo desplazado va acompañando, aunque no de modo conceptualmente necesario, sí típicamente, al delito más grave, como sucede p. ej. con el allanamiento de morada (§ 123) en relación con el hurto [en otros ordenamientos robo con fuerza en las cosas] con penetración con fuerza en casa habitada (§ 244 I, n.º 3).

La cuestión de si las formas de manifestación del concurso de leyes están 176
correctamente caracterizadas mediante los conceptos de la especialidad, la subsidiariedad y la consunción o si por el contrario se las puede estructurar de modo más breve o más amplio, es algo tan discutido como la delimitación de ellas entre sí. A esta cuestión aún habrá que volver al tratar con más detalle la tripartición de la que aquí se parte coincidiendo con la doc. dom. Pero estos problemas de divsión y delimitación no merecen un tratamiento muy detallado, porque, dado que todas las manifestaciones del concurso de leyes deben tratarse de igual manera, las distinciones conceptuales divergentes carecen de repercusiones prácticas.

2. Especialidad

Especialidad, siguiendo una definición de *Honig*[177], se considera por lo 177
general[178] que existe **si un precepto penal presenta todos los elementos de otro y sólo se distingue de éste en que además contiene como mínimo otro ulterior elemento más especial.** Así por ejemplo, el hurto con armas (§ 244 I n.º 1) contiene todos los elementos del hurto simple (§ 242) y adicionalmente el elemento especial de llevar consigo un arma o uno de los restantes instrumentos o medios allí descritos. El § 244 I n.º 1 desplaza por ello al § 242 y es la única ley aplicable.

AT, 3.ª, § 21, nm. 52 ss.; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 52, nm. 25 ss.; *Preisendanz*, 30.ª, antes del § 52, nota previa III; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 82 ss.; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 18/24 ss.; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 52, nm. 18 ss.; LK-*Vogler*, 10.ª, antes del § 52, nm. 105; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 234 ss.; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 788 ss.; discrep. *Joecks*, 3.ª, antes del § 52, nm. 17 ss. (éste ve el hecho previo y posterior copenado como categorías autónomas).

[177] *Honig*, 1925, 113.

[178] Cfr. *Blei*, AT, 18.ª, § 96 II 1; *Freund*, AT, § 11, nm. 21; *Geerds*, 1961, 193; *Gropp*, AT, 2.ª, § 14, nm. 6, 12; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 1; *Köhler*, AT, 691; *Kühl*, AT, 3.ª, § 21, nm. 52; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 55/29; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 82; *R. Schmitt*, ZStW 75 (1963), 49; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 110; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 6; *Warda*, JuS 1964, 90.

178 Desde el punto de vista de la lógica conceptual en la especialidad estamos ante un caso de "subordinación"[179] de la ley general frente a la ley más especial: "*lex specialis derogat legi generali*" (la ley especial deroga –tiene prioridad frente– a la general). La especialidad es la forma de manifestación más sencilla y de aplicación más segura del concurso de leyes.

179 *Puppe* considera la especialidad en el sentido descrito como única forma del concurso de leyes[180]. Ello se debe a su concepción básica, en virtud de la cual los casos de "parentesco del ilícito o injusto" deben encuadrarse en principio en el concurso ideal (para más detalles al respecto *supra* nm. 72-79). Pero con el rechazo de esa concepción también resultan improcedentes sus consecuencias. Por otra parte también *Jakobs*[181] reconoce sólo la especialidad como forma de concurso de leyes, pero al distinguir diversas formas de especialidad, en este concepto engloba también la subsidiariedad y la consunción en el sentido tradicional; por tanto materialmente no se deriva de ahí ninguna divergencia.

a) Tipos cualificados y privilegiados

180 El principal supuesto de especialidad lo representan los tipos cualificados y privilegiados[182]. Por tanto, los §§ 244 y 244 a [hurtos agravados] excluyen al § 242 [hurto], del mismo modo que el § 224 [lesiones peligrosas] al § 223 [lesiones] o el § 227 [lesiones con resultado de muerte] al § 222 [homicidio imprudente]. El § 239 b [toma de rehenes] es *lex specialis* en relación al § 239 [detenciones]. Los tipos de los delitos de los §§ 29 a, 30, 30 a BtMG son regulaciones especiales en relación con el tipo básico del tráfico ilícito con estupefacientes (§ 29 I n.º 1 BtMG), al igual que el § 370 AO (defraudación de impuestos) representa una regulación especial concluyente en relación con la estafa (§ 263) (así BGHSt 36, 100). Según op. dom. también el § 211 [asesinato] es un supuesto cualificado del § 212 [homicidio], mientras que en cambio aquí la jurispr. hasta ahora los ha considerado como dos tipos autónomos independientes entre sí (BGHSt 1, 368; 22, 375, 377; 24, 106), pero desde la BGHSt 36, 231 se está aproximando a la concepción de que el asesinato debe considerarse como *lex specialis* frente al homicidio: "Así como los tipos completos del § 242 StGB y del § 240 StGB [hurto y coacciones] están contenidos en el § 249 StGB [robo violento], del mismo modo el contenido de injusto del § 212 StGB está contenido en el § 211 StGB ..." (loc. cit., 235). Por otra parte, como ejemplo de tipo privilegiado cabe mencionar el § 216 [homicidio a petición del sujeto pasivo] en relación con los §§ 211 y 212, o la variante típica de prestar resistencia en el § 113 I [resistencia a funcionarios ejecutores] en relación con las coacciones (§ 240). Naturalmente todos estos

[179] *Klug*, ZStW 68 (1956), 405 s.
[180] *Puppe*, 1979, 355 ss.
[181] *Jakobs*, AT, 2.ª, 31/11-13, 16-18.
[182] *Roxin*, AT I, 3.ª [PG I], § 10, nm. 131 s.

no son sino ejemplos extraídos de una inagotable casuística, que pertenece a la Parte especial y que aquí no es posible desarrollar en detalle[183].

Problemas en la aplicación de la regla de la especialidad pueden surgir 181
cuando no solo el tipo desplazante sino también el desplazado contiene, junto al núcleo típico idéntico, adicionales elementos de concreción. ¿Desplaza p. ej. el § 244 en su modalidad de hurto con armas o en banda como *lex specialis* no sólo al hurto del § 242, sino también al § 243 [casos de hurto especialmente agravado], aunque esta disposición contenga agravaciones que no están comprendidas por el tenor del §244? La jurispr. resuelve afirmativamente esta cuestión[184]. Para ello se puede invocar como argumento la circunstancia de que las concreciones del § 243 no son elementos típicos, sino sólo indicios para la determinación de la pena. Pero la razón decisiva hay que verla en el hecho de que, en vista de la pena varias veces agravada del § 244, también el contenido de injusto incrementado del § 243 resulta ya co-saldado mediante el castigo conforme al § 244.

Asimismo para el caso de las acciones sexuales realizadas sobre o ante 182
niños de menos de 14 años habrá que considerar el § 176 I como *lex specialis* frente al § 182 I y II, a pesar de que el § 182 contiene elementos típicos (aprovechamiento de una situación coactiva, falta de capacidad de la víctima para la autodeterminación sexual, pago de recompensa o contraprestación) que no son mencionados en el § 176 I (en el mismo sentido BGHSt 42, 27; 51). Pues hay que partir de la base de que el injusto descrito mediante esos elementos también concurre en caso de niños de menos de 14 años sin necesidad de destacarlo singularmente o que, como en el caso del pago de dinero, está ya co-abarcado en el tipo. Dichos ejemplos ponen de manifiesto **que la constatación de la especialidad tampoco es siempre una cuestión puramente lógica, sino que en no pocas ocasiones ha de ser complementada con reflexiones teleológicas respecto del volumen de injusto o ilícito del tipo desplazante.**

En cambio, según la op. dom.[185] y la jurispr. también predominante no 183
estamos ante un supuesto de especialidad cuando la tentativa del tipo cualificado coincide con la realización consumada del tipo básico. Si el autor penetra con fuerza en las cosas en una vivienda o casa habitada pero no sustrae nada en la misma (§§ 22 y 244 I n.º 3), sino que en vez de eso, en la misma ocasión sustrae dinero de otras estancias no cerradas (§ 242), la tentativa de hurto con fuerza en casa habitada y el hurto simple consumado estarán en concurso ideal (BGHSt 10, 230), pues si la condena sólo se produjera por

---

[183] Proporciona una relación bastante amplia de supuestos LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 73-98.

[184] BGH NJW 1970, 1279; BGHSt 25, 18 (19); 33, 50 (53). Igualmente la op. dom.; cfr. sólo *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 244, nm. 35; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 9.

[185] *Kühl*, AT, 3.ª, § 21, nm. 56; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 52, nm. 28; *Schröder*, JR 1967, 146, 148; *el mismo*, JZ 1967, 368, 369 s.; LK-*Vogler*, 10.ª, antes del § 52, nm. 111.

uno de los dos tipos, quedaría sin tener en consideración o bien el injusto de la tentativa agravada o bien el injusto del delito consumado realizado. E igualmente la tentativa de hurto con armas (§ 244 I n.º 1 lit. a) estará en concurso ideal con un hurto simple consumado (§ 242) si un coautor cree erróneamente que el otro lleva consigo un arma[186].

184 También existe, no especialidad, sino concurso ideal cuando una cooperación o inducción a un hurto en banda (§ 244 I n.º 2) coincide con la autoría de un supuesto especialmente grave de hurto (§ 243) (así BGHSt 25, 18; 33, 50). En efecto, en opinión del BGH a la autoría, en relación con las distintas formas de participación, "le corresponde un significado propio en la determinación del contenido del ilícito o injusto" (BGHSt 33, 54).

185 Concurso ideal existe también en la relación entre tentativa de lesiones graves (§ 226 I n.º 1) y lesiones peligrosas consumadas (§ 224 I n.º 2). En el caso del que se ocupó la sent. BGHSt 21, 194, el acusado había efectuado un disparo a los genitales de una mujer, aceptando dolosamente al hacerlo que perdería su capacidad reproductiva; sin embargo no se produjo esa consecuencia. El BGH admitió con razón un concurso ideal entre las lesiones graves intentadas y las lesiones peligrosas ("por medio de un arma") consumadas; pues, aunque ciertamente el hecho consumado del § 226 se califica como *lex specialis* frente al § 224 [187], –a cuyo efecto los medios del § 224 vía interpretación teleológica (cfr. nm. 182) se consideran comprendidos por el § 226–, sin embargo ello no rige respecto de las lesiones graves meramente intentadas, porque "el contenido de injusto del hecho no estaría agotado si el autor fuera castigado sólo por la tentativa del delito cualificado, pero el tipo simple consumado no encontrara expresión en la declaración de culpabilidad del fallo" (loc. cit., 195).

b) Tipos compuestos o complejos

186 El supuesto principal de este grupo es el tipo, ya utilizado reiteradamente (nm. 170, 175) como ejemplo, del robo violento (§ 249), que se compone de hurto (§ 242) y coacciones (§ 240) y como *lex specialis* desplaza a ambos delitos. Ello rige también cuando en el hurto estamos ante un supuesto del § 243 o del § 244, que no se presuponen de modo conceptualmente necesario en el § 249 (BGHSt 20, 235) [188]. El BGH parte por tanto de la base de que el § 249 es *lex specialis* frente a todas las formas del hurto. A ese respecto invoca sobre todo el § 252, del que se puede deducir la voluntad del legislador de que junto al robo (violento) todo hurto "ya no debe tener un significado au-

[186] Modificación de un ejemplo usado en *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 244, nm. 35.

[187] Así ya el RG; después BGH NJW 1967, 297, n.º 5; BGHSt 21, 195. Sin embargo, a favor del concurso ideal tb. en este caso *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 1, "porque de lo contrario se perdería el especial contenido de injusto de la ley que retrocede".

[188] De ese modo una jurispr. vacilante del RG referida en la sentencia se acaba convirtiendo en una solución unitaria.

tónomo" (loc. cit., 238). Por tanto, la subordinación conceptual en el ámbito nuclear de los tipos aquí también es completada mediante una comparación de injustos o ilícitos fundamentada teleológicamente.

Pero la cuestión vuelve a ser distinta si el robo se queda en tentativa mien- 187
tras que el hurto se logra consumar. En tal caso la BGHSt 21, 78 admite un concurso ideal: "La consumación de la acción de sustracción representa ... un plus frente a la sustracción sólo intentada en caso de tentativa de robo y no es co-abarcada por ésta –a diferencia de lo que sucedería en un robo consumado–" (loc. cit., 80).

Otro ejemplo lo constituye la coacción sexual, sobe todo en la forma de 188
violación (§ 177). Ésta se compone de coacciones (§ 240) y privación de libertad o detención ilegal (§ 239), a las que se agregan los actos sexuales de modo cualificante. En la medida en que las coacciones y la detención ilegal sólo sirven para posibilitar los actos sexuales, se condenará solamente por el § 177.

c) Delitos con elementos de autor cualificantes

Una forma particular de especialidad la constituyen también los elemen- 189
tos de autor (o de autoría) cualificantes. Así el delito de lesiones en el ejercicio del cargo (§ 340) es *lex specialis* frente a los tipos de lesiones de los §§ 223 ss. Si concurren los presupuestos de los §§ 224-229, el marco penal en virtud del § 340 III se ajustará a esos preceptos. Además constituyen elementos de autor o de autoría cualificantes los supuestos de encabezamiento de grupos o bandas criminales (§§ 129 IV y 129 a II).

3. Subsidiariedad

Concurre subsidiariedad cuando sólo se debe castigar por un tipo si no 190
interviene otro tipo que prevé una penalidad más grave[189]. Por tanto, el tipo subsidiario es un tipo de suplencia y de recogida, como ya se ha ilustrado *supra* (nm. 171) con el ejemplo del § 265 a. *Lex primaria derogat legi subsidiariae*: la ley prioritaria (primaria) precede (deroga) a la ley subsidiaria; la ley subsidiaria retrocede tras la ley primaria. Desde puntos de vista lógicos representa por regla general un supuesto de interferencia (intersección)[190]. Por ejemplo, el uso fraudulento o abusivo de máquinas automáticas (§ 265 a) en una parte de los supuestos es simultáneamente un hurto (en caso de

[189] Esto ha sido reconocido por la jurispr. ya desde los tiempos del RG y también por la doctrina totalmente dominante: RGSt 38, 383, 385; *Baumann/Mitsch*, AT, 10.ª, § 36 II 2; *Blei*, AT, 18.ª, § 96 II 2; *Freund*, AT, § 11, nm. 25; *Cropp*, AT, 2.ª, § 14, nm. 16; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 2; *Joecks*, 3.ª, antes del § 52, nm. 18; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 52, nm. 26; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 105; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 13; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 52, nm. 19; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 790.

[190] Más en detalle *Klug*, ZStW 68 (1956), 406 s.

máquinas expendedoras de artículos), pero en otra parte (en el caso de máquinas automáticas de prestación) no (cfr. nm. 171).

191 Se distingue entre subsidiariedad formal (expresa) y material (tácita, dada por la situación), según que la subsidiariedad esté expresamente prescrita por la ley o que tenga que ser derivada mediante interpretación a partir del contexto real o material de la ley. En ambas formas de subsidiariedad se pueden efectuar aún otras ulteriores distinciones, que vamos a exponer detalladamente a continuación.

a) Subsidiariedad formal

192 Los supuestos de subsidiariedad formal ordenan el retroceso o desplazamiento de un tipo con carácter general (es decir frente a todos los tipos con una penalidad más grave) o especial (esto es, frente a preceptos particulares más estrictos expresamente mencionados). Un supuesto del primer tipo lo constituye el ya varias veces citado § 265 a ("si el hecho no está penado en otros preceptos con pena más grave"); un ejemplo de la segunda clase lo proporciona el tipo de la simulación de delito, § 145 d ("si el hecho no está penado en el § 164, el § 258 o el § 258 a"). No es posible reconocer un principio claro del legislador para elegir uno u otro método. En efecto, por una parte también se interpreta restrictivamente los casos de subsidiariedad general de tal modo que se exige que la ley desplazada presente una dirección de ataque análoga (cfr. nm. 193 ss.), y por otra parte en el caso p. ej. del § 145 d no son apenas imaginables como prioritarios otros preceptos distintos de los §§ 164, 258 y 258 a, de manera que con una cláusula de subsidiariedad redactada con carácter general también se tendría que llegar al mismo resultado.

193 **Supuestos de subsidiariedad general** se encuentran por ejemplo en los §§ 107 b I, 109 e V, 109 f I 1, 125 I, 248 b I y 265 a I. **Se discute si en tales casos son prioritarias todas las leyes que prevén penas superiores o si ello sólo rige para aquellos preceptos que comprenden las "acciones con la misma dirección criminal de ataque"**[191]. La concepción más estricta, restrictiva de la subsidiariedad, se formula de modo sintético en BGHSt 6, 298 [192]: "La versión de la fórmula 'si el hecho no está penado en otros preceptos con pena más grave' ...no siempre obliga a no aplicar la disposición correspondiente en caso de que coincida con una más dura, sino que en cada caso hay que examinar, atendiendo al fin y al ámbito de protección de los preceptos, si conforme a la reconocible voluntad de la ley no habrá que recurrir al precepto que rige sólo de modo supletorio". A esta posición se ha opuesto recientemente la sent. BGHSt 43, 238 s. En este caso el acusado, un "skinhead", había cometido además de perturbación del orden público (§ 125 I) unas lesiones peligrosas (hoy § 224); el LG a pesar de la cláusula de subsidiariedad del § 125 I había condenado por lesiones peligrosas en

[191] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 2.

[192] Igualmente BGHSt 8, 192 s.; BGH GA 1974, 149.

unidad de hecho (concurso ideal) con perturbación del orden público, porque "el específico carácter del hecho" (poner en peligro a la comunidad mediante violencias y amenazas) es distinto del existente en el § 224 (delito individual). El BGH se opuso a ello apelando al art. 103 II GG (loc.cit., 238 s.): "El juez está vinculado a la ley. El sentido literal posible de la ley marca el límite extremo de la interpretación de disposiciones penales desfavorables al reo ... Con ello es ... incompatible la interpretación efectuada por el LG de la cláusula de la subsidiariedad del § 125". Y la antigua jurisprudencia opuesta se declara expresamente como "superada".

También en la literatura científica están divididas las opiniones. La opi- 194
nión seguramente predominante[193] exige que la ley desplazante proteja en lo esencial el mismo bien jurídico. Pero también la concepción expresada en BGHSt 43, 237, se defiende en la doctrina[194]. Otros autores se limitan a dar directrices: así *Maurach/Gössel*[195] proponen admitir "en caso de duda" un concurso ideal, mientras que *Sch/Sch/Stree*[196], exactamente al revés, abogan por "en caso de duda... hacer retroceder en todo caso" el precepto.

La solución correcta se sitúa entre los extremos. Si se quisiera exigir que 195
sólo se produzca subsidiariedad cuando la ley desplazante proteja el mismo bien jurídico que el tipo subsidiario, la generalidad de las cláusulas de subsidiariedad se convertirían en carentes de significación. Y tampoco se va a poder encontrar siempre un tipo con una penalidad más dura y que proteja el mismo bien jurídico, lo que entonces daría lugar a que las cláusulas de subsidiariedad quedaran vacías de contenido. Pero por otra parte es asimismo inadecuado admitir, como la sent. BGHSt 43, 237, subsidiariedad también frente a leyes con una dirección de protección completamente distinta. Si p.ej. una perturbación del orden público (§ 125) se mezcla con unas injurias a un Jefe de Estado extranjero (§ 103), castigar en tal caso sólo por el § 103 dejaría sin sanción el injusto o ilícito, configurado de modo totalmente distinto, del § 125[197]. Ello no tiene el menor sentido políticocriminalmente; pues ¿por qué iba a dejar de imponerse la pena de la perturbación del orden público sólo porque encima el autor ha realizado adicionalmente otro ilícito o injusto grave y distinto? Y también es contradictorio con la idea básica de cualquier concurso de leyes de que sólo se pueda excluir una punición cuando el contenido de injusto de la realización de un tipo ya resulta saldada por la punición por el delito más grave.

---

[193] BGHSt 6, 297, 298; BGH GA 1974, 149; *Joecks*, 3.ª, antes del § 52, nm. 19; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 100; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 92; LK-*Vogler*, 10.ª, antes del § 52, nm. 119.

[194] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 2; *Kühl*, AT, 3.ª, § 21, nm. 58; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 52, nm. 26; *Maurach/Schroeder*, BT/2, 8.ª, 60/39; *Otto*, AT, 6.ª, § 23 III 3.

[195] *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 55/16.

[196] *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 106.

[197] El ejemplo procede de *Rudolphi*, JZ 1998, 471 s. (Com. a BGHSt 43, 237), cuya argumentación también se sigue aquí ampliamente en el texto.

196 **Por ello en los casos de subsidiariedad general habrá que exigir que el tipo desplazante más duro proteja al menos parcialmente el mismo bien jurídico que el tipo subsidiario y esté vinculado típicamente con él.** Así ocurre en la relación del § 125 con el § 224, ya que el § 125 menciona las "violencias", entre las cuales también se incluyen precisamente las lesiones peligrosas del § 224; y también es una típica consecuencia de los desórdenes públicos que se lleguen a producir tales lesiones. Por tanto aquí puede admitirse la subsidiariedad del § 125, de modo que hay que dar la razón al BGH en la resolución del caso concreto. Sólo que esto no rige sin más ni más, como pone de manifiesto el citado ejemplo de la combinación del § 125 con el § 103, supuesto en el que no se protegen ni siquiera parcialmente los mismos bienes jurídicos y la realización del tipo más duro tampoco está vinculada típicamente con el otro.

197 Una interpretación que en este caso excluye la subsidiariedad no entra en absoluto en colisión con el tenor literal de la ley. Pues el hecho que se menciona en las cláusulas de subsidiariedad se puede entender sin más problemas interpretando que con ello se está haciendo referencia a un acontecer de la acción que "abarca varias realizaciones de tipos dirigidas al menos parcialmente contra los mismos bienes jurídicos"[198]. El modo en que haya que entender el concepto de "hecho" en otros preceptos (como p.ej. el § 264 StPO o el § 24 StGB), no lo prejuzga su interpretación en el campo del concurso; ya que todo concepto jurídico debe interpretarse en el contexto del conjunto de su regulación (o sea, aquí de la teoría del concurso) y no tiene por qué tener, incluso con igual tenor literal, el mismo significado que en otros ámbitos del Derecho.

198 **Supuestos de subsidiariedad especial** son los contenidos en los §§ 95, 98 I 1, 99 I, 109 g II, 145 II, 145 d I, 183 a, 202 I, 265 I y 316 I. En ellos no se plantea la cuestión del alcance de la subsidiariedad que se discute en la criminalidad general, porque los preceptos ante los cuales retrocede el tipo respectivo son enumerados individualmente.

b) Subsidiariedad material

199 Los casos de subsidiariedad material, también denominada subsidiariedad implícita o tácita, no están regulados en la Ley y deben inferirse de la idea básica del concurso de leyes, según la cual un injusto penal no requiere una punición separada si ya es abarcado completamente o de manera suficiente por otro precepto aplicable. Desde el punto de vista de que el el delito subsidiario sólo debe ser castigado de manera auxiliar como tipo de recogida en defecto del tipo penal más estricto se derivan **dos grandes grupos de subsidiariedad material. El primer grupo lo constituyen los actos preparatorios tipificados como delitos autónomos y las etapas intermedias**

[198] *Rudolphi*, JZ 1998, 479.

o de tránsito para un delito de lesión consumado[199], el segundo las formas de ataque menos intensas en relación con puestas en peligro más intensas o con lesiones del mismo bien jurídico. A menudo coinciden ambos puntos de vista (cfr. nm. 207-210).

Constituyen ejemplos del primer grupo en primer lugar las acciones pre- 200
paratorias tipificadas autónomamente como delitos. Así el § 149 castiga determinadas acciones de preparación de la falsificación de moneda y sellos. Este precepto queda desplazado por el § 146 si el autor puede ser castigado por la propia falsificación de moneda. El injusto o ilícito de la falsificación de moneda comprende o abarca también el de su preparación, aun cuando no todo falsificador de moneda tiene que haber realizado por sí mismo tales actos preparatorios. Lo propio rige también p. ej. para el § 310 (preparación de un delito con explosivos o radiaciones) en relación con el § 307 I (provocación de una explosión por medio de energía nuclear), con el § 308 I (provocación de una detonación con material explosivo) y también con el § 309 II (el sujeto emprende la acción de exponer a un número incalculable de personas a una radiación ionizante). También es subsidiaria la preparación de una operación de alta traición (§ 83) frente a la alta traición misma (§§ 81, 82).

Constituyen un caso especialmente característico de subsidiariedad las 201
distintas variantes del § 30 en relación con el delito intentado o consumado. Quien intenta inducir a otro a un delito ya es penalmente responsable por ello de manera autónoma conforme al § 30 I. Pero deja de tener lugar la punibilidad desde el momento en que el inducido al ejecutar el delito se adentra en la fase de tentativa o consuma el hecho; porque el contenido de desvalor de la fase o etapa previa ya es co-saldado por el castigo por inducción al delito intentado o consumado. Lo mismo rige para el declararse dispuesto a un delito, la aceptación de un ofrecimiento para ello o la conspiración o concertación para tal delito según el § 30 II.

Pero existe concurso ideal cuando el delito ejecutado es menos grave que 202
el preparado. Por tanto cuando p. ej. se conspira y se concierta para un robo grave (§ 250), pero luego solamente se ejecuta un robo simple (§ 249), concurren en unidad de hecho los §§ 250, 30 II y 249. Las particularidades de los problemas concursales que se derivan del § 30 así como la discusión con la jurispr. y la doctrina se encuentran en esta obra ya en la exposición del § 30 StGB (*supra* § 28, nm. 34-39, 63-65, 75, 81). A ello hay que remitirse aquí.

En ocasiones también se incluyen en la subsidiariedad constelaciones en las 203
que decae ya por otros motivos una sanción del comportamiento punible en me-

---

[199] Algunos autores hablan aquí de hecho previo impune o copenado (*Blei*, AT, 18.ª, § 96 II 3 b; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 55/13; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 18/31). Sin embargo con ello no se designa ninguna forma autónoma de concurso de leyes, sino a lo sumo un grupo de casos de la subsidiariedad.

nor grado. Así p. ej. se califica frecuentemente a la tentativa como subsidiaria frente al hecho consumado[200]. Sin embargo aquí concurre por regla general ya una unidad típica o incluso natural de acción (cfr. nm. 42).[201] La falsificación de un documento no es subsidiaria frente a su utilización, sino que hay que admitir una unidad típica de acción en el sentido del § 267 (cfr. nm. 21). El falso testimonio no juramentado (§ 153) no es subsidiario en relación con el falso testimonio con perjurio (§ 154), y el § 154 tampoco es *lex specialis* en relación con el § 153, sino que el falso testimonio con juramento es una unidad típica de acción[202]. En BGHSt 8, 311 se reconoce con acierto que sólo debe castigarse "por un delito de falso testimonio con perjurio". Pero la fundamentación: "el § 153 tiene ... carácter auxiliar (subsidiario) frente al § 154" es cuando menos equívoca. De todos modos hay que admitir que en todos los casos descritos en este nm. 203 se trata de la impunidad de fases o etapas previas, que tendrían que calificarse como subsidiarias si de todas maneras no existiera sólo **una** realización del tipo.

204 También se juzga como figura subsidiaria por la BGHSt 16, 123 las lesiones previas –aun cuando lo sean sólo por un instante– a cualquier homicidio. Más bien debería hablarse aquí de especialidad, porque la muerte necesariamente por definición pasa por la fase de transición de la lesión corporal. Sin embargo la adscripción sistemática a una u otra categoría es indiferente para el resultado; también se aproxima a la subsidiariedad la constelación en la medida en que las lesiones se presentan como fase o etapa previa del homicidio. Sin embargo en las múltiples formas de aparición de los delitos de homicidio y lesiones también es posible concurso ideal, cuando el contenido de injusto o ilícito del hecho no puede ser suficientemente abarcado por un castigo por el delito de homicidio. Cuándo sea éste el caso, es un problema de la parte especial y no puede exponerse aquí en detalle. Sin embargo cabe hacer alusión al menos a las dos configuraciones de casos más importantes.

205 Si un delito de homicidio intentado coincide con unas lesiones consumadas, existe unidad de hecho [concurso ideal], como ha decidido BGHSt 44, 196, abandonando la jurispr. más antigua[203]. Esto es correcto porque el contenido de injusto o ilícito de unas lesiones consumadas, muy grave en algún caso, no puede ser abarcado de manera acertada por el castigo por una tentativa de homicidio, que también puede quedar sin consecuencias. También concuerda esto con la jurispr. sobre la relación entre la tentativa y el delito básico consumado en el caso de la especialidad (nm. 183, 185, 187).

206 Acto seguido hay que juzgar de manera diferenciada la relación del homicidio consumado con las formas cualificadas de lesiones[204]. Por regla general

---

[200] Cfr. solamente por ejemplo *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 2; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 52, nm. 26.

[201] Asimismo LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 103; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 15.

[202] LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 85.

[203] BGHSt 16, 122; 21, 265; 22, 248.

[204] Más detenidamente *Sch/Sch/Eser*, 50.ª, § 212, nm. 19, 20.

quedan desplazadas también las formas más graves de lesiones (¡§ 224!) por un homicidio consumado, puesto que la especial peligrosidad de la lesión o el dolor causado a la víctima son abarcados por los §§ 212 o 211 (¡cruelmente! [como modalidad ejecutiva de asesinato]). Sólo no se produce el desplazamiento si las lesiones no son una simple fase o etapa de tránsito hacia el homicidio, sino que presentan un desvalor propio y autónomo. Esto sucederá p. ej. si el autor primero martiriza a la víctima por un largo período de tiempo antes de darle muerte, o si la víctima en un supuesto del § 226 [lesiones graves] sólo fallece tras una larga enfermedad.

En no pocas ocasiones los dos puntos de vista rectores de la subsidiariedad 207
(fases o etapas previas autónomamente punibles y formas de ataque menos intensas) se entrelazan, como muestra ya la relación de las lesiones con el homicidio. La confluencia de los puntos de vista llega a ser especialmente patente en la relación de la puesta en peligro abstracto con la puesta peligro concreto y de la puesta en peligro con la lesión.

Para la puesta en peligro abstracto, su subsidiariedad frente a la puesta 208
en peligro concreto se establece incluso formalmente en el § 316: la conducción en estado de embriaguez sin consecuencias queda desplazada por las puestas en peligro concreto de los §§ 315 a y c. Aquí la puesta en peligro abstracto es tanto una fase o etapa previa de la puesta en peligro concreto como una amenaza menos intensa de los valores personales y materiales a proteger. La preparación de una estafa de crédito (§ 265 b), un tipo penal que según la acertada jurispr. protege el patrimonio del dador de crédito (y no en cambio p.ej. la economía crediticia en cuanto tal), en tanto que delito de peligro abstracto es subsidiario frente a la estafa y frente a la tentativa de estafa (BGHSt 36, 130), es decir, tanto frente a la lesión como frente a la puesta en peligro próxima al tipo. Por tanto también el § 265 b [preparación de estafa de crédito] incorpora o engloba tanto una fase o etapa previa como una amenaza menos intensa para el bien jurídico. Si por el contrario, tal y como había tenido en mente el legislador (cfr. BGHSt 36, 130), se contemplase la economía crediticia en cuanto tal como bien jurídico protegido del § 265 b, es decir, un bien jurídico de la comunidad, habría de admitirse concurso ideal, porque este contenido de injusto no es abarcado por la estafa del § 263. Asimismo el delito de peligro abstracto del § 326 (manejo no autorizado de desechos peligrosos) es subsidiario frente al § 324 si se llega a producir una contaminación de aguas en el sentido de este precepto (BGHSt 38, 325, 328 s.). También los delitos de peligro concreto (como el § 306 f: provocación de un peligro de incendio) son subsidiarios frente a los correspondientes delitos de lesión (como los §§ 306-306 d: incendio) (BGHSt 39, 128 s.).

Pero la subsidiariedad de la puesta en peligro abstracto frente a la puesta 209
en peligro concreto y de ambas clases de puesta en peligro frente a la lesión sólo se da si en las distintas fases o etapas de la amenaza delictiva se protege

el mismo bien jurídico. Por eso no quedan desplazados los §§ 315 b y c [interferencias peligrosas en el tráfico vial, puesta en peligro de dicho tráfico][205] ni tampoco el § 316 [conducción en estado de embriaguez][206] por los §§ 222 y 229 (homicidio imprudente o lesión), sino que concurren con ellos en concurso ideal. Porque mientras los delitos de lesión y homicidio protegen bienes jurídicos individuales, los tipos indicados están en primer término al servicio de la seguridad del tráfico vial, es decir de un bien jurídico de la comunidad. También la participación en riña (§ 231) concurre en concurso ideal con el § 224 [lesiones peligrosas], porque el tipo de la riña "protege la vida y la salud de todos los que son puestos en peligro por una riña" (BGHSt 33, 104) [207].

210 Algo distinto ocurre con el delito cometido en estado de intoxicación por drogas o embriaguez (§ 323 a), que según la op. dom. constituye asimismo un delito de peligro abstracto. Éste es subsidiario en relación con la *actio libera in causa* dolosa (BGHSt 2, 17)[208], porque la punibilidad depende de la comisión de un hecho antijurídico y de que el autor no puede ser castigado "a causa del mismo". El § 323 a sirve por tanto como tipo de recogida cuando un delito concreto no puede ser castigado debido a la falta de culpabilidad del autor en el momento de su comisión. Si, por el contrario, es posible una punición con ayuda de la construcción de la *actio libera in causa*, no es necesario el § 323 a.

211 Finalmente también existe subsidiariedad en los casos en los que una diferente intensidad de ataque no se fundamenta en distintas fases o etapas de la realización del delito. De este modo el homicidio imprudente es subsidiario frente al doloso: Si A atropella a B en el tráfico viario y B muere por las lesiones, porque A no le había llevado al hospital a pesar de tener conocimiento de la lesión, el homicidio imprudente queda desplazado por el homicidio doloso por omisión (posición de garante en virtud de ingerencia).[209]. Si el autor mata a la víctima por la acción combinada de dos disparos, de los cuales uno supone un homicidio doloso y el otro uno imprudente, "la forma de comisión imprudente es subsidiaria" (BGHSt 39, 199).

212 También constituyen formas de ataque de diferente intensidad las tres formas de intervención pluripersonal o codelincuencia que, en la secuencia: autoría, inducción, cooperación, designan una intensidad escalonada

---

[205] Así también la op. dom.: *Geppert*, Jura 1982, 424; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 315 c, nm. 35; LK-*Rüth*, 10.ª, § 315 c, nm. 78; *Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben*, 26.ª, § 315 c, nm. 55; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 315 b, nm. 10; § 315 c, nm. 23.

[206] LK-*König*, 11.ª, § 316, nm. 253; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 316, nm. 7.

[207] Op. dom.; así también BGH NStZ 1984, 329.

[208] Sobre las cuestiones particulares del concurso cfr. *Roxin*, AT, I 3.ª, § 20, nm. 72, 73 [= PG I, § 20, nm. 70, 71].

[209] En otro sentido –concurso real– BGHSt 7, 287 (288 s.); como aquí sin embargo *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 2 a.

de formas de ataque al bien jurídico[210]. Por tanto si alguien induce a otro a un delito y al mismo tiempo le presta auxilio (por ejemplo poniendo a disposición un medio para el delito), se le castigará solamente por inducción; la cooperación es subsidiaria. Si el autor se ha procurado un coautor, será penalmente responsable sólo por autoría, y no además por inducción. Naturalmente siempre es requisito que se trate del mismo hecho principal.

4. Consunción

La consunción es considerada por la op. dom. como una clase autónoma 213
de concurso de leyes[211]. **Se presenta en las dos formas de hecho típicamente concomitante o acompañante y de hecho posterior copenado.** Hechos típicamente [normalmente] concomitantes o acompañantes son p. ej. en el hurto con fractura [en otros CP como el español es robo con fuerza] en casa habitada (§ 244 I Nr. 3) los delitos habitualmente vinculados con él de allanamiento de morada (§ 123) y de daños (§ 303). Es cierto que ambos delitos no están contenidos conceptualmente en el hurto [robo en otros CP] con fractura en casa habitada (en ese caso existiría especialidad); porque dado el caso se puede cometer hurto [robo] con fractura en la vivienda propia sin violar el § 123, y tampoco el empleo de fuerza presupone necesariamente un daño. Pero normalmente se cumplen los requisitos de los §§ 123 y 303 precisamente en un hurto [robo] con fractura, y por eso se puede admitir que el injusto o ilícito que ellos incorporan es abarcado por el § 244 I n.º 3, de manera que puede dejar de aplicarse una punición separada con arreglo a los §§ 123 y 303: *lex consumens derogat legi consumptae* (la ley que consume, es decir, que absorbe, deroga o prevalece sobre la consumida).

En el hecho posterior copenado ocurre que el hecho posterior sólo asegu- 214
ra o aprovecha la posición obtenida por el hecho previo y por ese motivo no requiere una punición autónoma. Cuando p. ej. alguien hurta una libreta de ahorro y a continuación retira dinero de ella, la estafa ahí existente (§ 263) es un hecho posterior impune en relación con el hurto (§ 242); porque la privación del valor monetario existente en la libreta de ahorro ya está suficientemente castigado con la punición por el hurto.

---

[210] RGSt 56, 58, 59; 59, 26, 28; 62, 74, 75 s.; BGHSt 4, 244, 247; 30, 28, 30; BGH NStZ 1994, 29, 30; BGHR AO, § 370 ap. 1, Beihilfe, n.º. 2; Gropp, AT, 2.ª, § 14, nm. 17; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 2 a; *Joecks*, 3.ª, antes del § 52, nm. 23; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 25, nm. 13; LK-*Roxin*, 11.ª, § 27, nm. 67; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 94; *Sch/Sch/Cramer/Heine*, 26.ª, antes de los §§ 25 ss., nm. 49; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 107; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 25, nm. 12.

[211] *Baumann/Mitsch*, AT, 10.ª, § 36 II 3; *Blei*, AT, 18.ª, § 96 II 3; *Burgstaller*, JBl. 1978, 459; *Freund*, AT, § 11, nm. 37; *Geerds*, 1961, 203 ss., 222; *Gropp*, AT, 2.ª, § 14, nm. 6, 14 s.; *Hirschberg*, ZStW 53 (1934), 42 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 3; *Köhler*, 1900, 88 ss.; *Köhler*, AT, 691; *Kühl*, AT, 3.ª, § 21, nm. 60 ss.; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 116 ss.; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 97 ss.; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 18/31; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, 18, nm. 10 ss.; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 52, nm. 20; LK-*Vogler*, 10.ª, antes del § 52, nm. 131; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 235. Crítico con el concepto de consunción *Joecks*, 3.ª, antes del § 52, nm. 24.

215 Algunos autores no quieren reconocer la consunción como forma autónoma del concurso de leyes y la incorporan, ya a la subsidiariedad, o ya incluso a una forma ampliada de especialidad[212]. Este rechazo se basa sobre todo en que, desde criterios lógicos, sólo son adecuadas para el concurso de leyes las categorías de la subordinación (nm. 178) y de la interferencia (nm. 190), de modo que en ese sentido no hay espacio para ulteriores diferenciaciones. Pero el Derecho no sólo diferencia con arreglo a criterios lógicos, sino también fenomenológicos, y a este respecto la consunción en relación con la subsidiariedad, a la que a menudo se la adscribe, sin embargo sí que tiene una clara autonomía. Porque no es que sobre esta base sean desplazadas fases previas de la misma lesión de bienes jurídicos o formas menos intensas de ataque, sino que en caso de hecho típicamente concomitante o acompañante queda consumida [por el delito principal, normalmente acompañado del otro] la lesión de otros bienes jurídicos u objetos del delito[213]. Así p. ej. el mencionado § 244 I n.º 3 (nm. 213) protege la propiedad y la custodia, mientras que el § 123 afecta a un bien jurídico totalmente distinto (la paz domiciliaria) y el § 303 afecta a un objeto del delito distinto de las cosas sustraídas. Y en caso de hecho posterior copenado se añaden otras particularidades (cfr. nm. 219).

a) El típico hecho concomitante* [214]

216 Los casos de hechos típicamente concomitantes o acompañantes, y por tanto consumidos, son frecuentes y sólo pueden ser mencionados aquí a modo de ejemplo. Lo que ya se expuso para el § 244 I n.º 3 en relación con los §§ 123 y 303 (nm. 213, 215) es aplicable también para el § 243 I n.º 1 (otros hurtos con fractura). Porque aun cuando los ejemplos de casos especialmente graves en el § 243 son únicamente reglas de determinación de la pena, éstos son "similares al tipo" (BGHSt 33, 374) y por eso están sujetos igualmente a la consunción. La acusación y denuncia falsa (§ 164) es un hecho típicamente concomitante en el delito de persecución de un inocente con abuso del cargo (§ 344) y es consumido por el delito de funcionario. El atraco a usuarios de vehículos (§ 316 a) irá acompañado "por regla absolutamente general" (BGHSt 25, 373) de un robo intentado (§ 249) o de un chantaje con violencia (equiparado al robo) intentado y consume por tanto a estos tipos. Por el contrario, en el atraco a usuarios de vehículos del § 316 a todavía no existe un delito

---

[212] *v. Hippel*, Handbuch II, 526; *Klug*, ZStW 68 (1956), 414 s.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 55/51; *Puppe*, 1979, 322 ss.; *R. Schmitt*, ZStW 75 (1963), 54 s.; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 131.

[213] Cfr. LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 117.

* En la doctrina de lengua española se utiliza frecuentemente la terminología "acto coetáneo (o simultáneo) copenado" [N. del T.].

[214] Especialmente sobre ello: *Geerds*, 1961, 216 ss.; *Gropp*, AT, 2.ª, § 14, nm. 14; *Hirschberg*, ZStW 53 (1934), 43 ss.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 31/30 ss.; *Köhler*, AT, 691; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 11 s.; LK-*Vogler*, 10.ª, antes del § 52, nm. 132; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 235.

consumado con arreglo a esos §§ 249 , y 255, de modo que en ese caso existe concurso ideal (BGHSt 14, 391; 15, 323; 25, 373).

Como caso de consunción se considera en general[215] también las lesiones 217
de la madre vinculadas al aborto (§ 218). Aun cuando ciertamente el BGH dice (BGHSt 10, 314) que la expulsión prematura ocasionada por el aborto es "un proceso patológico, un daño a la salud. Sin este daño a la salud no es concebible el feticidio", ello alude más bien a una relación conceptual de subordinación y por tanto a la especialidad. (El BGH sólo habla de "unidad de ley" sin pronunciarse más detalladamente). Sin embargo la lesión del cuerpo de la madre es un hecho concomitante al delito de aborto y en este sentido como mínimo está próximo a la consunción.

El delito que consume no tiene que ser necesariamente el más grave, 218
como muestra ya el aborto del § 218 I (pena de prisión de hasta tres años) en relación con las lesiones del § 223 (pena de prisión de hasta cinco años) si se clasifica este caso de concurso de leyes dentro de la consunción. El mejor ejemplo de ello es el § 248 b (utilización no autorizada de vehículos). Este delito está unido típicamente con el hurto de la gasolina que se encuentra en el tanque del automóvil utilizado. El § 248 b consume por tanto al § 242, aun cuando este último precepto contiene la pena más grave. De no ser así probablemente tampoco llegaría a ser aplicado el § 248 b por la cláusula general de subsidiariedad en él contenida.

b) El hecho posterior impune

El hecho posterior impune, que también se denomina frecuentemente 219
hecho posterior copenado*, es considerado con frecuencia, como aquí, como forma de manifestación de la consunción.[216] Otros lo incluyen sistemáticamente en la subsidiariedad[217] o lo juzgan como una cuarta forma autónoma del concurso de leyes[218]. Pero si se ve lo característico de la subsidiariedad en la función auxiliar y de recogida del tipo penal subsidiario, entonces en el hecho posterior impune, que precisamente presupone un delito previo, su característica es totalmente distinta de la subsidiariedad. Con mejores argumentos se puede considerar al hecho posterior copenado

---

[215] Cfr. solamente por ejemplo *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 3, donde ya en la primera frase se refiere a BGHSt 10, 312, 314 s.; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 118.

*En la doc. de habla española se los denomina frecuentemente "acto(s) posterior(es) copenado(s)"; pero es más correcto hablar de "hecho" que de "acto", porque a veces la conducta típica posterior copenada puede no ser activa, sino omisiva. [N. del T.].

[216] *Baumann/Mitsch*, AT, 10.ª, § 36 II 3; *Geerds*, 1961, 205 ss.; *Gropp*, AT, 2.ª, § 14, nm. 14; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 3 a; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, § 52, nm. 97, 99 ss.; LK-*Vogler*, 10.ª, antes del § 52, nm. 135, 137.

[217] *R. Schmitt*, ZStW 75 (1963), 55; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes del §§ 52 ss., nm. 113, 119 s.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 18.

[218] *Baumann*, MDR 1959, 10; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 52, nm. 31 ss.; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 52, nm. 44.

como forma de manifestación autónoma del concurso de leyes, pues no es ningún hecho típicamente concomitante, sino, en cuanto hecho posterior, una acción autónoma, **un caso "de concurso real impropio"**. Pero de todos modos, en cuanto hecho típicamente concomitante "posterior" es tan afín al hecho típicamente concomitante "simultáneo" antes discutido que parece razonable agrupar ambos casos bajo el concepto de consunción. A este respecto lo "típico" del hecho posterior impune no consiste tanto "en que el autor por regla general debe cometer también el hecho posterior para obtener las ventajas del hecho principal"[219], porque esto sólo es aplicable a los hechos posteriores de aprovechamiento como el ejemplo mencionado en nm. 214 de la retirada de dinero de la libreta de ahorro robada. Pero de todos modos se puede decir que el aseguramiento o aprovechamiento de la posición obtenida por el hecho delictivo previo es un comportamiento típicamente vinculado con él y por tanto no necesitado de punición propia.

220 Con arreglo a la jurispr., que se remonta ya al RG, y a la doc. dom., **el hecho posterior impune tiene tres presupuestos**[220]: **en primer lugar el hecho posterior no puede lesionar un nuevo bien jurídico; en segundo lugar no puede provocar un nuevo daño (sino a lo sumo agravar el anterior), y en tercer lugar el perjudicado ha de ser el mismo.** En nuestro ejemplo de partida (nm. 214: retirada fraudulenta del dinero de la libreta de ahorro hurtada) se cumplen estos presupuestos. Uno de los casos más frecuentes de hecho posterior impune es también la estafa de seguridad o de aseguramiento. Si el ladrón que está bajo sospecha desvía de sí el recelo del propietario mediante falsas indicaciones, concurre en ello una estafa. El perjuicio del propietario consiste en la profundización de la pérdida de la propiedad sufrida por el hurto. Pero en este ejemplo se puede mostrar también que la tercera exigencia mencionada por la doc. dom. (la identidad del perjudicado), si bien generalmente se da en el hecho posterior impune, no es sin embargo presupuesto necesario de éste. Si p. ej. el propietario engañado por el ladrón entretanto transfiere la cosa a un tercero mediante cesión de la acción de restitución (§ 931 BGB), esto en buena lógica no puede alterar en nada la impunidad de la estafa de seguridad[221]; ello sólo puede depender de la identidad del objeto de ataque, y no de la del titular del bien jurídico.

221 Existe también una estafa de seguridad y por tanto un hecho posterior impune cuando el ladrón que ha hurtado objetos en un establecimiento de autoservicio, posteriormente estafa a la cajera (p. ej. ocultando la mercancía hurtada al atravesar la zona de caja). Sin embargo, ciertamente la BGHSt 17, 209 en un caso así rechaza ya el tipo penal de la estafa con la

---

[219] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 3 a; muy similar *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 795.

[220] RGSt 49, 16, 17 ss.; 60, 371, 372 s.; BGHSt 5, 295, 297; BGH GA 1955, 149, 151; 1957, 409, 410; 1961, 83; BGH NStZ 1987, 23; *Baumann/Mitsch*, AT, 10.ª, § 36 II 3; *Blei*, AT, 18.ª, § 96 II 3 c; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 3 a; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 52, nm. 32; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 101; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 18; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 795.

[221] Así acertadamente *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes del §§ 52 ss., nm. 114; *Jakobs*, AT, 2.ª, 31/36.

fundamentación de que los §§ 242 y 263 se excluírían recíprocamente. Pero esto es incorrecto: porque hurto y estafa es cierto que no pueden ser cometidos por la misma acción única, pero sí pueden serlo por dos acciones diferentes.

Naturalmente no se trata de un hecho posterior impune en el caso de 222
que el ladrón enajene la mercancía robada a un tercero de buena fe. Porque la estafa que ahí existe frente al adquirente lesiona un bien jurídico (el patrimonio del adquirente) completamente distinto en relación con el del propietario. Aquí se hallan por tanto los §§ 242 y 263 en concurso real. También hay que admitir concurso real si alguien mediante estafa consigue capciosamente la posesión de una cosa que está bajo reserva de dominio y posteriormente la enajena como supuesto dueño a un tercero (BGHSt 16, 280). La defraudación existente en la venta (§ 246) constituye frente a la estafa previamente cometida un nuevo perjuicio (a saber, la adjudicación de una cosa ajena y su apropiación por el tercero). Si con un documento hurtado se comete una estafa que perjudica el patrimonio de la víctima del hurto, el § 263 no es hecho posterior impune, sino que se halla en concurso real con el § 242 [222], ya que mediante el perjuicio patrimonial se lesiona un bien jurídico nuevo y distinto.

Si alguien comete una defraudación fiscal omitiendo la declaración pro- 223
visional del impuesto sobre facturación, la entrega de una posterior declaración anual falsa del impuesto sobre facturación es un hecho posterior impune frente a la anterior omisión. "Se trata de un hecho posterior, por el que se asegurarían las ventajas ya obtenidas del hecho cometido por omisión" (BGHSt 38, 368; 39, 235).

Jurispr. y op. dom. [223] admiten también que hay un hecho posterior impu- 224
ne si alguien daña o destruye posteriormente una cosa hurtada o apropiada indebidamente, porque consideran que el daño a la cosa manifiesta la misma arrogación de dominio similar a la propiedad que el delito previo contra la propiedad. Sin embargo esto no se puede aceptar [224], ya que la destrucción o, respectivamente, el daño de la propiedad ajena lesionan la propiedad de una manera completamente distinta a su apropiación. A través de esas conductas se provoca un perjuicio nuevo y distinto. También desde los puntos de vista del merecimiento de pena resulta fuera de lugar la calificación como hecho posterior impune, pues el propietario de una cosa hurtada o apropiada indebidamente todavía tiene la posibilidad de recuperarla intacta; y esta posibilidad queda anulada por un daño o destrucción. Por tanto hay que admitir que existe concurso real.

---

[222] RGSt 49, 408; 64, 284.

[223] RGSt 35, 64, 65; RG GA 1903, 121; BGH NJW 1955, 876; OLG Braunschweig NJW 1963, 1936; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 114.

[224] *Jakobs*, AT, 2.ª, 31/35; *Jescheck*, ZStW 67 (1955), 535; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 2 a; *Krauß*, GA 1965, 180; *Sauer*, AT, 3.ª, 242; dudoso *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 52, nm. 44.

225 Es muy discutido el caso sumamente frecuente en que alguien asegura o aprovecha posteriormente (p. ej. mediante consumo o enajenación ulterior) objetos que ha llegado a poseer en virtud de un delito contra la propiedad o el patrimonio (p. ej. estafa). Una opinión extendida en la doctrina aprecia en tal ejercicio del dominio resultante de la adquisición una apropiación indebida (§ 246), que sin embargo en relación con la acción delictiva previa sería únicamente un hecho posterior impune[225].

Frente a ello otra parte de la doctrina y sobre todo la jurispr.[226] desde los tiempos del RG consideran que el hecho posterior, debido a la falta de apropiación, ya no cumple el tipo penal de la apropiación indebida, de modo que ya de antemano no entra en consideración un concurso de leyes. En una decisión de la Gran Sala (BGHSt 14, 38, 45) se sintetiza esto con precisión. Con arreglo a la misma "la apropiación indebida ya presupone desde el punto de vista típico que el autor no se ha apropiado todavía de la cosa ajena mediante una acción punible (hurto, robo, extorsión, estafa de la posesión)". La convincente idea básica es por tanto que no es posible apropiarse de una cosa dos veces de modo punible. La cuestión de si el hecho posterior es consumido o por el contrario es atípico tampoco carece totalmente de trascendencia práctica. Porque desde el primer punto de vista una colaboración en el aseguramiento o aprovechamiento es una cooperación a la apropiación indebida (§ 246), mientras que desde el segundo punto de vista sólo es un encubrimiento o favorecimiento (§ 257). Partiendo del primer punto de vista, el autor, después de la prescripción del delito que supuso la obtención de la posesión, puede todavía en su caso ser castigado por apropiación indebida, mientras que conforme al segundo punto de vista queda impune en todo caso por la impunidad de la acción posterior.

226 También es posible un hecho posterior impune aun cuando el segundo delito sea más grave que el delito previo. [227] Si el autor de una apropiación indebida ofrece la cosa apropiada a un receptador, la inducción a la receptación (§§ 26, 259) en tanto que pura acción de aprovechamiento es hecho posterior impune frente a la apropiación indebida, aunque la receptación esté castigada con mayor pena[228]. Sin embargo, en el caso de que el inductor al delito previo adquiera posteriormente la cosa del autor del delito previo, la Gran Sala (BGHSt 7, 134) en contraposición a sentencias precedentes del

---

[225] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 III 3 a; LK-*Rüß*, 11.ª, § 242, nm. 81; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 114; *Seelmann*, JuS 1985, 702 s.; *Tenckhoff*, JuS 1984, 778 s., 779; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 795; indeciso *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 246, nm. 33.

[226] RGSt 49, 16 ss.; 61, 37, 38; BGHSt 14, 38, 43 ss.; BGHR StGB, § 263 ap. 1, Täuschungshandlung, n.º 1; *Maiwald*, 1970, 261 ss.; *Otto*, 1970, 106 ss.; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 18, nm. 19; *Trömdle/Fischer*, 50.ª, § 246, nm. 19 s.

[227] OLG Braunschweig NJW 1963, 1936; *Jakobs*, AT, 2.ª, 31/37; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 3 a; *Krauß*, GA 1965, 179; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 115. De otra opinión *Maurach*, JZ 1956, 257, 258; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 56/36.

[228] Cfr. sobre la constelación correspondiente en el hecho típicamente concomitante nm. 220.

BGH, que habían juzgado la receptación como hecho posterior impune, ha admitido concurso real. Este tratamiento dispar se puede justificar si se considera que, aun cuando la enajenación de la cosa por el autor del delito previo representa una típica acción de aprovechamiento, en cambio no lo es su adquisición por parte del inductor.

5. El tratamiento jurídico del concurso de leyes

Como ya se puso de manifiesto (nm. 170/171), en todos los casos del 227
concurso de leyes se produce únicamente el castigo por el delito preferente, de modo que el tipo penal desplazado no es mencionado en el tenor del fallo. No obstante el tipo penal desplazado se cumple –por tanto, no es que sea inexistente–, y esto tiene la consecuencia de que la ley desplazada puede contribuir a la sanción de diferentes maneras cuando el delito preferente, o bien no puede ser sancionado, o bien no posibilita un castigo suficiente. La jurispr. ha seguido esta línea ya desde los tiempos del RG[229], de forma que el concurso de leyes se ha ido aproximando cada vez más al concurso ideal en las consecuencias jurídicas. En la doctrina se afirma con una formulación un tanto drástica, que la jurispr. "casi ha hecho insignificante"[230] la diferencia y ha "reducido casi a cero"[231] su significación.

En la práctica esto tiene –dejando de lado algunas excepciones, modifica- 228
ciones y puntos controvertidos– las cuatro consecuencias siguientes:

a) Si la ley preferente por motivos jurídico-materiales o procesales, como por ejemplo por desistimiento de la tentativa o por falta de acusación o querella, no puede ser aplicada y por tanto no se puede castigar por ella, por regla general reaparece la ley desplazada y se convierte en objeto de punición autónoma.

b) La ley desplazada puede ser tenida en cuenta en la medición o determinación de la pena en la medida en que no se contradigan los principios generales de ésta (¡prohibición de la doble valoración!).

c) No se puede imponer una pena por debajo de la pena mínima de la ley desplazada.

d) La circunstancia de que el autor no pueda ser castigado por la ley desplazada no impide en su caso el castigo por este delito de un cooperador sólo en el delito posterior.

e) Las penas accesorias, consecuencias accesorias y medidas en el sentido del § 11 n.º 8 pueden y deben en su caso derivarse de la ley desplazada.

---

[229] RGSt 59, 321 (325); RGSt 73, 148 (150).

[230] LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 70.

[231] *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 103.

Todos estos posibles efectos de la ley desplazada deben ser explicados a continuación algo más detenidamente.

a) La reaparición de la ley desplazada en caso de imposibilidad de punición por el tipo preferente

229 Si el autor desiste voluntariamente de la tentativa de hurto [robo en otros CP] con fractura en casa habitada (§§ 244 I n.º 3, y 22) después de haber forzado y entrado en la vivienda ajena, sigue siendo penalmente responsable por los §§ 123 y 303 [allanamiento de morada y daños], aun cuando en caso de consumación del delito no hubiera podido ser castigado por estos preceptos. Si el asesino desiste voluntariamente de su intento (§§ 211, 22) después de haber lesionado ya gravemente a la víctima por las cuchilladas, sigue siendo penalmente responsable por el § 224 [lesiones peligrosas]. Quien desiste voluntariamente de la tentativa de violación (§ 177 ap. 2 n.º 1), puede sin embargo seguir siendo penalmente responsable por coacciones sexuales consumadas (BGHSt 7, 300). Se habla en estos casos de una tentativa cualificada. El hecho de que en caso de desistimiento de la tentativa que exime de pena sigan siendo punibles los delitos ya consumados se puede derivar ya del tenor literal del § 24 I 1, que solamente excluye la punibilidad por la tentativa y no la punibilidad sin más.

230 Ciertamente, esto no rige sin excepciones. **La jurispr. prohíbe con razón el recurso a la ley desplazada si la ley preferente privilegia al autor.** Así p. ej. el § 113 (resistencia frente al agente ejecutivo) es un caso atenuado de coacciones (§ 240) que toma en consideración la situación psíquica especial del que ofrece resistencia. El § 113 por tanto es *lex specialis* frente al § 240. Si se queda en tentativa de resistencia, ésta no es punible con arreglo al § 113*. Pero en ese caso tampoco se puede castigar por las coacciones (§§ 240 I, III) ahí comprendidas. Porque de no ser así el autor "estaría en peor posición en la tentativa (impune) del delito especial que en la consumación" (BGHSt 30, 236). El recurso al § 240 burlaría el tratamiento privilegiado del § 113[232].

231 Rige otra excepción en caso de desistimiento voluntario de la tentativa para las fases previas de la intervención autónomamente punibles. Si alguien conspira y se concierta para un robo grave (§ 250), esa conspiración ya es punible conforme al § 30 II. Pero el § 30 II queda desplazado en cuanto que subsidiario tan pronto como el autor da comienzo a la fase de tentativa (cfr. nm. 201). Si sólo él desiste voluntariamente de esta tentativa, conforme a las reglas generales, la ley desplazada podría resurgir o reaparecer (nm. 229),

---

* La tentativa no es punible en este caso porque según el § 23, 1 StGB en los delitos menos graves o menores la tentativa sólo es punible si la ley lo dispone expresamente, y la resistencia del § 113 es un delito menos grave, en cuyo tipo no se prevé expresamente el castigo de la tentativa. [N. del T.]

[232] BGHSt 30, 235, 236; *Backes/Ransiek*, JuS 1989, 629; SK-*Horn*, 6.ª, § 113, nm. 23; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, § 113, nm. 68; AK-*Zielinski*, § 113, nm. 5, 46. A.A. OLG Hamm NStZ 1995, 547, 548; LK-*v. Bubnoff*, 11.ª, § 113, nm. 3, 65; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 113, nm. 1, 31.

de forma que subsistiría la posibilidad de castigar por el § 30 II. Sin embargo, esto es rechazado con razón por la jurispr. (BGHSt 14, 378) y la opinión hoy unánime, ya que el privilegio del desistimiento resultaría ampliamente frustrado si el que desiste no fuera castigado por tentativa pero sí por la conspiración preparatoria de la tentativa. Además la total impunidad se deriva también de entender que la impunidad generada por el desistimiento voluntario ha de abarcar todas las acciones hasta entonces llevadas a cabo para la realización del tipo. Si ya la tentativa es impune, tanto más ha de serlo la preparación. Ocurre aquí algo distinto que en los casos normales de la tentativa cualificada, en los que se ha consumado otro tipo penal.

Sin embargo es muy controvertida la cuestión de si la conspiración también es impune en el caso de que "un hecho principal acordado en la conspiración no es intentado de una forma equivalente, sino de una forma menos grave y los autores desisten voluntariamente de esta tentativa" (BGHSt 14, 380). P. ej., se conspira y se concierta un robo (§§ 249, 250), y, dado que no se localiza a la víctima, los autores intentan conseguirse el botín mediante un hurto, pero desisten de ello voluntariamente. El BGH expresamente ha dejado en el aire si en un caso como éste subsiste la punibilidad por el § 30 II. A favor de ello se puede argumentar que en caso de realización del hurto no habría retrocedido como subsidiario el hecho más grave de conspiración para el robo (cfr. nm. 205) [233]. No obstante hay mejores argumentos a favor de rechazar también en un caso como este el recurso al § 30 II [234], porque el desistimiento del delito más leve significa una renuncia o abandono del plan delictivo global, que sin el delito básico ya no tiene ninguna trascendencia jurídica. 232

Según opinión totalmente dominante lo dicho para el § 30 rige también para la causación de un peligro de incendio, autónomamente punible conforme al § 306 f, en relación con el desistimiento del incendio intentado (§ 306 y 22) y con el arrepentimiento activo (§ 306 e) [235]. Esto es correcto: porque los argumentos que en el § 30 avalan que el desistimiento alcance a todas las fases de desarrollo del delito de lesión (nm. 231) son también aplicables aquí. Por el contrario, según BGHSt 39, 128[236] y 233

---

[233] A favor de la subsistencia (o mantenimiento) de la punibilidad con arreglo al § 30 II por ello *Maurach*, JZ 1961, 146; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 114; *Vogler*, Bockelmann-FS, 1979, 728 s.

[234] *Bottke*, 1979, 560 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 65 IV 1 y § 69 III 1; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 31, nm. 7; *Roxin*, JA 1979, 175; *el mismo*, LK, 11.ª, § 30, nm. 82; *Schmidhäuser*, StuB AT, 2.ª, 11/113; *Sch/Sch/Cramer*, 26.ª, § 30, nm. 40; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 30, nm. 16.

[235] *Arzt/Weber*, BT LH 2, nm. 187; *Bottke*, 1979, 625; *Bruch*, 1983, 229 con n. 118; *Geppert*, Jura 1989, 473, 481; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 51 VI 2; *Otto*, Jura 1986, 52 s., 53; SK-*Rudolphi*, 6.ª, § 24, nm. 44; *Seier*, Jura 1983, 232 s.; *Sch/Sch/Eser*, 26.ª, § 24, nm. 110; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 139 *in fine*; *Vogler*, Bockelmann-FS, 1979, 727 s.; *el mismo*, LK, 10.ª, § 24, nm. 198.

[236] Asimismo OLG Celle NdsRpfl. 1952, 57; OLG Schleswig SchlHA 1955, 99; OLG Stuttgart MDR 1994, 713 s.

una opinión minoritaria en la doctrina[237] debe subsistir la punibilidad conforme al § 306 f según las reglas generales de la tentativa cualificada. Pero no convence la fundamentación de que el legislador con la anticipación de la punibilidad estaría poniendo de manifiesto que "considera que ya en la puesta en peligro hay un injusto o ilícito autónomo...independientemente de un perjuicio". Porque en primer lugar esto podría afirmarse igualmente en el § 30; y en segundo lugar, con la anticipación de la punibilidad ciertamente se extiende el alcance del injusto, pero no se crea un injusto o ilícito autónomo.

234 Algo distinto ocurre en la relación de la falsificación de moneda y sellos (§§ 146, 148) con el tipo penal del § 149 [preparación de la de la falsificación de moneda y sellos], ya que el desistimiento de la tentativa de falsificación no elimina el peligro global, porque las posibilidades de falsificación creadas conforme al § 149 subsisten y justifican por sí mismas una punibilidad. Por tanto, aunque el § 149 es subsidiario frente al hecho consumado conforme a los §§ 146 y 148, ante un desistimiento voluntario de los delitos de falsificación subsiste la punibilidad conforme al § 149. [238] Algo similar rige para el tipo penal especial del § 264 (preparación de una estafa de subvenciones) en relación con la estafa del § 263. Si por cualquier motivo el § 264 "no es aplicable, pero concurren los presupuestos de la estafa consumada o intentada, resurge o reaparece la punibilidad conforme al § 263 StGB. De lo contrario se produciría una laguna de punibilidad ... no justificada materialmente al privilegiar a estafadores que actúan en el ámbito de las subvenciones " (BGHSt 44, 243) [239].

235 Los mismos principios rigen cuando fracasa el castigo del delito preferente por impedimentos procesales. Si el hijo comete un hurto [robo en otros CP] con fractura en casa de sus padres (§ 247 [hurto doméstico y familiar]) y los padres sólo formulan acusación por los §§ 123 y 303 [allanamiento de morada y daños] [240], el hijo si bien no puede ser castigado por hurto por falta de la acusación particular requerida en el § 247, sin embargo sí puede serlo conforme a los §§ 123 y 303, los cuales habrían quedado consumidos en caso de castigo por hurto con fractura (§ 244 I Nr. 3). Ciertamente que si los padres no formulan ningún tipo de acusación, el hijo queda impune. Naturalmente no se puede recurrir a los §§ 242 ss. [tipo básico y tipos agravados de hurto], porque de lo contrario quedaría sin objeto el privilegio que rige para el hurto familiar (BGHSt 10, 403; 29, 56).

---

[237] *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 306 e, nm. 1; *Sch/Sch/Heine*, 26.ª, § 306 e, nm. 16; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 306 e, nm. 8; LK-*Wolff*, 11.ª, § 310, nm. 1 con n. 1; § 310 a, nm. 7.

[238] LK-*Herdegen*, 10.ª, § 149, nm. 7; *Lackner/Kühl*, 24.ª, § 149, nm. 7; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 139 i. f.; *Sch/Sch/Stree/Sternberg-Lieben*, 26.ª, § 149, nm. 12; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, § 149, nm. 12; *Vogler*, Bockelmann-FS, 1979, 728.

[239] Detalladamente sobre ello, con ulteriores referencias *Sch/Sch/Lenckner/Perron*, 26.ª, § 264, nm. 87.

[240] Ejemplo en *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 III 1.

En ocasiones la cuestión de si se puede castigar por el delito general 236
cuando un impedimento procesal (aquí: amnistía) se opone al castigo por el delito más especial, depende de la "concreta finalidad" de la regulación procesal. Así, si por esa razón se declara impune la coacción a funcionarios (§ 114 v. a.), todavía queda la posibilidad de castigar por coacciones comunes si el legislador quiso restringir la impunidad al delito especial (BGHSt 24, 262) [241].

Suscita una especial controversia la cuestión de si el hecho posterior im- 237
pune vuelve a ser punible cuando el hecho previo no puede ser castigado por motivos procesales. La jurispr. consolidada se pronuncia afirmativamente [242]. Así p. ej. se castiga el hecho posterior cuando se ha renunciado a la persecución del hecho previo conforme al § 154 a StPO (BGH GA 1971, 83 s.). Asimismo la entrega de una falsa declaración del impuesto sobre facturación, que en sí misma es un hecho posterior impune frente a la declaración provisional anteriormente omitida (nm. 223), puede ser objeto de punición autónoma si el hecho previo está prescrito (BGHSt 38, 368 s.) [243]. El BGH se apoya en el simple pero contundente argumento de que el hecho posterior impune sería un "hecho posterior copenado" y consecuentemente sólo puede quedar impune cuando el hecho previo es castigado. "El contenido de injusto del hecho posterior (copenado) es saldado mediante el castigo del hecho principal merecedor de sanción en primer lugar. Si no puede llegarse a una sanción por el hecho principal, desaparece el motivo para la impunidad del hecho posterior, sin que en ello importe el motivo por el que el hecho principal quede impune". Esta posición es seguida por una parte considerable de la doctrina[244].

Por el contrario una opinión minoritaria defendida por prestigiosos au- 238
tores[245], a la que se ha adherido también una sent. del OLG Braunschweig[246] sostiene el punto de vista de que el hecho posterior en sí debería quedar im-

---

[241] Un caso similar de restricción de la persecución en caso de una extradición trata BGHSt 19, 188.

[242] Cfr. además de las resoluciones mencionadas en el texto BGHSt 14, 45; 39, 235; BGH NStZ 1994, 586; BGH NJW 1968, 2115; BGH MDR (D) 1955, 269.

[243] Con Com. en contra de *Stree*, JZ 1993, 476 s.; aprob. *Otto*, Jura 1994, 276.

[244] BGH MDR (D) 1955, 269; BGH JZ 1968, 710; BGH GA 1971, 83 s.; BGH NStZ 1993, 96 s.; *Dreher*, MDR 1964, 168, 169; *Geerds*, 1961, 169, 229; *Huschka*, NJW 1960, 1189, 1190, n. 12; *Kohlmann*, JZ 1964, 492 ss.; 494; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 52, nm. 32; *Maurach*, JZ 1956, 257, 258; NK-*Puppe*, antes del § 52, nm. 36 s.; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 135; *Sauer*, AT, 3.ª, 242; Schmidhäuser, LB AT, 2.ª, 18/33; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 52, nm. 44; *Vogler*, Bockelmann-FS, 1979, 734 s.; *el mismo*, LK, 10.ª, antes del § 52, nm. 146; *Welzel*, StrafR, 11.ª, 235; *Wessels/Beulke*, AT, 31.ª, nm. 796; *Wolter*, GA 1974, 161 ss., 165; en parte de la misma opinión *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 56/44. Indeciso *Joecks*, 3.ª, antes del § 52, nm. 22.

[245] *Baumann/Mitsch*, AT, 10.ª, § 36 II 3 (poco claro); *Blei*, AT, 18.ª, § 96 II 3 c; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 3 a; *Krauß*, GA 1965; 173, 178; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 102; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 113 ss.; 116.

[246] OLG Braunschweig NJW 1963, 1936.

pune ante la falta de perseguibilidad del hecho previo. Como fundamentación se alega básicamente que el hecho previo y el posterior constituyen una "unidad de valoración" en la que el hecho previo constituye "el fundamento de valoración exclusivo para el acontecimiento global". [247] "Porque no es que una pena desplace a la otra, sino que la ingerencia en la esfera jurídica ajena es fundamento de valoración exclusivo y excluye el juicio penal autónomo del aseguramiento y aprovechamiento de las ventajas conseguidas por el hecho previo"[248].

239 Sin embargo hay que suscribir la opinión de la jurispr. y la opinión de la doctrina acorde con ella, ya que la tesis de la "unidad de valoración" y del hecho previo como "fundamento de valoración exclusivo" presupone algo que en primer lugar tendría que probarse y finalmente y en definitiva no es convicente. Porque si p. ej., a la omitida declaración provisional del impuesto sobre facturación, ya punible como defraudación fiscal, le sigue la posterior y no prescrita entrega de una falsa declaración del impuesto sobre facturación, en el hecho posterior se manifiesta una energía criminal considerable y autónoma. Si se castiga el hecho previo, el castigo del hecho posterior sería un doble castigo inadmisible, porque se trata de la defraudación de la misma cuota impositiva. Pero si p. ej. por prescripción ya no se puede castigar el hecho previo, no se comprende por qué habría de quedar impune asimismo el comportamiento no prescrito del hecho posterior, como mínimo de igual importancia que el contenido de injusto del hecho previo. Lo propio rige también para otros casos, como p. ej. estafas puestas en escena con considerable esfuerzo, que tienden a enmascarar y asegurar un hurto previo[249]. Donde se trata únicamente de una doble y consecutiva apropiación, como en la "apropiación indebida" posterior de una cosa ya apropiada previamente mediante otro delito contra la propiedad o contra el patrimonio, la atipicidad del hecho posterior impide ya su punición en caso de no perseguibilidad del hecho previo (cfr. nm. 225 así como BGHSt 14, 46).

b) La consideración del hecho posterior impune en la determinación o medición de la pena

240 La jurispr., ya la del RG[250] y también la del BGH[251], siempre ha admitido que se utilice en la determinación o medición de la pena el hecho posterior impune. A este respecto la mayoría de la veces solamente se destaca en una formulación muy global, que es admisible "tener en cuenta en la determinación de la pena con carácter agravante la infracción de una ley que no resulta de aplicación debido a la unidad de ley" (BGHSt 1, 155). Formulado de

---

[247] *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 II 3 a.

[248] *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes de los §§ 52 ss., nm. 116.

[249] Cfr. LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 136.

[250] RGSt 26, 312, 313 s.; 59, 147, 148; 62, 61, 62; 63, 423, 424.

[251] BGHSt 1, 152, 155; 6, 27; 19, 189, 33, 142, 147; BGHR StGB, § 46 ap. 2, circunstancias del hecho, n.º 7; § 30, concursos, n.º 2 y 3; BtMG, § 29, determinación de la pena, n.º 3.

un modo tan general esto tropieza con objeciones justificadas[252], porque en muchos casos a una agravación de la pena basándose en el delito excluido se opone el § 46 III, según el cual las "circunstancias que ya son elementos del tipo legal, ... no" pueden "ser consideradas" [para la medición de la pena]. Por ejemplo, la pena impuesta por un robo con violencia (§ 249) no puede ser agravada por el hecho de que el autor haya consumado también los tipos del hurto (§ 242) y de las coacciones (§ 240). Pues los elementos de estos tipos son también requisitos del § 249 y no deberían ser aplicados por dos veces en perjuicio del autor.

La situación es distinta si no existe doble utilización y valoración. Así, el 241
§ 226 (lesiones graves) es considerado (nm. 185) como *lex specialis* frente al § 224 (lesiones peligrosas), aunque los elementos especiales del § 224 (uso de armas, ataque por sorpresa, etc.) no están contenidos en el § 226. Dichos elementos podrían por ello pesar en perjuicio del autor en la medición de la pena con arreglo al § 226, puesto que, aunque ciertamente el contenido de injusto del § 226 abarca también estos modos graves de lesión, precisamente por eso han de ser utilizados como factores de graduación o medición de la pena dentro del marco penal establecido en el § 226. Lo propio rige p.ej. para la relación del robo (§ 249) con los §§ 243 y 244 [hurtos cualificados]. El robo es *lex specialis* también frente a estas formas agravadas de hurto (nm. 186), pero dichas agravaciones podrían aumentar la pena impuesta a causa del robo, en la medida en que no constituyan ya sin más una cualificación conforme al § 250. También puede ser considerada como una agravante la circunstancia de que el autor de una violación (§ 177 II), que es un caso agravado de coacción sexual (§ 177 I), haya cometido en conexión con la violación además coacciones sexuales de otra clase (BGHSt 33, 147).

En resumen, se puede decir que el delito excluido puede ser tenido en 242
cuenta en la determinación de la pena en perjuicio del sujeto en la medida en que sus circunstancias agravantes no pertenezcan ya al tipo del delito preferente[253].

c) La consideración de la pena mínima de la ley desplazada

El principio establecido hoy legalmente para el concurso ideal, según el cual 243
la pena impuesta no puede quedar por debajo de la pena mínima de una ley absorbida (§ 52 II 2), ha sido trasladado de antemano por el BGH al concurso de leyes[254]: "El mismo principio debe valer también para el caso de que el autor haya infringido una pluralidad de leyes, una parte de las cuales no es aplicable

---

[252] En contra de tomar en consideración el tipo excluyente por ese motivo *Geerds*, 1961, 231 s.; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 55/25; *Seier*, Jura 1983, 234 ss.

[253] Esto se corresponde con el pensamiento dominante hoy en día: *Bruns*, 2.ª, 1974, 465 ss.; *Freund*, AT, § 11, nm. 48; *Jakobs*, AT, 2.ª, 31/38 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 69 III 3; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes del §§ 52 ss., nm. 141; *Warda*, JuS 1964, 92.

[254] BGHSt 1, 156; 7, 312; 10, 315; 15, 346; 19, 189; 20, 238.

sólo porque otra ley contiene la norma especial y por esa razón reclama su aplicación única y exlusiva" (BGHSt 1, 156). Por tanto, en una tentativa de violación (§§ 177 II, 22: la pena mínima según el § 49 I n.º 3 es de seis meses), que es *lex specialis* repecto a la coacción sexual consumada (§ 177 I), no puede imponerse una pena que sea inferior a la pena mínima (un año) de esa coacción sexual (cfr. BGHSt 1, 152 ss.). Si se considera el aborto causado por tercero (§ 218 I) como ley preferente en relación con las lesiones que conlleva para la madre (cfr. nm. 217) y se extiende la exclusión de las lesiones también a las lesiones graves (§ 226: pérdida de la capacidad reproductora), como lo hace el BGHSt 10, 312, la pena impuesta por la realización del § 218 no puede, en ningún caso, ser inferior a la pena mínima del § 226, superior a la del aborto (BGHSt 10, 315). Según la BGHSt 15, 345, ello rige también para un aborto con resultado de muerte: el autor sólo será castigado por un aborto, pero no se puede quedar por debajo de la pena mínima del § 227 (como regla general, tres años).

244 Naturalmente esta postura acaba conduciendo a las consecuencias jurídicas del concurso ideal, y se puede sostener que sería más adecuado, al menos en un caso de consecuencias graves de un aborto, adoptar de antemano la solución del concurso ideal, porque es cierto que el hecho del § 218 conlleva típicamente (normalmente) una lesión simple, pero no las mencionadas consecuencias graves. Ahora bien, si se adopta la calificación del concurso de leyes, la jurispr. es materialmente adecuada[255], pues no se puede comprender por qué a un sujeto que ha cometido un delito grave, se le iba a tener que atenuar la pena sólo porque también haya cometido además un tipo preferente menos grave. Una excepción, como en el caso de reaparición de la ley desplazada (cfr. nm. 230), sólo puede ser reconocida si la ley preferente va a favorecer al autor[256].

245 **En cambio, no hay una vinculación con el límite máximo de una ley desplazada (BGHSt 30, 166)**[257]. Por tanto, si alguien comete una tentativa de homicidio "en un arrebato de justa cólera y en un estado de considerable disminución de la capacidad de culpabilidad", en caso de condena por el § 213 [caso menos grave de homicidio], aplicar una doble atenuación de la pena (conforme a los §§ 21 y 23 II) no sería ilícito por el hecho de que el sujeto con su comportamiento también ha realizado según la citada jurispr. el tipo desplazado del § 224 [lesiones peligrosas], que permite una pena mucho mayor. Esta circunstancia no legitima una superación del marco penal establecido por el § 213. "Contra esa estricta vinculación habla también el hecho de que el juez de instancia puede quedar por debajo de la pena máxima, a diferencia de la pena mínima establecida legalmente" (BGHSt 30, 168). Según el actual § 224 en un supuesto menos grave la pena puede llegar a atenuarse hasta llegar a los tres meses. La postura del BGH es convincente[258]. Sin embargo ciertamente, después de que la jurispr.

[255] Así también la op. dom.: *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 52; nm. 29; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes del § 52 ss., nm. 141; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 52, nm. 23; *Warda*, JuS 1964, 92.

[256] *Warda*, Jus 1964, 92.

[257] Con Com. aprob. de *Bruns*, JR 1982, 166.

[258] De otra opinión, sin embargo, *Jakobs*, AT, 2.ª, 31/39.

ha pasado a asumir en un caso como el descrito la solución del concurso ideal (nm. 205), el problema se presenta de otra forma. No obstante, ello no cambia en nada la corrección de lo que se dijo bajo la premisa de la presencia de un concurso de leyes.

d) La posibilidad de una cooperación punible en la ley desplazada

En la jurispr.[259] y también en general fuera de ella se reconoce que un precepto excluido por la vía del concurso de leyes puede acarrear la posibilidad de castigar como autores o como partícipes a otras personas que no han participado en el delito que desplaza al otro tipo. Si alguien p. ej. realiza un hurto con escalamiento (§ 244 I n.º 3), está consumando al mismo tiempo un allanamiento de morada (§ 123) (nm. 213). Pero si el autor del hecho ha engañado a quien sosteniéndole la escalera le ayudó a trepar, diciéndole que sólo quería ver, en contra de la voluntad de sus padres, a su amiga menor de edad que se encontraba en su habitación, entonces el sujeto que proporcionó esa ayuda sólo será penado como cómplice o coooperador de un delito del § 123. Asimismo, p.ej. para el ladrón que hurta objetos en un comercio es un hecho posterior impune el engañar a la cajera para de esta forma traspasar el área de caja y asegurar el hurto cometido (nm. 221). Ahora bien, si un amigo, que no había tomado parte en el hurto, conociendo lo que había sucedido coopera de forma decisiva en el engaño posterior a la cajera, puede ser perfectamente castigado como autor de una estafa. 246

e) La ley desplazada puede acarrear penas accesorias, consecuencias accesorias y medidas (§ 11 I n.º 8)

"Con el concurso de leyes también siguen siendo aplicables las disposiciones de la ley desplazada sobre las penas accesorias, así como sobre las medidas de seguridad, junto a la disposición por la que se castiga" (BGHSt 8, 52). Esto deriva de la misma razón por la que no es posible quedar por debajo de la pena mínima de una ley desplazada (BGHSt 7, 312): "No puede resultar beneficiado aquel sujeto que con su acción no sólo ha infringido una ley penal, sino una pluralidad de disposiciones penales"[260]. 247

VI. La abandonada construcción de la acción continuada

1. Sobre el tratamiento del delito continuado en la antigua jurisprudencia y doctrina

La acción continuada era una construcción no contemplada por la ley, desarrollada por la jurispr. ya en el siglo XIX, que permitía agrupar una 248

[259] BGHSt 40, 374, 377; BGH MDR (D) 1968, 551; BGH MDR (D) 1976, 14; BGH MDR (H) 1980, 272; BGH NJW 1994, 2703, 2707.

[260] Igualmente también BGHSt 19, 189.

pluralidad de delitos individuales consumados, que excedían de la unidad típica y natural de acción (nm. 19 ss., 29 ss.), en una "unidad jurídica de acción" y en un único tipo consumado. Por ejemplo, si un sujeto había abusado sexualmente de un niño continuadamente (por tanto, p. ej. a lo largo de meses, en diferentes días), todos esos hechos eran reunidos en una única punición conforme al § 176. Si alguien había sustraído un centenar de veces pequeñas cantidades de dinero (§ 246), era declarado culpable sin embargo sólo de una apropiación indebida continuada.

249 En particular, la concurrencia de la acción continuada se hizo depender en la jurispr. y la doctrina predominantemente de las siguientes cinco premisas[261]:

250 **a) Se tenía que haber realizado el mismo tipo o, por lo menos, el mismo tipo básico.** Por tanto, entre el hurto simple y el cualificado, entre las lesiones simples y peligrosas cabía apreciar la relación continuada, pero no entre el hurto y la estafa.

251 **b) El modo de comisión tenía que haber sido uniforme o si no, al menos, similar.** En los supuestos de hecho de los ejemplos iniciales (nm. 248), el modo de comisión será por regla general más o menos uniforme, así que era posible sin más aplicar la conexión o relación continuada. Sin embargo, ésta estaba excluida si p.ej. el autor había realizado en un primer momento un pequeño fraude de consumición en un bar y posteriormente una estafa millonaria en el marco de su actividad empresarial.

252 **c) Los hechos individuales tenían que estar relacionados en una conexión temporal y espacial**, es decir, estar unidos y seguidos uno tras otro. Si un sujeto había dado palizas en total en tres ocasiones en años diversos a su mujer durante diez años de matrimonio, la separación temporal de los hechos individuales excluía la posibilidad de apreciar un delito de lesiones continuado. Cuestión distinta sería si los actos violentos se hubiesen ejecutado durante tres días seguidos. Y también se procedería de otro modo, si los hechos hubiesen tenido lugar a lo largo de un amplio periodo de tiempo pero con regularidad.

253 **d) En caso de bienes jurídicos personalísimos se exigía además que todos los hechos individuales se dirigiesen contra el mismo sujeto pasivo.** Por tanto si un sujeto había matado, violado o lesionado a distintas personas, una tras otra, no era posible apreciar un nexo de continuidad.

254 Era necesario un **dolo global**, es decir, los diferentes actos individuales tenían que, por lo menos en sus rasgos esenciales, haber sido planeados previamente por el autor. No obstante, según la jurispr. posterior del BGH[262], el

---

[261] Una cita detallada de la antigua jurispr. y de la discusión antigua sobra tras el abandono de la acción continuada. Citas más en detalle las proporcionan todavía hoy *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª, § 66 V 3, 4.

[262] BGHSt 19, 325; 21, 322; 23, 35; 30, 209; 33, 5.

dolo global podía extenderse hasta el final a posteriores actos individuales concretos. De esta manera, se favoreció mucho la tendencia a la ampliación y extensión de la acción continuada. La doctrina se conformaba, en parte, incluso con un simple **dolo continuado**, es decir, con la representación del autor de continuar con sus actos aprovechando en su caso la oportunidad. Por el contrario, no se aceptaba la acción continuada imprudente.

La construcción de la acción continuada estuvo expuesta a una creciente 255
crítica en una parte de la doctrina y también (debido a una falta de unidad en su aplicación) por parte de la jurispr. Esto llevó a la Gran Sala de Causas Penales del BGH a renunciar ampliamente a esta figura jurídica, siguiendo como modelo el ejemplo del Tribunal Federal Suizo[263], en una sentencia, que causó sensación, del 3 de mayo de 1994 (BGHSt 40, 138-168).

2. La crítica a la acción continuada

Las objeciones de la doctrina contra la institución de la acción continua- 256
da[264], que finalmente han llevado a alejarse de ella, conciernen sobre todo a seis puntos[265]:

a) En primer lugar, habla en su contra el hecho de que carece de toda base legal. "Las disposiciones sobre la acción continuada contenidas en muchos antiguos Códigos Penales alemanes no encontraron acogida alguna en el Código Penal del Reich de 1871" (BGHSt 40, 145), y también el legislador, que ha efectuado las diversas reformas, ha renunciado a su regulación*. Y a diferencia del concurso de leyes, asimismo carente de regulación, pero cuyos principios se pueden deducir de la interpretación del tipo realizado (cfr. nm. 172), en caso de admitir la existencia de una acción continuada se trata a tipos que están en concurso real como si se encontrasen en concurso ideal. Esto era difícil de compaginar con la Ley.

b) Esto conducía entonces también a injustos tratos privilegiados de au- 257
tores de una acción continuada. Quien comete una pluralidad de delitos en concurso real (§ 54 I, II), tiene que contar con un aumento según las circunstancias considerable de la pena máxima merecida, que puede lle-

---

[263] Las resoluciones de los años 1990 y 1991 están publicadas en NStZ 1993, 331 s.

[264] Las críticas de la doctrina a la antigua jurispr. se han recogido en buena parte en BGHSt 40, 146. Además: *Fischer*, NStZ 1992, 415 ss.; *Hartmann*, 1977; *Jähnke*, GA 1989, 376 ss.; *Preiser*, ZStW 71 (1959), 383 s.

[265] En BGHSt 40, 145 ss., se recogen todavía más razones.

* Ello ocurre también fuera del Derecho alemán, en muchos otros Códigos penales. En cambio, en España, el art. 164, 2º CP 1928 acogía la figura del delito continuado equiparado al concurso ideal y el medial, y sobre todo, siguiendo la construcción defendida por la jurispr y doc. mayorit., la reforma de 25-6-1983 introdujo en el anterior CP 1944/1973 un art. 69 bis regulando autónoma y detalladamente, como excepción al concurso real, el delito continuado, con una agravación en caso de delito masa, regulación sustancialmente mantenida en el art. 74 del actual CP 1995. Similar es p.ej. la regulación del art. 83 CP nicaragüense de 2008. [N. del T.].

gar casi a la acumulación de penas. Por el contrario, quien cometiera 20 o incluso 200 hechos conectados de forma continuada, podía ser castigado siempre solamente según el marco penal previsto para el correspondiente hecho particular. De manera que, si dicho marco hubiese sido agotado por los delitos ya cometidos, los siguientes actos particulares podían quedar sin consecuencias penales.

258 **c) La acción continuada también condujo a un trato privilegiado sin sentido del autor en relación con la custodia de seguridad.** Ésta presupone según el § 66 II tres hechos punibles dolosos, por los cuales el autor "haya merecido, por cada uno de ellos, una pena privativa de libertad de al menos un año". Este precepto "no es aplicable, por lo tanto, en el caso de una serie de hechos valorada como un único delito continuado, favoreciendo de este modo al autor..., aunque la peligrosidad basada en su inclinación a la delincuencia precisamente puede ponerse de relieve en una cadena de repeticiones de hechos del mismo tipo durante largo tiempo" (BGHSt 40, 151).

259 **d) El delito continuado también proporcionaba al autor injustificadas ventajas debido a sus efectos de cosa juzgada** (cfr. también BGHSt 40, 149 s.). Si p.ej. el sujeto había sido condenado por sentencia firme con una pena proporcionalmente pequeña por una estafa continuada correspondiente a tres casos individuales, no podía ser imputado nuevamente, aun cuando más tarde se descubriera que todavía otras trescientas estafas y fraudes más se incluían en el mismo nexo de continuidad, ya que se trataba de actos realizados en el marco de un mismo hecho y "nadie puede ser castigado ... más de una vez por el mismo hecho" (art. 103 III GG).

260 **e) Ahora bien, la acción continuada no sólo favoreció de manera inadecuada al autor, sino que también lo perjudicó** con consecuencias graves desde la perspectiva del Estado de Derecho. En efecto, la construcción fue utilizada por los tribunales de instancia sobre todo para simplificar el trabajo. Aunque cada hecho individual debía ser constatado y probado, la circunstancia de que las numerosas realizaciones de delitos quedasen "fundidas" en un hecho total y no hubiera que imponer penas individuales para cada uno de ellas, conducía frecuentemente sólo a un examen superficial de los hechos. "La utilización 'generosa' de la acción continuada ha inducido también en no pocas ocasiones a 'comprobaciones' demasiado globales, que han impedido un examen de la realización del tipo y del grado de culpabilidad por el tribunal de revisión, han dado lugar a considerables restricciones de las posibilidades de defensa del acusado y han suscitado la preocupación de que el juez se hubiera dejado llevar por una impresión de conjunto, confusa en sus límites, y no por la convicción de la realización del tipo en cada caso concreto" (BGHSt 40, 147).

261 **f) Como consecuencia del empleo de la acción continuada, se produjeron también graves perjuicios para el acusado en materia de prescripción.** En efecto, dado que la prescripción sólo se inicia con el último acto parcial del

hecho y comienza de nuevo tras cada interrupción (§ 78 c III), hechos incluso bastante antiguos (a menudo de más de diez años) no podían prescribir si estaban incluidos en el marco dentro del nexo de una acción continuada. Esto traía como consecuencia "que en el ámbito de series de hechos delictivos de larga duración las disposiciones legales sobre plazos de la prescripción fuesen *de facto* derogadas" (BGHSt 40, 153).

3. La situación tras la decisión de la Gran Sala (Gran Senado)

La Gran Sala (Gran Senado) no rechazó sin más la acción continuada, sino al principio solamente para los tipos que fueron sometidos a su decisión, esto es, los de los §§ 173, 174, 176 y 263 (respectivamente en v. a.) (BGHSt 40,165). Y añadió que lo mismo "parece lógico" sostener para los "§§ 174 a, 174 b, 177, 178 y 179 StGB" –igualmente citados según v. a.– (BGHSt 40, 166). "De la mano de los casos presentados no se ha motivado", dice, "efectuar una declaración general que vaya más allá en el sentido de un rechazo de principio de la acción continuada para toda clase de delitos" (BGHSt 40, 165). La Sala, añade la sent., no ha querido "decidir ... de manera concluyente" si existen tipos "que hacen que resulte requerido la agrupación jurídica de una pluralidad de acciones ya de por sí típicas como hecho o delito continuado, más allá del ámbito de la unidad natural de acción y de la unidad típica de valoración, para comprender o abarcar el injusto realizado y la culpabilidad en su conjunto y de modo materialmente adecuado, es decir, dirigido al sentido del tipo". En cualquier caso, agrega, la relación o conexión de continuidad puede "ser sólo una rara excepción ... justificada por causas, referidas al tipo, que la exijan para apreciar adecuadamente el desvalor total" (BGHSt 40, 164 s.). En la introducción de esta resolución se afirma de manera concluyente que la apreciación de la conexión o relación continuada presupone "que aquello que hay que medir en relación con el tipo penal sea ineludible para abarcar adecuadamente el injusto realizado y la culpabilidad" (BGHSt 40, 138). 262

Sin embargo, desde entonces, el BGH ya no ha admitido en ningún caso concreto la existencia del nexo de continuidad delictiva. Antes bien, para un número elevado de tipos penales ha resuelto que en ellos no era posible apreciar la continuidad delictiva: para los delitos sexuales[266], para las lesiones[267], el hurto[268], extorsión[269], administración desleal[270], falsedad documental[271], infracción de los deberes de llevanza de libros contables[272], cohecho 263

[266] BGH NStZ 1995, 200, 245.
[267] BGH NJW 1995, 3133; cfr. tb. BGHSt 41, 113 (al respecto nm. 266).
[268] Inédito; referencias en Zieschang, GA 1997, 459, n. 12.
[269] Inédito; referencias en LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 49.
[270] BGH StV 1995, 298.
[271] BayObLG wistra 1996, 236 s.
[272] BGH NStZ 1995, 347.

activo y cohecho pasivo[273], así como para numerosas leyes accesorias[274]. En resumen, bien se puede decir que, a pesar de las más cautelosas formulaciones de la Gran Sala, la acción continuada ha sido abandonada completamente por la praxis. Lo que tampoco puede sorprender, ya que la restricción prevista por la Gran Sala de eventuales excepciones en función de "causas referidas al tipo", o de "medir en relación con el tipo penal", muestra que en realidad pensaba en la unidad típica de acción, que es una figura jurídica autónoma y reconocida frente a la acción continuada[275]. La idea de la Gran Sala de que los restantes casos de continuidad delictiva considerados posibles por ella quedarían "más allá del ámbito de la unidad natural de acción y de la unidad típica de valoración", es errónea.

264 **Se puede partir por tanto de la base de que ya no existe una acción continuada en su sentido original[276]. No obstante, es posible encontrar, con un ropaje jurídico modificado, algunas aproximaciones a la antigua jurispr.** Así, en el caso de una madre que durante siete meses había maltratado a su hija de tres años "con creciente intensidad y frecuencia, que al final era diaria, a base de golpes y patadas", la BGHSt 41, 113 admite sólo un hecho con arreglo al § 223 b v. a. (actualmente: § 225 I) en la variante de tortura. El hecho de "torturar" es "realizado típicamente (generalmente) llevando a cabo una pluralidad de acciones" (loc. cit., 115). Por ello, añade, no es necesario el recurso a la figura jurídica de la acción continuada para agrupar una serie de actos individuales en un hecho. Sin embargo, *de facto* sí que se ha producido tal recurso[277]. En efecto, ciertamente la tortura presupone precisamente una pluralidad de actos individuales, pero éstos deben tener lugar "en una sola ocasión"[278]. De lo contrario no se puede hablar ni de unidad natural de acción ni de unidad típica de acción[279]. Existe, por tanto, una tortura repetida, que, al abandonarse la figura de la acción continuada, debe ser tratada conforme a las reglas del concurso real[280].

265 **Despiertan también reminiscencias a la acción continuada aquellas sentencias que agrupan numerosos actos individuales en una "unidad de valoración".** Así, por ejemplo, en el delito de tráfico de drogas todas las acciones individuales realizadas en el marco de un intercambio de bienes se juzgan como un solo acto de comerciar en el sentido del § 29 I n.º 1 BtMG (cfr. *su-*

---

[273] BGHSt 41, 302: cohecho activo según el § 334; sobre el cohecho pasivo (sentencia inédita) cfr. LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 49.

[274] Referencias en LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 49.

[275] *Geisler*, Jura 1995, 80; *Geppert*, NStZ 1996, 59; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 49.

[276] *Geppert*, NStZ 1996, 59; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 49; *Zschockelt* (miembro de la Gran Sala del BGH) declara "casi totalmente abolida" la acción continuada (NStZ 1994, 361).

[277] Rechazan esa opinión por eso mismo tb. *Hirsch*, NStZ 1996, 37; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 49, n. 192; *Wolfslast/Schmeissner*, JR 1996, 338 s.; *Zieschang*, GA 1997, 460 s.

[278] *Zieschang*, GA 1997, 461.

[279] Por el contrario, *Geppert* quiere admitir aquí una "unidad jurídica de valoración".

[280] Por el contrario, *Wolfslast/Schmeissner*, JR 1996, 339, ven aquí un "campo que es un resto de aplicación de la acción continuada". Tb. en BGHSt 40, 154 s. se da a entender esa posibilidad.

pra nm. 27). De la misma manera procede la jurispr. en el campo del tráfico de armas[281]. También en el tipo de irregularidades en la llevanza de libros contables (§ 283 I n.º 5) el BGH[282] sintetiza numerosos actos individuales en una sola infracción de ley: "Las infracciones individuales en la llevanza de libros contables constatadas durante el espacio de tiempo de realización del hecho (desde finales de 1988 hasta marzo de 1990) constituyen ... una unidad de valoración y por eso deben ser contempladas como un hecho único, sin que sea necesario recurrir a la figura jurídica, abandonada por la Gran Sala de Causas Penales, de la acción continuada".

Sin embargo, los ejemplos mencionados no permiten concluir que la ju- 266
rispr., a través de un uso extensivo de la unidad natural y típica de acción o de la unidad de valoración, sigue tratando como un solo hecho los anteriores casos de acción continuada. Más bien –prescindiendo de excepciones y ámbitos parciales como los mencionados– se resuelven a partir de ahora en todos los casos por medio del concurso real, sin que esto le haya generado dificultades insalvables a la praxis [283]. Es de suponer que la posterior evolución conducirá a una ampliación prudente de la unidad natural y típica de acción, pero no se admitirá ya una agrupación y reunión en un solo hecho de actuaciones que duran años, como se hacía con ayuda del delito continuado.

Las conclusiones de la BGHSt 40, 138, no son revolucionarias en el ám- 267
bito de la determinación de la pena. Ya la Gran Sala ha indicado (loc. cit., 162) que el hecho de pasar a aplicar el concurso real "no tiene por qué llevar necesariamente a un incremento del grado de pena". Y efectivamente la jurispr. parte de la base de que para hechos de la misma especie, el incremento de la penalidad aplicable debe ser sólo escaso si los actos concretos no están demasiado alejados unos de otros y están dentro de un mismo contexto situacional[284]. Así pues, la pena no resultará más alta que la derivada de la anterior aplicación de una continuidad delictiva. En caso de comisión de delitos que se repiten durante años –sobre todo en en el Derecho penal económico–, al admitirse varios concursos reales ciertamente que ello dará lugar a una pena superior a la que resultaría bajo la premisa de entenderlos como una comisión delictiva única[285]. Pero esto también es correcto y elimina una injusticia que con razón se había aducido como reproche contra la acción continuada (cfr. nm. 156).

En la cuestión de la prescripción, la jurispr. ha suprimido en parte las 268
ventajas que conlleva el abandono del delito continuado –o sea, que para he-

---

[281] Cfr. LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 31.

[282] BGH NStZ 1995, 347.

[283] Una guía para la "aplicación práctica" de la nueva situación jurídica la proporciona *Zschockelt*, NStZ 1994, 361. Sobre la utilización por la praxis judicial de la situación creada por la BGHSt 40, 138 cfr. también *Geppert*, NStZ 1996, 61.

[284] BGH NJW 1995, 2234; BGH NStZ 1995, 77; BGH StV 1997, 76; BGH MDR 1995, 879, 880.

[285] Cfr. sobre ello también *Geppert*, NStZ 1996, 118.

chos que han sucedido largo tiempo atrás, vuelven a estar en vigor los plazos normales de la prescripción, cfr. nm. 261– al permitir utilizar hechos prescritos como agravantes[286], pues de esta manera la verdad es que los hechos prescritos vuelven a tener relevancia en la determinación de la pena. Esto no sólo contradice el sentido de la prescripción: es decir, que el hecho prescrito ya no debe ser castigado, sino que además encuentra reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho, en la medida en que respecto a hechos que han sucedido años atrás y que no han dado lugar a una condena, prácticamente no se podrán efectuar comprobaciones suficientemente exactas sobre los hechos. Por lo tanto, la jurispr. debería prescindir totalmente de tomar en consideración los hechos prescritos en la determinación de la pena[287]. Sin embargo, una restricción de la prescripción, que tampoco se puede evitar con el abandono del delito continuado, es la que ciertamente realiza para los delitos sexuales el § 78 b I n.º 1: "La prescripción se suspende ... hasta que la víctima cumpla los dieciocho años de edad en los delitos contemplados en los §§ 176 a 179".

269 La praxis judicial intenta hacer frente mediante simplificaciones a las dificultades que en ocasiones plantea la averiguación exacta y precisa de numerosos hechos concretos en supuestos de delitos cometidos en serie. Aquellos actos individuales que no pueden ser probados con claridad son excluidos conforme al principio *in dubio pro reo*[288]. En relación con hechos punibles accesorios inesenciales puede dictarse el sobreseimiento conforme al § 154 StPO. Si sólo se puede averiguar el daño total –p.ej. en una administración desleal (§ 266)–, sin que se pueda constatar el número de los actos individuales en concreto, "se debe asumir, en beneficio del imputado, que éste ha defraudado deslealmente a través de una sola acción"[289]. Es irrelevante que tampoco se pueda comprobar el momento exacto de la acción. Si en algún caso es cierto que se constata con seguridad la existencia de diferentes hechos separados, pero no se puede saber con exactitud qué parte de la cantidad total defraudada corresponde respectivamente a cada una de las acciones individuales, ello se puede efectuar por la vía de la estimación[290]. "Cualquier otra consideración que parta de un punto de vista restrictivo juzgando de manera aislada cada uno de los actos individuales conduciría en caso de falta de pruebas a la exclusión de la punición, y en muchos otros casos a dificultades para poder castigar una conducta que sin duda es punible. Hasta ahora la jurispr. ha evitado tal situación sin problemas en el ámbito de las condenas por acciones continuadas. Pues bien, el abandono de

[286] BGHSt 41, 305 (309); BGH NJW 1994, 2966 (2967); BGH NStZ 1995, 439; BGHR StGB, § 46 ap. 2, vida previa, n.º 11, 19, 20.

[287] También *Meyer-Goßner*, ZStW 110 (1998), 395 considera, "en contra de la opinión de otros jueces federales, censurable que hechos prescritos sean tenidos en cuenta en la determinación de la pena".

[288] BGHSt 40, 377; BGH NJW 1995, 2934.

[289] BGH NStZ 1994, 586. Asimismo, sobre los problemas que con ello se plantean cfr. *Billmann/Dreier*, NStZ 1995, 107, y *Zschockelt*, NStZ 1995, 109.

[290] BGHSt 40, 377 (aquí también la siguiente cita).

esta institución jurídica no puede conducir a lagunas de punibilidad, lo que sería contrario a la justicia".

Por muy practicable que pueda ser este procedimiento de la estimación, 270
ha encontrado duras críticas en la doctrina[291]. En efecto, esta práctica sólo se explica por el uso anterior de la acción continuada y entra en contradicción con la exigencia de una comprobación exacta de cada acto individual en caso de existir un concurso real de delitos.

En el presente libro, que está dedicado al Derecho sustantivo, no se puede 271
entrar en detalle en los problemas procesales que para la acusación y el auto de apertura del proceso se derivan de la pluralidad de los delitos en caso de hechos punibles en serie. Baste decir que el BGH en caso de pluralidad de ataques sexuales a niños considera que es suficiente si se indica la víctima del hecho, los aspectos fundamentales de la clase y del modo de comisión del hecho, un determinado marco temporal del hecho y el número máximo de delitos imputados[292]. Esto también es criticado por la doctrina[293] como un "modo de proceder que no se compadece con la autonomía de los hechos individuales".

En resumen, se puede decir que la "sentencia del siglo"[294] de la Gran Sala, 272
que ha llevado al abandono de la acción continuada, ha sido aceptada por la praxis judicial[295]. Ha superado en lo fundamental los problemas derivados del cambio y paso a la nueva situación, aunque para ello ha hecho algunas concesiones –a veces, yendo demasiado lejos– a la anterior jurispr. sobre el delito continuado. Habrá que aguardar aún para ver cómo se produce la ulterior evolución, que en muchos aspectos todavía está en curso. En vista de la grave inseguridad jurídica y de las numerosas discordanciaa e incoherencias que la anterior jurispr. trajo consigo (nm. 256 ss.), la decisión de la Gran Sala merece en principio una valoración positiva.

El abandono de la acción continuada también ha sido acogido favorablemen- 273
te por buena parte de la doctrina[296], aunque no en pocas ocasiones también ha sido rechazado o al menos juzgado muy críticamente[297]. No pocos autores ha-

---

[291] *Bohnert*, NStZ 1995, 460; *Geppert*, NStZ 1996, 63 y 118; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes del §§ 52 ss., nm. 31 i. f.; *Zieschang*, GA 1997, 465.

[292] Referencias en *Roxin*, StrafverfahrensR, 25.ª, § 38, nm. 17, n. 2.

[293] *Zieschang*, GA 1997, 466.

[294] *Hamm*, NJW 1994, 1636.

[295] *Meyer-GoDner*, ZStW 110 (1998), 395 valora la derogación o abolición de la acción continuada "desde la perspectiva del tribunal de revisión (casación) como un éxito total".

[296] *Dannecker*, WiB 1994, 669 ss.; 699; *Freund*, AT, § 11, nm. 31 ss.; *Geisler*, Jura 1995, 74 ss.; *Geppert*, NStZ 1996, 57; 118; *Gropp*, AT, 2.ª, § 14; nm. 46 ss.; *Hamm*, NJW 1994, 1636; *Köhler*, AT, 689 s.; NK-*Puppe*, § 52, nm. 21-28; LK-*Rissing-van Saan*, 11.ª, antes del § 52, nm. 42 ss.; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 55-77; *Wollweber*, NJW 1996, 2632; *Zschockelt*, NStZ 1994, 361 ss.; *el mismo*, StraFo 1996, 131 ss.; *el mismo*, JA 1997, 411 ss.

[297] *Aden*, JZ 1994, 1109; *Arzt*, JZ 1994, 1000 ss.; *Gribbohm*, Odersky-FS, 1996, 387 ss.; *Joecks*, 3.ª, antes del § 52, nm. 15; *Tröndle/Fischer*, 50.ª, antes del § 52, nm. 25 ss.; *Zieschang*, GA 1997, 457 ss., 461 ss.

brían preferido alguna restricción al concepto tradicional de acción continuada, otros quieren todavía hoy –enlazando con el dato de no ser completo el rechazo del delito continuado en la BGHSt 40, 138– continuar manteniendo para determinadas constelaciones el delito continuado o sustituirlo por construcciones similares[298]. Así *Schlüchter/Duttge*[299] proponen trabajar con la figura denominada por ellos **unidad de acción continuada**, en la que se unen los requisitos del concepto anterior de acción continuada con un estrecho contexto temporal y espacial. *Geppert*[300] quiere resolver los casos de "hechos dolosos que se extienden en el tiempo", es decir, la realización de un plan general "por partes" (el autor hurta, se apropia indebidamente o deslealmente dispone, sucesivamente y en varias ocasiones de acuerdo con un plan global preconcebido, de pequeñas cantidades que podría haberse procurado a través de una sola acción), mediante **una aplicación ampliatoria de la unidad natural de acción.** La praxis todavía no ha acogido estos enfoques.

VII. Delitos colectivos y delitos masa

274 Otros dos intentos ya abandonados desde hace mucho tiempo de reunir amplios conjuntos de actuaciones en **una** realización de delito en el sentido jurídico-material, son los que se designan a través de los conceptos de delito colectivo (delito conjunto) y de delito masa.

1. El delito colectivo (delito conjunto)

275 Se denomina delito colectivo a los hechos punibles cometidos profesional, habitual y comercialmente. **Profesionalmente** actúa quien quiere obtener una fuente de ingresos ininterrumpida por medio de la comisión repetida del hecho[301]. Ejemplos de esto son el § 180a I (favorecimiento profesional de la prostitución), el § 243 I n.º 3 (hurto profesional), el § 260 I n.º 1 (receptación profesional). **Habitualmente** comete el hecho quien perpetra el correspondiente delito por una tendencia adquirida a través de su comisión repetida[302]. Delitos habituales son el § 284 II (organizar habitualmente sin autorización juegos de azar) o el § 292 II n.º 1 (caza furtiva habitual). **Comercialidad** presupone que el sujeto a través de una ejecución repetida quiere hacer del hecho una parte de su ocupación económica o profesional[303]. Un supuesto así se encuentra en el art. 1 § 8 I n.º 1 e.r.c. el art. 1 § 1 I de la Ley de asesoramiento jurídico (gestión comercial de negocios jurídicos).

---

[298] Cfr. ya nm. 264 s.

[299] *Schlüchter/Duttge*, NStZ 1996, 466.

[300] *Geppert*, NStZ 1996, 60.

[301] RGSt 66, 21; BGHSt 1, 383; BGH GA 1955, 212.

[302] BGHSt 15, 377; BayObLG MDR 1962, 325.

[303] RGSt 72, 315; BayObLG NStZ 1981, 29; OLG Hamm NStZ 1998, 92.

Los delitos colectivos fueron tratados inicialmente por la jurispr. del RG incluso en caso de comisión múltiple como solamente un hecho punible[304]. Por tanto, quien profesionalmente cometiera una receptación cien veces, era castigado solamente por un delito de receptación. Sin embargo, ya la Gran Sala de Causas Penales del Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich) en la RGSt 72, 164, había dividido el delito conjunto –inicialmente sólo para el hoy ya inexistente delito de aborto profesional–. Conforme a ello, se consideraba por tanto que cada uno de los abortos profesionales cometidos constituye un hecho en sí mismo y su comisión frecuente debía ser tratada conforme a las reglas del concurso real. La jurispr. posterior del RG[305] asumió esta solución para otros delitos colectivos, algo que ha continuado haciendo el BGH[306], y también la doctrina unánime hoy en día [307] parte de la base de la división del delito conjunto. 276

Tres razones contundentes abogan a favor de la **autonomía de cada delito colectivo**, razones que ya se habían aducido en la RGSt 72, 164 y que han contribuido también sustancialmente al muy posterior abandono de la acción continuada (cfr. nm. 256 ss.). 277

En primer lugar, era injusto que el delincuente profesional, por muy frecuentemente que hubiera realizado un delito, sólo pudiera ser castigado por un único hecho (dentro de los límites del marco penal previsto para ese delito), mientras un sujeto que no actuando como profesional hubiese cometido múltiples hechos, tendría que soportar la agravación de la pena prevista para el concurso real. 278

En segundo lugar, de la cosa juzgada se derivaban consecuencias sumamente indeseables. La cosa juzgada comprendía no sólo acciones del sujeto que habían llegado a conocimiento del tribunal, sino también otras de las que no había tenido conocimiento y posiblemente mucho más frecuentes en el marco del delito colectivo. Si todas las acciones, también las desconocidas, se entendían como un delito profesional, habitual o comercial, entonces el principio *ne bis in idem* (art. 103 III GG) se oponía a una persecución y condena de acciones concretas descubiertas con posterioridad. 279

En tercer lugar, las consecuencias de admitir que hay un solo hecho serían sumamente preocupantes para la custodia de seguridad (§ 66 II)[308]. Pues el 280

---

[304] RGSt 61, 147.

[305] RGSt 72, 257; 72, 285; 72, 313; 72, 397; 72, 401; 73, 216.

[306] BGHSt 1, 41, 42 s.; 26, 284 ss.; BGH NJW 1953, 955; BGHR StGB, antes del § 1, acción continuada, dolo global, n.º 60 (p. 7 s.).

[307] *Blei*, AT, 18.ª, § 93 II; *Geerds*, 1961, 270; *Hartung*, SJZ 1950, 332 s.; *Kohlrausch*, ZAkDR 1938, 473 ss.; *Kohlrausch/Lange*, StGB, 43.ª, nota previa II B 3 a antes del § 73; *Lackner/Kühl*, 24.ª, antes del § 52, nm. 20; *Maurach/Gössel*, AT/2, 7.ª, 56/45 ss.; *Preiser*, ZStW 58 (1939), 743; NK-*Puppe*, § 52, nm. 29; SK-*Samson/Günther*, 6.ª, antes del § 52, nm. 78; *Schmidhäuser*, LB AT, 2.ª, 18/21; *R. Schmitt*, ZStW 75 (1963), 62; *Sch/Sch/Stree*, 26.ª, antes del §§ 52 ss., nm. 93 ss., 100; *Stratenwerth*, AT, 4.ª, § 17, nm. 15.

[308] Entonces se debía acudir todavía al hoy desaparecido § 20 a (criminal habitual peligroso).

§ 66 II requiere, además de la peligrosidad para la comunidad, la realización de tres delitos dolosos, lo que faltaría si docenas de delitos profesionales, habituales o comerciales se considerasen como un solo hecho. La especial peligrosidad, que caracteriza con frecuencia precisamente al autor habitual múltiple de delitos colectivos, impide entonces la aplicación de la medida que precisamente fue creada especialmente para este tipo de delincuentes.

2. El delito masa

281 Una parte de la jurispr. de los primeros tiempos de la postguerra intentó, respecto de delitos producidos en un número incalculable en el período nazi, como los homicidios de enfermos mentales en los centros de internamiento, agruparlos en el llamado delito masa y los condenó solamente como **un** delito de homicidio[309]. El BGH[310] ha dejado abierta la cuestión de si tal construcción se podía "derivar del inabarcable número y de la forma casi completamente idéntica de las acciones individuales basadas en un plan global", pero en todo caso, desde el principio se opuso enérgicamente a extender esta figura jurídica a otras constelaciones de casos (en un supuesto en concreto: malos tratos en un campo de concentración)[311]: "La concepción de una unidad de acción tan ampliamente entendida, trae consigo el peligro de que en la apreciación del grado de la culpabilidad o de la gravedad del hecho el juez se aleje del terreno seguro de la firme convicción judicial y se deje influenciar por una impresión general de límites confusos, cuando por el contrario sólo puede lícitamente basar el veredicto de culpabilidad y la pena en hechos concretos y precisos, sobre cuya existencia real el juez ha de haber llegado a una convicción personal rayana en la plena certeza".

282 Esta decisión acierta de pleno en el blanco y debe ser válida para los homicidios en centros de internamiento, así como para otros delitos masa. Esto mismo rige también frente a intentos ocasionales de la jurispr. de valorar delitos masa (p. ej. fusilamientos ejecutados por comandos de operaciones o asesinatos masivos en campos de exterminio en el período del nacionalsocialismo) como una "unidad natural de acción"[312], ya que sus presupuestos son forzados hasta el extremo para aplicarla a casos de esta naturaleza (cfr. nm. 29 ss.); tampoco debería poder tomarse en consideración la unidad natural de acción debido ya al carácter personalísimo de los bienes jurídicos que están aquí en cuestión (nm. 38 ss.). Por el contrario, no existe ninguna objeción o reparo a establecer el número de víctimas a través de una cantidad mínima. Sin embargo, lo delitos determinados de esa forma deben tratarse mediante las reglas del concurso real.

---

[309] OGHSt 1, 243; 2, 134, 316.
[310] BGHSt 1, 219 (222).
[311] Poco después también en BGH NJW 1951, 666; 1953, 112.
[312] BGH JZ 1967, 643; BGH NJW 1969, 2056; BGH NStZ 1984, 229.

Índice de materias

Los números en negrita remiten a los parágrafos del libro, y los que están sin negrita indican los números marginales dentro de cada parágrafo. [Cuando aparece citado algún parágrafo entre paréntesis (§), se refiere a los §§ del StGB].

Abandono, abandonar (en el sentido del § 24 I 1 StGB) **30** 152 ss.
v. tb. Renuncia, renunciar; Desistimiento de la tentativa inacabada

aberratio ictus
- autoría mediata **25** 169 ss.
- coautoría **25** 195
- inducción **26** 116 ss.

Abrazadera
v. Efecto abrazadera (o de grapa de unión)

Absorción, principio de
v. Concurso ideal, consecuencia jurídica

Accesoriedad
- de la participación **26** 2 s., 12 s.
- limitada **26** 4 s., 32 ss.; **27** 5
- relajamiento de la **27** 1 ss.

Accesoriedad limitada
v. Accesoriedad

Acción
- concepto **31** 5

Acción, capacidad de _ 31 8 ss.

Acción continuada 33 248 ss.

Acción, delitos de _
- concepto **25** 267

Acción, dominio de la _
- concepto **25** 28, 38 ss., 120, 188

Acción, pluralidad y unidad de acción
v. Concursos; Pluralidad de acciones

Acciones cotidianas
v. Complicidad, Cooperación

Acciones neutras, neutrales
v. Acciones cotidianas.

Acecho, acechar, casos de
v. Delimitación entre preparación y tentativa

Aceptación de un ofrecimiento
v. Tentativa de intervención pluripersonal

Aceptación de una inducción
v. Tentativa de intervención pluripersonal

Aceptación de una incitación o provocación
v. Tentativa de intervención pluripersonal

actio libera in causa
- concursos
para más detalles v. dicha voz
- desistimiento de la tentativa
para más detalles v. dicha voz

acto intermedio, teoría del _
v. Delimitación entre preparación y tentativa

Acumulación, principio de _ 33 113, 123
v. tb. Concurso ideal y Concurso real

Administración desleal del §266 StGB por omisión **32** 36, 76 ss.

Admisión de una incitación o provocación
v. Tentativa de intervención pluripersonal

agent provocateur, **agente provocador 26** 8, 21, 28 s., 151 ss., 270 s.; **28** 16, 50; **29** 80
v. tb. Indución

Agotamiento (terminación) del hecho 25 220 ss.; **26** 156 ss., 257 ss.

alcanza la finalidad u objetivo, tentativa que _
v. Desistimiento de la tentativa

Alcanzamiento de finalidades ajenas al tipo 30 57
v. tb. Desistimiento de la tentativa
Alternativa: resolución delictiva alternativa
v. Tentativa
Allegado
– deber de denuncia, v. Inexigibilidad
– posición de garante
para más detalles v. dicha voz
Ánimo de autor 25 17
v. tb. Voluntad de autor
animus auctoris 25 17
animus socii 25 17
Antesala o campo previo al tipo, errores en la _
v. Delito putativo: Errores en la antesala o campo previo al tipo
Aparatos organizados de poder
v. Autoría mediata
Aproximación, casos de
v. Delimitación entre preparación y tentativa
Aseguramiento, deberes de _
v. Posición de garante
Aseguramiento del tráfico, deberes de _ 32 108 ss.
v. tb. Posición de garante: deberes de aseguramiento del tráfico
Asesinato, elementos del _
– elemento personal especial
para más detalles v. dicha voz
Asperación, principio de 33 5, 123, 143 ss.
v. tb. Concurso real
Asunción de deberes
v. Órganos y representantes, responsabilidad de _, en virtud del §14 StGB
Asunción, principio de _
v. Cooperación o complicidad
Atenuación de la pena
– complicidad o cooperación 26 287 s.
– delito omisivo 31 236 ss.
– tentativa 29 14
–tentativa de intervención plural o pluripersonal 28 6
Autodaño
v. Autolesión
Autolesión
– autoría por omisión 31 213, 218; 32 47 s.
– caso Sirio o Sirius 25 70
– coacción a la – 25 54 ss.
– determinar a, mediante engaño 25 70 ss.
– inimputables 25 144 ss.
– niños y jóvenes menores 25 144 ss.
– semiimputables 25 152
Autonomía, principio de 25 174 ss.
v. tb. Autoría mediata
autónomos, motivos
v. Voluntariedad
Autopuesta en peligro
– autorresponsable, por propia responsabilidad 25 54 ss., 75, 98, 144 ss.; 32 48, 175 ss.
– Delimitación respecto de la autoría mediata 25 144 ss.
– Casos de las inyecciones de heroína
para más detalles v. dicha voz
Autor
– Figura central 25 10 ss.
Autor, concepto de 25 2 ss.
v. Concepto de autor
Autor, elementos de
– como presupuesto de la coautoría 25 234
Autor tras el autor 25 61, 94 ss., 110 ss.
v. tb. Autoría mediata
Autor unitario
– concepto 25 2 ss.
Autoría
v. Autor; Concepto de autor; Autoría directa o inmediata; Autoría mediata; Coautoría; Autoría yuxtapuesta, paralela o accesoria
– delitos comunes 25 13, 27 ss.
– formas 25 11

Autor de escritorio, de mesa de despacho o de oficina 25 107, 122, 126 s.
Autoría directa o inmediata – concepto 25 11
Autoría accesoria, yuxtapuesta, paralela 25 265 s.
Autoría mediata 25 11, 45 ss.
– *aberratio ictus* 25 169 ss.
– aparatos organizados de poder 25 46, 105 ss.
– autor que actúa de modo plenamente delictivo
v. dominio en virtud de error
– autor tras el autor 25 61, 94 ss., 110 ss.
– caso de la bañera 25 39
– caso del Rey de los gatos
v. dominio en virtud de error
– caso Sirius o Sirio
v. dominio en virtud de error
– coinducción, inducción en – 26 175
– delitos de propia mano 25 288
– doble suicidio simulado 25 71
– dominio de la voluntad 25 45 ss.
– en virtud de aparatos organizados de poder 25 46, 105 ss.
– en virtud de coacción
v. dominio en virtud de, mediante coacción
– en virtud de error
v. dominio en virtud de, mediante error
– inimputables 25 139 ss.
– semiimputables 25 149 ss.
– dominio en virtud de coacción 25 46 ss.
– instrumento que actúa conforme a Derecho, lícitamente 25 59
– orden militar 25 60
– orden oficial 25 60
– principio de responsabilidad 25 48
– dominio de (o por) organización 25 105 ss., 210
– aparatos desligados del Derecho 25 129 ss.
– autor de escritorio 25 107, 122, 126 s.
– bandas criminales 25 129
– caso del Consejo de defensa nacional 25 110 ss., 133
– crímenes nazis 25 106, 115, 119
– empresas mercantiles 25 129 ss.
– fungibilidad del ejecutante 25 107
– tiradores del muro 25 110, 115, 119
– sentencia del auxilio o ayuda a morir 25 131
– dominio por error 25 46, 61 ss.
v. tb. Error
– error, casos de 25 158 ss.
– error de prohibición invencible 25 78
– error de prohibición vencible 25 79 ss.
– *error in objecto vel persona* 25 171
– estado de necesidad disculpante o exculpante
v. dominio en virtud de error
– exceso 25 168 ss.
– hombre de atrás – concepto: v. sujeto de atrás 25 45
– instrumento
– concepto 25 28, 188
– doloso no cualificado – 25 275 ss.
– doloso sin intención – 25 153 ss.
– no cualificado doloso – 25 275 ss.
– no doloso – 25 63 ss.
– que actúa conforme a Derecho, lícitamente – 25 59, 68 s.
– que actúa de modo plenamente delictivo – 25 94 ss.
– instrumento no doloso, que actúa sin dolo
v. dominio por error
– jóvenes 25 139 ss.
– menores 25 139 ss.
– niños 25 139 ss.
– por omisión 31 175
– principio de autonomía 25 174 ss.
– sujeto de atrás – concepto 25 45
– tentativa 29 226 ss.
– caso del ácido clorhídrico 29 241 ss.
– caso del administrador concursal 29 240, 263

– solución individual **29** 229, 257
– solución unificadora o conjunta **29** 228, 247 ss.
– teoría de la influencia **29** 229, 257

Autoría paralela o yuxtapuesta, accesoria **25** 265 s.

Autoría yuxtapuesta, accesoria, paralela **25** 265 s.

Autoridades de protección del medio ambiente
– posición de garante
para más detalles v. dicha voz
v. Tentativa

autorresponsable, autopuesta en peligro _, por propia responsabilidad
v. Autopuesta en peligro

Auxiliar, auxilio, prestar
v. Cooperación o complicidad

Auxilio o ayuda a morir, sentencia del _ 25 131; **31** 115

Ayudar, ayuda, prestar
v. Cooperación o complicidad

Babysitter (niñera)
– posición de garante
para más detalles v. dicha voz

Banda, jefe de la 25 210

Bar, caso de los parroquianos del _
v. Ingerencia, en Posición de garante

Bar, parroquianos del _
v. en Posición de garante

Bienes jurídicos personalísimos, altamente personales
– concursos **33** 38 ss.

Burda irracionalidad o falta de comprensión
v. Tentativa inidónea

Cadena, en -
v. Cooperación o complicidad en cadena; Inducción en cadena

Campo previo al tipo, errores en el _
v. Delito putativo: Errores en la antesala o campo previo al tipo

Capacidad de acción 31 8 ss.

Capacidad de culpabilidad disminuida
v. Imputabilidad disminuida; Autoría mediata **25** 149 ss.

Caso Dagobert 33 45 s.

Caso de la bañera 25 39

Caso de la bolsa de pimienta
v. Delimitación entre preparación y tentativa

Caso de la botella de Bayerwaldbärwurz
v. Delimitación entre preparación y tentativa

Caso de la caseta de ventas 30 352; **33** 48
v. tb. Unidad natural de acción

Caso de la gasolinera
v. Delimitación entre preparación y tentativa

Caso de la madre desnaturalizada 30 137 ss.

Caso de la manutención
v. Concursos

Caso de la petaca
v. Delimitación entre tentativa inacabada y freacasada

Caso de la sala de las ventanillas 29 146 s., 191
v. Delimitación entre preparación y tentativa

Caso de las piedras preciosas 26 275 ss.
v. tb. Complicidad, Cooperación

Caso de las sacudidas a las ruedas
v. Delimitación entre Preparación y tentativa

Caso de los acompañantes
v. Delimitación entre preparación y tentativa

Caso de los adúlteros 32 177 ss.
v. tb. Cooperación al falso testimonio con perjurio por omisión

Caso de los celos 30 182, 210
v. tb.Delimitación entre tentativa inacabada y freacasada

Caso de los parroquianos del bar
v. Ingerencia, en Posición de garante

Caso de los perseguidores
v. Coautoría

Caso del ácido clorhídrico 25 66, 97; 29 241 ss.
Caso del administrador concursal
v. Autoría mediata
Caso del aviso o escarmiento 30 53
v. tb. Desistimien to de la tentativa
Caso del baño (riego) de gasolina 30 181
v. Delimitación entre tentativa inacabada y fracasada
Caso del comerciante numismático 29 310
Caso del Consejo nacional de defensa 25 110 s., 133
Caso del disparo o tiro en la sien
v. Delimitación tentativa inacabada y fracasada
Caso del heredero de la granja 26 117 ss.
Caso del pelo de cabra 31 74, 85 s.
Caso del Rey de los gatos 25 41, 76 ss.
Caso del robo en la Caja
v: Desistimiento de la tentativa
Caso Erna 30 360
v. tb. Voluntariedad
Caso Lilo 30 376 ss.
v. tb. Voluntariedad
Caso Rose-Rosahl 25 66; 29 241
Caso Sirio o Sirius 25 70
Caso Staschynskij 25 40, 42
Caso "todavía estoy vivo"
v. Delimitación entre tentativa inacabada y acabada
Caso Wittig 31 130; 32 72
Casos de abuso
v. Delimitación entre preparación y tentativa
Casos de acecho o acechar
v. Delimitación entre preparación y tentativa
Casos de alcahuetería
Omisión 31 211 ss., 216, 218
Casos de dismìnución de protección
v. Delimitación entre preparación y tentativa
Casos de huida de la policía 33 51 ss.
v. tb. Unidad natural de acción
Casos de huida del lugar del accidente
v. Concursos
Casos de inyecciones de heroína 25 75, 98, 148; 32 175
Casos de prueba y examen 29 160
v. Delimitación entre preparación y tentativa
Casos de violación
v. Voluntariedad
Casos del timbre
v. Delimitación entre preparación y tentativa
Causación, teoría de la _ 26 12 ss.
v. en Participación: teoría de la causación
Causalidad
– cooperación o complicidad
para más detalles v. dicha voz
– inducción
para más detalles v. dicha voz
– omisión
para más detalles v. dicha voz
Cláusula de la correspondencia 32 218 ss.
– Delimitación entre autoría y participación 31 166 ss.
v. tb. dicha voz
– Delitos de resultado 32 225 s.
– Equivalencia de modalidades 32 225, 230 ss.
Coacción
– al autodaño o a la autolesión 29 54 ss.
Coacción, dominio mediante _
v. Autoría mediata
Coautoría
– *aberratio ictus* 25 195
– aditiva – 25 229 s.
– alternativa – 25 231 ss.
– aportación al hecho en el estadio o fase de ejecución 25 198 ss., 211 ss.

– caso de los perseguidores **25** 195, 201 s.; **29** 316
– concepciones divergentes **25** 243 ss.
– concepto **25** 11, 188 s.
– delitos cualificados por el resultado **25** 197
– delitos de propia mano **25** 288
– división del trabajo **25** 28, 188 s.
– dominio configurativo **25** 208 s., 249 ss., 274, 287
– dominio de la decisión **25** 208 s., 249
– elementos especiales de autor **25** 234
– error **25** 195
– estar de guardia, vigilando **25** 212, 261
– estadio de ejecución **25** 198 ss., 253
– estadio de preparación **25** 201 ss.
– *error in objecto vel persona* **25** 195
– exceso **25** 194 s.
– fase de ejecución, ejecutiva **25** 198 ss., 253
– fase de preparación, preparatoria **25** 201 ss.
– imaginaria o putativa – **29** 310
– imprudente – **25** 239 ss.
– jefe de la banda **25** 210
– parcial – **25** 235 s.
– putativa – **29** 310
– plan común del hecho **25** 189 ss.
  – delito cualificado por el resultado **25** 197
– por omisión **31** 171 ss.
– presencia en el lugar del hecho **25** 200
– sucesiva – **25** 219 ss.
  – importancia, relevancia **25** 211 ss.
– tentativa **29** 295 ss.
  – solución individualizadora **29** 297 s.
  – solución unificadora o conjunta **29** 295 s.
– tentativa inidónea **29** 308 ss.
  – caso del comerciante numismático **29** 310 ss.
  – caso del autor aparente **29** 308 s.
– teoría subjetiva de la participación **25** 218
– vigilancia, vigilante **25** 212, 261

Coautoría sucesiva
v. Coautoría

Codelincuencia
v. Intervención pluripersonal

colectivo: delito _ 33 274 ss.
v. Delito colectivo

colegiadas, decisiones
v. Decisiones colegiadas
– causalidad de la omisión **31** 65 ss.

Colisión de deberes
– justificante **31** 204
v. tb. Delito de omisión, impropia/o

Combinación, principio de _
v. Concurso ideal, consecuencia jurídica

Comienzo de ejecución
v. Tentativa

Comisionados, encargados
v. responsabilidad del órgano y del representante según el §14 StGB

Completa, tosca o burda falta de comprensión
v. Tentativa inidónea

Cómplice
v. Complicidad, Cooperación o complicidad

Complicidad
v. Cooperación o complicidad

Complicidad sucesiva
v. Complicidad, Cooperación o complicidad

comunes, delitos
– v. Autoría

Comunidad de infortunio 32 63

Comunidad de peligro
– posición de grante
para más detalles v. dicha voz

Concepción sintética 26 104
v. tb. Inducción

Concepto de autor
– concepto unitario de autor **25** 2 ss.
– extensivo – **25** 4
– restrictivo– **25** 5
– teoría unitaria de autor **25** 2 ss.

Concepto unitario de autor 25 2 ss.
Conceptos de recogida
v. Delito putativo o imaginario
Concurso de leyes
v. Concursos
Concurso ideal
- concepto 33 2, 70 ss., 183 ss., 202, 205 s.
- absorción, principio de 33 113
- acumulación, principio de 33 113
- combinación, principio de 33 113
- consecuencias jurídicas 33 109 ss.
- delito de estado, coincidencia con delito permanente 33 93 ss.
- efecto abrazadera 33 101 ss.
- función aclarativa 33 109
- heterogéneo – 33 2
- homogéneo – 33 2
- identidad parcial de las acciones de ejecución o ejecutivas 33 82 ss.
- principio de absorción 33 113
- principio de acumulación 33 113
- principio de combinación 33 113
- teoría de la unidad 33 71
- teoría de la pluralidad 33 71

Concurso real
- concepto 33 3
- acumulación de pena privativa de libertad y de multa 33 131 ss.
- acumulación, principio de 33 123
- asperación, principio de 33 5, 123, 143 ss.
- homogéneo – 33 120
- heterogéneo – 33 120
- pena de arranque, base o base de partida, de partida 33 142 s.
- pena conjunta o global
  para más detalles v. dicha voz
- principio de acumulación 33 123
- principio de asperación 33 5, 123, 143 ss.

Concursos 33 1 ss.
- *actio libera in causa* 33 210
- concurso de leyes 33 170 ss.
  - concepto 33 170
  - consecuencia jurídica 33 170 s., 227 ss.
  - consunción
    para más detalles v. dicha voz
  - especialidad
    para más detalles v. dicha voz
  - subsidiariedad
    para más detalles v. dicha voz
- concurso ideal
  para más detalles v. dicha voz
- concurso real
  para más detalles v. dicha voz
- cooperación o complicidad 26 285 s.
  v. tb. esa voz
- delitos permanentes 33 22, 93 ss., 101 ss.
- en omisiones simultáneas 33 61 ss.
- inducción 26 172, 179 ss.
- pluralidad de acciones 33 10 ss.
- principio de diferenciación 33 7 ss.
- principio de la pena unitaria 33 7 ss., 127
- unidad de acción
  - acción en sentido natural 33 17 s.
  - caso de la manutención 33 62
  - casos de huida del lugar del accidente 33 24, 51 ss., 105
  - concepto 33 10 ss.
  - de distintos tipos, diversa – 33 50 ss.
  - delitos de omisión 33 61 ss.
  - delitos imprudentes 33 67 ss.
  - diversa – 33 50 ss.
  - jurídica – 33 248 ss.
  - natural –
    para más detalles v. dicha voz
  - típica – 33 19 ss.

Conducta previa con infracción de deber
v. Ingerencia
Conexión o nexo de continuidad 33 250 ss.
v. tb. Acción continuada, Delito continuado
Confianza, principio de _
v. Principio de confianza

Confidentes, infiltrados, agentes provocadores **26** 154 ss., 157
Conjunta o global, pena 33 5, 122 ss.
v. Pena conjunta o global
Conjunta o global: formación de la pena 33 140 ss.
v. Pena conjunta o global: formación de la _
Conjunta o unificadora, solución
v. en Coautoría: y tentativa
Conjunta, teoría de la contemplación o perspectiva global o _
v. Delimitación entre tentativa inacabada y fracasada
Conspiración delictiva, para el delito grave **28** 43 ss.
– alternativa – **28** 59
– concepto **28** 43
– concreción, exigencia de **28** 56 ss.
– concursos **28** 69 ss.
– conspiración inidónea **28** 58
– desistimiento **28** 101 ss.
– elementos personales especiales **28** 62 ss.
– error de tipo **28** 54
– fase previa o preparatoria de la coautoría **28** 60 s.
– fundamento de la punición o castigo **28** 43 ss.
– inidónea **28** 58
– intervención pluripersonal aparente **28** 47 ss.
– participación **28** 66 s.
– cooperación o complicidad **28** 67
– inducción **28** 66
– tentativa **28** 68
– vicios o defectos de voluntad **28** 52 ss.
Consumación del hecho 25 220 ss.; **26** 156 ss., 257 ss.
Consumación, evitación o impedimento de la _
v. Impedimento de la consumación; Desistimiento de la tentativa acabada
Consumación, voluntad de
v. Dolo de inductor
Consunción
– concepto **33** 175, 213 ss.
– hecho concomitante típico **33** 216 ss.
– hecho posterior impune **33** 219 ss.
– apropiación simultánea y repetida **33** 225
– estafa de aseguramiento o de seguridad **33** 220 ss.
– presupuestos **33** 220
– típico hecho concomitante **33** 216 ss.
continuada, acción 33 248 ss.
continuado, delito 33 248 ss.
continuado, dolo 33 254
v. tb. Acción continuada, Delito continuado
Continuidad, conexión o nexo de _ 33 250 ss.
v. tb. Acción continuada, Delito continuado
Convergencia, delitos de _ 26 41
v. tb. Participacioón necesaria
Cónyuges
– Posición de garante
para más detalles v. dicha voz
Cooperación o complicidad
– a la conspiración para el delito grave **28** 67
– a la cooperación o complicidad intentada **28** 36
– a la inducción **26** 178
– a la inducción intentada **28** 33 ss.
– a la tentativa de cooperación o complicidad **28** 36
– a la tentativa de inducción **28** 33 ss.
– acciones cotidianas **26** 218 ss.
– jurisprudencia **26** 247 ss.
– principio de confianza **26** 241 ss.
– acciones neutras o neutrales
v. acciones cotidianas
– actividad de vigilancia, de vigilante **26** 214, 217
– *agent provocateur* **26** 270 s.

- al falso testimonio con perjurio por omisión 32 177 ss.
  - caso de los adúlteros 32 177 ss.
- apoyo espiritual, moral: v. Cooperación o complicidad psíquica 26 197 ss.
- asunción, v. principio de asunción
- atenuación de la pena 26 287 s.
- auxilio, ayuda, prestar – concepto 26 183
- caso de las piedras preciosas 26 275 ss.
- caso Staschynskij 25 40, 42
- causalidad 26 184 ss., 215
  - como delito de peligro 26 191 ss.
  - como solidarización o solidarizarse 26 194 ss.
  - fórmula del fomento usada por la jurispr. 26 186 ss.
  - complicidad psíquica, cooperación psíquica 26 197 ss.
- concepto 26 183
- concursos 26 285 s.
- delito de peligro abstracto 26 191 ss.
- delitos permanentes 26 264
- delito cualificado por el resultado 26 284
- dolo
  v. dolo del cómplice o cooperador
- dolo del cómplice o cooperador 26 267 ss.
  - determinación o precisión 26 272 ss.
  - dolo doble 26 270
  - precisión 26 272 ss.
- en cadena 26 194, 196
- estadio de preparación, preparatorio 26 256
- estar de vigilancia, de vigilante 26 214, 217
- exceso del autor 26 283
- fase de preparación 26 256
- fase preparatoria, de preparación 26 256
- física 26 197
- formas especiales 26 284
- fórmula del fomento o favorecimiento usada por la jurispr. 26 186 ss.
- fortalecimiento de la resolución al hecho 26 199, 203 ss.
- incremento del riesgo: v. principio del incremento del riesgo
- intensificación: v. principio de intensificación
- intentada – 25 3; 26 2; 28 36, 67
- momento 26 255 ss.
- por omisión 31 124 ss.
- preparación, fase de 26 256
- principio de asunción 26 217
- principio del incremento del riesgo 26 210 ss.
- principio de intensificación 26 217
- psíquica 26 197 ss.
  - reforzamiento (fortalecimiento) de la resolución al hecho 26 199 ss.
  - asesoramiento técnico 26 198
  - encubrimiento previamente prestado 26 201
- reforzamiento (fortalecimiento) de la resolución al hecho 26 199, 203 ss.
- Staschynskij, caso 25 40, 42
- subsidiariedad frente a la inducción 26 180
- sucesiva 26 257 ss.
- tentativa de – 25 3; 26 2; 28 36, 67
- tiempo 26 255 ss.
- tras consumación del hecho 26 257 ss.
- vigilancia, vigilante 26 214, 217

Cooperación sucesiva
v. Cooperación o complicidad

Cooperador
v. Complicidad; Cooperación

Coparticipación (participación en forma de coautoría, coinducción, co-cooperación) 25 238, 26 173 ss.
- instrumento doloso no cualificado 25 275 ss.

copenado: hecho previo y posterior
v. Consunción

Correspondencia, cláusula de la 32 218 ss.
v. Cláusula de la correspondencia

Cotidianas, acciones
v. Acciones cotidianas
Cualidad de responsable del ejercicio del cargo
v. Ejercicio del cargo, cualidad de titular
– elemento personal especial
para más detalles v. dicha voz
– responsabilidad del órgano y del representante según el §14 StGB
para más detalles v. dicha voz
Cualificación
– delimitación entre preparación y tentativa
para más detalles v. dicha voz
– desistimiento de la tentativa
para más detalles v. dicha voz
– especialidad
para más detalles v. dicha voz
– inducción incrementada, a más, sobreacrecentamiento
v. Inducción
– unidad natural de acción
para más detalles v. dicha voz
cualificación, instrumento sin _, no cualificado
v. Autoría mediata
cualificada por el resultado, tentativa 29 318, 322 ss.
cualificado por el resultado, delito
v. Delito cualificado por el resultado
Cumplimiento o saldo de la deuda o culpa, teoría del _ 30 25 ss.
v. tb Desistimiento de la tentativa
Custodia, deberes de
v. Posición de garante
Deber, delitos de infracción de _
v. Delitos de infracción de deber
Deber de denuncia a parientes o allegados 31 214
v. tb. Inexigibilidad
Deber de evitación (impedimento) del resultado
v. Posición de garante
Deber de garante o de garantía
v. Posición de garante
Deber jurídico, teoría del _ 32 4, 10 ss.
v. Omisión impropia
Deber jurídico formal, teoría del _
v. posición de garante
Deberes, asunción de _
v. Órganos y representantes, responsabilidad de, en virtud del §14 StGB
Deberes, colisión de _
v. Colisión de deberes
Deberes de aseguramiento
v. Posición de garante
Deberes de aseguramiento del tráfico_ 32 108 ss.
v. tb. Posición de garante: deberes de aseguramiento del tráfico
Deberes de custodia
v. Posición de garante
Deberes de protección
v. Posición de garante
Decisión al hecho, delictiva, de realizar el hecho
v. Tentativa
Decisión condicionada de actuar o realizar el hecho
v. Tentativa
Decisión delictiva alternativa
v. Tentativa
Decisión incondicionada de actuar o de realizar el hecho
v. Tentativa
Decisiones colegiadas
– causalidad de la omisión 31 65 ss.
Declaración, delitos de
– como delitos de infracción de deberes altamente personales 25 303 ss.
Declararse dispuesto
v. Tentativa de intervención pluripersonal
Delimitación entre autoría y participación
– delitos de dominio 25 38 ss

- delitos de infracción de deber 25 267 ss.
- delitos de omisión, omisivos 31 124 ss.
  - caso Wittig 31 130
  - cláusula de la correspondencia 31 166 ss.
  - teoría de la cooperación unitaria 31 151 ss.
  - teoría del delito de infracción de deber 31 140 ss.
  - teoría del dominio del hecho 31 133
  - teoría subjetiva de la participación 31 134 ss.
- delitos de propia mano 25 288 ss.
- dominio del hecho, teoría del 25 17, 27 ss.
- según la jurispr. actual 25 22 ss.
- teoría del dominio del hecho 25 17, 27 ss.
- teoría de la globalidad 25 34
- teoría de la totalidad 25 34
- teoría normativa de la combinación 25 22 ss.
- teoría objetivo-formal 25 29
- teoría subjetiva de la participación 25 17 ss.
  - coautoría 25 218
  - en la jurispr. del BGH 25 22 ss.
  - en la jurispr. del RG 25 18 ss., 39
  - teoría del dolo o del *dolus* 25 18
  - teoría del interés 25 19

Delimitación entre preparación y tentativa 29 97 ss.

- acechar a la víctima 29 155 ss.
- –acto intermedio, teoría del 29 126, 136 ss., 139 ss.
- acto parcial, teoría del 29 126, 136 ss., 139 ss.
- actos preparatorios típicos 29 173 ss.
- aproximación, casos de 29 145 ss.
- búsqueda del lugar (de comisión) del hecho/ de la víctima 29 145 ss., 177 s.
- caso de la botella de Bayerwaldbärwurz 29 213 ss., 225
- caso de la gasolinera 29 127, 137, 151
- caso de la bolsa de pimienta 29 155
- caso de la sala de las ventanillas 29 146 s., 191
- caso de las sacudidas a las ruedas 29 161
- caso de los acompañantes 29 164
- casos de abuso 29 166 ss.
- casos de aproximación 29 145 ss.
- casos de disminución de protección 29 162 ss.
- casos de prueba y examen 29 160 s.
- casos del timbre 29 127, 137, 140, 151, 154, 156 s.
- cualificación y supuestos agravados 29 170 ss.
- disponerse; disposición a, fórmula 29 2, 125
- disponerse inmediatamente a 29 2, 97 ss.
- disposición inmediata 29 2, 97 ss.
- ejemplos-regla: supuestos de hecho contenidos en la ley, supuestos agravatorios 29 114, 170

  v. Regla: ejemplos –o supuestos–
- en autoría mediata 29 226 ss.

  v. tb Autoría mediata
- en coautoría 29 295 ss.

  v. tb. Coautoría
- en delitos omisivos 29 266 ss.

  v. tb. Delitos de omisión, omisivos
- en tentativa inidónea de coautoría 29 308 ss.
- fórmula de *Frank* 29 122, 135
- fórmula del disponerse o disposición a 29 2, 125
- fórmula del inicio (fórmula del disponerse o disposición a) 29 2, 125
- fórmula de la jurispr. 29 126
- idea de la puesta en peligro 29 123 ss., 129
- inicio, fórmula del (fórmula del disponerse o disposición a) 29 2, 125
- inicio inmediato (disposición inmediata a) 29 2, 97 ss.

– puesta en peligro, idea de la **29** 123 ss., 129
– realización parcial, regla de la **29** 110 ss., **170**
– sentencia de la trampa explosiva **29** 223 ss.
– supuestos-regla: supuestos de hecho contenidos en la ley, supuestos agravatorios **29** 114, 170
v. Regla: ejemplos –o supuestos–
– teoría de la totalidad **29** 180 s.
– teoría del acto intermedio **29** 126, 136 ss., 139 ss.
– teoría del acto parcial **29** 126, 136 ss., 139 ss.
– teoría objetivo-formal **29** 104 ss.
– trampa explosiva: sentencia **29** 223 ss.
– "vamos ya" **29** 126 ss., 130 ss.

Delimitación entre tentativa inacabada y acabada **30** 163 ss.
– caso "todavía estoy vivo" **30** 154, 163

Delimitación entre tentativa inacabada y fracasada **30** 175 ss.
– caso del baño (riego) de gasolina **30** 181
– caso de los celos **30** 182, 210
– caso del disparo en la sien **30** 190 s., 212, 225
– caso de la petaca **30** 175 ss., 202
– horizonte del desistimiento **30** 181
– teoría del acto individual **30** 178 s., 202 ss.
– teoría de la contemplación o perspectiva global o conjunta **30** 180 ss.
– teoría del plan delictivo **30** 177, 201
– teoría modificada del acto individual **30** 179
– teoría modificada de la perspectiva global **30** 187 ss.

Delito colectivo **33** 274 ss.
– Delito habitual o profesional

Delito continuado **33** 248 ss.

Delito cualificado por el resultado
– coautoría **25** 197
– cooperación o complicidad **26** 284
– inducción **26** 167
– tentativa **29** 318 ss.
– tentativa, desistimiento **30** 285 ss.

Delito de estado
– concursos **33** 93 ss.

Delito de infracción de deber
– altamente personales, personalísimos (deberes) – **25** 303 ss.
– concepto **25** 14, 267 ss.
– delitos omisivos como – **31** 140
– *extraneus* **25** 271
– inducción
para más detalles v. dicha voz
– *intraneus* **25** 271
– personalísimos – **25** 303 ss.

Delito de infracción de deber, teoría del _
v. Teoría del delito de infracción de deber

Delito de omisión
v. Omisión, delito de

Delito de omisión propia, propio
v. Omisión, delito de, propia/o

Delito de peligro abstracto
– inducción
para más detalles v. dicha voz
– cooperación, complicidad
para más detalles v. dicha voz
– tentativa
para más detalles v. dicha voz

Delito imaginario
v. Delito putativo

Delito masa **33** 281 s.

Delito putativo o imaginario
– antesala o campo previo al tipo, errores en la _ **29** 394 ss., 409 ss.
– como error de prohibición inverso **29** 401
– concepto **29** 378
– conceptos de recogida **29** 409 ss.
– delimitación respecto de la tentativa inidónea **29** 378 ss.

– delimitación respecto de la tentativa inidónea, caso de los cupones de bonos 29 383
– errores en la antesala o campo previo al tipo 29 394 ss., 409 ss.
– grupos de casos 29 380 ss.
– *nullum crimen sine lege* 29 378
Delitos compuestos (o complejos)
– especialidad
para más detalles v. dicha voz
Delitos comunes
– Autoría
para más detalles v. dicha voz
Delitos de acción
– concepto 25 267
Delitos de actividad 25 291 ss.
Delitos de convergencia 26 41
v. tb. Participacioón necesaria
Delitos de declaración
– como delitos de infracción de deberes altamente personales 25 303 ss.
Delitos de Derecho penal de autor 25 301 ss.
Delitos de dominio
– concepto 25 13, 38 ss.
– delimitación entre autoría y participación
para más detalles v. dicha voz
– delimitación de los delitos de propia mano 25 15
– delimitación de los delitos de infracción de deber 25 14
Delitos de emprendimiento
– inducción 26 158 ss.
– tentativa 29 339 ss.
Delitos de encuentro 26 42
v. tb. Participación necesaria
Delitos de funcionario en el ejercicio del cargo 25 285; 27 35, 55, 64
– elementos del injusto impropios, agravatorios 27 56, 74
Delitos de infracción de deber(es) personalísimos, altamente personales 25 303 ss.
– delitos de declaración 25 303 ss.
Delitos de propia mano 25 15, 288 ss.
v. De propia mano, delitos
Delitos de resultado
– cláusula de la correspondencia
para más detalles v. dicha voz
Delitos en el ejercicio del cargo 25 285; 27 35, 55, 64
– elementos del injusto impropios, agravatorios 27 56, 74
Delitos especiales 25 4, 279
Delitos ligados o vinculados a la conducta 25 297 ss.
– cláusula de la correspondencia 32 225
Delitos permanentes
– Coincidencia o concurrencia con delitos de estado 33 93 ss.
– Complicidad o cooperación 26 264
– Concursos 33 22, 93 ss., 101 ss.
– Efecto abrazadera 33 101 ss.
Delitos vinculados a la conducta
v. Delitos ligados a la conducta
Denuncia, deber de, a parientes 31 214
v. tb. Inexigibilidad
de propia mano, delitos 25 15, 288 ss.
– delimitación autoría y participación
para más detalles v. dicha voz
– delitos de infracción de deber(es) personalísimos, altamente personales 25 303 ss.
– delitos ligados o vinculados a la conducta
para más detalles v. dicha voz
– delitos de Derecho penal de autor 25 301 s.
– inducción
para más detalles v. dicha voz
– teoría del movimiento corporal 25 291 ss.
– teoría del tenor literal 25 289 s.
de propia mano, homicidio
– como cooperación o complicidad 25 39 s.
Derecho penal de autor, delitos de _ 25 301 ss.

Desistimiento de la tentativa
- *actio libera in causa* **30** 444
- alcanzamiento de finalidades ajenas al tipo **30** 57
- caso del aviso o escarmiento **30** 53
- cualificación **30** 295 ss.
- delito cualificado por el resultado **30** 285 ss.
  - delito de omisión **30** 136 ss.
- desistimiento fracasado **30** 113 ss.
- delito de omisión impropio **30** 136 ss.
- desistimiento parcial **30** 295 ss.
- en caso de varios intervinientes en el hecho **30** 301 ss.
- fórmula de *Frank* **30** 79, 431 s.

  v. tb. Voluntariedad
- horizonte del desistimiento **30** 150, 181
  - corrección **30** 155, 163
- idea fundamental **30** 1 ss.
- no causal **30** 265 ss.

  v. tb. Tentativa inidónea, desistimiento
- parcial **30** 295 ss.
- *ratio* del privilegio del desistimiento
  - idea de la protección a la víctima **30** 16, 70, 72 s., 167, 188, 235, 207, 216, 235
  - teoría de la meritoriedad **30** 22 ss.
  - teoría del cumplimiento o saldo de la deuda o culpa **30** 25 ss.
  - teoría del puente de plata **30** 14 ss.
  - teoría de los fines de la pena **30** 4 ss., 381
  - teoría modificada de los fines de la pena **30** 7
- tentativa fracasada
  - delimitación respecto de la tentativa inacabada **30** 175 ss.
  - delimitación respecto de la tentativa inidónea **30** 82
  - concepto **30** 36, 77
  - caso de los celos **30** 182, 210
  - caso del robo en la Caja **30** 101 ss., 403
  - imposibilidad fáctica de consumación del hecho **30** 85 ss.
  - imposibilidad jurídica de consumación del hecho **30** 89 ss.
  - sin sentido una posible consumación del hecho **30** 94 ss., 403
- tentativa que alcanza la finalidad **30** 35, 47 ss.
- tras el alcanzamiento de finalidades ajenas al tipo

  v. en esta voz Desistimiento, tentativa que alcanza la finalidad
- ubicación sistemática **30** 29 ss.
- voluntariedad

  para más detalles v. dicha voz

Desistimiento de la tentativa acabada
- impedir la consumación **30** 211 ss.
- teoría de la actuación óptima o de la prestación óptima **30** 229 ss., 237 ss.
- teoría de la apertura de oportunidades **30** 221 ss., 233 ss.

Desistimiento dela tentativa inacabada **30** 152 ss.
- abandono o renuncia **30** 152 ss.
- definitivo – **30** 158 ss.

Desistimiento dela tentativa inidónea **30** 265 ss.
- esforzarse, esfuerzo **30** 267 ss.
- seriedad del – **30** 275 ss.

Desistimiento del delito cualificado por el resultado **30** 285 ss.

Desistimiento: horizonte del _

v. Desistimiento dela tentativa

Desistimiento parcial

v. Desistimiento de la tentativa

Determinar

v. Inducción

Diferenciación, principio de **33** 7 ss.

v. tb. Concursos

Directivo, director de establecimiento o empresa

v. responsabilidad del órgano y del representante según el § 14 StGB

Directivo o director parcial
v. Órganos y representantes, responsabilidad en virtud del § 14 StGB
Disminución de protección, casos de _
v. Delimitación entre preparación y tentativa; casos de disminución de protección
Disponerse a, fórmula del _
v. Delimitación entre preparación y tentativa
División analítica, principio de 26 103
v. tb. Inducción
División del trabajo
v. Coautoría
Doble dolo: v. Dolo doble
Doble suicidio
v. Suicidio
Dolo
– dolo de cooperador o cómplice
v. Cooperación o complicidad
– dolo de inductor
para más detalles v. dicha voz
– omisión, delitos de _
para más detalles v. dicha voz
– tentativa
para más detalles v. dicha voz
Dolo doble
– cooperación o complicidad
para más detalles v. dicha voz
– dolo de inductor
para más detalles v. dicha voz
Dolo continuado 33 254
v. tb. Acción continuada, Delito continuado
Dolo de inductor 26 130 ss.
v. Inductor: dolo de _
– determinación del 26 133 ss.
– del hecho principal 26 133 ss.
– de la persona del inducido 26 148
– doble dolo 26 28, 132
– precisión 26 133 ss.
– robo en Caja de ahorros 26 85, 134 ss.
– voluntad de consumación 26 132, 150 ss.
– *agent provocateur*, agente provocador
para más detalles v. dicha voz
Dolo global 33 254
v. tb. Acción continuada, Delito continuado
Dolo o *dolus*, teoría del _
v. Delimitación entre autoría y participación
Dominio configurativo
v. Coautoría
Dominio de la acción
– concepto 25 28, 38 ss., 120, 188
Dominio de la configuración
v. Coautoría, dominio configurativo
Dominio de la decisión
v. Coautoría
Dominio de la organización
v. Autoría mediata
Dominio de la voluntad
v. Autoría mediata
Dominio del hecho 25 17 ss., 27 ss.
– concepto 25 17, 27
– dominio de la acción 25 28, 38 ss.
– dominio de la voluntad 25 28, 45 ss.
– figura central 25 27
– figura clave 25 27
– funcional – 25 28, 188
– negativo – 25 252 ss.
– positivo – 25 252 ss.
– social – 25 276
Dominio del hecho, teoría del _
v. Teoría del dominio del hecho
Dominio del hecho, voluntad de _
v. Voluntad de dominio del hecho
Dominio del plan 26 95 s., 99
Dominio, delitos de _
v. Delitos de dominio
Dominio en virtud de error, mediante error 25 46, 61 ss.
– actuación plenamente delictiva de quien yerra
– engaño sobre circunstancias cualificantes 25 99 ss.

- engaño sobre identidad de la víctima **25** 102 ss.
- engaño sobre la magnitud del injusto **25** 96 ss.
- error en los motivos **25** 94

-autolesión o autodaño provocado mediante engaño **25** 70 ss.
- caso del Rey de los gatos **25** 41, 76 ss.
- caso Sirio o Sirius **25** 70
- error de prohibición **25** 61, 76 ss.
- error sobre los requisitos del estado de necesidad disculpante **25** 91 ss.
- estado de necesidad disculpante **25** 91 ss.
- estructura **25** 62
- instrumento no doloso, que actúa sin dolo **25** 61, 63 ss.
  - aprovechamiento de un error de tipo **25** 64
  - error sobre el tipo permisivo **25** 67
  - provocación de un error de tipo **25** 63
- instrumento que actúa conforme a Derecho o lícitamente **25** 68 s.

Dominio funcional del hecho
v. Dominio del hecho

Efecto abrazadera (o de grapa de unión) **33** 101 ss.

Ejercicio del cargo, delitos en el _ **25** 285; **27** 35, 55, 64
- elementos del injusto impropios, agravatorios **27** 56, 74

Ejercicio del cargo, cualidad de responsable del _
- elemento personal especial
  para más detalles v. dicha voz
- responsabilidad del órgano y del representante según el § 14 StGB
  para más detalles v. dicha voz

Ejercicio del cargo, responsable del _
- posición de garante
  para más detalles v. dicha voz

Ejecución, comienzo, inicio, principio de _
v. Comienzo de ejecución; Tentativa

Ejemplos-regla **29** 114, 170
v. Delimitación entre preparación y tentativa; Regla: ejemplos-_ o supuestos-_

Elemento personal especial
- cualidad de responsable del cargo **27** 23, 33, 35 s.
- concepto **27** 23 ss.
- deber de garante **27** 68
- delimitación respecto de los referidos al hecho **27** 28 ss.
- elementos del asesinato **27** 28, 30, 75 s.
- fundamentador de la punición – **27** 64 ss.
- inducción intentada **28** 25 ss.
- modificativo de la pena – **27** 74 ss.
- modificativo de la pena, agravatorio – **27** 74 s.
- modificativo de la pena, atenuatorio – **27** 77
- solución unitaria **27** 41 ss.
- y § 30 StGB **28** 25 ss.

Elementos de autor
- como presupuesto de la coautoría **25** 234

Elementos de intención, intencionales
- inducción
  para más detalles v. dicha voz

Elementos de la culpabilidad
- fundamentadores de la pena – **27** 7
- modificativos dela pena – **27** 7

Elementos del asesinato
- elemento personal especial
  para más detalles v. dicha voz

Empleador
v. Empresario, Patrono

Empresa
v. Establecimiento o empresa; Responsabilidad del órgano y del representante según el § 14 StGB
- empresas mercantiles **25** 129 ss.

Empresario
- posición de garante
  para más detalles v. dicha voz

Encargado de establecimiento de hostelería, de local
– Posición de garante
para más detalles v. dicha voz
Encargados, comisionados
v. responsabilidad del órgano y del representante según el § 14 StGB
Encuentro, delitos de 26 42
v. tb. Participación necesaria
Equivalencia de omisión y hacer
v. Cláusula de la correspondencia
Equivalencia de las modalidades
v. Cláusula de la correspondencia
Error
– autoría mediata 25 158 ss.
– coautoría 25 195
– en autodaño o autolesión 25 70 ss.
– sobre el deber de garante 29 387, 403, 408; 31 190 ss., 209 s.
– sobre la posición de garante 31 190 ss.
Error de mandato
v. Error de prohibición en los delitos de omisión
Error de prohibición
– caso del Rey de los gatos 25 41, 76 ss.
– deber de garante
para más detalles v. dicha voz
– delimitación entre autoría mediata e inducción 25 76 ss.
– delitos de omisión 29 403; 31 190 ss., 209 s.
– Dominio en virtud de error 25 76 ss.
– inverso –
v. Delito putativo
Error de tipo
– autoría mediata
v. Dominio mediante error
– Conspiración delictiva
para más detalles v. dicha voz
– delito de omisión impropia/o
para más detalles v. dicha voz
– inverso –
v. Tentativa inidónea
Error en los motivos 25 94
v. tb. Dominio en virtud de error
– incitación o provocación de un suicidio 25 71 ss.
error in objecto vel persona
– autoría mediata 25 171
– coautoría 25 195
– inducción 26 116 ss.
Error ontológico
– concepto 29 365
Error sobre el tipo permisivo
– autoría mediata
v. Dominio en virtud de error
Errores en la antesala o campo previo al tipo
v. Delito putativo
Escritorio, autor de _ 25 107, 122, 126 s.
v. Autor de escritorio, de mesa de despacho o de oficina
Esforzarse, esfuerzo (en el sentido del § 24 I 2 StGB) 30 267 ss.
Especiales, delitos 25 4, 279
Especialidad
v. Concurso de leyes
– concepto 33 177 ss.
– en delitos compuestos 33 186 ss.
– en tipos cualificados y privilegiados 33 180 ss.
Establecimiento o empresa
v. responsabilidad del órgano y del representante según el § 14 StGB
Estado de necesidad, disculpante o exculpante
– autoría mediata 25 47 ss., 91 ss., 179 ss.
– delitos de omisión 31 207 ss., 219
Estado de necesidad, justificante
– *agent provocateur*, agente provocador 26 153 s.
– delitos de omisión 31 204 ss.
– ingerencia 32 186 ss.

Estafa de seguro
v. Consunción
Evitación de la consumación
v. Impedimento de la consumación; Desistimiento de la tentativa acabada
Extraneus – concepto 25 271
Exceso
– autoría mediata
para más detalles v. esa voz
– coautoría
para más detalles v. esa voz
– cooperación, complicidad
para más detalles v. esa voz
– inducción
para más detalles v. esa voz
– inducción intentada, tentativa de inducción
para más detalles v. dicha voz
Exceso en la legítima defensa
v. Delitos de omisión 31 207
fácticas: relaciones fácticas de representación
v. Órganos, responsabilidad del órgano y del representante según el § 14 StGB
fáctico: punto de vista _
v. Órganos, responsabilidad del órgano y del representante según el § 14 StGB
Falso testimonio con perjurio
– cooperación por omisión 32 177 ss.
Falta de comprensión burda, completa o tosca, irracionalidad burda
v. Tentativa inidónea
Fases previas de la intervención pluripersonal (codelincuencia)
v. Tentativa de intervención pluripersonal
Figura central 25 10 ss.
Figura clave
v. Dominio del hecho
Figura marginal
v. Partícipe
Fin(es) de la pena, teoría del/de los _ 30 4 ss., 381
v. tb. Desistimiento de la tentativa
física, cooperación
v. Cooperación o complicidad
Fomento o favorecimiento, fórmula del _
v. Cooperación o complicidad
Formación de la pena conjunta o global 33 140 ss.
v. Pena conjunta o global: formación de la _
– pena de arranque o base de partida 33 142 s.
– posterior 33 156 ss.
Formación posterior de la pena conjunta o global 33 156 ss.
Fórmula de *Frank* 29 122, 135; 30 79, 431 s.
Fórmula del disponerse a
v. Delimitación entre preparación y tentativa
Fórmula del fomento o favorecimiento
v. Cooperación o complicidad
Fórmula del inicio
v. Delimitación entre preparación y tentativa
Fracasada, tentativa
v. Desistimiento de la tentativa, Tentativa fracasada
v. tb. Delimitación entre preparación y tentativa
Funcional, dominio – del hecho
v. Dominio del hecho
Funcionario responsable del ejercicio del cargo
– posición de garante
para más detalles v. dicha voz
Funciones, teoría de las 32 6, 22 s., 32, 87
v. tb. Posición de garante
Fungibilidad
v. Autoría mediata
Garante, garantía
v. Posición de garante; Deber de garante o de garantía

Garante de protección o custodia
v. Posición de garante
Garante de supervisión, vigilancia o control 31 158 ss.; 32 6, 107 ss.
v. Posición de garante
global, teoría de la contemplación o perspectiva _ o conjunta
v. Delimitación entre tentativa inacabada y fracasada
global, pena conjunta o _ 33 5, 122 ss.
v. Pena conjunta o global
global: formación de la pena conjunta o _ 33 140 ss.
v. Pena conjunta o global: formación de la _
Gremios: sentencias sobre _ 25 241; 31 172
Hacer precedente
v. Ingerencia
Hecho
– en el sentido del desistimiento 30 421 ss.
– en el sentido de la StPO 33 12
Hecho concomitante
– típico – 33 216 ss.
Hecho previo y posterior copenado
v. Consunción
Hecho posterior
– copenado 33 213 ss., 219 ss.
heterónomos, motivos
v. Voluntariedad
Homicidio de propia mano
– como cooperación o complicidad 25 39 s.
Horizonte del desistimiento
v. Desistimiento dela tentativa
Hostelero, hostelería, encargado de establecimiento de _
– Posición de garante
para más detalles v. dicha voz
Huida de la policía, casos de 33 51 ss.
v. tb. Unidad natural de acción
Huida del lugar del accidente, casos
v. Concursos
Idea de protección a la víctima
v. Desistimiento de la tentativa
Impedimento de la consumación
– en el sentido del § 24 I 1 StGB 30 211 ss.
v. tb. Desistimiento de la tentativa acabada
– de propia mano – 30 243 ss.
– por mano ajena – 30 246 ss.
Imprudencia, imprudentes, delitos por
v. Concursos
imprudente, coautoría
v. Coautoría
imprudente, omisión 31 196 ss.
v. tb. Delito de omisión, impropia/o
Imputabilidad disminuida, semiimputabilidad
v. Autoría mediata 25 149 ss.
Incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad
v. Autoría mediata 25 139 ss.
Inclinación al hecho típico
v. Tentativa; propensión al hecho típico
incondicionada, decisión o resolución de actuar o de realizar el hecho
v. Tentativa
individualizadora, solución
– Autoría mediata y tentativa
para más detalles v. dicha voz
– Coautoría y tentativa
para más detalles v. dicha voz
Inducción
– a delitos de infracción de deber 26 168
– a delitos de propia mano 26 168
– a delitos de omisión, omisivos 26 170 s.
– a la complicidad o cooperación 26 178
– a la conspiración para un delito grave 28 66
– a la inducción intentada o tentativa de inducción 28 32
– a la tentativa 26 151 ss.
– *aberratio ictus* 26 116 ss.

– *agent provocateur*, agente provocador **26** 8, 21, 28 s., 151 ss., 271; **28** 16, 50; **29** 80
– coinducción – **26** 173 s.
– concepto de hecho **26** 60, 90 ss.
– concursos **26** 172, 179 ss.
– cooperación o complicidad a la **26** 178
– cualificación **26** 102 ss.
– delitos de emprendimiento **26** 158 ss.
– delitos de peligro abstracto **26** 157
– delitos de preparación **26** 158 s.
– determinar a **26** 58, 65 ss.
  – causalidad **26** 65
– dolo
  v. dolo de inductor
– elementos de intención **26** 161 ss.
– en autoría mediata **26** 175
– en delitos cualificados por el resultado **26** 167
– *error in persona* del inducido **26** 116 ss.
– exceso
  – exceso doloso del autor **26** 109 ss.
  – exceso no doloso del autor **26** 116 ss.
– formas especiales **26** 62, 167 ss.
– inducción a cambio de planes, reversoducción **26** 60, 91 ss.; **28** 21
– inducción a más, incrementada **26** 102 ss.
  – intentada – **28** 21
– inducción a menos **26** 69
– inducción en cadena **26** 176 s.; **28** 31 s., 66, 78
  – intentada – **28** 31
  – inductor intermedio **26** 176 s.
– intentada, tentativa de
  v. Inducción intentada
– *omnimodo facturus* **26** 58, 65; **28** 9, 66, 79, 83 s., 87, 96, 103, 109
– pena **26** 63, 179 ss.
– por omisión **26** 86 s.
– reversoducción, inducción a cambio de planes, **26** 60, 91 ss.; **28** 21
– sobreacrecentamiento **26** 102 ss.
  – principio de divisón analítica **26** 103
  – concepción sintética **26** 104
– subsidiariedad frente a autoría **26** 180
–tentativa de _, intentada
  v. Inducción intentada
– voluntad de consumación **26** 151 ss.

Inducción a más, incrementada
  v. Inducción; Sobreacrecentamiento

Inducción a menos, a delito menos grave
  v. Inducción

Inducción en cadena
  v. Inducción

Inductor: dolo de _ 26 130 ss.
  v. Dolo de inductor

Inductor intermedio
  v. Inducción en cadena

Inexigibilidad
– deber de denuncia de allegados y parientes **31** 214, 216, 218, 222 ss.
– delitos de omisión **31** 211 ss.
– ubicación sistemática **31** 229 ss.

Infiltrados, confidentes, agentes provocadores **26** 154 ss., 157

Ingerencia
  v. Posición de garante

Inicio, fórmula del _
  v. Delimitación entre preparación y tentativa

Inicio de ejecución
  v. Tentativa

Inidónea, tentativa
  v. Tentativa inidónea

Inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad
  v. Autoría mediata **25** 139 ss.

inmediata o directa, autoría – concepto **25** 11

inmediatamente, inmediato, disponerse a o inicio _ 29 2, 97 ss.
  v. tb. Delimitación entre preparación y tentativa

Instrumento
  v. Autoría mediata

Instrumento doloso sin intención

v. Autoría mediata
Instrumento no cualificado, sin cualificación,
v. Autoría mediata
Intención, intencionales, elementos de _
– inducción
para más detalles v. dicha voz
Intensificación, principio de
v. Cooperación, complicidad
Interés, teoría del _
v. Delimitación entre autoría y participación
Intermediario
v. Mediador en el hecho, Instrumento
intermedio, inductor _
v. Inducción en cadena
intermedio, teoría del acto _
v. Delimitación entre preparación y tentativa
Intervención pluripersonal, codelincuencia
v. Autoría, Participación, Cooperación o complicidad, Inducción
– formas 25 1
– tentativa de la –
para más detalles v. dicha voz
Intervención pluripersonal aparente 28 47 ss.
Intraneus
– concepto 25 271
Inverso: error de tipo _
v. Tentativa inidónea
Inverso: error de prohibición _
v. Delito putativo
investigador policía secreto 26 154 ss., 157
Irracionalidad o falta de comprensión burda, completa o tosca
v. Tentativa inidónea
Irreal, tentativa
v. Tentativa, supersticiosa
Iterativa: realización típica 33 32 ss.
v. Realización iterativa del tipo
Jefe de la banda 25 210
Jóvenes, menores
– autodaño, autolesión
para más detalles v. dichas voces
– autoría mediata
para más detalles v. dicha voz
– posición de garante 31 161, 222 ss.; 32 33 ss., 85, 127 ss.
– suicidio
para más detalles v. dicha voz
Legítima defensa
– ingerencia 32 181 ss.
– autoría mediata 25 59, 69
– delitos de omisión 31 203, 207
– delito putativo o imaginario 29 382
Legítima defensa, exceso en la _
v. Delitos de omisión 31 207
Lógica del delincuente o razonabilidad del _
– teoría de la – 30 383 ss.
v. tb. Voluntariedad
masa, delito 33 281 s.
v. Delito masa
Mediador en el hecho
– Concepto 25 45
mediata, autoría 25 11, 45 ss.
v. Autoría mediata
Médico
– posición de garante
para más detalles v. dicha voz
Médico de guardia o de urgencias
v. Posición de garante
Menores
v. Jóvenes
Meritoriedad, teoría de la _ 30 22 ss.
v. tb. Desistimiento de la tentativa
Modalidades, equivalencia de las _
v. Cláusula de la correspondencia
Motivos autónomos
v. Voluntariedad
Motivos, error en los _ 25 94
v. tb. Dominio en virtud de error
– incitación o provocación de un suicidio 25 71 ss.

Motivos heterónomos
v. Voluntariedad
Movimiento corporal, teoría del _
v. Delitos de propia mano
natural, unidad _ de acción 33 29 ss.
v. Unidad natural de acción
Nazismo (NS): crímenes violentos 25 40, 105 ss., 115, 119; **33** 281 s.
necesaria, participación 26 41 ss.
v. Participación necesaria
Neutras, neutrales, acciones
v. Acciones cotidianas.
Nexo de continuidad 33 250 ss.
v. tb. Acción continuada, Delito continuado
Niñera (babysitter)
– posición de garante
para más detalles v. dicha voz
Niños
– abuso sexual y tentativa **29** 166 ss.
– autodaño o autolesión
para más detalles v. dichas voces
– autoría mediata
para más detalles v. dicha voz
– posición de garante
para más detalles v. dicha voz
– suicidio
para más detalles v. dicha voz
nomológico, error
– concepto **29** 365
normativa, teoría
v. Voluntariedad
normativa, teoría _ de la combinación
v. Delimitación entre autoría y participación
nullum crimen sine lege
– delito de omisión impropia/o
para más detalles v. dicha voz
– Delito putativo o imaginario
para más detalles v. dicha voz
objetivas: teorías _ de la tentativa
v. Tentativa, teorías objetivas
objetivo-formal, teoría _
v. Delimitación entre autoría y participación
v. Delimitación entre preparación y tentativa
Ofrecerse
v. Tentativa de intervención pluripersonal
Omisión, delito de
– antijuridicidad **31** 201 ss.
– colisión de deberes **31** 204
– atenuación de la pena **31** 236 ss.
– en la parte especial **31** 248 ss.
– autoría mediata **31** 175
– capacidad de acción **31** 8 ss.
– causalidad **31** 37 ss.
– en decisiones colegiadas **31** 65 ss.
– con probabilidad rayana en la seguridad **31** 46 ss.
– omisión por hacer
para más detalles v. dicha voz
– teoría del incremento del riesgo **31** 46 ss.
– coautoría **31** 171 ss.
– como delito de infracción de deber **31** 140
– cooperación al falso testimonio con perjurio **32** 177 ss.
– culpabilidad **31** 207 ss.
– inexigibilidad **31** 211 ss.
v. tb. esa voz
– error de prohibición
para más detalles v. dicha voz
– delimitación autoría y participación
para más detalles v. dicha voz
– delimitación comisión y omisión **31** 69 ss.
– caso del pelo de cabra **31** 74, 85 s.
– empleo activo de energía **31** 77 s.
– fórmula del centro de gravedad **31** 76, 79 ss.
– omisión por hacer **31** 99 ss.
– delimitación de delito de omisión propia e impropia – **31** 16 ss.

– delimitación preparación y tentativa 29 266 ss., 271 ss.
– desistimiento 30 136 ss.
  – caso de la madre desnaturalizada 30 137 ss.
– determinación o medición de la pena 31 244 ss.
– dominio del hecho 31 127 ss.
– error de prohibición 29 403; 31 190 ss., 209 s.
– error de tipo 31 190 ss.
– error sobre el deber de garante 29 387, 403, 408; 31 190 ss., 209 s.
– error sobre la posición de garante 31 190 ss.
– estado de necesidad
  – disculpante o exculpante – 31 207 ss., 219
  – justificante – 31 204 ss.
– exceso en la legítima defensa 31 207
– impropia/o –
  – interrupción de cursos causales salvadores
  v. omisión por hacer
– imprudencia 31 196 ss.
– inducción
  para más detalles v. dicha voz
– legítima defensa 31 203, 207
– *nullum crimen sine lege* 31 31 ss.
– *omissio libera in causa*
  v. Omisión por hacer
– posición de garante
  para más detalles v. dicha voz
– propia/o –
  – concepto 31 16
  – tentativa 29 292 ss.
  – unidad de acción y pluralidad de acciones 33 61 ss.
– tentativa
  – teoría de la primera intervención posible 29 280 ss.
  – teoría de la puesta en peligro inmediata 29 286 s.
  – teoría de la última intervención posible 29 284 s.
  – tentativa inidónea 29 376 s.
– tipo objetivo 31 176 ss.
– tipo subjetivo 31 184 ss.
  – dolo 31 184 ss.
  – otros elementos subjetivos 31 194 s.
– unidad de acción y pluralidad de acciones 33 61 ss.

Omisión de impedir el suicidio 31 130

Omisión por hacer 31 99 ss.
  v. tb. Delito de omisión, impropia/o
– interrupción de cursos causales salvadores 31 108 ss.
– interrupción de tratamiento médico 31 115 ss.
– *omissio libera in causa* 31 103 ss.
– sentencia del auxilio o ayuda a morir 31 115

Omisivo, delito
  v. Omisión, delito de; Delito de omisión; delito omisivo

omissio libera in causa 31 103 ss.

omnimodo facturus
  v. Inducción

ontológico, error
– concepto 29 365

Orden militar
  v. Autoría mediata

Orden oficial
  v. Autoría mediata

Órganos y representantes, responsabilidad de _ en virtud del § 14 StGB 27 84 ss.
– asunción de un deber 27 98 ss.
– comisionados o encargados 27 94 s., 110, 126 ss.
– cualidad de responsable del ejercicio del cargo 27 101, 135
– directivo o director parcial 27 130
– director de establecimiento – concepto 27 129
– encargados, comisionados 27 94 s., 110, 126 ss.
– establecimiento – concepto 27 127
– órgano

- concepto **27** 116
- legitimado o con derecho para representar **27** 116
- persona jurídica **27** 115
- punto de vista fáctico **27** 90, 93
- *ratio legis* **27** 84 ss., 96
- relaciones fácticas de representación **27** 139
- representante (en el sentido del § 14 I StGB) **27** 115 ss.
- representante legal – concepto **27** 121
- sociedades personalistas
  - concepto **27** 117
  - socios legitimados o con derecho para representar **27** 117 ss.

Organización, dominio de la
v. Autoría mediata

organizados: aparatos – de poder
v. Autoría mediata

Padres
- posición de garante **32** 33 ss.
  para más detalles v. dicha voz

Parágrafo Duchesne 28 75
v. tb. Tentativa de intervención pluripersonal

parcial, desistimiento _
v. Desistimiento parcial; Desistimiento de la tentativa

parcial, directivo o director _
v. Directivo o director parcial; Órganos y representantes, responsabilidad en virtud del § 14 StGB

parcial, regla de la realización _
v. Regla de la realización parcial; Delimitación entre preparación y tentativa

parcial, teoría del acto _
v. Teoría del acto parcial; Delimitación entre preparación y tentativa

Pariente (amplio), allegado
- deber de denuncia, v. Inexigibilidad
- posición de garante
  para más detalles v. dicha voz

Parientes
- posición de garante
  para más detalles v. dicha voz

Parroquianos del bar
v. en Posición de garante

Parroquianos del bar, caso de los _
v. Ingerencia, en Posición de garante

Participación
- accesoriedad
  para más detalles v. dicha voz
  - limitada –
  para más detalles v. dicha voz
- concepto **26** 1
- coparticipación – **25** 238
- delito cualificado por el resultado **26** 167, 284
- en cadena
  v. Cooperación o complicidad en cadena; Inducción en cadena
- fundamento del castigo, de su punición **26** 11 ss.
  - ataque accesorio al bien jurídico **26** 11
  - principio de solidarización **26** 22 ss.
  - teoría de la causación **26** 12 ss.
  - teoría de la participación en el injusto o ilícito **26** 17 ss.
  - teoría de la participación en la culpabilidad **26** 16 ss.
  - solidarización, principio de **26** 22 ss.
- necesaria
  para más detalles v. dicha voz
- requisito del hecho principal doloso **26** 6 s., 35 ss.
- tentativa de, intentada –
  v. Participación intentada

Participación en forma de coautoría (coparticipación, coinducción, co-cooperación) **25** 238, **26** 173 ss.
v. Coparticipación
- instrumento doloso no cualificado **25** 275 ss.

Participación necesaria 26 41 ss.
- delitos de convergencia **26** 41
- delitos de encuentro **26** 42
- Intervención pluripersonal **26** 56

Partícipe
– figura marginal 25 10
Partícipe, voluntad de 25 17
Patrono
v. Empresario; Empleador
Peligro abstracto, delito de
–complicidad, cooperación
para más detalles v. dicha voz
– inducción
para más detalles v. dicha voz
– tentativa
para más detalles v. dicha voz
Peligro, comunidad de _
– posición de garante
para más detalles v. dicha voz
Peligrosidad, teoría de la _
v. Tentativa
Pelo de cabra, caso del 31 74, 85 s.
Pena de arranque, pena base, base de partida 33 142 s.
v. tb. Formación de la pena conjunta o global; Pena base, base de partida; Pena de partida
Pena base, base de partida 33 142 s.
v. tb. Formación de la pena conjunta o global; Pena de arranque; Pena de partida
Pena conjunta o global 33 5, 122 ss.
– pena privativa de libertad y de multa ante distintos hechos 33 131 ss.
– pena privativa de libertad y de multa ante el mismo hecho 33 137 s.
– varias, múltiples penas de multa 33 128 ss.
– varias, múltiples privaciones de libertad 33 124 ss.
Pena conjunta o global: formación de la 33 140 ss.
– pena de arranque o base de partida 33 142 s.
– posterior 33 156 ss.
Pena conjunta o global: formación posterior de la _ 33 156 ss.
v. Posterior formación de la pena conjunta o global
Pena de partida 33 142 s.
v. tb. Formación de la pena conjunta o global; Pena de arranque; Pena base, base de partida
Pena unitaria o única, principio de 33 7 ss., 127
Perjurio, falso testimonio con _
– Cooperación por omisión 32 177 ss.
Persona jurídica
v. Órganos y representantes, responsabilidad de, en virtud del § 14 StGB
Plan delictivo (o del hecho)
– común – 25 189 ss.
v. tb. Coautoría
Plan, dominio del 26 95 s., 99
Pluralidad, teoría de la
– concurso ideal 33 71
Pluralidad de acciones 33 8, 10 ss.
– en la omisión 33 61 ss.
– caso de la manutención 33 62
Pluralidad de hechos
– concepto 33 3, 119 ss.
v. tb. Concurso real
Policía
– v. Posición de garante
Policía, casos de huida de la _ 33 51 ss.
v. tb. Unidad natural de acción
Posibilidad de acción 31 15
Posición de garante
– asunción voluntaria de una función de protección 32 53 ss.
– autoridades protectoras del medio ambiente 32 99 ss.
– babysitter: v. niñera 32 53, 66 ss., 227
– comunidad de peligro 32 4, 15, 54
– comunidad de vida, estrecha 32 54 ss.
– concepto 31 183; 32 1
– contrato, mediante _ 32 13, 53
– cónyuges 32 45 ss.
– deberes de aseguramiento 32 107 ss.
– deberes de aseguramiento del tráfico 32 108 ss.
– deberes de custodia 32 6, 33 ss.
– deberes de protección 32 33 ss.

- dominio sobre cosas peligrosas **32** 108 ss.
  - vivienda como fuente de peligro **32** 115 ss.
- ejercicio del cargo **32** 77 ss.
- elemento de valoración global del hecho **31** 191
- elemento personal especial **27** 68
- empleador: v. empresario, patrono
- empresario, patrono **32** ss.
- encargado de bar o local hostelero
  v. Ingerencia
- error **31** 190 ss.
- error sobre – **29** 387, 403, 408; **31** 190 ss., 209 s.
- estrecha comunidad de vida **32** 54 ss.
- evolución dogmática **32** 3 ss.
  - teoría del deber jurídico formal **32** 4, 10 ss.
  - teoría de las funciones **32** 6, 22 s., 32, 87
- funcionario en el ejercicio del cargo **32** 77 ss.
  - en la persecución del delito **32** 80 ss.
- garante de protección o custodia **31** 158 ss.; **32** 6, 33 ss.
- garante de supervisión, vigilancia o control **31** 158 ss.; **32** 6, 107 ss.
- hijos menores **31** 161, 222 ss.; **32** 5 ss., 17, 33 ss., 42 ss., 85, 122 s., 126 ss.
- ingerencia **32** 3, 107, 143 ss.
  - en caso de autopuestas en peligro **32** 175 ss.
  - encargado de bar, establecimiento hostelero o local **32** 173 s.
  - responsabilidad por el producto **32** 195 ss.
  - restricciones **32** 155 ss.
  - tras estado de necesidad **32** 186 ss.
  - tras legítima defensa **32** 181 ss.
  - tras la desaparición de los presupuestos de justificación **32** 189
- inimputables **31** 161; **32** 85, 127 ss.
- médico **32** 70 ss.
- médico de guardia o de urgencias **32** 73 ss.
- niñera (babysitter) **32** 53, 66 ss., 227
- no casados **32** 51 s.
- órganos **32** 77 ss.
- parientes **32** 33 ss.
- parroquianos de un bar **32** 60
- policía frente a ciudadanos **32** 85 ss.
- relaciones de supraordinación **32** 133 ss.
- responsabilidad por conducta antijurídica de terceros **32** 125 ss.
- responsable del cargo **32** 77 ss.
- titular de la vivienda **32** 115 ss.

Posterior formación de la pena conjunta o global **33** 156 ss.

Preparación, delimitación de la tentativa
v. Delimitación entre Preparación y tentativa;

Preparación, delitos de _
- inducción **26** 158 s.
- tentativa **29** 339 ss.

Preparación, estadio o fase de _
v. Fases previas de la intervención pluripersonal (codelincuencia)
v. tb. s. Delimitación entre Preparación y tentativa
- coautoría **25** 201 ss.
  v. tb. esa voz
- cooperación o complicidad **26** 256
  v. tb. esa voz

preparatorias, acciones **29** 339 ss.

preparatorios, actos **29** 339 ss.

preparatorios típicos, actos **29** 173 ss.

Previa, conducta _ con infracción de deber
v. Ingerencia

Principio de acumulación **33** 113, 123
v. tb. Concurso ideal y Concurso real

Principio de asperación **33** 5, 123, 143 ss.
v. tb. Concurso real

Principio de asunción
v. Cooperación o complicidad

Principio de autonomía **25** 174 ss.
v. tb. Autoría mediata

Principio de combinación
v. Concurso ideal, consecuencia jurídica
Principio de confianza
– Cooperación o complicidad
para más detalles v. dicha voz
– posición de garante por ingerencia 32 161 ss.
Principio de diferenciación 33 7 ss.
v. tb. Concursos
Principio de división analítica 26 103
v. tb. Inducción
Principio de ejecución
v. Tentativa
Principio de la pena unitaria o única, 33 7 ss., 127
Principio de responsabilidad 25 48 ss., 140
– en casos de coacción 25 48 ss.
Privilegiar, privilegiación, privilegiado(s), tipo(s)
v. Especialidad
v. Unidad natural de acción
Producto, responsabilidad por el 32 195 ss.
v. tb. Posición de garante
Propensión al hecho típico
v. Tentativa; Inclinación al hecho típico
Protección a la víctima, idea de _
v. Desistimiento de la tentativa
Protección, casos de disminución de _
v. Delimitación entre preparación y tentativa; casos de disminución de protección
Protección, deberes de _
v. Posición de garante
Protección del medio ambiente, autoridades de _
– posición de garante
para más detalles v. dicha voz
v. Tentativa
psicológica: teoría
v. Voluntariedad
psíquica, cooperación o complicidad
v. Cooperación o complicidad
Puente de plata
– teoría del – 30 14 ss.
v. tb. Desistimiento de la tentativa
Punto de vista fáctico
v. Órganos, responsabilidad del órgano y del representante según el §14 StGB
Razonabilidad o lógica del delincuente
– teoría de la – 30 383 ss.
v. tb. Voluntariedad
real, concurso
v. Concurso real
Realización iterativa del tipo 33 32 ss.
v. tb. Unidad natural de acción
Realización sucesiva del tipo 33 42 ss.
v. tb. Unidad natural de acción
Regla de la realización parcial
v. Delimitación entre preparación y tentativa
Regla: ejemplos –o supuestos– 29 114, 170
- Ejemplos-regla, supuestos-regla: supuestos de hecho contenidos en la ley, supuestos agravatorios 29 114, 170
v. Delimitación entre preparación y tentativa
Relaciones fácticas de representación
v. Órganos y representantes, responsabilidad según el § 14 StGB
Renuncia, renunciar (en el sentido del § 24 I 1 StGB) 30 152 ss.
v. tb. Desistimiento de la tentativa inacabada
Representación, relaciones fácticas de _
v. Órganos y representantes, responsabilidad según el § 14 StGB
Representante legal
v. Órganos y representantes, responsabilidad de, en virtud del § 14 StGB
Representantes, responsabilidad de _ 27 84 ss.
v. Órganos y representantes, responsabilidad de, en virtud del § 14 StGB

Resolución al hecho, delictiva, de realizar el hecho
v. Tentativa
Resolución condicionada de actuar o realizar el hecho
v. Tentativa; Decisión condicionada de actuar o realizar el hecho
Resolución delictiva alternativa
v. Tentativa
Resolución incondicionada de actuar o de realizar el hecho
v. Tentativa
Responsabilidad de órganos y representantes
v. Órganos y representantes, responsabilidad de, en virtud del § 14 StGB
Responsabilidad por el producto 32 195 ss.
v. tb. Posición de garante
Responsabilidad, principio de _ 25 48 ss., 140
– en casos de coacción **25** 48 ss.
Responsable del ejercicio del cargo
– posición de garante
para más detalles v. dicha voz
Reversoducción
v. Inducción, inducción a cambio de tipo
Rey de los gatos, caso del _ 25 41, 76 ss.
Riesgo, incremento del _
v. Cooperación o complicidad
Riesgo, teoría del incremento del _ 31 46 ss.
v. tb. Delito de omisión impropia/o
Saldo de la deuda o culpa, teoría del _ 30 25 ss.
v. tb Desistimiento de la tentativa
Seguro, estafa de _
v. Consunción
Semiimputabilidad, imputabilidad disminuida
v. Autoría mediata **25** 149 ss.
Sentencia de la trampa explosiva
v. Delimitación entre preparación y tentativa
Sentencia de la trampa venenosa
v. caso Bayerwaldbärwurz
Sentencia del auxilio o ayuda a morir 25 131; **31** 115
Sentencia del spray para cuero: 25 241; **31** 47, 172; **32** 11, 196 ss.
Sentencias sobre gremios 25 241; **31** 172
Sirio o Sirius, caso 25 70
Sobreacrecentamiento
v. Inducción; Inducción a algo más grave, a más
Solidarización, principio de _
v. en Participación
Sociedades personalistas
v. Órganos y representantes, responsabilidad de, en virtud del § 14 StGB
Solución conjunta o unificadora
v. en Coautoría: y tentativa
Solución individualizadora
– Autoría mediata y tentativa
para más detalles v. dicha voz
– Coautoría y tentativa
para más detalles v. dicha voz
Solución unificadora o conjunta
v. en Coautoría: y tentativa
Solución unitaria
– elemento personal especial
para más detalles v. dicha voz
Spray para cuero: sentencia 25 241; **31** 47, 172; **32** 11, 196 ss.
subjetiva, teoría _ de la participación
v. Delimitación entre autoría y participación
subjetiva, teoría _ de la tentativa
v. Tentativa
Subsidiariedad
– concepto **33** 175, 190 ss.
– formal – **33** 191 ss.
– material – **33** 191, 199 ss.
Sucesiva
– coautoría sucesiva: v. Coautoría
– complicidad o cooperación sucesiva: v. Complicidad; Cooperación

– realización sucesiva del tipo 33 42 ss.; v. tb. Unidad natural de acción

Suicidio

– aparentar o simular una efermedad incurable 25 72
– delimitación entre cooperación o complicidad y autoría mediata de homicidio 25 54 ss., 70 ss.
– doble suicidio simulado 25 71
– inimputables 25 144 ss.
– niños y jóvenes 25 144 ss.
– omisión de impedir el suicidio 31 127, 129; 32 72
– producido mediante engaño – 25 70 ss.
– provocación de un error en los motivos 25 71 ss.
– semiimputables, sujetos con imputabilidad disminuida 25 152

Suicidio, omisión de impedir el _ 31 130

Sujeto de atrás

– concepto 25 45

Supervisión, vigilancia o control, garante de _ 31 158 ss.; 32 6, 107 ss.

Supuestos-regla 29 114, 170

v. Delimitación entre preparación y tentativa; Regla: ejemplos-_ o supuestos-_

Suprainducción

v. Sobreacrecentamiento (inducción incrementada, a más), en Inducción

Tendencia interna intensificada 29 76

Tenor literal, teoría del

v. Delitos de propia mano: teoría del tenor literal

Tentativa

– acabada –
  – concepto 29 98, 192
  – delimitación respecto de la tentativa inacabada 30 163 ss.
  – desistimiento 30 1, 211 ss.
    v. tb. esa voz
– acciones preparatorias, actos preparatorios 29 339 ss.
– actos preparatorios 29 339 ss.
– atenuación de la pena 29 14
– autoría mediata
  para más detalles v. dicha voz
– coautoría
  para más detalles v. dicha voz
– comienzo de ejecución 29 97
– concepto 29 1
– cualificada – 33 229 ss.
– decisión de actuar (de realizar el hecho) 29 4, 59 ss.
  – alternativa – 29 72 ss.
  – con reserva de desistimiento 29 82, 85
  – condicionada – 29 81
  – delimitación de la propensión al hecho típico 29 82 s.
  – incondicionada – 29 81
  – propensión al hecho típico 29 82 s.
  – sobre base fáctica conscientemente insegura 29 82, 84
– delimitación entre tentativa inacabada y acabada
  para más detalles v. dicha voz
– delimitación respecto de la preparación
  v. Delimitación entre preparación y tentativa
– delito cualificado por el resultado 29 318 ss.
– delito de peligro abstracto 29 54
– delitos de emprendimiento 29 339 ss.
– desistimiento
  para más detalles v. dicha voz
– disponerse inmediatamente a 29 2, 97 ss.
  v. tb. Delimitación entre preparación y tentativa
– dolo 29 61 ss.
– estadio o fase de preparación
  v. Delimitación entre preparación o tentativa
– fracasada
  v. Desistimiento de la tentativa
– fundamento del castigo 29 9 ss.
  – teoría de la impresión 29 46 ss.

- teoría de la peligrosidad **29** 27 s.
- teorías objetivas de la tentativa **29** 25 s.
- teoría subjetiva de la tentativa **29** 32 ss.
- teoría de la unión **29** 10 ss.

– inacabada –
- delimitación respecto de la acabada – **30** 163 ss.
- delimitación respecto de la tentativa fracasada **30** 175 ss.
- desistimiento **30** 152 ss.
  v. tb. esa voz
- disponerse inmediatamente a **29** 2, 97 ss.
  v. tb. Delimitación entre preparación o tentativa

– inidónea –
para más detalles v. dicha voz

– irreal –
v. Tentativa, supersticiosa

– por burda falta de entendimiento o irracionalidad **29** 363 ss.

– resolución de actuar (de realizar el hecho) **29** 4, 59 ss.
v. Decisión de actuar (de realizar el hecho)

– supersticiosa – **29** 8, 371 ss.

– tipo subjetivo
v. Tentativa; Resolución al hecho

Tentativa acabada
v. Tentativa

Tentativa de inducción 28 9 ss.
- *agent provocateur*, agente provocador **28** 16
- cooperación o complicidad **28** 33 ss.
- concursos **28** 37 ss.
- delimitación respecto de la autoría mediata intentada **28** 19
- desistimiento **28** 90 ss.
- elemento personal especial **28** 25 ss.
- error **28** 24
- exceso **28** 21
- grupos de casos **28** 9
- inducción a la – **28** 32
- inducción a un cambio de planes **28** 21
- inducción en cadena **28** 31
- *omnimodo facturus* **28** 9, 96
- precisión del dolo del inductor **28** 20
- seriedad **28** 15 ss.
- tentativa inidónea **28** 22 s.
- y § 28 StGB **28** 25

Tentativa de intervención pluripersonal 28 1 ss.
- aceptación de un ofrecimiento **28** 82 ss.
  - desistimiento **28** 88 ss., 106 ss.
  - esfuerzo voluntario y serio **28** 107 ss.
  - *omnimodo facturus* **28** 83 s., 87
  - voluntariedad **28** 88; **30** 354 ss.
- atenuación de la pena **28** 6
- conspiración
  v. Conspiración para el delito grave
- declararse dispuesto **28** 74 ss.
  - aceptación de una incitación o provocación **28** 74, 76 s.
  - concepto **28** 74
  - desistimiento **28** 98 ss.
  - ofrecerse **28** 74, 78 ss.
  - *omnimodo facturus* **28** 79
  - parágrafo Duchesne **28** 75
- fundamento del castigo **28** 5, 8
- inducción intentada
  para más detalles v. dicha voz

Tentativa en cualificación por el resultado 29 318 ss.

Tentativa fracasada
v. Desisttimiento de la tentativa

Tentativa inacabada
v. Tentativa

Tentativa inidónea 29 6, 346 ss.
- burda falta de comprensión o entendimiento o irracionalidad **29** 363 ss.
  - concepto **29** 364
- como error inverso de tipo **29** 401
- con medios inidóneos **29** 348
- con medios inidóneos en objeto inidóneo **29** 349
- de sujeto inidóneo **29** 350 ss.

– delimitación de la tentativa fracasada 30 82
– delimitación del delito putativo 29 378 ss.
– delito de omisión 29 376 s.
– desistimiento 30 265 ss.
– en la coautoría 29 308 ss.
– en objeto inidóneo 29 347
– manifestaciones 29 347 ss.
– tentativa en el delito de omisión impropio – 29 266 ss.
– tosca o completa falta de comprensión o entendimiento o irracionalidad 29 363 ss.

Tentativa irreal
v. Tentativa, supersticiosa

Tentativa que alcanza la finalidad u objetivo
v. Desistimiento de la tentativa

Tentativa supersticiosa 29 8, 371 ss.

Teoría de la actuación óptima o de la prestación óptima 30 229 ss., 237 ss.
v. en Desistimiento de la tentativa acabada

Teoría de la apertura de oportunidades
v. en Desistimiento de la tentativa acabada

Teoría de la causación 26 12 ss.
v. en Participación

Teoría de la contemplación o perspectiva global o conjunta
v. Delimitación entre tentativa inacabada y fracasada

Teoría de la impresión
v. Tentativa

Teoría de la influencia
– autoría mediata y tentativa
para más detalles v. dicha voz

Teoría de la meritoriedad 30 22 ss.
v. tb. Desistimiento de la tentativa

Teoría de la participación en el injusto o ilícito 27 17 ss.
v. en Participación

Teoría de la participación en la culpabilidad 26 16 ss.
v. en Participación

Teoría de la peligrosidad
v. Tentativa

Teoría de la pluralidad
– concurso ideal 33 71

Teoría de la totalidad
v. Delimitación entre autoría y participación
v. Delimitación entre preparación y tentativa

Teoría de la unidad
– Concurso ideal 33 71
– Desistimiento del delito de omisión impropio 30 138 ss.

Teoría de la unión
v. Tentativa

Teoría de las funciones 32 6, 22 s., 32, 87
v. tb. Posición de garante

Teoría del acto individual
v. Delimitación entre tentativa inacabada y fracasada

Teoría del acto intermedio
v. Delimitación entre preparación y tentativa

Teoría del acto parcial
v. Delimitación entre preparación y tentativa

Teoría del cumplimiento o saldo de la deuda o culpa 30 25 ss.
v. tb Desistimiento de la tentativa

Teoría del deber jurídico 32 4, 10 ss.
v. Omisión impropia

Teoría del deber jurídico formal
v. Posición de garante

Teoría del delito de infracción de deber
- en delitos omisivos 31 140 ss.
v. tb. Delimitación entre autoría y participación

Teoría del dolo, del *dolus*
... v. *Dolus*, teoría del; Delimitación entre autoría y participación

Teoría del *dolus*, teoría del dolo
v. Delimitación entre autoría y participación

Teoría del dominio del hecho
– delimitación entre autoría y participación
para más detalles v. dicha voz
– incardinación, ordenación, ubicación sistemática **25** 29 ss.
– origen **25** 17, 29 ss.
Teoría del/de los fin(es) de la pena 30 4 ss., 381
v. tb. Desistimiento de la tentativa
Teoría del interés
v. Delimitación entre autoría y participación
Teoría del movimiento corporal
v. Delitos de propia mano
Teoría del plan delictivo (o del hecho)
v. Delimitación entre tentativa inacabada y fracasada
Teoría del tenor literal
v. Delitos de propia mano
Teoría normativa
v. Voluntariedad
Teoría normativa de la combinación
v. Delimitación entre autoría y participación
Teoría objetivo-formal
v. Delimitación entre autoría y participación
v. Delimitación entre preparación y tentativa
Teoría subjetiva de la participación
v. Delimitación entre autoría y participación
Teoría subjetiva de la tentativa
v. Tentativa
Teorías objetivas de la tentativa
v. Tentativa
Terminación (agotamiento) del hecho **25** 220 ss.; **26** 156 ss., 257 ss.
Tiradores del muro
v. Autoría mediata
Tosca, completa o burda falta de comprensión
v. Tentativa inidónea
Trampa venenosa: sentencia
v. caso Bayerwaldbärwurz
Unidad de acción
v. Concursos; Unidad natural de acción; Unidad típica de acción
Unidad de hecho – concepto **33** 2, 70
v. tb. Concurso ideal
Unidad de ley
sinónimo de Concurso de leyes
Unidad natural de acción 33 29 ss.
– caso de la caseta de ventas **30** 352; **33** 48
– casos de huida de la policía **33** 51 s.
– concepto **33** 30
– cualificación **33** 53
– diversa, unidad de acción _ **33** 50 ss.
– casos de huida de la policía **33** 51 s.
– presupuestos o requisitos **33** 31
– privilegio, tipo privilegiado **33** 53
– realización iterativa del tipo **33** 32 ss.
– realización sucesiva del tipo **33** 42 ss.
– Caso Dagobert **33** 45 s.
–unidad de acción diversa, de distintos tipos **33** 50 ss.
– voluntad única **33** 31, 35
Unidad, teoría de la
– Concurso ideal **33** 71
– Desistimiento del delito de omisión impropio **30** 138 ss.
Unidad típica de acción
v. Concursos
unificadora, solución conjunta o _
v. en Coautoría: y tentativa
unitaria o única, principio de la pena _ **33** 7 ss., 127
unitaria, solución
– elemento personal especial
para más detalles v. dicha voz
unitario, autor
– concepto **25** 2 ss.
"Vamos ya"
v. Delimitación entre preparación y tentativa

Víctima, engaño sobre identidad de la _ 25 102 ss.
v. Dominio en virtud de error, mediante error
Víctima, idea de protección a la _
v. Desistimiento de la tentativa
Vigilancia, actividad de, estar de; vigilante, actos o actividad de, estar de
– coautoría
para más detalles v. dicha voz
– cooperación o complicidad
para más detalles v. dicha voz
Vivienda como fuente de peligro
v. en Posición de garante: dominio sobre cosas peligrosas
Voluntad de autor 25 17
Voluntad de consumación
v. Dolo de inductor
Voluntad de dominio del hecho,
– en la jurispr. del BGH 25 22 ss.
Voluntad de partícipe 25 17
Voluntad, dominio de la _
v. Autoría mediata
Voluntariedad 30 354 ss.
v. tb. Desistimiento de la tentativa
– casos de violación 30 360 s., 376 ss.
– fórmula de *Frank* 30 79, 431 s.
– grupos de casos de involuntariedad 30 393 ss.
– motivos autónomos 30 433 s.
– motivos heterónomos 30 433 s.
– teoría de la lógica o razonabililidad del delincuente 30 383 ss.
– teoría normativa 30 355 ss., 379 ss.
– teoría psicológica 30 355 ss., 365 ss.