

Índice

	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 fundamentales 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) <i>Stein</i>	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

Índice

	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 accesoriadad de la participación.....	2	204
2. La accesoriadad 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 accesoriadad.....	26	213
III. La accesoriadad 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 típicamente protegido.....	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

Índice

	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

Índice

	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 accesori- dad y responsabilidad del representante.....		319
A. La regulación de la accesori- dad 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 fundadores 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 de los órganos conforme al § 14 I n.º. 1...	115	370

Índice

	Nm.	Pág.
2. Socios con derecho a representación conforme al § 14 I n.º. 2 ..	117	370
3. Representantes legales según el § 14 I n.º. 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

Índice

	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

Índice

	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 n.º. 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 determinarse objetiva 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 n.º. 2)	98	425
4. El desistimiento de la conspiración (§ 31 I n.º. 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 n.º. 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

Índice

	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 inequívocidad de Jürgen Meyer.....	182	496

Índice

	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

Índice

	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 pre-típico (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 pre-típicos (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

Índice

	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

Índice

	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

Índice

	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 oportu- nidades	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 terce- ros	246	676
c) Grupos de casos de evitación del resultado mediante ac- tuaciones 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 su- jetos.....	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 inter- viniente produce efecto hasta la fase de consumación	314	701
5. Las posibilidades de desistimiento excluyente de la pena	331	706

Índice

	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

Índice

	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 <i>nullum crimen sine lege</i>	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

Índice

	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 omisio 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

Índice

	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 <i>Schünemann</i>).....	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 familiares... ..	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

Índice

	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

Índice

	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

Índice

	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

Índice

	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