

SANTIAGO MIR PUIG  
Catedrático de Derecho Penal

# DERECHO PENAL PARTE GENERAL

*7<sup>a</sup> edición*  
*4<sup>a</sup> reimpression corregida*

Editorial  
**IB de F**  
Montevideo - Buenos Aires

2007

Julio César Fajra - Editor

## LECCIÓN 14

### TIPOS DE AUTORÍA Y TIPOS DE PARTICIPACIÓN: CONCEPTO DE AUTOR Y AUTORÍA MEDIATA

#### BIBLIOGRAFÍA

- Alcázar*, Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica, 2001; *Ambos*, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, RDP-Cr (3) 1999, pp. 133 ss.; *Bacigalupo*, La noción de autor en el Código penal, Buenos Aires, 1965; *el mismo*, La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los Tribunales alemanes y en el nuevo CP alemán, en Libro-Homenaje a Aurón Omeca, 1982, pp. 29 ss.; *Baldó*, Aspectos conceptuales de la inducción, ADPCP 1989, pp. 1091 ss.; *Baumann*, Täterschaft und Teilnahme, Jus 1965, pp. 51, 85, 125; *el mismo*, Die Tätererschaft in der Rechtssprechung des BGH, NJW 1962, pp. 374 ss.; *Blay*, Beteiligungstypen als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *el mismo*, Neuere Entwicklungen der Einheitstäterlehre in Deutschland und in Österreich, en Festschrift für R. Schmidt, 1992, pp. 3 ss.; *Bockelmann*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, en Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongress, número especial de ZStW 1957, pp. 46 ss.; *Bolzer*, La autoría mediana en Derecho Penal, 2000; *Botke*, Täterschaft und Gestaltungherrschaft, 1992; *el mismo*, Estructura de la autoría..., en Silva (ed. española), Schünemann/Figueroa Dias, Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, 1995, pp. 309 ss.; *Cerezo Mir*, La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho española, en el mismo, Problemas fundamentales del Derecho penal, 1982, pp. 162 ss.; *el mismo*, Autoría y participación en el Código penal vigente..., en Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal, 1980, pp. 231 ss.; *Chacón*, Autoría y participación, La Ley 1996-1, pp. 1642 ss.; *Conde-Pumpido*, Encubrimiento y receptación, 1955; *Dezer*, Die Problematik der Einheitstäterlösung, tesis, Erlangen-Nürnberg, 1972; *Díaz y García*, La autoría en Derecho penal, 1991; *el mismo*, Autoría y participación, La Ley 1996-2, pp. 1283 y ss.; *Díaz Ripollés*, Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal, en RDP-Cr, 2ª época, nº 1 (1998), pp. 25 ss.; *Díaz*, Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht, 1957; *Farré*, Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediana y en la acción libre en causa, en Estudios penales y criminológicos, XIII, 1990, pp. 43 ss.; *Gálvez*, Täterschaft und Teilnahme, en Materialien, I, 1954, pp. 121 ss.; *el mismo*, Täterschaft und Teilnahme, en Niederschriften, II, pp. 67 ss.; *el mismo*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, en ein° especial cit. ZStW 1957, pp. 3 ss.; *Gimbernat*, Autor y cómplice en Derecho penal, 1966; *el mismo*, Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre, ZStW 80 (1968), pp. 915 ss.; *el mismo*, Crítica a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo, ADPCP 1966; *Gómez Tomillo*, Libertad de información y teoría de la codelfuncionaria: la autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas, 1998; *González Rúa*, Autoría única inmediata, autoría mediana y coautoría, en Problemas de autoría, CDI 1994, pp. 59 ss.; *García Martín*, El actuar en nombre de otro, I, 1985; *Harzig*, Über den Begriff der Täterschaft, JZ 1965, pp. 667 ss.; *Herritz*, Gedanken über Täter- und Teilnehmer-schuld im deutschen und italienischen Strafrecht, en Berliner Festschrift zum 41. DJT 1955, pp. 93 ss.; *Hernández Plasencia*, La autoría mediana en Derecho penal, 1996; *Herzberg*,

Täterschaft und Teilnahme, 1977; *el mismo*. Die Problematik der 'absonderen persönlichen Merkmale', ZStW 88 (1976), pp. 58 ss.; *el mismo*, Täterschaft, Mitäterschaft und Akzessorität der Teilnahme, ZStW 99 (1987), pp. 49 ss.; *Jaskolski*, Concurso de persone nel reato (separata del Digesto, 4ª ed.), 1988; *Jakobs*, El caso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos (trad. de Cancio), en *Jakobs/Cancio*, El sistema funcionalista del derecho penal, Lima, 2000; *Jiménez de Asúa*, L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction, en *Les quatre rapports généraux présents au Congrès d'Athènes 1957*, pp. 5 ss.; *Kernapfel*, Der Einheitsstäter im Strafrecht, 1971; *el mismo*, Das Prinzip der Einheitsstäterschaft, Jus 1974, pp. 1 ss.; *el mismo*, Zur Täterschaftsregelung im StGB, ORZ 1975, pp. 165 ss.; *Korn*, Täterschaft oder Teilnahme bei staatlich organisierten Verbrechen, NJW 1965, pp. 1206 ss.; *Kriger*, Der Versuchsbegriff bei mittelbarer Täterschaft, 1994; *Lange*, Täterschaft bei fahrlässiger Straftat, ZStW 71 (1959), pp. 579 ss.; *el mismo*, Betrüger und Teilnehmer, en Festschrift für Maurach, 1972; *Lange*, Das Sonderbrechen, 1972; *el mismo*, Zum Begriff der 'absonderen persönlichen Merkmale', en Festschrift für Lange, 1976, pp. 241 ss.; *Léauté*, Coactivité, complicité et provocation en droit français, SchwZSt 72 (1957), pp. 1 ss.; *López Barja*, Autoría y participación, 1996; *Luzón Peña*, Derecho penal de la Circulación, 1985 (2ª ed. 1990); *Maqueda*, Los delitos de propia mano, 1992; *H. Meyer*, Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft, en Festschrift für Th. Ritter, 1957, pp. 243 ss.; *Mummert*, Täterschaft durch Weisungsmacht, GA, 1996, pp. 269 ss.; *el mismo*, Zur mittelbaren Täterschaft bei Verbotstrittum des Vordermannes, GA, 1998, pp. 78 ss.; *Nowakowski*, Täterschaft und Täterschaft, JZ 1956, pp. 54 ss.; *Ostizio de Toldeo*, La autoría conforme al Código penal, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 575 ss.; *Pardeles*, Problems de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del 'caso de la colza', en Mir/Luzón (eds.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, 1996, pp. 289 ss.; *Peñaranda Ramos*, La participación en el delito y el principio de accesoriedad, 1990; *Pérez Cepeda*, Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación, RP (9) 2002, pp. 106 ss.; *Pérez Manzana*, Autoría y participación imputante en el Código penal de 1995, 1999; *Quinzano Ripollés*, Autoría penal, NEJ, II, 1951, pp. 145 ss.; *el mismo*, Codelincuencia, NEJ, 1952, pp. 225 ss.; *Quintero Olivares*, Los delitos especiales y la teoría de la participación, 1974; *Randi*, Mitelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen, 1997; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997; *Del Rosal*, De la coparticipación culposa y determinación de autor, ADPCP 1961, pp. 264 ss.; *Rosa*, Autoría y participación imprudente, 2002; *Kozm*, Täterschaft und Täterschaft, 7ª ed., 2000; *el mismo*, Política criminal y sistema del Derecho penal, trad. Muñoz Conde, 1972; *el mismo*, Bemerkungen zum «Täter hinter dem Täter», en Festschrift für Lange, 1976, pp. 173 ss.; *el mismo*, Sobre la autoría y participación en el Derecho penal, en Problemas actuales de las ciencias penales..., En homenaje a Jiménez de Asúa, 1970, pp. 55 ss.; *el mismo*, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, en RP, nº 2 (1998), pp. 61 ss.; *el mismo*, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, 7ª ed., trad. de Cuello Conteras/Serrano González, 2000; *el mismo*, Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión, trad. de Castañera, en Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler, Sobre el estado de la teoría del delito, 2000, pp. 157 y ss.; *Ruiz Arón*, El agente provocador en el Derecho penal, 1982; *el mismo*, La autoría y la participación en el Proyecto de LOCP de 1992, en A.A.V.V., Política criminal y reforma penal, 1993, pp. 961 ss.; *Sánchez Martín*, Autor y partícipe en el injusto penal, bogotá, 1992; *Sánchez-Vera*, Sobre la figura de la autoría mediana y su tan sólo fenomenológica trascendencia, ADPCP 1998, pp. 319 ss.; *el mismo*, Plichtdelikt und Beteiligung: Zugleich ein Beitrag zur Einheitslichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999; *Sax*, Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre, JZ 1963, pp. 329 ss.; *Schäfer*, Täterschaft und Teilnahme, Niederschriften II, pp. 75 ss.; *Schmoller*, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an der Straftat..., ÖJZ, 1983, pp. 337 ss.; *Schönborn*, Kombiniertes Teilnahme- und Einheitsstätersystem, ZStW 87 (1975), pp. 902 ss.; *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965; *el mismo*, Täterschaft und Teilnahme bei eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung, ROW 1964, pp. 97 ss.; *Schulz*, Täterschaft und Teilnahme in modernen schwereren Strafrecht, SchwZSt 71 (1956), pp. 244 ss.; *Schwalm*, Täterschaft und Teilnahme, Niederschriften II, pp. 88 ss.; *Seefeld*, Teilnahme an erfolgsqualifizierten und an fahrlässigen Delikt, GA 1964, pp. 161 ss.; *Seminara*, Tecniche normative e concorso di persone nel reato, 1987; *Sitz*, Aspectos fundamentales, 1997; *Spenkel*, Zur Kritik der Subjektiven Versuchs- und Teilnahmelehre, Jus 1969, pp. 31 ss.; *el mismo*, Der «Täter hinter dem Täter»..., en Festschrift für Lange, 1976, pp. 147 ss.; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungslehre, 1988; *Strauss*, Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrecht,

1952; *Tiedemann*, La regulación de la autoría y la participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo, RP (5) 2000, pp. 90 ss.; *Vives Arón*, Libertad de prensa y responsabilidad criminal (la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta), 1977; *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), pp. 491 ss.; *el mismo*, Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, SJZ 1947, pp. 645 ss.; *el mismo*, Teilnahme an unwörtlichen Handlungen?, JZ 1954, pp. 429 ss.; *Zimmerl*, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW 49 (1929), pp. 59 ss.; *Zisselsack*, L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction, RindDP 1957, pp. 176 ss.

Hasta ahora hemos contemplado varias clases de tipos legales con independencia de los sujetos que en ellos intervienen. En esta lección y en la siguiente consideraremos, en cambio, distintas clases de tipos determinadas por la posición de sus sujetos. Por de pronto se partirá de la distinción de tipos de autoría y tipos de participación. Precisar en qué consiste la diferencia entre ambas clases de tipos constituirá el primer objetivo de este Capítulo, pero ya ahora cabe plantear los términos del problema: son tipos de autoría aquellos cuyo sujeto recibe el nombre de autor, son tipos de participación aquellos cuyo sujeto se considera partícipe de un tipo de autoría. Todo depende, pues, de la delimitación de los conceptos de autor y partícipe, delimitación que ha de partir de la noción de autor.

## 1. El concepto de autor

### 1. Sentido doctrinal y sentido legal del término «autor»

El autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos. Según la doctrina dominante, dicha relación especial concurre cuando el sujeto realiza como propio alguno de los hechos mencionados. Autor es, en este sentido, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos como suyo. Welzel, en frase que ha hecho fortuna, dice que es autor el «quien» anónimo de los referidos tipos legales («[E]l que matare a otro...»)'. Esto significa que, en este sentido, los tipos de la Parte Especial son tipos de autoría, pues es autor quien los realiza. Este es el sentido estricto del término «autor», también llamado «concepto ontológico» o «concepto real» de autor, porque se entiende que responde al significado propio de la palabra «autor»: el «verdadero» autor de un hecho sería, en efecto, aquél que lo realiza y del que se puede afirmar que es «suyo».

Si el autor realiza el tipo, podría considerarse preferible estudiar la autoría en el marco sistemático de la teoría general del tipo. Mas ello sólo resultaría acertado para una clase de tipos, los previstos en la Parte Especial y sus formas de imperfecta realización, los únicos cuyo sujeto

1. Cfr. Welzel, Lb. 63 (=trad. p. 94).

puede llamarse «autor». Quedarían fuera los tipos definidos en la Parte General que consisten en la participación de un sujeto (como inductor o cooperador) en el hecho del autor. El sujeto de estos otros tipos, pese a realizarlos tanto como realiza el autor los tipos de la Parte Especial no puede recibir el nombre de «autor». No es cierto, pues, que autor sea quien realiza un tipo, sino sólo quien realiza una clase de tipos, los tipos de autoría. Y no puede equipararse la autoría a la realización del tipo, sino que debe distinguirse entre tipos de autoría y tipos de participación. Ahora bien, por utilidad expositiva hablaremos de realización «del tipo», de participación en «el hecho», etc., en el sentido abreviado de referencia a los tipos de autoría. Y entonces sí que la «realización del tipo» supone la autoría.<sup>2</sup>

4 Por otra parte, es cuestionable la expresión «concepto ontológico» de autor. La filosofía analítica ha puesto de manifiesto que las cosas no tienen una esencia necesaria, implicada en ellas mismas, sino que las concebimos a través de la mediación convencional del lenguaje. El concepto de una cosa depende del significado convencional de las palabras con las que las designamos. No existen «conceptos ontológicos», sino conceptos convencionales. La mayoría de las palabras se usan en distintos sentidos. El término «autor» no es una excepción. Mientas que se llama autor de una obra literaria al creador de su contenido, y no al mecanógrafo que la materializa, la doctrina dominante en nuestro país y en otros (no en todos) no considera autor de un asesinato al que idea el plan e induce a un malón a sueldo a ejecutarlo, sino a éste. El llamado «concepto ontológico» de autor no es más que el concepto que la doctrina actualmente dominante en nuestro país y en otros (no en todos) considera preferible. Es, pues, preferible denominarlo «concepto doctrinal».

5 El actual CP acoge este concepto de autor dominante en la doctrina, al declarar que «son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento» (art. 28, primer párrafo). Pero extiende también el uso del término «autor» a otros casos que no suponen la realización del hecho, sino formas de participación en el hecho realizado por otro especialmente importantes. Añade: «También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. — b) Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado». El CP emplea, pues en dos sentidos el término «autor»: en un sentido estricto que coincide con el doctrinal del que realiza el hecho como propio, y en un sentido amplio que incluye a participantes especialmente importantes en el hecho de otro: el inductor y el cooperador necesario.<sup>3</sup>

6 Esto solo ya impediría limitarnos a un sentido amplio del término «autor» que no distinguiese entre quienes el CP dice que «son» autores y aquéllos a quienes se limita a «considerar» autores.<sup>4</sup> Pero hay aún otra circunstancia que aconseja

2. La doc. dom. admite que la teoría de la autoría es una parte de la teoría del tipo de injusto, y no un problema «positivo» como pudiera pensarse: cfr. Welzel, *l.c.*, pp. 98 s. (= trad., p. 142 ss.); Jeschek, p. 827; Roxin, *Täterschafft*, 2ª ed., pp. 615 ss., 3ª ed., p. 581. En contra Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, I, p. 802.

3. La doctrina española dominante consideraba también que el anterior art. 14 CP se refería no sólo a verdaderos autores, sino también a sujetos que materialmente serían participes: los inductores y los cooperadores necesarios. Cfr. la exposición de Vices, *Libertad*, pp. 148 ss. En particular, p. cf., Antón Omeña, PG p. 421. En este sentido STS 25 en. 88.

4. Así Díez Ripollés, RDP C 1998, p. 28.

partir de lo que la doctrina considera verdadero autor y que el CP acoge ahora como tal: sólo éste realiza un tipo autónomo cuya concurrencia no depende de la presencia de un hecho principal; aquéllos a quienes la doctrina considera sólo participes, están sometidos, en cambio, al «principio de la accesoriidad de la participación» respecto del hecho del autor — por mucho que el CP les considere autores en sentido legal —. Más adelante desarrollaremos este principio, pero ya ahora conviene adelantar su significado: a diferencia de quien realiza el tipo como autor en sentido estricto, que es punible autónomamente, el «participes» sólo puede ser castigado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

7 Que el art. 28 considere autores a los inductores y a los cooperadores necesarios no significa, pues, que éstos tengan la misma naturaleza que los que el mismo precepto dice que son autores. Sin embargo, la consideración legal de aquéllos como autores tiene que tener algún efecto. Es evidente, por de pronto, que la ley señala a los autores del art. 28 — tanto a los que lo son como a los que se consideran como tales — el mismo marco penal (arts. 61 y 62 CP), mientras que a los cómplices — participes menos importantes no previstos en el art. 28, sino en el 29 — les asigna una pena menor (art. 63 CP).

8 Pero cabe entender, además, que la consideración de los inductores y cooperadores necesarios como autores tiene asimismo la consecuencia de que, en la terminología legal, también se considera que ellos «cometen» el delito. Así se desprendería claramente del art. 49 del anterior CP, que declaraba que «a los autores de un delito o falta — todos los del anterior art. 14, correspondiente al art. 28 actual — se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido se hallare señalada por la Ley». Esto tiene consecuencias en diversos puntos importantes. En la Lec. 13, al interpretar la definición de la proposición para delinquir, se extrujo la consecuencia de que la expresión «el que ha resuelto cometer un delito», empleada en dicha definición, es extensiva al que propone el delito sin querer concurrir a su ejecución, sino deseando quedarse en la posición de inductor. En la presente Lec. 14 se mantendrá también que cuando el Código se refiere en la Parte Especial a quienes «cometen» — empleando este verbo u otros parecidos, como «realizan» — determinado delito por imprudencia, cabe entender que incluye a quienes son considerados autores por el art. 28 (los inductores y los cooperadores necesarios). En la Lec. 15 se pondrá de manifiesto que en los casos, frecuentes en el nuevo CP, en que la ley agrava la pena del delito cuando se comete por autoridad o funcionario público, la interpretación más acorde a la *ratio legis* es la de entender que dichas agravaciones alcanzan también a los inductores y cooperadores necesarios del art. 28.

9 Ahora bien, la distinción dogmática de autoría y participación, aceptada implícitamente por el CP, debe basarse en el concepto de autor en sentido estricto a que alude el primer párrafo de este precepto. A continuación examinaremos las distintas teorías que intentan precisar este concepto.

## 2. El concepto unitario de autor

10 Según esta teoría,<sup>5</sup> no es posible o no es conveniente distinguir entre autoría y participación, sino que todo sujeto que interviene en un hecho debe ser considerado autor del mismo. En su versión clásica se fundó en la teoría de la equivalencia de las condiciones: si toda condición del hecho, en su concreta configuración, es causa del mismo, todos quienes aportan alguna intervención que afecte al hecho deben considerarse causas del mismo y, por consiguiente, autores. Pero la concepción que examinamos responde ante todo a una *opción político-criminal* que parte de la contemplación del delito como obra en común de todos quienes contribuyen a él y estima conveniente, en principio, castigar por igual a todos ellos, y especialmente sin que el castigo de unos (los partícipes) dependa de lo que haga otro (el autor).<sup>6</sup> De ahí que la tesis haya sido defendida por la *dirección moderna* que basa el Derecho penal en la peligrosidad del delincuente, por considerar especialmente peligrosa la intervención de varios delincuentes; y por la corriente nacionalsocialista de la Escuela de Kiel, que partía de un «Derecho penal de la voluntad».<sup>7</sup> Legislativamente este planteamiento ha encontrado reflejo en Italia (el art. 110 CP castiga por igual, sin distinguir, a todos los sujetos intervinientes en el hecho), tal vez por influjo de la Escuela Positiva,<sup>8</sup> y en otros países, como Austria (§§ 12 y 13 StGB).<sup>9</sup>

11 Los Derechos como el español —y el alemán— que distinguen expresamente entre autores, y otros partícipes, no utilizan el concepto unitario de autor.<sup>10</sup> Mas tampoco de *lege ferenda* parece preferible esta concepción a la distinción de autoría o participación, pues el planteamiento unitario desconoce la necesidad de matizar suficientemente las responsabilidades según su objetiva importancia social respectiva. No obstante, la doctrina alemana admite el concepto unitario de autor en los **delitos imprudentes**, de lo que discrepa un importante sector doctrinal y jurisprudencial español (cf. *Infra*, 4 Cc).

## 3. El concepto extensivo de autor

12 Dos concepciones principales intentan ofrecer un criterio de distinción de autoría y participación: el concepto *extensivo* y el concepto *restringido* de autor.<sup>11</sup> El concepto extensivo de autor parte también de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Entiende que desde el punto de vista lógico todos los sujetos que aportan alguna intervención que afecta al hecho son igualmente causas del mismo, pero reconoce que *la ley* obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad. Los tipos legales de participación aparecen, entonces, como «causas de *restricción* de la pena», puesto que sin ellas debería castigarse a todos los intervinientes como autores. Y *¿cómo* distinguir entre autores y partícipes como impone la ley? Sin una diferenciación objetivo-causal es imposible

5. Cfr. las obras de Detzer, Díaz y García, pp. 43 ss., (en contra: pp. 200 s.) y Kienapfel (a favor) cit. en la bibliografía.

6. Cfr. Díaz y García, Autoría, pp. 117 ss.

7. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 889.

8. Cfr. Henitz, op. cit. en la bibl. Sin embargo, un sector de la doc. italiana cree que el tratamiento unitario de todos los intervinientes en el hecho no significa que todos sean autores, por lo que consideran compatible la solución unitaria del Codice penale con el concepto restrictivo de autor. Cfr. así Romano/Grasso, Comentario, Pre-Art. 110, n.º 4.

9. Cfr. Díaz y García, Autoría, p. 56 y nota 65.

10. Cfr., sin embargo, Díaz y García, Autoría, pp. 43 s.

11. Esta terminología procede de Zimmert, ZStW 49 (1929), pp. 40 ss.

lógicamente, habrá que buscar el criterio de distinción en el plano de lo *subjetivo*: será autor quien obre con ánimo de autor (*animus auctoris*), será partícipe quien actúe sólo con ánimo de partícipe (*animus socii*). Es lo que se conoce con el nombre de «*teoría subjetiva de la participación*», que constituye el complemento usual del concepto extensivo de autor.<sup>12</sup>

Ahora bien, la necesidad de una distinción puramente subjetiva de autoría y participación encierra **inconvenientes político-criminales**. Ha conducido a la jurisprudencia alemana, que la acoge, a resultados criticados por la doctrina. Así, los Tribunales alemanes han castigado como meros partícipes a sujetos que han realizado por sí mismos todos los elementos del tipo, mientras que han considerado autores a quienes no han tenido intervención material en el hecho.

*Ejemplo.* La Sentencia del Reichsgericht 74, 84 (85), condenó, como cómplice, y no como autor, a quien había matado a un niño recién nacido, a solicitud y por interés de la madre. Se produce, como se ve, una discutible subjetivización de la responsabilidad penal. No basta para hablarlo el hecho de que en la práctica se deduzca la voluntad de autor de la existencia de *interés* en el hecho por parte del sujeto.<sup>13</sup>

Ni el concepto extensivo de autor ni su consecuencia, la teoría subjetiva de la participación, han sido apenas defendidos para nuestro Derecho,<sup>14</sup> ni resultan adecuados en modo alguno al criterio que inspira las distinciones legales de los artículos 28 y 29 CP. No obstante, el TS ha venido manteniendo<sup>15</sup> la llamada **doctrina del «acuerdo previo»**, según la cual basta para ser autor el dato predominantemente subjetivo de una previa resolución conjunta de ejecutar el hecho entre varios, con independencia de los actos materialmente realizados. La doctrina censura tal construcción, que de hecho implica los requisitos legales, de carácter objetivo, por un dato subjetivo no previsto por la ley<sup>16</sup> —viniciéndose a aproximar así, curiosamente, esta jurisprudencia española a la tradicional en Alemania—.

Esta aproximación de ambas jurisprudencias no es casual. Responde a necesidades político-criminales que aconsejan evitar *lagunas* en el tratamiento de los sujetos que merecen ser considerados como autores por la importancia de su intervención. Mas estas necesidades no pueden ser colmadas apartándose de la ley sin que con ello se infrinja el principio de legalidad. En cuanto a la jurisprudencia alemana, ha influido también decisivamente la problemática de los delincuentes nazis, a muchos de los cuales se ha considerado necesario condenar como autores por el hecho de haber dado las órdenes, mientras que los que obedecieron han sido condenados como cómplices.

12. Cfr. las exposiciones de Roxin, Täterschaft, pp. 5 s.; Jescheck, Tratado, pp. 894 s.; Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 42 ss.; 216; Rodríguez Mourillo, Comentarios, I, p. 823. Sin embargo, Díaz y García, Autoría, pp. 256 ss., no considera necesariamente unidos el concepto extensivo de autor y la teoría subjetiva de la participación.

13. Ver las críticas en Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 49 ss., y ADPCP 1966, pp. 13 ss.; Díaz y García, Autoría, pp. 271 ss., 326 ss., 347. También Ruiz Antón, Agente, pp. 106 s.

14. Cfr. en favor de dicha concepción Conde-Pumpido, op. cit., pp. 88 s. Defendió también la teoría subjetiva Luzón Domingo, Der. penal del TS II (1964), pp. 202 s. Menciona el criterio de *animus auctoris* la STS 26 en 84. En contra STS 4 oct. 94.

15. Pero desde fines de los años sesenta, a raíz de las críticas de Gimbernat, cada vez son más las SSTS que se apartan de esta concepción: cfr. Díaz y García, Autoría, pp. 361 ss.

16. Cfr. sobre todo Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 57 ss.

4. *El concepto restrictivo de autor*

17 Los inconvenientes político-criminales del concepto extensivo de autor, junto a otras consideraciones dogmáticas, han llevado a la doctrina dominante alemana a abandonarlo y sustituirlo por el **concepto restrictivo de autor**. Esta otra teoría no es nueva, sino anterior, pero en los últimos tiempos ha sido objeto de ciertas matizaciones que han obviado su rigidez originaria y la han hecho aceptable por la mayoría. En España ha sido y es el punto de vista tradicional.<sup>17</sup>

18 El concepto restrictivo de autor parte de un principio opuesto al punto de partida del concepto extensivo de autor: parte de que no todo el que es *causa* del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo. Causación no es igual a realización del delito. Para ésta es preciso algo más que la causación. Los tipos de participación serán, pues, «causas de *extensión* de la pena», ya que si no estuvieran previstos por la ley no serían punibles. La diferencia entre autor y partícipe puede ser objetiva, según la clase de contribución al hecho.<sup>18</sup> Las opiniones se dividen a la hora de precisar el criterio que debe decidir cuándo concurre una contribución de autor y cuándo una de partícipe. Se distinguen aquí tres direcciones: la teoría objetivo-formal, la teoría objetivo-material y la teoría del dominio del hecho.

19 A) Para la **teoría objetivo-formal** lo decisivo es sólo y siempre la realización de todos o algunos de los *actos ejecutivos* previstos expresamente (literalmente) en el tipo legal.<sup>19</sup>

20 *Ejemplos*: Es autor quien clava el puñal en el pecho de la víctima, quien toma el dinero de la caja; también quien sujeta a la mujer en la violación o amenaza con un arma a la víctima de un robo mientras toma el dinero otro coautor.

21 En nuestro país éste es el planteamiento dominante<sup>20</sup>, aunque con frecuencia presuponiendo criterios propios de la teoría objetivo-material (cfr. *infra*, B). En Alemania, en cambio, ha sido abandonado, y, ciertamente, la teoría objetivo-formal tropieza con dificultades: a) en los delitos cuyo tipo sólo requiere expresamente la causación de un resultado, sin medios típicamente determinados, puesto que

17. Cfr. Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 217 ss.; Antón Oneza, PG, p. 433 s.; Rodríguez Muñoz, Notas II, pp. 250 s.; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 802; Rodríguez Devesa, PG p. 749; Díaz y García, Autoría, pp. 407 ss.

18. Así Cobo/Vives, PG, p. 668; Jescheck, Tratado, pp. 892 s.

19. Cfr. la exposición de Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 19 ss. También Díaz y García, Autoría, pp. 411 ss.

20. Con especial claridad Cobo/Vives, PG, p. 672. En la jurisprudencia, cfr., p. ej., STS 31 mayo 85. Más referencias doctr. y jurisprud. en Díaz y García, Autoría, pp. 419 ss.

no viene a ofrecer ningún criterio que permita distinguir entre mera causación y autoría, por lo que conducirá a la misma amplitud del concepto extensivo de autor; *ejemplo*: todo el que contribuye a la muerte de una persona es causa de su muerte y en este sentido podría entenderse que la «mata», aunque la contribución haya consistido en inducir a otro a disparar o en prestarle la pistola; b) ante la figura de la autoría mediata; c) en la coautoría, cuando alguno de los intervinientes principales no realiza ningún acto típico en sentido estricto;<sup>21</sup> *ejemplo*: para alcanzar la fruta de un árbol ajeno, A sube encima de B, de modo que éste no «toma» la fruta. En suma: la teoría objetivo-formal resulta ilimitada en los delitos meramente resultativos y excesivamente limitada, en cambio, en los delitos de medios determinados.

B) La **teoría objetivo-material** intentó evitar los defectos de la teoría objetivo-formal remitiendo a un criterio material más allá de la mera descripción típica: la importancia objetiva de la contribución. Sería autor el sujeto que aportase la contribución objetivamente más importante.<sup>22</sup>

En esta línea pueden situarse las concepciones que distinguen, expresa o tácitamente, entre **condición y causa**, considerando, en el sentido de las viejas teorías restrictivas de la causalidad, que sólo ciertas condiciones especialmente importantes son causa (así todavía STS 13 dic. 79).<sup>23</sup>

Dos críticas cabe formular a la teoría objetivo-material: Por una parte, desconoce la importancia de lo subjetivo para caracterizar el papel de cada contribución al hecho. *Por ejemplo*: Para decidir si concurre autoría mediata es decisivo tener en cuenta si el ejecutor material conoce o desconoce la situación. Por otra parte, de poco sirve como criterio delimitador de autoría y participación la remisión a una fórmula vaga como «mayor importancia objetiva», «mayor peligrosidad objetiva», etc. Téngase presente que una distinción precisa entre «causa» y «condición», o entre causas más o menos importantes no puede obtenerse en el mero terreno objetivo de la causalidad. Hoy se admite generalmente que todas las condiciones (necesarias) de un hecho son igualmente causales (teoría de la equivalencia).<sup>24</sup>

Por estas razones, la doctrina alemana ha abandonado en la actualidad el punto de vista objetivo-material. En nuestro país late tras muchas de las posiciones que remiten a la teoría objetivo-formal, en cuanto presuponen que quien realiza el verbo típico (p. ej., «matar») es el que aporta la causa «decisiva» (como clavar el cuchillo en el pecho de la víctima o disparar la pistola) y no el que se limita a aportar otras condiciones causales. Por otra parte, es tradicional entre nosotros explicar la distinción de los supuestos legales de «autoría» del art. 28, y en particular de la cooperación necesaria, respecto de la complejidad del art. 29, entendiendo que mientras aquel artículo contempla verdaderas «causas» del delito, el segundo, no.<sup>25</sup>

21. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 893 s. Insiste en la incapacidad de la teoría objetivo-formal de acoger la autoría mediata Gimbernat, op. cit., pp. 35 ss. También Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 822 s.; Ruiz Antón, Agente, p. 108; Díaz y García, Autoría, pp. 464 ss.

22. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 893.

23. Cfr. la exposición de Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 115 ss.

24. Lo subraya Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 119 s.

25. Cfr. Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 118 ss.; STS 1 feb. 89.

26 C) a) La teoría del dominio del hecho constituye la opinión dominante en la doctrina alemana actual. Tiene su origen en el finalismo<sup>26</sup> y en su tesis de que en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho, del mismo modo que ve lo decisivo de la acción en el control final del hecho. Mas actualmente se ha impuesto<sup>27</sup> como teoría *objetivo-subjetiva* y, efectivamente, aunque el dominio del hecho supone un control final (subjetivo), no requiere sólo la finalidad, sino también una posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho. Maurach resume el sentido de la teoría diciendo que es autor, porque tiene el dominio del hecho, quien tiene dolosamente en sus manos el curso del suceso típico.<sup>28</sup>

27 ¿Qué consecuencias concretas tiene la teoría del dominio del hecho? Para Jescheck,<sup>29</sup> las siguientes: 1º) siempre es autor quien ejecuta por su propia mano todos los elementos del tipo; 2º) es autor quien ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento (*autoría mediata*); 3º) es autor el *coautor*, que realiza una parte *necesaria* de la ejecución del plan global (*dominio funcional del hecho*),<sup>30</sup> aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero participando en todo caso de la común resolución delictiva. Como se ve, la teoría del dominio del hecho permite combinar el punto de partida del concepto restrictivo de autor con una cierta flexibilidad que da cabida en la autoría no sólo al ejecutor material, sino también a la autoría mediata y a casos de coautoría sin un acto típico en sentido estricto.

28 b) Esta concepción, acogida en España por un sector de opinión cada vez más amplio, puede ser objeto de algunas observaciones. En primer lugar, debe precisarse más qué se entiende por ejecutar de propia mano los elementos del tipo, si no se quiere caer en la misma crítica que merece la teoría objetivo-formal en los delitos de resultado sin medios típicamente determinados: en ellos toda causalidad (objetivamente imputable) podría entenderse típica, por lo que también el inductor podría considerarse que realiza los elementos del tipo. La ejecución de propia mano ha de entenderse en el sentido estricto de *realización de la «fase ejecutiva»* como se entiende a efectos de tentativa: limitada a la práctica de los actos últimos, previos a la consumación, o, si el tipo describe otros momentos parciales anteriores a la consumación, decisivos para la presencia de dichos elementos típicos.

26. Cfr. Welzel, ZStW 58 (1939), pp. 491 ss. Antes de Welzel otros autores habían empleado ya el concepto de «dominio del hecho» (Brunns, v. Weber, Horn, y, ya en un sentido actual, Lobe), pero fue el influjo de Welzel el que condujo a la doctrina actual: cfr. Roxin, Täterschaft, pp. 60 ss., 64 s.

27. Sobre todo desde 1963, gracias a la obra de Roxin, Täterschaft cit. en bibl.: cfr. Díaz y García, Autoría, p. 546.

28. Cfr. Maurach, Tratado, II, p. 343.

29. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 898 s. Este planteamiento fue defendido por Roxin, Täterschaft, 2º ed., p. 578, 4º ed., p. 527 (para lo que él llama «delitos de acción»).

30. Este concepto es de Roxin, Täterschaft, 2º ed., p. 578, 6ª ed., pp. 275 ss., 527 s., 656 ss. (para lo que él llama «delitos de acción»). Acoge el concepto la actual jurisprudencia del TS: ver p. ej., SSTS 18 en 95; y de 7 nov. 97.

31. Así Córdoba Roda, Notas, II, pp. 510 s.; Cerezo Mir, La reforma, p. 256; Gómez Benítez, Teoría, pp. 124 ss.; Bacigalupo, Noción de autor, pp. 45 ss.; STS 26 en 84, entre otros criterios. De modo más declarado STS 24 febr. 89. También STS 4 oct. 94. Más referenc. en Díaz y García, Autoría, pp. 561 ss.

29 *Ejemplo:* En el homicidio sería ejecución de propia mano el disparar sobre la víctima (acto ejecutivo, con independencia de que se produzca o no la consumación). Pero enseguida surge la segunda cuestión que suscita la teoría del dominio del hecho: ¿por qué tiene el dominio del hecho quien realiza los actos últimos necesarios para la realización del tipo?

30 Esto remite a la problemática central de la teoría examinada: ¿en qué consiste realmente el dominio del hecho? Se ha acusado a esta fórmula de carecer de un contenido preciso que sirva para resolver con nitidez la cuestión de la delimitación de la autoría y participación. Una posibilidad de concreción del concepto de dominio del hecho es entender que concurre en el sujeto que tiene el poder de interrumpir la realización del tipo. Podría decirse, entonces, que el ejecutor material tiene el dominio del hecho, y es autor, porque todas las contribuciones anteriores (por ejemplo, del inductor) dependen de que aquél culmine la ejecución y no la deja inacabada. Mas la doctrina ha advertido que el poder de interrupción no puede bastar para la autoría, pues tal posibilidad puede hallarse también en manos del inductor, del cómplice y hasta de terceros.<sup>32</sup>

31 D) La teoría del dominio del hecho sigue anclada en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de *imputación* que caracteriza a la calificación de autor. El control material del hecho es sólo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor. Para esta imputación lo decisivo es que pueda afirmarse que el delito *pertenece* al sujeto como *suyo*. En los delitos de acción ello presupone, como mínimo, que el sujeto ha (co-)causado el hecho típico en condiciones que permiten afirmar la *imputación objetiva y subjetiva* del resultado: presupone la relación de causalidad y la relación de riesgo entre la conducta del sujeto y el hecho típico, además del dolo o la imprudencia. Pero ello no basta, pues también puede afirmarse lo mismo de los sujetos que intervienen en el hecho como partícipes, induciendo al autor o cooperando con él. A mi juicio, sólo son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la *pertenencia*, exclusiva o compartida, del delito; de entre aquellos causantes, el delito *pertenecerá* como autor a aquél o aquellos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo (esto es importante en los delitos *especiales*), aparezcan como *protagonistas* del mismo, como sujetos

32. Así Roxin, Täterschaft, p. 311; Gimbernat, Autor, p. 129; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 825; Luvón Peña, ADPCP 1989, pp. 895 ss., proponiendo como definidor de la autoría el concepto de «determinación objetiva del hecho», especialmente restrictivo: pp. 894 ss. Acoge este último criterio y lo fundamenta ampliamente Díaz y García, Autoría, pp. 531 ss., 631 ss., 688 ss., conduciéndolo a considerar autor sólo al que realiza (por sí sólo, a través de otro o conjuntamente con otros) «la acción típica nuclear» (p. 532) y no al que realiza otro acto típico: p. ej.: no sería coautor de una violación quien ejerce la fuerza sobre la víctima mientras otro tiene acceso carnal con ella, sino que sólo éste último sería autor y el primero únicamente sería partícipe; pero «violar» no es sólo tener acceso carnal, sino hacerlo, p. ej., con fuerza, del mismo modo que el robo con violencia o intimidación exige no sólo tomar la cosa, sino también ejercer violencia o intimidación, por lo que cabe objetar que la realización del acto típico nuclear no basta para la realización del tipo ni, por tanto, para la autoría, que no es más, ni menos, que esta realización. Véase lo dicho supra, I, 4 A) c) y lo que se dirá infra, Lec. 15, I 2 A) b).

*principales* de su realización. La ejecución material del hecho o su control efectivo pueden ser un criterio que permita afirmar dicho protagonismo (autoría *directa* o autoría *mediata* con dominio efectivo del hecho), pero ello no siempre será así. El sujeto principal del hecho a veces es un co-causante que no controla efectivamente el hecho ejecutado materialmente por otro sujeto, pero que es el único al que puede imputarse el delito (autoría *mediata* aprovechando la ignorancia del ejecutor material o sirviéndose de alguien que no reúne las condiciones personales requeridas para ser autor), o se limita a ejecutar sólo una parte de la ejecución o incluso a aportar una contribución no típica en sentido literal, pero sí fundamental en la realización del plan (*coautoría*).

32 La autoría supone, pues, que el delito es imputable al sujeto como suyo, supone una **relación de pertenencia**. Esta pertenencia corresponde en primer lugar al **ejecutor material individual al que puede imputarse el delito**: cuando es el único causante al que es imputable el tipo (no hay inductores ni ningún otro causante del hecho), porque no existe posibilidad de atribuirle a otro aquella pertenencia; y cuando concurren otros causantes no ejecutores que desempeñan un papel previo menos próximo y decisivo (así, un inductor), porque dependen de que el primero ejecute o no un delito que queda en sus manos a título propio. Es seguro que la pertenencia de la causación típica también corresponde, en segundo lugar, al **autor mediato** que utiliza a un instrumento bajo su total control. El llamado «hombre de atrás» (mejor: persona de atrás) es aquí el único causante del delito al que puede imputársele como propio, puesto que el instrumento, pese a hallarse más próximo a la consumación, no puede disputarle la pertenencia del mismo. Ya veremos al estudiar la autoría mediata que esta fundamentación permite justificarla en otros casos en que el instrumento actúa con libertad respecto del hombre de atrás. En tercer lugar, la pertenencia del hecho se comparte por quienes se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito (*coautoría*).<sup>33</sup>

33 E) En Alemania los defensores de la teoría del dominio del hecho **excluyen a los delitos imprudentes y limitan a los delitos dolosos** el ámbito de aplicación de la misma y, con ella del concepto restrictivo de autor. Ello se explica por el sentido originariamente subjetivo de la teoría, vinculado a la idea de *finalidad*. Sólo en los delitos dolosos puede hablarse de dominio final del hecho típico, mientras que los delitos imprudentes se caracterizan precisamente por la pérdida del control final del hecho. La doctrina dominante alemana maneja, sobre esta base, *dos conceptos distintos de autor*: en los delitos dolosos el concepto restrictivo de autor fundamentado en la teoría del dominio del hecho, y en los delitos imprudentes un concepto

I. EL CONCEPTO DE AUTOR 375

unitario de autor que impide distinguir entre autoría y participación. Todo sujeto que cause por imprudencia el hecho será autor.<sup>34</sup>

En un sentido distinto, Roxin excluye la teoría del dominio del hecho de los «delitos consistentes en la infracción de un deber» (*Pflichtdelikte*) —como por ejemplo, los delitos de funcionarios o los de omisión—. En ellos entiende que lo único decisivo es la infracción del deber típico por parte del obligado por el mismo, que siempre será autor con independencia de si realiza o no por sí mismo los actos descritos en el tipo.<sup>35</sup>

Ambas escisiones del concepto de autor han sido criticadas por nuestra doctrina. 35

a) En España tanto la opinión dominante entre los autores como el TS han venido admitiendo la distinción de autoría y participación en los delitos imprudentes. Como fundamento de esta actitud de nuestra doctrina se alegaba la necesidad que imponía el art. 565 del anterior CP de que el autor del delito imprudente realizase *la misma conducta objetivamente necesaria para el delito doloso correspondiente* —«un hecho que si mediare dolo constituiría delito»—. Así, si para «matar» dolosamente era preciso algo más que interponer cualquier condición causal de la muerte, y en particular era necesario actuar como autor de la muerte, lo mismo había de ser necesario para «matar» por imprudencia. En las ediciones de esta obra anteriores al nuevo CP yo me adherí a este planteamiento.<sup>36</sup>

La nueva regulación de la imprudencia en el actual CP obliga a plantear el tema 37 de forma algo distinta. Desaparecida la cláusula general de imprudencia del anterior art. 565, ahora el Código describe la conducta de los delitos imprudentes de forma particularizada y a veces diferenciada de la prevista en los tipos dolosos. Así, mientras que el homicidio doloso lo comete «el que *matare* a otro», realiza el homicidio imprudente «el que por imprudencia grave *causare la muerte* de otro» (art. 142). Ahora bien, también es cierto que en muchos otros tipos imprudentes la ley exige «cometer» o «realizar» el hecho previsto en los tipos dolosos correspondientes —o algo similar—, lo que supone que es necesario el mismo hecho objetivo que en el tipo doloso. Y, cuando el Código utiliza para el tipo imprudente una descripción distinta —como en el caso del homicidio imprudente—, porque es posible y preferible interpretarla en el mismo sentido del tipo objetivo del correspondiente delito doloso. 38

Si se entendiese la expresión «causar la muerte» en un sentido literal, como exigiendo sólo la concurrencia de causalidad en sentido lógico, no cabría negar que todo interviniente que aportase una condición causal de la muerte de otro por imprudencia grave realizaría el tipo. Pero, ¿no supondría un retroceso en la evolución dogmática renunciar a delimitar normativamente la conducta típica a través de la teoría de la imputación objetiva y contentarse con la exigencia

34 Cfr. Weizel, *l. b.*, 98 s. (=trad. p. 145); Jeschke, *Tanado*, p. 900.

35. Cfr. Roxin, *Täterschaf*, pp. 352 ss., 6ª ed.: 665 ss.

36. Ver la tercera edición de esta obra, pp. 397 s.

33. Críticamente sobre este planteamiento Díaz y García, *Autoría*, pp. 616 ss.

prejudicial de causalidad?— aun acompañada, por supuesto, de la necesidad de imprudencia, que no puede sustituir por completo a la de imputación objetiva—. Y uno de los elementos de la imputación objetiva, en sentido amplio, es la relación de pertenencia del hecho a título de autor. También supondría una ampliación injustificada de lo punible no admitir el principio de accesoriadad de la participación en el homicidio imprudente.

39 En el actual CP puede seguir manteniéndose, pues, la exigencia de que el hecho objetivo sea el mismo en los tipos dolosos y en los tipos imprudentes. Si sólo el autor realiza el tipo, un mismo tipo objetivo requiere un mismo concepto de autor. No es coherente, pues, exigir un concepto restrictivo de autor para los tipos dolosos y contentarse, en cambio, con un concepto unitario de autor para los tipos imprudentes.<sup>37</sup>

40 El concepto restrictivo de autor no presupone necesariamente el dolo del sujeto o algún elemento subjetivo específico como el *animus auctoris*, sino que parte del significado objetivo del verbo físico. Es evidente que dicha diferencia objetiva ha de encontrar reflejo en la parte subjetiva del hecho. La imputación completa del tipo doloso de autoría requiere, por consiguiente, tanto un tipo objetivo específico como un tipo subjetivo reflejo del mismo. El contenido del tipo subjetivo del tipo imprudente de autoría será distinto. Pero ello no ha de oscurecer el hecho de que *lo específico* de la autoría *procede* de una diferencia en el tipo objetivo.<sup>38</sup> Para poner un ejemplo comparativo: la diferencia entre el delito de homicidio doloso y el de daños dolosos procede de una diferente conducta externa, aunque el contenido del dolo de ambos delitos deba reflejar dicha diferencia.

41 Pues bien, si la autoría encuentra su especificidad (la pertenencia) en la parte objetiva del hecho, dicha especificidad puede concurrir también en los hechos imprudentes. El concepto restrictivo de autor puede, pues, mantenerse no sólo en los delitos dolosos, sino también en los imprudentes. En la medida en que sean imaginables las actividades de inducción o de cooperación respecto a un hecho imprudente, los sujetos de las mismas no serán autores en sentido estricto, sino inductores o cooperadores. Ejemplo: el acompañante determina a conducir en forma imprudente al conductor, el cual atropella por ello a un peatón; el acompañante será inductor.

42 En los delitos imprudentes debe aceptarse, pues, el mismo concepto restrictivo de autor que se admite en los delitos dolosos, y también la distinción entre autores en sentido estricto y partícipes. Más discutible es si el CP 1995 permite castigar a ambas clases de intervinientes en los delitos imprudentes, o sólo a los autores en sentido estricto.<sup>39</sup>

37. En este sentido, ampliamente, Roso, Autoría y participación imprudente, pp. 305 ss.

38. Esto es así incluso en los casos de autoría mediana en que se utiliza a una persona como instrumento que desconoce la situación: el dominio del hecho del autor mediato no procede aquí de que actúe con dolo, sino de que el instrumento desconoce la situación, ya que si éste actuara con dolo privaría al hombre de atrás del dominio del hecho y lo convertiría en inductor pese a actuar igualmente con dolo.

39. Cree que el CP 1995 impide castigar la participación imprudente Luzón, Curso, p. 501. En contra Díez Ripollés, RDPC 1998, p. 40. Entiende que el art. 12 CP puede interpretarse tanto en el sentido de permitir la punibilidad de la participación imprudente como en el de impedirla Roso, Autoría y participación imprudente, pp. 414 s., inclinandose por la imputación por razones político-criminales.

La cuestión se plantea porque en el CP actual la imprudencia sólo se castiga cuando se halla prevista expresamente por la ley (art. 12) y los arts. 28 y 29 no se refieren expresamente a la realización por imprudencia de las conductas de participación que describen. Por sí solos, pues, los arts. 28 y 29 CP no permitirían castigar la participación en delitos imprudentes. Pero tampoco estos preceptos aluden a los autores (en sentido estricto) de los delitos imprudentes y, sin embargo, es evidente que éstos son punibles cuando en la Parte Especial se prevén tipos imprudentes. afirmar la punibilidad de la inducción y de la cooperación necesaria imprudentes. Veamos. Con frecuencia el CP 1995 requiere para los tipos imprudentes que el sujeto «cometa» el delito o hecho descrito en el tipo doloso (arts. 158, 331, 344, 532), o que lo «realice» (arts. 159, 301, 367, 467), lo «provoque» (arts. 347, 358) o «dé lugar» al mismo (art. 601). Ello ha de significar que el cometer, realizar, etc., han de referirse solamente a la parte objetiva del tipo, puesto que sería imposible cometer el tipo *doloso* completo (incluyendo su parte subjetiva) por imprudencia. Pues bien, ¿quién «comete», «realiza», etc., la parte objetiva del tipo doloso? Sin duda lo hacen los autores previstos en el art. 28. Las conductas de autoría previstas en el art. 28 pueden realizarse, pues, sin dolo. La redacción de los tipos imprudentes permite entender que las conductas previstas en el art. 28 no exigen necesariamente el dolo. Y si esto vale para los autores en sentido estricto del párrafo 1º de dicho artículo, también puede valer para los autores asimilados de su párrafo 2º: los inductores y los cooperadores necesarios.

44 En efecto. El art. 28 declara que «también serán considerados autores» los inductores y los cooperadores necesarios, por lo que también cabe considerar que estos partícipes «cometen» el delito del que se consideran autores (cfr. *supra*, I 1). Y, como hemos visto, cuando en los tipos imprudentes se exige «cometer», «realizar», etc., el delito descrito en el tipo doloso, sólo se está requiriendo que se cometa o realice su parte objetiva. Por tanto, también habrá que considerar que lo hacen quienes induzcan o cooperen necesariamente a la realización de la parte objetiva del tipo, aunque lo hagan sin dolo, por imprudencia.

45 El mismo planteamiento es extensivo a los tipos imprudentes que no requieren «cometer» el hecho objetivo del tipo doloso, sino algo similar o alguna expresión distinta —como la de «causar la muerte»— que no puede sino interpretarse como equivalente. No es posible, en cambio, considerar punible al cómplice de un delito imprudente, pues no se considera autor por la ley y no puede considerarse que comete el delito doloso ni, por tanto, tampoco el delito imprudente correspondiente.

46 En conclusión: 1) En el CP español puede y debe mantenerse la distinción entre autoría y participación en los delitos imprudentes; 2) Son punibles la inducción y la cooperación necesaria en un delito imprudente, pero no la complicidad en el mismo.

47 Tal planteamiento tiene la ventaja, como decíamos, de que permite mantener en los delitos imprudentes la posibilidad de distinguir según la importancia de la forma de intervención en el hecho. Así, cabrá distinguir entre cooperación necesaria y no necesaria (art. 29 CP). Ejemplo: si alguien accede a acompañar en su coche a quien manifiesta su deseo de conducir a una velocidad inadecuada, será cooperador necesario en caso de accidente cuando sin su compañía el conductor no hubiera efectuado la «carrera», y sólo cómplice si de haber rechazado la invitación otro hubiera accedido a acompañar al chófer. La cooperación necesaria será punible si cabe en el tipo de la Parte Especial (así, si éste maneja una fórmula tan amplia como el «causar la muerte» del

homicidio imprudente), mientras que la complicidad imprudente será siempre impune porque no está prevista expresamente. Por otra parte, subsistirá en los delitos imprudentes el límite de la *accessoriedad de la participación*: quien induce a otro a llevar a cabo una actividad peligrosa para éste —por ejemplo, una escalada difícil—, no podrá ser castigado como inductor si se produce un accidente, porque su cooperación tropieza con el obstáculo de la atipicidad de la conducta del inductor —matarse o lesionarse a sí mismo por imprudencia es atípico—. Cuestión distinta es si podría castigarse a aquel sujeto como autor imprudente de la muerte o lesiones de otro. Pero también esta cuestión ha de encontrar respuesta negativa, porque en la muerte co-causada por la víctima el CP sólo castiga la inducción y el auxilio doloso al suicidio.

48 *b) La doctrina española ha objetado a la construcción de Roxin de los «delitos consistentes en la infracción de un deber» que se opone al principio de legalidad, porque desconoce la necesidad de que en tales delitos se realicen también los actos expresamente requeridos en el tipo.<sup>40</sup> La validez de esta crítica depende, claro está, del concepto de «realización» de los actos típicos. Sólo será válida si esta se entiende exclusivamente en el sentido de «ejecución material del último acto decisivo». Pero cabe pensar que el autor mediato también «realiza» el tipo. Habrá que ver, pues, si los «delitos consistentes en la infracción de un deber» pueden considerarse «realizados» en autoría mediate por el titular del deber infringido que se sirve de la otra persona no obligada para la práctica material de los actos últimos necesarios para completar el tipo. La cuestión será respondida afirmativamente más abajo.*

49 *Ejemplo: El funcionario público hace destruir a su secretaria particular unos papeles que tiene confiados por razón de su cargo. El art. 413 CP castiga la destrucción de tales papeles.*

## II. La autoría mediate

### BIBLIOGRAFÍA

- Baumann*, Mittelbare Täterschaft oder Anstiftung...?, [Z] 1958, pp. 230 ss.; *Drost*, Anstiftung und mittelbare Täterschaft, ZStW 51 (1951), pp. 359 ss.; *Farré Trepá*, Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediate y en la acto libera in causa, en Estudios Penales y Criminológicos, XIII (199), pp. 43 ss.; *Gimbernat*, Autor y cómplice en Derecho penal, 1966; *Hegler*, Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigen Handeln der Mittelperson, en Festgabe für R. Schmitt, II, 1932; *Herrández y Plasencia*, La autoría mediate en Derecho penal, 1996; *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverböten handelnden Werkzeug, 1967; *el mismo*, Eigenhändige Delikte, ZStW 82 (1970), pp. 896 ss.; *el mismo*, Der Anfang des Versuchs der mittelbaren Täterschaft, Jus 1985, pp. 1 ss.; *Hirsch*, Acerca de los límites de la autoría mediate, en Presupuestos para la reforma penal, Univ. La Laguna, 1992, pp. 105 ss.; *Hüterfeld*, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung..., ZStW 99 (1987), pp. 228 ss.; *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1967; *Johannes*, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigen Handeln des Werkzeugs, 1965; *Kadel*, Versuchsbegriff bei mittelbarer Täterschaft, GA 1983, pp. 299 ss.; *Kühl*, Versuch in mittelbarer Täterschaft, JZ 1983, pp. 361 ss.; *Kasper*, Der Versuchsbegriff bei mittelbarer Täterschaft, JZ 1983, pp. 361 ss.; *Meyer*, Ausschluss der Autonomie durch Irrtum, 1984; *Poirot*, La théorie de l'auteur médiate et le problème de l'instrument humain intentionnel, 1954; *Quintero Olivares*, Los delitos especiales y la teoría de la participación, 1974; *Rodríguez Mourillo*, El autor mediate en Derecho penal español, ADPCP 1969, pp. 461 ss.; *Schilling*, Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975; *Ev. Schmidt*, Die mittelbare Täterschaft, en

40. Así Gimbernat, Autor, p. 298. Cfr. también críticamente sobre la categoría de «delitos consistentes en la infracción de un deber», Muñoz Conde, en Roxin, Política criminal, p. 11.

Festgabe für Frank, II, 1930, pp. 106 ss.; *Schröder*, Eigenhändige und Sonderdelikte bei Fahrlässigkeitsartbeständen, en Feestschrift für H. v. Weber, 1963, pp. 233 ss.; *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung, 1986; *Sippel*, Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, NJW 1983, pp. 2226 ss.; *Sowada*, Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt, Jura 1986, pp. 399 ss.

(Ver además la bibliografía de comienzo de lección).

Si es autor aquél a quien puede imputarse objetivamente el hecho como *suyo*, 50 como *propio*, no sólo es autor el ejecutor material individual, sino también el autor mediato y el coautor. Del ejecutor material individual, el supuesto más simple, ya nos hemos ocupado suficientemente en el apartado anterior. Ahora nos ocuparemos de la autoría mediate.

### 1. Concepto

**Es autor mediato quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento.**<sup>41</sup> 51

Lo decisivo es aquí la relación existente entre el autor mediato y la persona de que se sirve: la relación ha de ser tal que invierta los papeles que normalmente corresponden al realizador material y a la persona de atrás. Si en principio el autor es el realizador material y la persona de atrás es sólo partícipe (inductor), en la autoría mediate sucede precisamente lo contrario.<sup>42</sup> La razón habrá de ser que en este caso la posición respectiva de ambos sujetos ante el hecho varía en el sentido de que el papel fundamental, el que permite imputar el hecho a alguien como autor, deja de tenerlo el realizador material para pasar a la persona de atrás. Ello puede suceder por dos clases de razones: Por una parte, porque el realizador material actúe *sin libertad o sin conocimiento* de la situación y ello se haya provocado o se aproveche por la persona de atrás, coaccionando o engañando al instrumento, o utilizándole contando con su falta de libertad o su ignorancia de la situación. Ejemplo: A vierte veneno en la taza de café que B, desconocedor de ello, debe servir a C. A utiliza a B como instrumento inconsciente. Por otra parte, es posible que la **actuación del realizador material no pueda realizar el tipo** pero sí permitir que con ella la persona de atrás lesione el bien jurídico protegido.

*Ejemplo: El funcionario hace destruir a su secretaria particular unos papeles confiados a aquél por razones de su cargo; el delito del art. 413 sólo puede ser cometido por un funcionario o autoridad.*

52

41. Cfr. por todos: Bolea, Autoría mediate, pp. 25 ss.; Jeschek, Tratado, p. 919; Cobo/Vives, PG, pp. 677 ss.

42. De acuerdo Bolea, Autoría mediate, p. 27. Sobre la distinción de inducción y autoría mediate, cfr. STS 15 jul. 85.

53 En la mayoría de los supuestos de autoría mediata concurren a la vez los dos tipos de razones expuestas. Así, en el ejemplo del veneno la actuación de B tampoco realiza el tipo doloso de asesinarlo. Estos son los casos más indiscutibles de autoría mediata. Pero basta que concorra sólo una u otra razón para la autoría mediata pues cualquiera de ellas es suficiente para determinar un especial *protagonismo fáctico o normativo* de la intervención de la persona de atrás.

54 El actual art. 28 CP prevé expresamente la figura del autor mediato al afirmar que «son autores quienes realizan el hecho... por medio de otro del que se sirven como instrumento».<sup>43</sup>

#### 2. Los casos de autoría mediata<sup>44</sup>

55 Puede suceder que el instrumento actúe sin acción, sin antijuridicidad o sin que pueda afirmarse la imputación personal. **Cuando no realiza un comportamiento humano no se halla justificado acudir a la autoría mediata**, pues la utilización meramente material de una persona, sin que ésta actúe como tal bajo el control de su voluntad, no tiene por qué distinguirse del empleo de otro instrumento no humano. Conviene considerar a la persona de atrás autor *directo*.<sup>45</sup>

56 *Ejemplo:* Alguien empuja a otro que estaba distraído al borde de una piscina y causa al caer al agua lesiones a un bañista. El que empuja la fuerza irresistible es el autor directo.

#### A) Instrumento que actúa sin antijuridicidad

57 La falta de antijuridicidad de la conducta del instrumento puede proceder de falta de concurrencia en ella del tipo o por existir alguna causa de justificación. A su vez la falta de tipo puede provenir de su parte objetiva o de su parte subjetiva.

#### a) Falta de concurrencia de la parte objetiva del tipo

58 El instrumento puede obrar atípicamente, en este sentido, por engaño, por violencia o por indoneidad para ser autor del delito. Ejemplo de **engaño**: A hace tocar a B un cable de alta tensión ocultándole esta circunstancia y produciéndole de esta forma la muerte; B no realiza el tipo objetivo del homicidio ni ningún otro,

43. Cfr. 2 oct. 2001 y 13 dic. 2001.

44. Ver Bolea, *Autoría mediata*, pp. 173 ss.

45. Así Rodríguez Mourullo, I, pp. 843 s.; Quintero Olivares, *Delitos especiales*, pp. 95 ss.; Cobo/Vives, PG p. 678. Parece también favorable Gimbernat, Autor, pp. 220 ss., 222.

porque el matarse a sí mismo es atípico. Ejemplo de **violencia**: En los campos de concentración nazis se obligaba a los presos a permanecer largo tiempo en agua helada, lo que les producía lesiones; el autolesionarse también es atípico. Ejemplo de **indoneidad del instrumento para ser autor** («instrumento doloso no cualificado»): La secretaria particular del funcionario público destruye a solicitud de éste papeles que el mismo tiene confiados por razón de su cargo; según el art. 413 CP sólo comete delito el *funcionario* o la autoridad que realiza la mencionada conducta, y la secretaria no posee dicho carácter público. En todos estos casos sólo puede imputarse el hecho a la persona de atrás, como autor mediato. Si no se le considerara autor, resultaría una absurda impunidad del mismo, que no podría ser castigado como partícipe (inductor) del instrumento porque éste no realiza ningún hecho antijurídico en el que participar (**principio de accesoriidad de la participación**).

59 Un sector de la doctrina española niega, pese a ello, la posibilidad de autoría mediata en el supuesto del «instrumento doloso no cualificado», alegando que un tal instrumento no actúa sometido al hombre de atrás, sino con plena libertad.<sup>46</sup> Esta crítica es comprensible desde la concepción de la autoría basada en un dominio del hecho entendido como «control del hecho». Ciertamente, la influencia del funcionario en la producción fáctica del hecho no es mayor, en términos de control del hecho, por la circunstancia de que el mediador no sea también funcionario. Desde el prisma del control del hecho, el papel del funcionario de atrás es el mismo. ¿Por qué considerar «inductor» si el mediador es un sujeto cualificado (funcionario) y, en cambio, «autor mediato» si no lo es?

60 Muy distinta es la perspectiva aquí propuesta. Entendemos la autoría como una relación de *participación del delito*, que concurre en el sujeto causante del mismo al que puede y debe imputársele (*el delito, no sólo su realización fáctica*) como suyo porque ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputárselo (cfr. *supra*, I, 4 D). En los dos casos acabados de comparar el funcionamiento de atrás es causa del hecho—sin él no se hubiera producido la actuación del mediador—, el hecho constituye realización del riesgo típicamente relevante que supone la conducta del funcionario (*imputación objetiva del resultado*); ello constituye una base objetiva suficiente para imputar a éste el delito como autor si otro sujeto, el mediador, no puede serlo. Si, además, concurre dolo en el funcionario, le será objetiva y subjetivamente imputable el delito doloso. Y ello es necesario porque, en la medida en que haya algún sujeto causante del hecho a cuya conducta pueda imputarse objetiva y subjetivamente el delito, éste no puede quedar sin autor. De otro modo surgiría una inadmisiblemente laguna: pese a serle imputable objetiva y subjetivamente la lesión del bien jurídico protegido, el funcionario quedaría impune.<sup>47</sup>

46. Así Antón Oneca, PG, pp. 436 s.; Gimbernat, Autor, pp. 261 s.; Rodríguez Mourullo, ADPCP 1969, pp. 470 ss.; Quintero Olivares, *Delitos especiales*, pp. 90 ss.; Ruiz Antón, *Agente*, p. 167; Cobo/Vives, PC, p. 678; Díaz y García, *Autoría*, pp. 618 ss.; Bolea, *Autoría mediata*, p. 437.

47. Cfr. más ampliamente Mir Puig, *Adicciones*, pp. 934 s. La construcción es aplicable no sólo a los delitos especiales propios, sino también a los impropios: cfr. Hirsch, *Acercas de los límites*, p. 119. Sobre posibles consecuencias en delitos especiales impropios cfr. *infra*, Lec. 15, II, 3C. En la doctrina se han propuesto otras vías para evitar la impunidad del *intrañero* en estos casos: desde la construcción de los *delitos consistentes en la infracción de un deber* de Roxin, Täterschaft, pp. 352 ss., hasta la aplicación aquí de la figura del *actuar por otro* del art. 31 CP, como defenide Gracia, *Actuar en nombre de otro*, pp. 111 ss., 116, seguido por Hernández Plasencia, *Autoría mediata*, pp. 314, 318, o la consideración de que el sujeto cualificado puede y debe responder, como garante, en comisión por omisión, como estima Bolea, *Autoría mediata*, pp. 442.

61 La doctrina que exige el control efectivo del hecho que normalmente posee el autor, olvida por otra parte, que —contra lo que suele pensarse— dicho control efectivo no se da tampoco en casos tan indiscutidos como el de utilización de un instrumento que sólo actúa sin conocimiento. Así, en el ejemplo del que echa veneno en la bebida que ha de servir alguien que desconoce tal circunstancia, la persona de atrás no ejerce ninguna influencia sobre el instrumento, que en realidad no actúa *dominado* por el primero. Nada le impediría, por ejemplo, dejar de servir la bebida (por la razón que fuera). Si no es autor no es porque esté dominado por la persona de atrás, sino porque, por su falta de conocimiento suficiente del hecho, no se le puede imputar el delito. Sólo esta razón explica, también aquí, que la persona de atrás sea autor y no cooperador, como lo sería si, *haciendo lo mismo* (echar el veneno), el servidor conociera su intervención.

b) *Falta de concurrencia de la parte subjetiva del tipo*

62 Dos supuestos son aquí posibles: Por una parte, que el instrumento actúa *sin dolo* y, por otra, que **faltan en el mismo los elementos subjetivos del injus-** requeridos por el tipo, cuando ambas cosas concurren en el hombre de atrás.

63 *Ejemplo de instrumento sin dolo:* Alguien introduce en el vehículo de un amigo que lo desconoce una importante cantidad de dinero, con objeto de aprovechar el hecho de que el vehículo ha de pasar la frontera y proceder así a la ilícita evasión del capital.<sup>48</sup>

64 *Ejemplo de instrumento sin elementos subjetivos del tipo:* Ase hace tomar por su criado. B los ganjos del corral vecino; aunque B conoce la ajeridad de los ganjos no los toma con «ánimo de lucro» como exige el hurto.

65 Este segundo caso (llamado del «instrumento doloso sin intención») se rechaza por un sector doctrinal español, por la misma razón que se opone a la figura del «instrumento doloso no cualificado»: porque el mediador actúa libremente y con conocimiento de la situación.<sup>49</sup> Esto no es argumento decisivo desde el prisma aquí adoptado (cfr. *supra*, a). Sólo sería suficiente la demostración de que en casos como el del ejemplo propuesto puede considerarse que el mediador sí realiza el tipo. Eso lo que sostiene Gimbernat, siguiendo a Maurach y Roxin, en el clásico caso planteado del hurto de los ganjos. Entienden que el hurto no requiere el ánimo de quedarse la cosa para sí, sino que basta tomarla con la intención de *disponer* de ella (por ejemplo, para regalarla), que es lo que en el ejemplo considerado haría el criado al entregar los ganjos a su principal.<sup>50</sup>

48. De un caso de presentación en juicio de documentos inauténticos a través de otra persona que actúa sin dolo se ocupa la STS 22 abr. 88. Ver también el caso de la STS 16 jul. 92.

49. Cfr. Gimbernat, Autor, p. 227; Rodríguez Mourullo, ADPCP 1969, pp. 469 ss.; Quintero Olivares, Delitos especiales, p. 99.

50. Cfr. Gimbernat, Autor, p. 227.

Pero no siempre será posible esta solución. Supongamos que el criado no sabe que el señor pretende quedarse con los ganjos. Pese a ello seguirá tomando los ganjos ajenos dolosamente, pero sin ánimo de apropiación. Aquí será innegable la autoría mediata.<sup>51</sup>

c) *Concurrencia de causas de justificación*

67 Cuando el instrumento actúa al amparo de una causa de justificación se habla de **instrumento que actúa justificadamente.**<sup>52</sup>

*Ejemplo:* Alguien interpone una denuncia falsa en contra de un enemigo, pero rodeada de una apariencia tal de veracidad que obliga a la Policía a detener de buena fe al denunciado. La Policía actúa justificadamente, en cumplimiento de su cargo (art. 20, 7º CP), pero está siendo utilizada como instrumento por el denunciante, que es autor mediato del delito de detenciones ilegales.<sup>53</sup> Lo mismo sucede cuando el funcionario cumple una orden delictiva, no manifestamente antijurídica, que ha sido dictada dolosamente por el superior competente, y con arreglo a las formalidades legales, supuesto en que existe deber de obedecer (art. ex art. 410, 2º CP).<sup>54</sup>

68 Esta construcción permite considerar que la orden impartida constituye frente al particular eventualmente afectado una *agresión ilegítima* procedente del que imparte la orden, en autoría mediata, no obstante entender que el funcionario que cumple la orden actúa justificadamente. Si el particular se defiende, se planteará un caso de defensa que recae sobre un tercero no agresor (el instrumento). (Como cuando para repeler la agresión de A, B tiene que lesionar necesariamente al tercero C, que se encuentra entre los dos primeros.) Puesto que hay que decidir entonces entre dos sujetos que se encuentran ante una misma situación ante el Derecho —ninguno de ellos actúa antijurídicamente—, habrá que respetar los límites del estado de necesidad (estricta ponderación de males) (cfr. *infra*, Lec. 17, 1.2 Aa).

51. Porque el criado no tiene la tenencia de la cosa ni es un servidor de la tenencia ajena. Si sucediera una de estas dos cosas podría calificarse el hecho como delito de estafa en autoría directa del que engaña al tercero, pues en este delito el engañado puede ser distinto al sujeto pasivo; así Welzel, Lb, p. 372.

52. Cfr. por todos Jeschke, Tratado, p. 924; Herzberg, *Mittätertschaft*, pp. 28 ss.

53. Cfr. no obstante, Gimbernat, Autor, pp. 227 s., donde contempla la STS 5 dic. 59, la cual consideró en un caso así inaplicable el anterior art. 482 CP (actual art. 163, 4.º CP), refiriendo a la detención en forma de «representación por un particular». Pero ningún autor mediato realiza por sí mismo, sino a través de otro, actos ejecutivos típicos.

54. Aunque considerando la obediencia debida como causa de exclusión de la culpabilidad, la STS 20 febr. 76, admite la autoría en un delito imprudente en quien da la orden. Igual con instrumento que actúa en estado de necesidad: STS 9 mar. 78.

B) *Instrumento que actúa sin posibilidad de imputación personal*<sup>55</sup>

70 Se plantea este supuesto cuando alguien se sirve para la comisión de un delito de un **inimputable**, o de quien actúa por **miedo insuperable** o en **error de prohibición**. La utilización de un inimputable puede basarse en la previa provocación intencional de la inimputabilidad por parte de la persona de atrás o suponer simplemente un aprovechamiento de la inimputabilidad ya existente en el instrumento. Ejemplo de provocación: alguien emborracha a otro plenamente para que delinca, ejemplo de aprovechamiento: utilizar a un niño de corta edad para que cause un incendio. El caso típico de instrumento que obra por miedo insuperable es el de quien le causa el miedo para que delinca. El supuesto de error de prohibición se da cuando alguien provoca o aprovecha la creencia en otra persona (p. ej., un extranjero) de que el hecho no lesiona ningún bien jurídicamente protegido, o le hace creer fundadamente, p. ej., que tiene derecho a realizar el hecho.

71 En cuanto se entiende que el instrumento actúa en todos estos casos antijurídicamente, no sería necesaria a efectos de punibilidad la autoría mediata. El art. 28 CP castiga al inductor igual que al autor, y cabría considerar a la persona de atrás como inductor del hecho antijurídico realizado. La presencia de antijuricidad en la conducta del mediador permitiría esta consideración de partícipe (el inductor lo es) a la persona de atrás, sin vulnerar el principio de accesoriidad de la participación. Mas la doctrina alemana entiende que la posición de inculpabilidad del ejecutor lo subordina al que la utiliza, sobre todo cuando éste la ha provocado intencionalmente. Ello haría preferible la atribución del papel de autor a la persona de atrás.

3. *Tentativa y omisión en la autoría mediata*

72 A) *¿Cuándo empieza la tentativa en la autoría mediata? ¿En el momento en que la persona de atrás realiza su parte, o cuando el instrumento se pone a realizar los actos decisivos?* Roxin propone una fórmula diferenciadora que acoge un sector de la doctrina alemana: en los casos en que escapa al autor mediato el control del intermediario, la tentativa empieza para aquél a partir de entonces, mientras que no comienza hasta el final en los supuestos en que el autor mediato mantiene el control del instrumento durante la intervención de éste.

73 *Ejemplo:* La mujer que ha echado veneno en la sopa del marido puede hacer dos cosas: o bien marcharse y esperar que el marido se tome la sopa, o bien quedarse vigilando —aunque no haga nada más— en espera de que la tome; en el primer caso la tentativa empezaría al dejar servida la sopa, pero en el segundo habría que esperar hasta el momento en que el marido (el instrumento) se la tomara.<sup>56</sup>

55. Cfr. por todos Jeschek, Tratado, pp. 925 s.

56. Cfr. Roxin, Jus 1979, p. 9.

74 Me inclino a pensar que la tentativa debe empezar siempre cuando el autor mediato pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el instrumento.<sup>57</sup> En el ejemplo considerado, cuando la mujer sirve la sopa, con independencia de si a continuación se marcha o se queda vigilando. La solución diferenciadora de Roxin no me parece justificada, porque el control que supone la mera posibilidad de intervenir en el hecho hasta el último momento, que implica realización efectiva de actos ejecutivos sino sólo de su posibilidad. Aunque la mujer deja dispuesta con veneno la sopa que debe servirse su marido se quede observando los hechos por sí es necesario asegurar activamente el resultado, no por eso habrá dejado de finalizar su intervención ejecutiva al dejar dispuesta la sopa si no resulta precisa su ulterior intervención: sólo el marido habrá realizado los actos consumativos decisivos. Siendo así, no puede decirse que en tal caso la mujer haya mantenido el «dominio del hecho» entendido como una «parte de la ejecución» (y no sólo como posibilidad de interrumpirla, que no basta: cfr. supra I 4 Cb). La única forma de sostener lo contrario sería concibiendo este plan ejecutivo como de omisión y ello es insostenible porque el mismo incluye actos dolosos positivos como los de verter el veneno que determinan positivamente el resultado (cfr. supra la Lección 12, III: «criterio de la causalidad» para la distinción de acción y omisión).

75 Ahora bien: si la mujer terminó su parte de la ejecución al dejar la sopa, no puede empezar después la fase ejecutiva. Y ello aunque luego se vea obligada a intervenir activamente para conseguir que su marido ingiera el veneno, pues entonces la ejecución proseguirá pero no anulará los actos ejecutivos ya efectuados. Ocurre aquí lo mismo que en el supuesto de quien dispara sobre otro y espera un rato con objeto de asegurarse de que la herida le produce la muerte, lo que no sucede y le determina a volver a disparar: el segundo disparo prolongará la ejecución que de otro modo quedaría ya cerrada, pero no podrá anular el hecho de que el primer disparo ya inició la ejecución.

76 Finalmente, a favor de considerar que la tentativa empieza cuando el autor mediato realiza la parte decisiva de su intervención puede alegarse que de otro modo resultaría más penosamente tratada dicha actuación decisiva del autor mediato que la tentativa de inducción. Si no se admite que aquella intervención del autor mediato constituya ya tentativa punible, no podrá explicarse que en cambio se castigue (en España como proposición para delinquir) el intento de inducción.<sup>58</sup>

77 B) Si se quiere mantener en los delitos de omisión la diferencia entre autoría y participación —lo que resulta obligado por el concepto restrictivo de autor que maneja el CP— (cfr. supra I 3), nunca puede considerarse autor directo de comisión por omisión a quien no impide que otro cometa un delito.<sup>59</sup> De ello derivaría la necesidad de admitir la autoría mediata por omisión, que habría que diferenciar de la cooperación, necesaria (art. 28, b CP) o no (art. 29 CP), por omisión, según concurran o no los presupuestos generales de la autoría mediata.

57. Así Rodríguez Mourullo, ADPPC 1969, pp. 424 s.; Cobo/Vives, PG p. 519. También, aunque sugiriendo también otra interesante posibilidad más matizada, Farré Trepat, Estudios Penales y Criminológicos, XIII (1990), pp. 79 ss.

58. Plantea una comparación parecida Herzberg, ZStW 99 (1987), p. 66.

59. Así Maurach, Tratado II, p. 327; Schmidthäuser, Lb. (1975), p. 206. En contra, admitiendo siempre autoría directa en estos casos, un importante sector de la doc. alemana: cfr. Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, p. 294; Weizel, Lb. p. 206; Roxin, Täterschaft, p. 471, 6ª ed.: 669 ss.; Jeschek, Tratado, p. 831. En nuestro país Silva, CPC (1969), pp. 385 ss., ha analizado las diversas posturas desarrolladas en Alemania, inclinándose por admitir la autoría de quien no impide que otro cometa un delito, con algunas excepciones y matizaciones.

## 4. Límites de la autoría mediata

78 La autoría mediata, en cuanto autoría que es, exige en el sujeto la concurrencia de las condiciones requeridas por el tipo para ser autor. De ahí que los «delitos especiales» —los que sólo pueden cometer determinados sujetos— no puedan ser cometidos en autoría mediata por quien no reúna la cualificación necesaria. En cambio, sí cabe en tales delitos la autoría mediata por parte de un sujeto cualificado que utiliza a otro no cualificado como instrumento. En los «delitos de propia mano» —que requieren una realización personal— no cabe en ningún caso, la autoría mediata: aquí no es posible la realización del hecho mediante un instrumento.<sup>61</sup> Se discute, por último, si cabe la autoría mediata en los delitos de conducta determinada, inclinándose por la negativa un sector de la doctrina española.<sup>62</sup>

79 *Ejemplos:* No cabe la autoría mediata de prevaricación por parte del particular que engaña a un juez y le determina a dictar sentencia injusta, mientras que el funcionario sí puede ser autor mediato del delito del art. 413 utilizando a un particular para que destruya documentos a aquél confiados por razón de su cargo. No puede cometerse en autoría mediata el delito de bigamia forzando a otro a contraer segundo matrimonio.

60. Cf. Gimbernat, Autor, pp. 229 ss.; Quintero Olivares, Delitos Especiales, pp. 105 s.; Córdoba Roda, Notas, II, pp. 312 s.; Rodríguez Mourullo, ADPCP 1969, p. 477.

61. Así Gimbernat, Autor, pp. 242 ss.; Quintero, Delitos especiales, pp. 106, 106, 108; Córdoba, Notas, II, p. 312 s.; Rodríguez Mourullo, ADPCP 1969, p. 477. Rechaza la categoría de los delitos de propia mano y, por tanto, la imposibilidad de autoría mediata en los mismos Maqueda, Delitos de propia mano, pp. 110 ss. También críticamente STS 2 nov. 94.

62. Así Gimbernat, Autor, pp. 224 ss. Admite en estos casos la autoría mediata. Quintero, Delitos especiales, p. 110. También Cobo/Vives, PG, p. 679.

## LECCIÓN 15

### TIPOS DE AUTORÍA Y TIPOS DE PARTICIPACIÓN:

#### COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

#### BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, La complejidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales, en RDP-C, n.º 8 (2001), pp. 195 ss.; *Ameilung*, Sobre el baremo de la responsabilidad en los supuestos de autoría mediata por dominio sobre un sujeto no responsable que se autoleciona, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueroa Díaz, Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, 1995, pp. 323 ss.; *Baldo*, Algunos aspectos conceptuales de la inducción, ADPCP 1989, pp. 1091 ss.; *Baldo* y otros, Autoría o participación en determinados supuestos de «vigilancia», en PJ, n.º 27, pp. 189 ss.; *Bernmann*, Die Umstimmung des Täterschlusses zu einer schwereren oder leichteren Begehungsweise, en Festschrift für Callas, 1973, pp. 273 ss.; *Birdokai*, Negative Beihilfe und vorausgegangenem Tun, NJW 1960, pp. 2319 ss.; *el mismo*, Fahrlässige Beihilfe, JZ 1986, pp. 421 ss.; *Bianco Cardano*, El error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor, LH Barbero Santos, (Vol. I) 2001, pp. 823 ss.; *el mismo*, Límites a la participación delictiva, Las acciones neutrales y la cooperación en el delito, 2001; *Blay*, Die Beteiligungstform als Zurechnungssystem im Strafrecht, 1985; *Boldova*, La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, 1995; *Basse*, Täterschaft und Teilnahme bei Unterschlagungsdelikten, (tesis), Göttingen 1974; *Calizzano*, L'agente provocatore, 1964; *Class*, Die Kausalität der Beihilfe, en Festschrift für U. Stock, 1966, pp. 115 ss.; *Derksen*, Heimliche Unterstützung fremdlicher Tatbegehung als Mitäterschaft, GA 1993, pp. 163 ss.; *Díaz y García*, Inducción o autoría mediata en malversación impropia, La Ley 1986-4, pp. 522 ss.; *el mismo*, La autoría en Derecho penal, 1991; *el mismo*, «Coautoría» alternativa y «coautoría» activa: ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de autoría, en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 295 ss.; *Diel*, Das Regreivertbot als allgemeine Tatbestandsgegenstand im Strafrecht, 1997; *Díez Ripollés/García Martín*, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, 1993; *Dreher*, Kausalität der Beihilfe, MDR 1972, pp. 553 ss.; *Escrivá Gregori*, La participación del «extraneus» en el particido y del «intraneus» en el homicidio, en Estudios jurídicos en honor del prof. Pérez-Viciora, 1983, pp. 224 ss.; *A. Esser*, Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem, GA 1998, pp. 321 ss.; *Exner*, Fahrlässiges Zusammenwirken, Festgabe für Frank, 1930, I, pp. 569 ss.; *Fajólo*, La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español: reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y de la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 229 ss.; *el mismo*, Límites a la participación criminal: ¿existe una «rochibación de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?, 1999; *el mismo*, Una polémica doctrinal interminable: ¿son aplicables en el derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?, en La Ley, 2000-1, pp. 1600 y ss.; *Farré Olivé*, Autoría y delitos especiales, LH Barbero Santos, (Vol. I) 2001, pp. 1013 ss.; *De Figueirido Dias*, Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el Dominio de la Organización, en Delincuencia organizada, (Ferné Olivé/Anacle Borrallé eds.), 1999, pp. 99 ss.; *Fineke*, Der Täter neben dem Täter, GA 1975, pp. 161 ss.; *Franzheim*, Der Einsatz von Agents

provocador, *NW* 1979, pp. 2014 ss.; *García Valdés*, Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas: la teoría del agente provocador... en Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la salud pública, 1993, pp. 237 ss.; *Gil*, Consideraciones sobre el concepto de acoorcedo en el enobrimiento, CPC nº 61 (1997); *Giménez*, Autor y cómplice en Derecho penal, 1966; *el mismo*, El sistema del Derecho penal en la actualidad, en *el mismo*, Estudios de Derecho penal, 2ª ed., 1981, pp. 83 ss.; *Gómez González*, Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial, 2001; *Gómez Martín*, Los Delitos Especiales, 2003 (*on line* en [http://www.rdx.cesca.es/TESES\\_UB/AVMILABLE/ITDX-040103-111033/TESSIC/](http://www.rdx.cesca.es/TESES_UB/AVMILABLE/ITDX-040103-111033/TESSIC/)); *Gómez Pavón*, El enobrimiento, 1988; *Gössel*, Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt, en Festschrift für Lage, 1976, pp. 219 ss.; *el mismo*, Subjektive Mittäterschaft und Täterschaftsbeziehung, en Festschrift für Jeschek, 1985, pp. 537 ss.; *Grimwald*, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, pp. 110 ss.; *Guíérrez Rodríguez*, La responsabilidad penal del coautor, 2001; *Hardwig*, Zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe, GA 1954, pp. 353 ss.; *Herzog*, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, pp. 1 ss.; *el mismo*, Täterschaft und Teilnahme, 1977; *el mismo*, Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, ZSNW 99 (1987), pp. 49 ss.; *el mismo*, Anstiftung zu unbestimmten Haupttat, JuS 1987, pp. 617 ss.; *el mismo*, La inducción a un hecho principal indeterminado (Gómez Rivero trad.), ADPCP 1995, pp. 553 ss.; *Höpfel*, Einige Fragen der subjektiven Tatseite bei Beteiligung mehrerer, ÖJZ 1982, pp. 314 ss.; *Hruschka*, Alternativstellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe, JR 1983, pp. 177 ss.; *el mismo*, Prohibition de regreso y concepto de inducción. Consecuencias, trad. de Sánchez-Ostiz, RDPC., 2000, pp. 189 y ss.; *Hünnerfeld*, Mitteltbare Täterschaft und Anstiftung..., ZStW 99 (1987), pp. 229 ss.; *Ingefigli*, Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit, 1992; *Jakobs*, Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, en GA, 1996, pp. 235 y ss.; *Jeschek*, Anstiftung, Gehilfenschaft und Mittäterschaft in deutschem Strafrecht, SchwStz 71 (1956), pp. 225 ss.; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Kelwein*, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, pp. 233 ss.; *Körper*, Der „agent provocateur“ im Strafrecht, GA 1974, pp. 321 ss.; *el mismo*, Versuchsbegleitung und Mittäterschaft, 1978; *el mismo*, Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft, JZ 1981, pp. 568 ss.; *Körper*, Der gemeinsame Täterschaft als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW 105 (1993), pp. 295 ss.; *Jeschek*, Die Begründung militärisch-fahrläufiger Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993), pp. 271 ss.; *el mismo*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992; *el mismo*, ¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la coautoría?, RPI (57) 2000, pp. 83 ss.; *Less*, Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZSNW 69 (1997), pp. 43 ss.; *López Barja*, La participación y los delitos especiales, en Problemas de autoría, CDJ 1994, pp. 137 ss.; *López Peláez*, La complejidad en el delito, 1997; *Likiersen*, Zum Strafgrund und Teilnahme, 1967; *el mismo*, Verrechtssprophylaxe durch Verrechtssprohokation?, en Festschrift für Peters, 1974, pp. 349 ss.; *el mismo*, Die V-Leute-Problematik, Jura 1985, pp. 113 ss.; *Lizén Peña*, La atenuación de la pena del partícipe no cualificado en delitos especiales (comentario a las sentencias del TS de 18 de enero de 1994 y 24 de junio de 1994, AP nº 2/8, 14 en 1996; *Martín*, Zur Frage der Zurechnung bei sukzessiver Mittäterschaft, NJW 1953, pp. 288 ss.; *el mismo*, Beihilfe zur Anstiftung, DRZ 1955, pp. 290 ss.; *De La Mata*, Límites de la sanción en el delito de recepción: la recepción substitutiva..., 1989; *el mismo*, La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados, en Asúa Balarria (ed.), Delitos contra la Administración Pública, 1997, pp. 95 ss.; *H. Mayer*, Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft, en Festschrift für Th. Ritter, 1957, pp. 243 ss.; *P. Merkel*, Anstiftung und Beihilfe, en Festschrift für Frank, II, 1930, pp. 134 ss.; *D. Meyer*, Das Erfordernis der Kollision bei der Anstiftung, (tesis), Hamburg, 1973; *el mismo*, Anstiftung durch Unterlassen?, MDR 1975, pp. 982 ss.; *el mismo*, Zum Problem der Kettenanstiftung, JuS 1973, pp. 755 ss.; *J. Meyer*, Zur V-Mann-Problematik aus rechtsvergleichender Sicht, en Festschrift für Jeschek, 1985, pp. 1311 ss.; *M. K. Meyer*, Tatbegriff und Teilnehmerdelikt, GA 1979, pp. 252 ss.; *Mir Puig*, Los términos *adulterio* y *cláudia* en el Código penal, ADPCP 1973, pp. 319 ss.; *el mismo*, La infracción penal, la definición del artículo 10 y la regulación de la imprudencia en el nuevo Código Penal, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 499 ss.; *Mira*, *¿Ha desaparecido el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?*, EPCH (XXII) 2000, pp. 103 ss.; *Montanack*, Abweichung der Teilnehmerstellung von der verwirklichten Tat, ZSNW 84 (1972), pp. 233 ss.; *Munoz Sánchez*, El agente provocador, 1995; *Murmann*, Die Nebenbüterschaft im Strafrecht, 1993; *el mismo*, Sober Nebenbüterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Täterschaftslehre, 1993; *el mismo*, Sober el tipo de la complicidad en Derecho penal, trad. de Robles Planas, RPI, nº 53, 1999, pp. 153 y ss.; *Nagler*, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1993; *Oehler*, Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme am

ítem, GA 1954, pp. 33 ss.; *Ornelas*, La inducción como forma de participación accesoría, 1999; *Otto*, Straflöse Teilnahme, en Festschrift für Lange 1976, pp. 197 ss.; *el mismo*, Anstiftung und Beihilfe, JuS, 1982, pp. 557 ss.; *el mismo*, Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1990, pp. 47 ss.; *Panturinda Ramos*, La participación en el delito y el principio de acoorcedo, 1990; *el mismo*, Concurso de leyes, error y participación en el delito, 1991; *Pérez Alonso*, La coautoría y la complejidad (necesaria) en el Derecho penal, 1998; *Pérez Manzano*, Autoría y participación imprudente en el CP de 1995, 1999; *la misma*, La imputación de la participación imprudente en el Código Penal de 1995, RDPCr (nº extra) 2000, pp. 139 ss.; *Piate*, Zur Strafbarkeit des agent provocateur, ZSNW 84 (1972), pp. 294 ss.; *Portilla*, La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad, LH Torío López, 1999, pp. 439 ss.; *Puppe*, Der objektive Tatbestand des komplexen, CDJ 1999, pp. 197 ss.; *Robles Planas*, Participación en el delito e imprudencia, en RDPCr, nº 6, 2000, pp. 223 y ss.; *Rodríguez Montañés*, Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados, en RDPCr 2000, pp. 171 ss.; *Rozgall*, Die Zurechnung bei der Beihilfe: zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwällen nach § 27 StGB, 1997; *Del Rosal Blasco*, Sobre los elementos del hecho típico en la inducción, CPC, nº 4 (1990), pp. 97 ss.; *el mismo*, La inducción y la complejidad como formas de participación criminal punibles en el CP, Cuadernos de Derecho penal, 1995; *Roso*, Autoría y participación imprudente, 2002; *Roxit*, Die Mittäterschaft im Strafrecht, JA 1979, pp. 519 ss.; *el mismo*, Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung, JA 1979, pp. 169 ss.; *el mismo*, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, RP (2) 1998, pp. 61 ss.; *el mismo*, Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión, (Castañera trad.), en Sobre el estado de la teoría del delito, 2000, pp. 157 ss.; *Rudolph*, Zur Tatbestandsbezogenheit des Täterschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, en Festschrift für Bockemann, 1979, pp. 369 ss.; *el mismo*, Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe, en Festschrift für Jeschek, 1985, pp. 559 ss.; *Rueda*, Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública, en RDPCr, nº 8 (2001), pp. 127 ss.; *Ruiz Ariza*, El fundamento material de la pena en la participación, CPC, nº 11 (1980), pp. 47 ss.; *el mismo*, El agente provocador en el Derecho penal, 1982; *el mismo*, El delito provocado, construcción conceptual de la jurisprudencia del TS, ADPCP 1982, pp. 119 ss.; *el mismo*, Del agente provocador y del delito provocado, Cuadernos de Derecho penal, nov. 1994; *Rutkowski*, Die psychisch vermittelte Kausalität, *NW* 1952, pp. 606 ss.; *Sáinz-Camero Caparrós*, La codelincuencia en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995, 2001; *Salmón*, Vollender und Versuchte Beihilfe, (tesis), Göttingen, 1966; *Sanson*, Die Kausalität der Beihilfe, en Festschrift für Peter, 1974, pp. 121 ss.; *Sánchez-Ostiz*, Minuto acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría, AP, nº 3, 13-19 en 1997; *Sanzonetti*, El ilícito propio de participar en el hecho ajeno. Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación, Bogotá, 1996; *Sanzón Valderrama*, O início da tentativa do co-autor no direito penal alemão, separata de la Revista da Faculdade de Direito, Lisboa, 1988; *Sax*, Zur Problematik des „Teilnehmerdelikts“, ZSNW 90 (1978), pp. 927 ss.; *Schulz*, Die Bestrafung des Ratgebers, 1980; *el mismo*, Anstiftung oder Beihilfe, JuS 1986, pp. 933 ss.; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung, 1986; *el mismo*, Die „rechtswidrige“ Haupttat als Gegenstand des Teilnahmevorsatzes, en Festschrift für Strex und Wessels, 1993, pp. 383 ss.; *Schwarzburg*, Tatbestandsmäßigkeit und Rechtmäßigkeit der polizeilichen Provokation, 1991; *Schwind*, Grundfälle der „Kontaktilnahme“, MDR 1969, pp. 13 ss.; *Seefeld*, Teilnahme am Erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt, GA 1964, pp. 161 ss.; *Sifón*, Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras complejas, en Empresa y delito en el nuevo CP, CDJ, 1997, pp. 11 ss.; *Sommer*, Verselbständigte Beihilfehandlungen und Straflosigkeit des Gehilfen, JR, 1981, pp. 490 ss.; *el mismo*, Das tatbestandslose Verhalten des agent provocateur, JR 1986, pp. 483 ss.; *Solo Nieto*, Coautoría. Plurales intervinientes en la realización del delito. Funciones de planificación, organización y dirección, La Ley 1999; *el mismo*, Participación del *extraneus* en delitos especiales, La Ley 2000; *Souza*, Die „notwendigen“ Teilnahme als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, 1992; *Spreidel*, Beihilfe und Kausalität, en Festschrift für Dreher, 1977, pp. 167 ss.; *Stoffens*, Streitige Fragen der psychischen Beihilfe im Strafrecht, Jura 1993, pp. 11 ss.; *Erika Stork*, Anstiftung eines Täterschlössens zu einer vom ursprünglichen Tathat abweichenden Tat, (tesis), München, 1969; *Stratzenwerth*, Der agent provocateur, MDR 1953, pp. 717 ss.; *el mismo*, Objektstratum und Tatbeteiligung, en Festschrift für Baumann, 1992, pp. 57 ss.; *Strex*, Bestimmung eines Täterschlössens zur Tatänderung, en Festschrift für Heiniz, 1972, pp. 277 ss.; *el mismo*, Begünstigung, Strafvereitelung und Heherei, JuS 1976, pp. 137 ss.; *el mismo*, Teilnahme

am Unterlassungsdelikte, GA 1963, pp. 1 ss.; *Tractat*, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967; *Vogler, Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat*, en *Festschrift für Henrich*, 1972, pp. 293 ss.; *Weglan, Der Exzeß des Angestifteten*, ZStW 104 (1992), pp. 105 ss.; *Zürniga*, Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal, en *Delincuencia organizada*, (Ferre Olivé/Amarte Barrallo eds.), 1999, pp. 199 ss.

(Ver además la bibliografía de la Lección 14)

1 En la Lección anterior se ha examinado el concepto de autor, como punto de partida de la distinción entre autoría y participación, y se ha aplicado el criterio obtenido para fundamentar y precisar la figura de la autoría mediata. Ello ya ha permitido contraponer y diferenciar provisionalmente esa forma de autoría y la «inducción» como forma de participación. En esta otra Lección se trata de completar el plan trazado, examinando la coautoría, última modalidad de autoría rayana en la participación y los principios y tipos de la participación (inducción y cooperación). Al estudiar la coautoría dejaremos sentadas las bases para la diferenciación posiblemente más ardua y cargada de significado práctico: la de coautoría y cooperación. Y al considerar la participación podremos completar no sólo esta distinción, adentrándonos en la problemática de la cooperación, sino también la otra ya iniciada en el Capítulo anterior: la de autoría mediata e inducción.

## 1. La coautoría

2 1. **Son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho.** Los coautores son autores porque cometen el delito *entre todos*. Los coautores se reparten la realización del tipo de autoría. Como ninguno de ellos por sí solo realiza completamente el hecho, no puede considerarse a ninguno partícipe del hecho de otro. No rige, pues, aquí el «principio de *accessoriedad* de la participación», según el cual el partícipe sólo es punible cuando existe un hecho antijurídico del autor, sino un principio en cierto modo inverso: el **principio de imputación recíproca** de las distintas contribuciones.<sup>2</sup> Según este principio, todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable (es extensible) a todos los demás. Sólo así puede considerarse a cada autor como autor de la totalidad. Para que esta «imputación recíproca» pueda tener lugar es preciso el **mutuo acuerdo**, que convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones (cfr. SSTs oct. 78, 5 feb. 92 y 4 oct. 94).

1. En la doc. alemana cfr. por todos: Jeschke, *Tratado* pp. 941, 943; *Walzel, Ib.* pp. 107 s. (=trat. pp. 134 s.). En España: Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, I, p. 812, que recoge la STS 12 mar. 65 exigiendo los dos elementos requeridos en el texto; Cobo/Vives, *PG* pp. 680-681.

2. Cfr. Jeschke, *Tratado*, pp. 939 s. Cfr. STS 23 sep. 2000.

*Ejemplo.* A y B vierten veneno en el café de C. Si A y B actúan de mutuo acuerdo, ambos serán coautores de la muerte de C aunque por separado, cada dosis sea claramente insuficiente. Pero si A y B actúan con independencia y sin conocer el uno la intervención del otro, la muerte de C no puede imputarse a ninguno de ambos, cada uno de los cuales sólo puede castigarse por tentativa por falta de imputación objetiva, salvo que la coincidencia fuera previsible.

4 El art. 28 CP se refiere a la coautoría cuando dice que «son autores quienes realizan el hecho conjuntamente». Debe entenderse que esta expresión supone no sólo la ejecución conjunta, sino también que se efectúa de mutuo acuerdo.

5 2. **La delimitación de la coautoría depende, claro está, del concepto de autor** de que se parta.

6 A) Mientras que la doctrina alemana actual aplica la teoría del dominio del hecho, la doctrina española dominante maneja la **teoría objetivo-formal**. Ello sucede en dos direcciones distintas. Por otra parte, el TS ha acudido a la **doctrina del «acuerdo previo»**. Finalmente, un sector admite en nuestro país la **teoría del dominio del hecho**.

7 a) La posición tradicional en España entendía, respecto al art. 14 del anterior CP, que la coautoría, como verdadera autoría, concurriría en «los que toman parte directa en la ejecución del hecho», a que se refería el nº 1 de aquel artículo.<sup>3</sup> El «tomar parte directa en la ejecución del hecho» se interpretaba como realización de algún acto típico en el sentido estricto de la teoría objetivo-formal —como último acto decisivo para la presencia de alguno o todos los elementos del tipo—. *Ejemplo:* Si uno amenaza con un arma a la víctima mientras otro toma el dinero, ambos son coautores, porque tanto la violencia como el apoderamiento son elementos expresamente descritos en el tipo.<sup>4</sup>

8 b) Un sector importante sostenía en los últimos tiempos en nuestro país que la verdadera coautoría no se hallaba prevista en el art. 14, 1º CP, sino que se desprendía directamente del tipo correspondiente (en principio, de la Parte Especial). Esto supone una restricción aún mayor del concepto de autoría, pues implica que no basta para la verdadera coautoría realizar algún acto típico en el sentido estricto de la teoría objetivo-formal (lo que según esta doctrina equivale al «tomar parte directa en la ejecución» del anterior art. 14, 1º), sino que es preciso más, es precisa la realización total del tipo por parte de todos los coautores. El anterior art. 14, 1º CP no definiría la coautoría, sino formas de participación accesoria en el hecho del verdadero autor.<sup>5</sup>

3. Para una completa referencia bibliográfica cfr. Gimbernat, *Autor* pp. 15 s. P. ej. Antón Oneca, *PG* p. 421.

4. Cfr. el análisis de Gimbernat, *Autor*, pp. 88 ss.

5. Así Gimbernat, *Autor*, pp. 215, 219. En la misma línea Quintero Olivares, *Delitos especiales*, pp. 74 ss.; Rodríguez Devesa, *PG*, p. 560; Ruiz Antón, *Agente*, pp. 129 ss.; También Díaz y García, *Autoría*, pp. 506 ss., 677 ss., 680 ss., 715 ss., a partir de su criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho (cfr. supra, Lec. 14, nota 31).

9 *Ejemplo:* El que sujeta a la mujer para que otro pueda tener acceso carnal con ella no sería verdadero coautor, sino sólo partícipe de la violación, porque no es él quien tiene acceso carnal. El problema es que tampoco el que tiene acceso carnal realiza por sí solo la violación, pues «tener acceso carnal» no es aún «violación». La posición aquí expuesta debe llegar a la curiosa conclusión de que en el caso contemplado no hay ningún autor en sentido propio.

10 Por lo demás, el actual art. 28 CP impide ahora claramente entender que la verdadera autoría y coautoría se encuentren fuera de él y se desprenda directamente del tipo. Ahora dice expresamente la ley que son autores no sólo los que realizan el tipo completamente por sí solos, sino también quienes lo realizan conjuntamente.

11 *c)* Contrastaba con el carácter restrictivo de la doctrina dominante, que en todo caso interpretaba el anterior art. 14, 1º en el sentido objetivo-formal, la amplitud que el TS había venido concediendo a la coautoría. Según la tradicional doctrina jurisprudencial del «acuerdo previo», eran coautores todos quienes se hallaban unidos por dicho común acuerdo, con independencia de la objetiva intervención que hubieran tenido en el delito. La doctrina puso de manifiesto suficientemente la contradicción existente entre el criterio objetivo del art. 14 y aquella concepción subjetiva de la jurisprudencia tradicional, e incluso el TS pareció cambiar de opinión.<sup>6</sup>

12 *d)* Un sector minoritario de la doctrina, que parte de la teoría del dominio del hecho para delimitar el concepto de autor, consideraba verdaderos coautores no sólo a «los que toman parte directa en la ejecución del hecho» del nº 1 del anterior art. 14, sino también a los cooperadores necesarios que tuvieran el dominio del hecho. Al referirse a los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado», el anterior art. 14, 3º (como ahora el art. 28, b) contemplaría casos en que el cooperador tendría en sus manos la ejecución del hecho.

13 *B) a)* Nuestra posición ha de ser coherente con el concepto de autor mantenido en la Lección anterior: autoría es *pertenencia* del delito; es autor todo aquél que contribuye al delito en condiciones tales que puede imputársele como suyo. Esta pertenencia no se da sólo en quien realiza por sí solo todos los actos ejecutivos en el sentido estricto de la teoría objetivo-formal. La pertenencia del hecho, la autoría, se atribuye también al autor mediato que realiza el tipo mediante otra persona a la que, en general, no puede pertenecer el delito. Más difícil es saber a quién corresponde la pertenencia del hecho cuando intervienen en él varios sujetos que no sólo lo causan, sino que además reúnen las condiciones típicas necesarias (dolo, cualificación personal). Entre el inductor y el ejecutor inmediato, éste tiene preferencia para asumir la autoría, porque su aportación causal es la más próxima a

la consumación. Esto significa que el hecho se atribuye a quienes intervienen en la ejecución inmediata del hecho con preferencia a quienes sólo cooperan (mediamente) en un momento preparatorio. Quedan entonces los que intervienen en el momento de la ejecución inmediata: ¿Son todos ellos autores o sólo quienes realizan los actos ejecutivos en el sentido estricto objetivo-formal? La fenomenología de la codelincuencia muestra que en la realización colectiva de un hecho no siempre los actos hieralmente ejecutivos constituyen la parte más difícil o insustituible y que, en cambio, el éxito del plan depende de todos quienes asumen una función importante en el seno del mismo. Lo acertado es, pues, considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva.<sup>8</sup> A todos ellos «pertenecen» el hecho, que es «obra» inmediata de todos, los cuales «comparten» su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar.

*Ejemplo:* En el atraco a un Banco el jefe de la banda asume el papel que entienda más difícil y apropiado a su mayor experiencia, a saber, desconectar el sistema de alarma además de dirigir a otros dos que se encargan de amenazar con armas de fuego a los presentes y a un cuarto sujeto, el de menos experiencia, que tiene encargada la parte más sencilla, tomar el dinero. Sería absurdo considerar al jefe sólo partícipe y no autor. Véase, además, cómo el acto consumativo puede ser el más elemental y menos «importante» en el conjunto del plan. Un caso especialmente discutido es el del «jefe de la banda» que no actúa al lugar del hecho. Un sector de la doctrina alemana lo considera autor si asume la planificación del hecho.<sup>9</sup> Debe serlo sin duda si sólo él conoce la totalidad del plan, del que los demás no son sino piezas parciales—del mismo modo que el arquitecto es el autor de la casa antes que el albañil—, y también si sigue controlando el hecho a distancia y no deja en manos de otro u otros su dirección última.

*b)* Aunque es excesiva la doctrina del acuerdo previo mantenida por la jurisprudencia tradicional, según la cual basta dicho acuerdo para la coautoría, importa subrayar la necesidad de un mutuo acuerdo para la presencia de coautoría.<sup>10</sup> Debe entenderse que sólo «realizan el hecho conjuntamente», en el sentido del art. 28 CP, quienes se inscriben conscientemente en el plan conjunto, sabiendo que su intervención constituye una parte del mismo.

6. Vid. una exhaustiva exposición y crítica en Gimbernat, Autor, pp. 57 ss. También Rodríguez Mourillo, Comentarios, I, pp. 828 ss. Aparece un comienzo de abandono de la doctrina del acuerdo previo por parte del TS, Gimbernat, Introducción p. 143, citando las SSTs 11 dic. 70, 28 sept. 71 y 25 en. 77. Cfr. también STS, 11 febr. 83, 26 en. 84. La STS 28 nov. 88 declara: «junto a la decisión común al hecho, se precisa para la coautoría una ejecución común». También SSTs 26 feb. 93, 14 mar. 94 y 18 en. 95; 5 feb. 2001.

8. Coincide en los resultados Roxin, JA 1979, pp. 522 s. Le sigue Cerezo Mir, La reforma, p. 238. Ver SSTs 8 feb. 91, 22 en. 97, 13 jun. 97, 5 feb. 2001. En contra del criterio de la esencialidad de la aportación Díaz y García, Autoría, pp. 669 ss., 677 ss.

9. Así Stratenwerth, AT, 12/94; Jeschke, Tratado, p. 944. En contra, Roxin, JA 1979, p. 522.

10. Así Antón Oneca, PG, p. 435.

16 Normalmente existirá un **acuerdo precedente y expreso**, en virtud del cual los coautores se repartirán los papeles. Pero basta que el acuerdo se produzca *durante* la ejecución (**coautoría sucesiva**) y que sea **tácito** (STS 13 dic. 79, 26 en. 84, 2 jul. 94, 2 nov. 94, 21 mar. 97).<sup>11</sup> El caso límite es el de que el sujeto sepa que otro u otros están realizando un delito y contribuye a él por propia iniciativa. Si los demás advierten y aceptan, siquiera tácitamente, su intervención, no hay duda de que existe coautoría —aunque no lleguen a conocerse—. No bastará, en cambio, que el sujeto sepa que contribuye, si los otros no lo saben o no lo admiten.

17 No podría, en este caso, operar el principio de «imputación recíproca» que caracteriza a la verdadera coautoría. Según éste, la ejecución empieza y termina para todos en cuanto uno de los coautores la empieza o culmina, de modo que cuando uno alcanza la tentativa o la consumación, ello vale para todos.<sup>12</sup> También tiene iguales consecuencias para todos el error de uno, etc. Como se ve, el principio de imputación recíproca se funda en la aceptación por parte de todos de lo que va a hacer cada uno de ellos. Por ello no tendría sentido aplicar el principio respecto de quien interviene unilateralmente. Su contribución ha de enjuiciarse de forma independiente. Se habla entonces, como siempre que falta el acuerdo mutuo, de «autoría accesoria» (que no es verdadera coautoría).<sup>13</sup>

18 *Ejemplo*: Dos ladrones esperan a que pase una posible víctima, en el momento en que uno de ellos se dirige a una víctima, el otro ha de acudir a continuación; la tentativa empieza para ambos en cuanto el primero acomete a la víctima. Si A sabe que B ha vertido una cantidad claramente insuficiente de veneno en la bebida de C y añade lo necesario para matarle, sin que B lo sepa, no existe coautoría en sentido estricto de A y B. A es autor individual de un asesinato y B debe responder de una tentativa si falta la imputación objetiva del resultado. Si A no sabe que B ha vertido la primera dosis, puede faltar la imputación objetiva para ambos. En ambos casos, la tentativa no empieza para A con la actuación previa de B, sino sólo cuando él vierte el veneno.

19 ¿Qué ocurre cuando existe un acuerdo previo de que ejecute el hecho por sí solo el primero que pueda o, simplemente, el que pueda? *Ejemplo*: A y B resuelven matar a C, pero no saben si pasará por la calle 1 o por la calle 2, por lo que deciden esperar cada uno en una de ellas. C pasa por la calle 2 y B le da muerte. ¿Hay coautoría para ambos, o B es autor individual mientras que A queda en la fase de actos preparatorios? Roxin resuelve los casos como éstos en favor de la coautoría, juzgando decisiva la necesidad *ex ante* de ambas contribuciones.<sup>14</sup> *Por lo menos*, A podría ser castigado como cooperador necesario del art. 28, h CP.

11. Cfr. Roxin, JA 1979, p. 519.  
12. Así la doc. dom. de la «solución global»: cfr. a favor Küper, Versuchsbeginn, pp. 69 ss. En contra Díaz y García, Autoría, p. 693 s., que defiende la «solución individual», según la cual la tentativa empieza para cada coautor sólo cuando cada uno de ellos actúa.

13. Sin embargo, Rodríguez Mourullo, Comentarios, pp. 837 s., la incluye en el art. 14, 1.º del anterior CP. En contra Mir, Puig, Adiciones, p. 952.

14. Cfr. Roxin, JA 1979, p. 524. En contra Rudolph, Bockelmann-Fest., pp. 379 s. Además de este caso de «coautoría alternativa», admite también Roxin la coautoría «aditiva», como cuando varios disparan a la vez de acuerdo y sólo algunos dan en el blanco: todos son coautores por su importancia *ex ante*. Sobre esto Herzberg, Täterschaft, pp. 56 ss.

Cuando uno de los coautores se *excede* por su cuenta del plan acordado sin 20 que los demás lo consentan, en principio el **exceso no puede imputarse a los demás**; más allá del acuerdo mutuo no hay imputación recíproca.<sup>15</sup>

3. A) En cuanto verdadero autor, todo coautor debe reunir las condiciones 21 **personales necesarias para ser autor en los delitos especiales. El interviniente no cualificado no puede ser coautor**, sino sólo partícipe.<sup>16</sup> Mas debe entenderse también por sujeto cualificado todo aquel que reúne las condiciones personales necesarias para realizar una *parte* del tipo.<sup>17</sup>

*Ejemplos*: Si el funcionario destruye papeles confidenciales por razón de su cargo conjuntamente con su secretaria particular, ésta no puede ser coautora del delito de infidelidad. En cambio, la mujer que sujeta a otra para que un hombre la viole es coautora de la violación, porque la violencia constituye un acto típico que puede realizar cualquiera.

Un caso debatido en la doctrina alemana es el de *error in obiecto* que conduce a dañar una 22 cosa propiedad de uno de los coautores. Puesto que en éste falta la calidad de no propietario necesaria para el delito, un sector opina que sólo a los demás consuman el delito, mientras que el propietario queda en tentativa.<sup>18</sup>

B) La doctrina alemana no admite la **coautoría en los delitos imprudentes**, 24 por entender que no es posible en ellos el acuerdo mutuo (no puede haber acuerdo para matar por imprudencia). Mas en España, en donde se admite la participación en tales delitos, resulta coherente reconocer también la posibilidad de coautoría en los mismos. El común acuerdo no podrá referirse al resultado, pero sí a la conducta imprudente, que puede ser obra conjunta de varios sujetos. El resultado aparecerá entonces como producto de esa obra común.<sup>19</sup>

Cabe también **coautoría en los delitos de omisión**.<sup>20</sup> El supuesto más claro se 25 da cuando el deber infringido sólo podía ser cumplido por la actuación conjunta de varias personas. Cuando concurren sujetos que actúan unos positivamente y otros omisivamente, será preferible considerar al omitente como partícipe (cooperador)

15. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 842 ss.; Antón Oneza, PG, p. 435. Roxin, JA 1979, p. 519, imputa las variaciones «usuales» que cabe entender presuntamente consentidas. La STS 30 abr. 71 cree suficiente la «previsibilidad» del exceso para que pueda imputarse. Sin embargo en el sentido del texto: STS 4 oct. 94.

16. Por todos, cfr. Jeschek, Tratado, pp. 940 s.

17. Así Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 839. En contra Ruiz Antón, Agente, pp. 131 s.; Gimbernat, Autor, p. 168.

18. Así Jeschek, Tratado, p. 939.

19. Según STS 18 mayo 81 existe coautoría culposa si hay un actuar planificado que lleva en sí tal imprudencia. También STS 2 nov. 94.

20. Cfr., en este sentido, Jeschek, Tratado, p. 946; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 827 (en los delitos de comisión por omisión, pero no en la omisión pura; el mismo. Omisión de socorro, p. 288), con cita de jurisprudencia favorable. En contra Armin Kaufmann, Untertassungsdelikte, p. 189.

de un delito de comisión positiva —único concurrente según el criterio de la preferencia de la calificación del hecho como delito de comisión positiva (cfr. *supra*, Lección 12, III).

## II. La participación

### 1. Consideraciones generales

26 A) Se habla de «participación» en dos sentidos distintos. En sentido amplio se emplea a veces esta palabra para referirse a todas las formas de intervención en el hecho —incluyendo la autoría—. Mas en sentido estricto la «participación» se contrapone a la autoría. Es en este sentido en el que utilizamos el término en esta exposición. Como palabras capaces de abarcar tanto la autoría como la participación utilizamos las de «intervención» y, cuando existe pluralidad de sujetos, «codelincuencia».<sup>21</sup>

27 B) **Participación es intervención en un hecho ajeno.** El partícipe se halla en una posición secundaria respecto del autor. El hecho principal *pertenece* al autor, no al partícipe. Éste no realiza el tipo principal, sino un tipo dependiente de aquél. Puede consistir en una conducta de **inducción** (art. 28, a CP) o de **cooperación** (art. 28, b y 29 CP). El inductor a un homicidio no «mata», no realiza el tipo de homicidio, sino sólo el tipo de inducción al homicidio, que consiste en determinar a otro a que «mate». El cooperador en un robo tampoco se apodera de una cosa ajena con violencia, sino que se limita a prestar alguna ayuda —p. ej., el arma— al autor del robo. El desvalor de la participación procede del desvalor del hecho principal, no es un desvalor autónomo.<sup>22</sup> El art. 28 CP viene a reconocer que estos sujetos no «son» autores y no «realizan el hecho», a diferencia del autor individual, del coautor y del autor mediato (párrafo primero), pero establece que el inductor y el cooperador necesario «también serán considerados autores».

28 **Terminológicamente**, el CP utiliza las palabras «delito» y «falta» en un sentido aplicable no sólo al hecho del autor, sino también a los tipos de participación. Como consecuencia de su consideración legal de «autores», hay que entender que el inductor (art. 28, a) y el cooperador necesario (art. 28, b) «cometen» el delito principal, aunque ello sólo sea por extensión legal expresa. Pero también el cómplice, además de participar en un delito o falta, realiza otro «delito» —el de complicidad en el hecho principal—. En este caso el término «delito» debe entenderse en un sentido *no autónomo*, que impide tanto la posibilidad de castigar la **imperfección ejecución de la participación** como la de admitir la **participación en la participación**. Así, cuando el art. 27 declara que son responsables de los «delitos y faltas» los autores y los cómplices, hay que entender

que se refiere sólo a los delitos y faltas *autónomos* (los hechos de la Parte Especial, consumados o no) y lo mismo sucede en los artículos siguientes.<sup>23</sup>

### 2. Fundamento del castigo de la participación

29 Dos teorías principales tratan de explicar el fundamento del castigo de la participación: **la teoría de la corrupción o de la culpabilidad** y **la teoría de la causación o del favorecimiento**. Según la primera, el partícipe es castigado por convertir a otra persona en *delincuente* o contribuir a hacerlo. Esta teoría considera esencial que el partícipe haga o contribuya a hacer al autor «culpable» del hecho.<sup>24</sup> Por ello tuvo que ser abandonada en Alemania a partir de 1943, año en que el StGB vino a declarar suficiente para la participación que el autor cometiera un hecho antijurídico, aun sin culpabilidad, esto es, aunque no sea personalmente imputable (accessoriedad *limitada*). La teoría de la causación, en cambio, ve el desvalor de la participación en el hecho de que causa o favorece la lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor. No es importante aquí que el autor obre o no culpablemente (que pueda imputársele personalmente o no), sino que basta la causación o favorecimiento de un hecho antijurídico del autor por parte de un partícipe que actúa (sí sí) culpablemente. Esta es la concepción dominante en Alemania.<sup>25</sup>

30 El punto de vista de la teoría de la causación o del favorecimiento es el más convincente y adecuado a nuestro Derecho positivo. Resulta, también, coherente con la concepción de la participación que asumen nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia.

31 Es la **teoría más convincente**. La imputación personal (lo que suele denominarse como «culpabilidad») es una cuestión personal de cada sujeto: su sentido se agota en permitir la atribución al sujeto del hecho antijurídico; que falte esta atribubilidad respecto de uno de los sujetos que intervienen en un hecho antijurídico sólo puede afectar a él, y no rompe la relación entre dicho hecho y los demás sujetos que contribuyen a su realización, si a tales sujetos sí les es atribuible tal relación. El partícipe contribuye a causar el hecho del autor, sea interponiendo una condición propiamente causal del mismo (así el inductor y el cooperador necesario), sea favoreciendo eficazmente su realización (lo que basta para la **complicidad**). Si además puede imputársele personalmente esta contribución, ¿por qué no habría de atribuírsele por la circunstancia, ajena a él y que no empee a la antijuridicidad del hecho favorecido ni por tanto a la de su favorecimiento, de que al autor no pueda atribuírsele personalmente su hecho?

Esta perspectiva es **la más adecuada al Derecho español**. Como es sabido, el art. 28 CP «considera» autores al inductor y al cooperador necesario. El criterio material que parece inspirar esta equiparación es el de la causalidad: tanto el inductor como el cooperador necesario aportan

23. Cfr. sobre toda esta problemática Mir Puig, ADPCP 1973, pp. 359 ss.

24. Cfr. sobre esto (en contra) Ruiz Antón, CFC 1980, p. 50.

25. Cfr. Ruiz Antón, CPC 1980, pp. 52 s. Como señala este autor, no se trata de castigar al partícipe como causante directo de la lesión (del bien jurídico, sino a través del hecho principal del autor. Así también Rodríguez Mourullo, Comentarios I, p. 847. Ello es lo que permite la participación en delitos especiales por parte de un extraño.

21. Emplea este término Antón Orea, FC pp. 420 ss.

22. Así Ruiz Antón, CPC 1980, p. 64; Cobos/Vives, PG, p. 578.

una condición causal al delito (ya veremos en qué sentido) especialmente importante, aunque sea de forma mediata a través del autor o coautores en sentido estricto. Ello da pie a pensar que el Código valora las conductas de participación desde el prisma de su importancia causal, mayor («autoría» asimilada) o menor (complicidad), para el delito (cfr. STS 13 dic. 79).<sup>26</sup>

33 Por último, la teoría del favorecimiento responde a la concepción de la participación mantenida por la doctrina y la jurisprudencia españolas. Al acoger la fórmula de la «accesoriedad limitada» de la participación, según la cual basta para ésta un hecho antijurídico del autor, aunque éste no sea culpable, la doctrina española se aparta de los principios de la teoría de la culpabilidad. Y el TS parece moverse en la misma línea al caracterizar la esencia de la inducción no como forma de corrupción del inducido (pese a ser aquí donde encontraría mejor terreno la teoría de la culpabilidad), sino como «causa de la ejecución del hecho antijurídico y típico» (no dice «culpable»: STS 25 junio 62), contemplándola, desde la perspectiva del hecho por ella causado, como «autoría moral» o «intelectual» (SS 7 julio 1906, 10 dic. 23, 8 jul. 68, 15 dic. 78). Ver también SSTS 24 mar. 93 y 19 mayo 95.

### 3. La accesorieta de la participación

34 A) El fundamento del castigo de la participación conduce, como se ve, al principio supremo de la teoría de la participación: el principio de **accesoriedad limitada de la participación**.<sup>27</sup> Significa, por una parte, que la participación es accesoria respecto del hecho del autor, pero también, por otra parte, que depende de éste hasta cierto punto: basta que el hecho del autor sea contrario a Derecho (antijurídico). No es preciso que además sea personalmente imputable al autor (o como suele decirse: no es preciso que el autor sea «culpable»). Se descarta así la teoría de la **accesoriedad máxima**. Mas también se rechaza la teoría de la **accesoriedad mínima**, según la cual bastaría que el hecho del autor realizase el tipo de un delito, aunque estuviera justificado.

35 Esto último se fundamenta en que la justificación de un hecho vale para todos, también para todos los que intervienen en el hecho. *Ejemplo*: quien induce a otro a defenderse legítimamente está induciendo a un hecho justificado para todos, cuya justificación, por tanto, le permite a cualquiera contribuir lícitamente a su realización.

36 En favor de la teoría de la accesorieta limitada, y en especial de la no dependencia del partícipe respecto de la posibilidad de imputación personal al autor, concurren diversos argumentos en el Código penal. Así, el significado de la palabra «hecho» (arts. 28 y 29 CP), empleada por la ley como presupuesto de las diferentes formas de participación, y que según se desprende de su uso en el art. 19 y en los núms. 1.º, 2.º del art. 20 CP, no requiere la imputación personal al autor. Por otra

26. Cfr. en este sentido el origen histórico del art. 14 CP: Cerezo Mir, La reforma, pp. 231 s.

27. Cfr. Jeschke, Tratado, pp. 901 s. A favor en España Anton Oneca, PG, p. 422; Rodríguez Muñoz, Notas, II, p. 294; Cobo/Vives, PG, p. 682 s.; Rodríguez Devesa, PG, p. 759. Cfr. también SSTS 30 mayo 2000, 20 jun. 2001. Defiende, en cambio, la accesorieta mínima Boldova, pp. 144 ss.

parte, los arts. 300 y 453 CP no sólo consagran el principio de la accesorieta limitada para la recepción y el encubrimiento, sino que confirman que el «autor del hecho» puede ser personalmente inimputable o hallarse exento de pena.<sup>28</sup>

B) La doctrina dominante en Alemania exige el dolo en el autor para que sea posible la participación en un hecho. Ello es coherente con la no admisión de la distinción de autoría y participación en los delitos imprudentes: todo interviniente en un hecho no doloso es autor (concepto unitario de autor, cfr. *supra* Lección anterior 1.2).<sup>29</sup> Mas en nuestro país se admite la participación en hechos imprudentes, por lo que la solución del tema será más compleja. Habrá que distinguir entre participación dolosa en un hecho (en el primer caso el partícipe quiere el delito, en el segundo no). La participación dolosa en un hecho requiere el dolo del autor principal. *Ejemplo*: Para poder ser cooperador doloso de un homicidio, no basta que el cooperador quisiera con su ayuda contribuir a que el autor matase a la víctima, sino que es preciso además que el autor haya actuado también dolosamente.<sup>30</sup> Ello es consecuencia de la inclusión del dolo en el tipo: sin dolo del autor no hay tipo de homicidio en el que participar dolosamente.<sup>31</sup> Para la participación no dolosa, en que el partícipe no quiere el hecho, no es preciso, en cambio, el dolo del autor; cabe la participación imprudente en un hecho imprudente. *Ejemplo*: El acompañante induce al conductor a conducir a una velocidad temeraria, lo que produce un accidente.

Ahora bien, mientras que la inducción requiere la voluntad de inducir a la conducta imprudente, la cooperación necesaria imprudente ha de considerarse punible tanto si concurre como si no concurre voluntad de cooperar (en contra SSTS 24 mar. 93 y 12 jul. 95). La imprudencia consistente en la cooperación necesaria no querida no puede quedar impune ni, tampoco, ser castigada como autoría imprudente. Esto vale tanto para la cooperación necesaria imprudente en un hecho imprudente como para la cooperación necesaria imprudente en un hecho doloso. En cambio, según el TS la cooperación no necesaria (complicidad) en un hecho imprudente nunca es punible (*infra* 5 C) (en contra STS 21 mar. 97). Menos habrá de admitirse castigar en este caso por autoría imprudente, que conduciría a una pena más grave que la complicidad.

Según lo dicho más arriba, la participación dolosa en un hecho imprudente (el partícipe quiere el hecho principal y el autor no) no es punible como tal participación dolosa, pero cabrá sin duda castigar por participación en el delito imprudente o acudir a la autoría mediata. Esto último es seguro si la falta de dolo en el autor se debe a engaño del hombre de atrás o a aprovechamiento de un error de aquél. Más difícil es decidir si la autoría mediata cabe en los demás casos. *Ejemplo*: A induce a B, que no sabe apenas conducir, a que lleve en el coche de A a C por una carretera extremadamente peligrosa a gran velocidad, confiando A en que el coche pueda tener algún accidente grave para C, cosa que efectivamente sucede. Por lo menos debe admitirse la participación en el delito imprudente, en forma de inducción o cooperación necesaria, aunque no la mera complicidad imprudente (cfr. *supra*, Lec. 14, 1.4 E a). También será punible la complicidad dolosa en el delito imprudente<sup>32</sup> (así, si A se limita a cooperar de forma no esencial pero queriendo la muerte de C), porque, a diferencia de la complicidad imprudente en un delito imprudente, tanto la complicidad dolosa, como el delito imprudente a que se refiere se hallan

28. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1973, p. 326.

29. Cfr. por todos Jeschke, Tratado, p. 900.

30. Así lo han decidido en Alemania los §§ 26 y 27 StGB.

31. Cfr. así Gimbernat, Estudios, p. 96.

32. En este sentido Luzón, Curso, p. 509. De acuerdo Roso, Autoría y participación imprudente, pp. 605 ss.

previstas por ley. Respecto de la posible muerte de B el problema es distinto, porque el Código sólo castiga la inducción o auxilio al «suicidio», que no se da en el caso.

- 40 C) Un importante problema particular que plantea la accesoria de la participación es si deben comunicarse al partícipe las **condiciones personales** del autor o, por el contrario, cada sujeto interviniente debe responder de aquellos elementos personalísimos que sólo en él concurren.

- 41 El § 28 II StGB alemán se inclina por el segundo criterio respecto a los elementos de esta clase que agravan, atenúan o excluyen la pena.<sup>35</sup> El anterior art. 60 I CP (al que ha sustituido el actual art. 65) era interpretado por la doctrina y la jurisprudencia tradicionales en un sentido próximo. Según dicho precepto, «las circunstancias agravantes o atenuantes que consisten en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurrán». Se entendía que esta disposición se refería tanto a las circunstancias agravantes o atenuantes en sentido estricto, esto es, las previstas en los arts. 21, 22 y 23 CP, como a las previstas en la Parte Especial que determinan la aparición de un tipo cualificado o privilegiado, aunque el mismo implique un delito distinto, con un nuevo *nomen iuris* (p. ej.: el delito, hoy desaparecido, de partícipe en lugar del homicidio).

- 42 *Ejemplo:* El partícipe no incluido entre los parientes del anterior art. 405 CP (hoy suprimido) no respondería como partícipe en un partícido, sino en un homicidio; y, viceversa, el hijo que indujera a un no pariente a dar muerte al padre de aquél, era castigado como inductor a un partícido.<sup>34</sup>

- 43 Esta interpretación no era correcta. Asistía la razón a una importante dirección doctrinal que consideraba inaplicable el anterior art. 60 I CP (hoy art. 65, 1 CP) a los elementos personales previstos en la Parte Especial. Estas disposiciones se refieren solamente a las «circunstancias agravantes o atenuantes» y a cuándo pueden desplegar su efecto de «agravar o atenuar la responsabilidad»: sólo es aplicable, pues, a las «circunstancias modificativas de la responsabilidad» en sentido estricto, que en la terminología del Código son sólo las previstas en los arts. 21, 22 y 23.<sup>35</sup>

33. Respecto a los elementos personalísimos que fundamentan la pena, sirven de base a la punibilidad del partícipe aunque sólo concurren en el autor, pero en tal caso deberá atenuarse la pena del partícipe (§ 28 I StGB). En España también hay una línea de jurisprudencia que atenúa la pena del partícipe en quien no concurre algún elemento personalísimo requerido por el tipo: STS 12 feb. 97.

34. Cfr. Cuello Calón, PG, p. 665 y PE (1972), pp. 513 ss.; Antón Omeña, PC pp. 430 s.; Córdoba Roda, Notas, I, p. 292. SSTS 11 mar. 1887, 7 feb. 1888, 27 en. 1902, 5 oct. 53, 5 feb. 55, 21 dic. 63... Cfr., sin embargo, en contra de la aplicación del anterior art. 60 a la Parte Especial SSTS 2 dic. 75, 51 dic. 79 y 16 jul. 85, según la cual el TS ha abandonado la doctrina tradicional. En el delito de malversación el TS ha mantenido, en cambio, el principio de accesoria: SS 18 jun. 51, 18 mayo 63. Para una amplia exposición de esta doctrina, en contra, Gimbernat, Autor, pp. 266 ss., 288 ss.

35. Así Gimbernat, Autor, pp. 279 ss.; Quintero, Delitos especiales, pp. 63 ss.; Cobo/Vives, PG, p. 686 nota 66; Mir Puig Adickes, p. 918, con más detalles y referencias. No obstante, Escrivá Gregori, Homenaje a Pérez-Vitoria, pp. 252 s., propugnó la aplicación del anterior art. 60 por analogía cuando resultara favorable al reo (así para el extraneus que induce al hijo a matar a su padre), mientras que en el caso contrario (el hijo coopera con el extraño en matar al padre), habría que castigar en base al hecho principal con una agravante de parentesco. Así SSTS 50 abr. 90, 10 en. 97, para otros casos.

Sin embargo, la LO 15/2003 ha introducido un nuevo número 3 en el art. 65 CP que sí es aplicable a elementos personales previstos en la Parte Especial.

Respecto a los elementos personales previstos en la Parte Especial hay que **44** distinguir, según que determinen una figura de delito específica o sólo supongan un elemento típico accidental:

- a) Cuando un elemento personal da lugar a un tipo específico de delito, éste **45** será un **delito especial** (ver *supra*, Lec. 9, II 2 A). Tienen esta naturaleza, p. ej., los delitos de funcionarios contra la Administración Pública (arts. 404 y ss. CP), o el delito de falsedad en documento público por funcionario público (art. 390 CP). Los sujetos que no tengan la condición personal requerida no podrán ser autores de tales delitos, pero sí partícipes en ellos, como inductores o cooperadores necesarios (art. 28 CP), o como cómplices (art. 29 CP). Aunque el art. 28 considera autores a los inductores y a los cooperadores necesarios —por lo que en principio les correspondería la misma pena que al autor y coautor en sentido estricto—, nuevo n.º 3 del art. 65 CP, permite imponerles en este caso, como a los cómplices, la pena inferior en grado —lo que en parte ha venido a responder una corriente de la jurisprudencia del TS (cfr. p. ej., SSTS 12 feb. 97, 12 jul. 99).<sup>36</sup>

En los **delitos especiales propios** la calificación de la intervención del extraneus como partícipe en el delito del *intrañeus* es la única posible, puesto que no existe ningún otro delito en la Parte Especial que realice el *extraneus*. En los **delitos especiales impropios** complica la cuestión el hecho de que los mismos se caracterizan precisamente por describir una conducta que también se halla tipificada en otro delito *común* paralelo para el *extraneus*. Así, p. ej., el delito de falsedad en documento público por funcionario castigado en el art. 390 constituye un delito especial impropio en cuanto a sus tres primeros números porque el art. 390 prevé otro tipo para el particular que cometerse las mismas falsedades. Ello abre la posibilidad de concursos de leyes entre los preceptos en juego. Así, el funcionario que induce a un particular a falsificar el documento público puede considerarse partícipe (inductor) en el delito del particular (art. 392), pero también puede verse como **autor mediató** (con **instrumento doloso no cualificado**) del delito de funcionario del art. 390. Si, como aquí hacemos, se admite esta forma de autoría mediató, deberá considerarse preferente tal calificación de autoría desde la lógica material del concurso de leyes, que conduce a tener que elegir la calificación que comprende el total desvalor del hecho. En el caso inverso del particular que induce al funcionario a falsificar el documento, esta lógica material del concurso de leyes conduce a considerar prevalente, por más grave, la calificación de partícipe en el delito del funcionario, que sigue suponiendo una pena más grave que la de autor de la falsedad de particular aun después de la introducción de la atenuación prevista por el nuevo n.º 3 del art. 65 CP. La posible autoría del delito común no incluiría el desvalor que supondría participar en el delito más grave del funcionario, por lo que no podría desplazar esta calificación.

36. Sin embargo, la atenuación que introduce el art. 65, 3 no es obligatoria, como se previó en el Proyecto, sino sólo facultativa. Se manifestó en contra del carácter obligatorio de la atenuación prevista en el Proyecto, prefiriendo que fuera sólo potestativa, como finalmente se ha establecido. Gómez Martín, Los delitos Especiales cit., TESIS-C, p. 207. También es discutible que se pueda atenuar la pena del inductor y del cooperador necesario y no la del cómplice, que por esta vía puede tener la misma pena que aquellos otros partícipes más importantes.

47 b) Si la condición personal que modifica la pena no da lugar a un delito específico, sino sólo a un **elemento típico accidental**, la modificación de la pena sólo afectará al sujeto que tiene dicha condición, con independencia de si su intervención es a título de autor en sentido estricto o de partícipe (inductor o cooperador). Así sucede, p. ej., con la agravación prevista en el delito de tráfico de drogas para la autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador (art. 369, 8º CP). Si el que no reúne estas condiciones induce o coopera con alguien que la tiene, no ha de ver agravada su pena—porque la condición personal del autor no da lugar aquí a un delito distinto al de tráfico de drogas del que pueda considerarse partícipe al sujeto no cualificado, quien por tanto sólo puede participar en el único delito realizado por el autor: el delito de tráfico de drogas.

48 Decidir cuándo estamos frente a una agravación puramente personal como ésta y cuándo ante un delito especial impropio, depende de la interpretación, y ésta debe determinar si hay razones suficientes para extender a todos los partícipes la agravación prevista para determinados sujetos. No tiene por qué partirse de que en principio ello debía ser así. Pongamos el caso del funcionario público. Aunque en los delitos contra la Administración Pública es natural que la condición de funcionario público de lugar a delitos especiales, la misma condición no tiene por qué tener el mismo efecto como regla en toda clase de delitos. En los delitos contra la Administración de Pública el carácter de funcionario afecta a la propia esencia del injusto, porque condiciona el ataque al bien jurídico central en tales tipos; pero ello no sucede cuando se agrava la intervención del funcionario en delitos que atacan bienes jurídicos completamente distintos (tráfico de drogas, libertad, patrimonio, etc.). En el CP actual esto último se da con relativa frecuencia. Por ejemplo, el art. 167 castiga a «la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores», esto es, los que tipifican las detenciones y secuestros ilegales realizados por particular (arts. 163 y ss.). Agravaciones como ésta, o como la indicada más arriba en relación con el tráfico de drogas, no afectan a la esencia del delito transformándolo en otro distinto, sino que tienen un carácter estrictamente personal: configuran elementos típicos *accidentales* que no determinan un cambio de delito, sino sólo que se castigue más al sujeto autoridad o funcionario que comete *el mismo delito*. De los elementos típicos accidentales hablé en la Lección 10 y a ellos se refiere el art. 14 CP cuando alude al error sobre un hecho «que cualifique la infracción», como algo distinto al error «sobre una circunstancia agravante». Pues bien, cuando la ley prevé calificaciones personales accidentales, como la de ser el sujeto autoridad o funcionario en el delito de detenciones ilegales, la mayor pena que se prevé para el sujeto sólo puede imponerse a dicho sujeto—no al particular que interviene en el hecho, que, aunque sea inductor o cooperador no ha de verse como un partícipe en un delito especial del funcionario, sino en el único delito existente de detenciones ilegales—, y tanto si es autor en sentido estricto como si es uno de los autores asimilados del art. 28 (inductor o cooperador necesario).

49 Esto último no choca con la exigencia legal de que la autoridad o funcionario cometa el delito de que se trate (por ej., art. 167 CP). Como vimos en la Lección anterior, el hecho de que el inductor y el cooperador necesario sean *considerados* autores por el art. 28—aunque en realidad no lo son—, tiene la consecuencia de que también puede *considerarse que cometen* el delito—aunque en sentido estricto no lo cometan.

#### 4. La inducción

La inducción se halla prevista en el art. 28, a) CP. Según este precepto «también serán considerados autores» «los que *inducen* directamente a otro u otros a ejecutarlo» (el hecho). Se castiga, pues, al inductor con la misma pena del verdadero autor, lo que no empece a que materialmente constituya una forma de participación, accesoria del hecho del autor—a diferencia de lo que sucede con la autoría mediata, que se distingue de la inducción en que supone una posición del hombre de atrás más imponente que la del inductor respecto al ejecutor material.

El art. 28, a) CP no ofrece un concepto de inducción. **Inducción es la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo de autoría doloso o imprudente.**<sup>37</sup> Debe distinguirse, pues entre inducción a un hecho doloso e inducción a un hecho imprudente.

A) La inducción a un hecho doloso requiere los siguientes elementos: a) Objetivamente, la causación objetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo doloso de autoría; b) subjetivamente, que dicha causación sea dolosa.

a) El tipo objetivo de la inducción puede descomponerse en las dos partes siguientes: a') la causación de la resolución criminal; b') la realización del tipo de autoría.

a') El inductor debe **causar** la resolución criminal en otra persona.<sup>38</sup> Ello significa que su actuación debe ser *condicio sine qua non* de la resolución delictiva del autor.<sup>39</sup> No es inductor el que incide sobre alguien que estaba ya previamente decidido a cometer el hecho (sujeto éste al que se conoce con la expresión de «*omni modo facturus*»).<sup>40</sup> No basta tampoco en este caso que se *refuerce* con consejos la resolución del que de todos modos iba a delinquir.<sup>41</sup> Tampoco es suficiente inspirar los *accidentes*, los *procedimientos* o las *circunstancias modificativas* del delito, si ello no afecta a la calificación del delito que el autor ya quería cometer. *Ejemplo*: A convence a B de que es preferible que lleve armas para cometer el delito de robo

37. Sobre el concepto y estructura de la inducción vid. Baldo, ADPCP 1989, pp. 1093 ss. También SSTs 25 jun. 85, 11 en. 89, 10 nov. 94.

38. Sobre las características de esta relación, de causalidad psíquica, cf. Baldo, ADPCP 1989, pp. 1099 ss. 39. Sobre el grado de definición que debe exigirse a una tal resolución (identidad de la resolución) vid. Baldo, ADPCP 1989, pp. 1096 ss.

40. Cfr. Maurach, Tratado II, p. 373; Jeschke, Tratado p. 959. También la doc. y jurisprud. españolas: cf. Mir Puig, Adiciones, p. 974; Ruiz Antón, Agente, pp. 214 s. Si se admite, en cambio, inducción cuando se consistente en pagar el precio solicitado por quien se ofrece a cometer el delito por dicho precio: así Maurach, ibidem. Sobre todo esto Baldo, ADPCP 1989, pp. 1103 ss.

41. Pero puede concurrir complicidad psíquica: vid. Baldo, ADPCP 1989, pp. 1103 ss.

con intimidación que éste ha decidido cometer previamente. La contribución de A no puede considerarse inducción, sino cooperación moral.<sup>42</sup>

55 La causación debe ser **imputable objetivamente** al inductor, lo que no sucederá si no era previsible que surgiría la resolución criminal en el otro, o si ésta no resulta realización del riesgo creado por el influjo psíquico.

56 *Ejemplos:* Una mera alusión elogiosa a un delincuente motiva al que escucha a seguir su ejemplo; alguien se limita a decir, sin insistir especialmente, «yo lo mataría».

57 La causación de la resolución de delinquir debe tener lugar mediante un **influjo psíquico** (SSTS 26 mayo 76, 15 dic. 78). Significa que no constituye inducción, sino en su caso cooperación, la causación de la resolución por el procedimiento de facilitar objetivamente la comisión del hecho.<sup>43</sup>

58 *Ejemplo:* Sabiendo del odio de A hacia B y su deseo de venganza seriamente expresado, C regala a A un arma de fuego esperando que despierte en A la idea de emplearla contra B, cosa que, como era de prever sucede; hay que suponer que, pese a su predisposición general A no había decidido todavía matar a B. En casos como éstos podría decirse que la inducción no tiene lugar «directamente», como exige el art. 28, a) CP, sino *indirectamente*.

59 El influjo psíquico podrá consistir en un consejo, una solicitud, una provocación, etc.; siempre que posean la suficiente intensidad para que aparezca como *adecuada* y pueda fundar la imputación objetiva. La presencia de premio o promesa reforzará en este sentido el influjo psíquico, pero también la mera autoridad moral, la influencia en la personalidad del autor, la insistencia, la amenaza, etc.

60 *Ejemplos:* Tras reiteradas solicitudes, la mujer casada convence al amante, que al principio se resistía, a que dé muerte al marido. A ofrece una cantidad de dinero a B para que mate a C.

61 El Código exige que la inducción sea: «directa». Una primera consecuencia de esta exigencia ha sido ya sugerida: la influencia en la psique del autor *no* ha de tener lugar *por medios no psíquicos*. Una segunda consecuencia se ha visto en la

42. Así en contra de la jurisprud. alemana, un amplio sector doc.: cf., a favor, Jescheck, Tratado, p. 959; Benmann, Galles-Fest., p. 279. En contra, Streif, Heintz-Festl., pp. 291 ss.; Erika Stork, Anstiftung, p. 175. En la doctrina española cf. Baldo, ADPCP 1989, pp. 1106 ss.

43. Así Jescheck, Tratado, p. 957; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 846; Ruiz Antón, Agente, p. 217; Baldo, ADPCP 1989, pp. 1097 ss. En contra Herzberg, Täterschaft, pp. 146 ss.

necesidad de que la inducción determine a realizar un *delito concreto*<sup>44</sup> y a un *ejecutor determinado*,<sup>45</sup> no bastando una mera provocación a delinquir en general o dirigida a una masa indeterminada de personas. Ver STS 11 en. 89.

Ésta es la diferencia que existe entre la conducta de «inducción» y la de «provocación» del art. 18 CP. Por esta vía puede confirmarse, por otra parte, el rechazo que encuentra en la doctrina española la «inducción en cadena»,<sup>46</sup> esto es, el inductor a otro a que induzca a su vez a otra persona a ejecutar el hecho —la cadena puede prolongarse más—. Como la doctrina alemana,<sup>47</sup> el TS ha aceptado esta figura como forma de inducción al hecho ejecutado, no como inducción al tipo de inducción. Mas precisamente a aquella construcción es a lo que se opone la exigencia de que la inducción sea «directa». El inductor del inductor sólo induce «directamente» a una inducción, no al delito ejecutado; pero esta inducción a la inducción, no cabe en el art. 28, a), que exige que se induzca a «ejecutar» un hecho principal (no de participación), cosa que del mismo artículo se deriva que no hace el inductor. El inductor del inductor debe castigarse como *cooperador necesario* en el delito ejecutado.<sup>48</sup> Nada se opone, en cambio, a admitir la **inducción mediata**, puesto que en ella se atribuye como obra propia al hombre de atrás la inducción *directa* que efectúa el instrumento. Cabe también, claro está, la **coinducción** y la **inducción accesoria** (paralelos de la coautoría y la autoría accesoria).

¿Es posible la **inducción por omisión**? La doctrina dominante lo niega<sup>49</sup> y, ciertamente, no es lo mismo inducir a delinquir que no impedir la aparición en otro de la resolución delictiva. Esto último sólo será punible, si se admite, como cooperación por omisión.

b) Es preciso que el **inducido realice un tipo doloso de autoría**. Sabemos que un «tipo de autoría» es aquel cuyo sujeto recibe el nombre de autor, en contraposición a los «tipos de participación». El «hecho» a que se refiere el art. 28 ha de ser un tipo de autoría. Ya se ha visto que no cabe la inducción a la inducción, y en general no es posible la inducción a un tipo de participación (así, tampoco cabe

44. Pero basta que se determinen los rasgos esenciales configuradores del hecho. Cf. Baldo, ADPCP 1989, pp. 1094 s.

45. Cf. Cuello Calón, PG, p. 677; Antón Oneca, PG, p. 439; Rodríguez Devesa, PG, p. 762. Vid. SSTS 22 dic. 34, 25 jun. 62. Consideran suficiente que la inducción se dirija a un círculo de destinatarios individualizable. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 853; Baldo, ADPCP 1989, p. 1094.

46. Cf. Mir Puig, ADPCP 1973, pp. 362 s.

47. Cf. Jescheck, Tratado, p. 957. Sobre el tema ver D. Meyer, Jus 1973, pp. 755 ss. También admite así la inducción en cadena Rodríguez Devesa, PG, p. 762.

48. Así Gimbernat, Autor, pp. 329 ss.; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 862; Mir Puig, Adiciones, p. 973.

49. Así Grünwald, GA 1959, p. 122; D. Meyer, MDR 1975, p. 982; Antón Oneca, PG, p. 440. La admiten Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 851 s. y STS 30 ene. 45.

la inducción a la cooperación) ni a uno de los «actos preparatorios punibles» (arts. 17 y 18), porque comparten la esencia de la participación. Importa ahora destacar la necesidad de que el inducido lleve a cabo la realización del tipo de autoría objeto de la inducción. Mas como un tipo de autoría puede serlo tanto uno de los previstos en la Parte Especial como delito consumado, como una forma de imperfecta ejecución de los mismos, la inducción cabrá tanto respecto a un **delito consumado** como a una **tentativa**. En ambos casos se produce un «hecho» en el sentido del art. 28.

65 *Ejemplo:* A induce a B a matar a C; B dispara sobre C, pero yerra el tiro y no consigue dar muerte a C. Hay inducción punible sobre la base de la tentativa.

66 ¿Qué ocurre si el hecho no se empieza siquiera a ejecutar?

67 *Ejemplos:* A no logra, pese a sus reiteradas solicitudes, hacer surgir en B la decisión de matar a C (la llamada «**inducción fracasada**»); A logra convencer a B de que mate a C, pero en el último momento B se echa atrás y abandona su propósito (la llamada «**inducción no seguida de resultado**»)<sup>50</sup>

68 Estamos, en ambos casos, ante una **tentativa de inducción**. En Alemania se castigase solamente (§ 30 I StGB). En nuestro Derecho las formas de participación sólo pueden castigarse en fases anteriores a su consumación (no a la consumación del hecho principal, sino a la consumación del hecho de la participación) en cuanto supongan proposición o provocación para delinquir especialmente penadas (arts. 17 y 18 CP).<sup>51</sup> La tentativa de inducción dará lugar a la «**proposición**».

69 b) El **tipo subjetivo** de la inducción a un **delito doloso** requiere el **dolo** en el inductor. Se entiende que concurre cuando el inductor no sólo quiere causar la resolución criminal en el autor, sino que también quiere que éste realice efectivamente el hecho (**doble dolo**).

70 Ello permite negar la punibilidad del **agente provocador** que piensa impedir a tiempo la lesión o puesta en peligro correspondiente.<sup>52</sup>

71 *Ejemplo:* Para detener a B el policía A le induce a intentar un delito, pero confiando en impedirlo antes de su consumación. Suele admitirse que plantea una problemática

50. Vid. asimismo Balldó, ADPCP 1989, pp. 1091 ss.; el mismo, en: Silva/Corcoy/Balldó, Sistema de casos prácticos de Derecho Penal, Parte General, con soluciones, 1993, pp. 149-150.

51. Vid., con ulteriores referencias, Mir Puig, ADPCP 1975, pp. 363 ss.

52. Sobre el tema cfr. las obras de Calafano, Köpper (1974), Lüderssen (1974), Muñoz Sánchez, Ruiz Antón (1982) y Stratenwerth, cit. en la bibliografía. En este sentido SSTS 14 jun. 93, 2 jul. 94, 20 mayo 97.

materialmente análoga la provocación incluso de la consumación, si se trata de un delito en que la consumación formal no supone todavía la lesión o puesta en peligro y se espera poder impedir éstas (así, en el delito de tráfico de drogas: el policía espera a la consumación de la entrega de droga para detener al vendedor)

72 Es mayoritaria la solución de no considerarlo punible, por falta de dolo de que se consume el delito (o, en su caso, por analogía *in bonam partem*, por falta de voluntad de que se materialice la lesión o puesta en peligro del bien jurídico). En nuestro país, no obstante, se ha admitido la punibilidad del provocador, aunque no pretenda que se llegue a la consumación, salvo que el agente provocador haya eliminado de antemano toda posibilidad de consumación (ausencia de peligro).<sup>53</sup> Este planteamiento sólo podría aceptarse si se considera suficiente la voluntad del agente provocador de que el provocado *intente* la consumación en términos en que la **tentativa** sea punible. Mas si el fundamento del castigo de la participación (la inducción lo es) es el **favoritismo doloso**, la voluntad de favorecer efectivamente dicha lesión —distinta será la situación dentro de la lesión del bien jurídico por el autor, subjetivamente habrá que requerir para la inducción dolosa, la voluntad de favorecer efectivamente dicha lesión— distinta será la situación del autor—. Como el agente provocador no quiere que el autor produzca la lesión, no puede ser castigado como inductor doloso.<sup>54</sup> Sólo así cabe explicar la solución correcta en caso de que el provocado consiga, contra la voluntad del provocador, consumar el delito: sería absurdo afirmar entonces inducción **dolosa** del agente provocador a una lesión que *no ha querido*; lo acertado es castigarle en tal caso como autor (accesorio) de un **delito imprudente**,<sup>55</sup> salvo que la consumación fuera absolutamente imprevisible de antemano.

73 ¿Basta el **dolo eventual** para la inducción? La doctrina entiende que sí. *Ejemplo:* 73 A cuenta a B las continuas infidelidades de su esposa C sin pretender directamente que ello lleve a B a agredir a C, pero sabiendo perfectamente y aceptando que tal cosa puede suceder fácilmente habida cuenta del carácter y el comportamiento habitual de B, en efecto, éste causa a C lesiones graves.

74 En cualquier caso, el dolo del inductor constituye el límite de su responsabilidad en concepto de tal en caso de **exceso del inducido** (cuando éste realiza un delito más grave o distinto a aquél a que se pretendía inducir).<sup>56</sup> Mas ello no obsta, según

53. Así Cuello Calón, PG, p. 670; Antón Oneza, PG, p. 440; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 855. Por la punición con carácter general Rodríguez Devesa, PG, p. 764. En cambio, la jurisprudencia absolvió al agente provocador, aunque distingue entre los casos que denomina de «delito provocado», en los que se suscita la idea criminal en quien no estaba ya predispuerto, y aquellos otros (frecuentes en el tráfico de drogas) en que se trata sólo de conseguir la prueba de una actividad delictiva habitual. En el primer caso la jurisprudencia absolvió también al inducido, mientras que en el segundo lo castiga. Ver SSTS 20 mayo 97, 16 jul. 99. Cfr. García Valdés, Cuadernos de Derecho Judicial, 1993, pp. 246 s. En el caso de las drogas, todo ello se aplica aunque suele llegarse a la consumación, porque ésta se considera entonces intrínsecamente formal.

54. Así Ruiz Antón, Agente, p. 267 ss.

55. Solución absolutamente dominante: cfr. Ruiz Antón, Agente, pp. 278 ss. (la admite en p. 284); Muñoz Sánchez, Agente, p. 69.

56. Cfr. p. ej. Antón, PG, p. 438; Mir Puig, Adiciones, p. 974; Rodríguez Mourullo, Comentarios I, p. 856; Balldó, ADPCP 1989, pp. 1113 ss.

una parte de la doctrina, a la posibilidad de que pueda castigarse por imprudencia por el exceso, si éste era previsible.<sup>57</sup>

75 B) La **inducción a un hecho imprudente** es posible si se admite la participación en hechos de esta naturaleza. Requiere el mismo **tipo objetivo** que la inducción a un hecho doloso, salvo que la causación de la decisión del autor no ha de ser una decisión de delinquir, sino de realizar una conducta imprudente, y que, en consecuencia, el autor no debe llevar a cabo tampoco un hecho doloso, sino un hecho imprudente (de autoría). En el **tipo subjetivo**, en lugar del dolo debe concurrir en el inductor la voluntad de inducir a realizar la conducta imprudente. No cabe una inducción *por* imprudencia, sin voluntad de inducir.

76 *Ejemplos:* El acompañante induce al conductor a conducir a una velocidad temeraria lo que produce una colisión grave. Hay inducción a un hecho imprudente. A no advertir que, al contarle a B las infidelidades de su esposa C, le hace surgir la idea de matar a ésta lo que acaba haciendo. No hay inducción.

### 5. La cooperación

77 A) Es característica del CP la distinción de dos clases de cooperadores: el **cooperador necesario**, equiparado al autor aunque realmente no lo sea, y el **cómplice** en sentido legal estricto. Alude la ley al primero diciendo que «también serán considerados autores: b) Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado» (art. 28, b CP). «Son cómplices —declara el art. 29 CP— los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos». La **delimitación de ambas figuras** constituye el principal problema práctico en esta materia (sobre la distinción de la coautoría en sentido estricto y la cooperación necesaria *cf. supra* I, 2 B). De una u otra calificación depende que se castigue al cooperador como al verdadero autor o con la pena inferior en grado.

78 En la interpretación de la fórmula del art. 28, b) ha oscilado la doctrina española entre un **punto de vista abstracto y otro concreto**. Desde el primer punto no basta para la cooperación como afirmam los partidarios de la perspectiva concreta en que se manifestó el hecho, el hecho no hubiera podido efectuarse tampoco bajo otras circunstancias. No obstante, nadie llega en realidad a mantener un punto de vista rigurosamente concreto, que conduciría a dejar

57. *Cf.*, en la doctrina española: Baldo, pp. 117 ss.; Gómez Benítez, PG, p. 513; Rodríguez Mourullo, Comentarios I, p. 859, nota 77.

sin contenido en la gran mayoría de los casos a la complicidad. La diferencia debe fijarse, pues, en base al grado más o menos elevado de abstracción que se maneja.<sup>58</sup>

Dos criterios principales se han propuesto para superar la inseguridad que supone la situación descrita. Por una parte, se arranca del punto de vista concreto pero requiriéndose sólo la necesidad de la cooperación para la **producción del resultado**, sin requerir además que resulte necesaria para las **modalidades de la acción**.<sup>59</sup> Por otra parte, se atiende a la **escasez** de la aportación para decidir la calificación de cooperación necesaria o complicidad: si la aportación constituye un «bien escaso» para el autor en su situación concreta, constituirá cooperación necesaria, si no lo es, complicidad.<sup>60</sup>

79 Ambas perspectivas, que pueden matizarse, me parecen compatibles porque **80** fundamentalmente apuntan a aspectos distintos del problema.

Mientras que la primera posición trata de determinar los aspectos del hecho de los que debe ser condición la cooperación (responde a la cuestión: *¿para qué debe ser necesaria la cooperación?*), la segunda posición ofrece un criterio para decidir cuándo la misma debe considerarse condición del hecho (responde a la cuestión: *¿qué se entiende por necesidad de la cooperación?*). La solución del problema debe combinar aspectos acertados existentes en las dos posiciones. La primera acertata al distinguir entre el «*si*» y el «*cómo*» del hecho (mejor que entre el «*resultado*» y las «*modalidades de la acción*», distinción que sólo apunta a los delitos de resultado), pero a condición de que se entienda por el «*si*» del hecho la realización de los elementos típicos (*el «hecho» como tipo*) dentro del tiempo en que persiste (y no ha sido abandonada entre tanto) la resolución criminal originaria, y se incluyan en el «*cómo*» sólo aquellas circunstancias ejecutivas irrelevantes para la individualización del tipo. Así, p. ej., aun existiendo otras armas que permitirían un «*homicidio*», la aportación de un medio alevoso como el veneno puede resultar necesaria para el «*si*» del asesinato, aunque verse sobre las modalidades de la acción; en cambio, la aportación de un arma que no variase la calificación de asesinato que determinarían también las demás armas utilizables por el autor, no sería necesaria para este delito. La segunda posición (*teoría de los bienes escasos*) tiene razón al situar el punto de mira *ex ante*, porque nunca podrá saberse con seguridad si luego el autor hubiera podido o no cometer el delito sin la cooperación. En cuanto al criterio de

58. Sobre esta, con completa referencia bibliogr., *cf.* Gimbernat, Autor, pp. 131 ss. El TS acoge una perspectiva preferentemente concreta (*cf. ibidem*). Sobre el punto de vista concreto, *cf.* SSTS 6 oct. 81, 19 en. 88, 6 oct. 89, 3 jun. 91, 23 sep. 2001.

59. Así Antón Oñeta, PG p. 441; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 872 ss., distinguiendo más acertadamente entre el «*si*» y el «*cómo*» del hecho, e incluyendo en el «*si*» del hecho su realización en el momento histórico concreto elegido, que quedaría descartada por su aplanzamiento (p. 875).

60. Así Gimbernat, Autor, pp. 152 ss. *Cf.* SSTS 29 dic. 69, 21 en. 70, 29 oct. 70, 20 dic. 71, 1 mar. 72, 19 mayo 75, 18 nov. 77, 26 en. 84, 19 mayo 95, 12 jul. 95, 29 sep. 2000, 5 feb. 2001. En su Introducción, Gimbernat evita la terminología de «*bienes escasos*», criticada por Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 874, y formula su posición más precisamente diciendo que «lo único decisivo es si la aportación ha de considerarse, *ex ante*, como de gran importancia para la ejecución del delito». p. 145. También así la STS 12 feb. 97. Rodríguez Devesa, PG p. 768, propone otra fórmula: «La actividad desplegada por un cooperador en el delito será necesaria (imprevisible) cuando ninguno de los que en él tuvo intervención hubiera podido sustituirle». Crítica, con razón, esta limitación a la posibilidad de sustitución por los que intervienen en el hecho Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 875, nota 20.

la «escasez», es útil para auxiliar a decidir si la aportación se presentaba (*ex ante*) ante los ojos del espectador objetivo, atendido el plan del autor, como *conditio sine qua non* de la realización del tipo. Pero lo decisivo es en cualquier caso, según impone la fórmula del art. 28, b, la constatación (por aquí o por otro medio) de que *ex ante* pareciera la cooperación como necesaria.

82 La jurisprudencia ha decidido la distinción de autoría (en el sentido legal amplio del art. 28) y complicidad accudiendo al criterio de existencia o no de *acuerdo previo* (así SSTS 16 oct. 81, 25 sept. 93, 10 oct. 95), junto a los de la mayor o menor *importancia causal* de la contribución (así SSTS 23 febr. 79, 13 dic. 79, 12 jul. 95) y de «rareza, escasez y dificultad» (STS 10 abr. 81 y 4 oct. 82, 12 jul. 95). Pero el acuerdo previo puede concurrir también en la complicidad, por lo que no puede constituir un criterio de diferenciación. La STS 5 feb. 2001 declara que el TS viene afirmando, desde la STS 11 junio 99, que mientras que la actividad del cómplice es secundaria, accesoria o auxiliar, el cooperador necesario aporta: 1) una *conditio sine qua non* del delicto; 2) que constituye un bien escaso; y 3) que implica dominio del hecho porque su retirada impediría el delito. Así también STS 27 sep. 2001.

83 En la práctica se plantea con frecuencia la cuestión de la calificación de los actos de vigilancia. El TS los califica como «autoría» (sin aclarar generalmente si es en sentido legal o doctrinal) cuando entran en el plan o proyecto de ejecución de los delitos contra la propiedad (STS 23 febr. 79. Ver también STS 8 jun. 85). Constituirán generalmente verdadera coautoría (art. 28, primer párrafo), y no sólo cooperación necesaria (art. 28, b), si tienen lugar durante la ejecución<sup>61</sup> (*vid. infra*, B b).

84 B) a) Ni el art. 28, b) ni el 29 CP precisan los medios por los que pueden tener lugar los actos de cooperación. Se discute si tiene cabida en ésta la de naturaleza *psíquica* (o moral)<sup>62</sup> o sólo la *material*, y si puede tener lugar por *omisión* o únicamente por *actos positivos*.<sup>63</sup>

85 Ambas cuestiones dependen de la interpretación que se dé al término «actos» empleado por la ley para referirse a la cooperación. *Psíquico-criminalmente es preferible la interpretación amplia*. Gramaticalmente la misma no plantea problemas en orden a la *cooperación psíquica*, puesto

61. La STS 21 febr. 89 sostiene la presencia de coautoría según el anterior art. 14, 1º en quien espera en un vehículo durante la ejecución de un robo: ver el comentario de Baldo y otros, P] n° 27, pp. 189 ss. Ver SSTS 5 feb. 92 y 10 feb. 92.

62. En contra Antón Oneca, PG, pp. 459 s. A favor Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 879, 894. Ferrer Sana, Comentarios, II, p. 59; SSTS 30 en. 45, 17 oct. 61, 22 mar. 66, 8 feb. 64, 13 nov. 92.

63. A favor Córdoba Roda, Noms, II, p. 345; Quintano Ripollés, Comentarios, pp. 267, 275; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 879, 892 ss., insistiendo en la necesidad de posición de garante; las SSTS 10 dic. 82, 28 oct. 83, 26 en. 84 hablan de «omisión comisiva» para referirse a la posibilidad de los intervinientes para facilitar el hecho del autor. La STS 31 en. 86 admite que tanto la cooperación necesaria como la complicidad pueden tener lugar por omisión si concurre posición de garante. Ver el comentario de Luzón Peña, Poder Judicial 1986, pp. 73 ss. En la misma línea STS 8 oct. 91, con comentario de Díaz y García P] 24 (1991), pp. 203 ss. También SSTS 12 jun. 92, 13 nov. 92, 15 jun. 94, 27 en. 95, 11 mayo 99, 9 oct. 2000. En contra Antón Oneca, PG, pp. 424 s.

que ésta también tiene lugar por los actos físicos que les sirven de vehículo (el consorcio o el asesoramiento suponen *por lo menos* el acto de hablar y con frecuencia muchos otros, como el de acudir a una entrevista en un determinado lugar). Más difícil es admitir la *cooperación por omisión*. No es cierto que la palabra «acto» pueda interpretarse literalmente como *comprehensiva del no actuar*, pues «acto» procede del verbo latino *ago* de significado inequívocamente *activo* (término éste del mismo origen). Sólo cabría entender que permite la omisión en la medida en que se acepte que también toda omisión tiene lugar mediante un comportamiento *socialmente positivo* distinto al esperado, comportamiento que en general es *físicamente activo*.<sup>64</sup> Pero no siempre lo es, en cuyo caso la única solución satisfactoria requeriría una interpretación extensiva del término «acto» en el sentido de comportamiento *socialmente positivo*. En todo caso, para que la cooperación omisiva equivaiga a la activa será necesaria *posición de garante* en el cooperador.

b) En cuanto al momento de la participación, según la distinción propuesta *supra* I, 2 B, la cooperación necesaria del art. 28, b CP debe tener lugar en la fase preparatoria o, si es simultánea a la ejecución del hecho, no ha de constituir una parte esencial del plan global de realización del mismo, pues de otro modo daría lugar a la auténtica coautoría del art. 28, primer párrafo CP. La cooperación necesaria durante la fase ejecutiva será, pues, excepcional, ya que su carácter necesario la erigirá en principio en coautoría en sentido estricto.<sup>65</sup> En cambio, no existe ninguna dificultad para que la «complicidad» del art. 29 CP, pueda prestarse tanto mediante actos anteriores (preparatorios) como simultáneos, según expresamente prevé la ley. Se admite generalmente que la *promesa de favorecimiento posterior* a la consumación, cuando es hecha con anterioridad al delito, constituye también cooperación y no encubrimiento.<sup>66</sup>

c) ¿Es precisa la relación de causalidad entre la complicidad y el delito cometido?<sup>67</sup> La doctrina española y el TS parecen convenir en que no es precisa una propia causalidad condicionante del resultado, sino que basta para la cooperación un favorecimiento eficaz del hecho.<sup>68</sup> El TS excluye la complicidad cuando la ayuda no refleja su eficiencia en el hecho.<sup>69</sup>

64. Cfr. Mir Puig, Función, pp. 53 ss.

65. Cfr. Roxin, Libro-Homenaje al Jímenez de Asúa, p. 66. Pero no cabe descartar por completo la posibilidad de una cooperación necesaria durante la ejecución que no llegue a constituir parte esencial del plan, pero durante en el supuesto de cooperaciones marginales prestadas lejos del lugar de ejecución del tipo —que admite la misma, que no obstante su carácter secundario el autor pone como condición de su actuación criminal. Ver también el caso de la STS 2 abr. 92.

66. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 445; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 891; Ferrer Sana, Comentarios, II, p. 333. En contra, acertadamente, de la posibilidad de una ayuda no pactada previamente que tenga lugar después del comportamiento del autor pero antes del agotamiento del delito —que admite la doc. dom. alemana—. Rudolph, Jeschke-Fest., pp. 575 s., 579.

67. Cfr. las obras de Class, Dreher, Rutkowski, Salomon, Samson, Spendel y Vogler, cit. en la bibliogr. 68. Cfr. Gimbernat, Autor, pp. 170 ss., 209, 211; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 890; SSTS 13 dic. 79, 31 mayo 85, 5 feb. 2001. En cambio, STS 13 nov. 92 exige relación de causalidad.

69. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 890. Sobre la exigencia de una contribución eficaz, facilitadora, SSTS 21 en. 87 y 26 febr. 87 y 3 nov. 92.

- 88 Todo depende, claro está, del concepto de causalidad que se maneje. Si se considera suficiente, como hace Jescheck, la «causalidad fortalecedora», consistente en el mero *facilitamiento* de la producción del resultado,<sup>70</sup> las diferencias reales entre la exigencia de causalidad y la opinión española reseñada se diluyen en la *cooperación activa*. En ambos casos se excluyen de la complicidad los casos en que alguien aporta un medio de cooperación no incorporado en definitiva al plan de ejecución, salvo que la contribución haya servido para reforzar la decisión criminal (complicidad psíquica).

89

*Ejemplo:* La bicicleta prestada por A no le parece conveniente a B, quien prefiere utilizar una motocicleta. No hay complicidad. Si la habría si el plan dejase para el último momento a la vista de los últimos detalles, si había que utilizar o no la bicicleta y al final no pareciese oportuno usarla. Ahora bien, por lo que respecta a la cooperación omisiva es preferible la terminología española del «favorecimiento», porque en la omisión no puede hablarse de ninguna forma de causalidad efectiva.

- 90 C) El TS admite la punición de la *cooperación necesaria imprudente*, pero no la de la *complicidad imprudente*, exigiendo en este caso constantemente la concurrencia de dolo (SS. 15 abr. 1889, 19 febr. 1935, 19 oct. 1943, 10 mayo 1968, 16 oct. 89, 21 mar. 97).<sup>71</sup> Ello resulta abonado por el nuevo sistema de incriminación cerrada de la imprudencia en el actual CP, que impide castigar hechos imprudentes que no se hallen previstos expresamente por la ley: el Código no castiga expresamente la complicidad imprudente.<sup>72</sup> Como en la inducción, para la cooperación dolosa se requiere la presencia de *doble dolo*, referido al acto de cooperación y a la ejecución del hecho principal (SSTS 13 nov. 92, 24 mar. 93). Basta también el *dolo eventual*. Debe subtrayarse que para el dolo requiere la jurisprudencia el conocimiento del *carácter delictivo*, sin el cual la participación se estima impune (SSTS 13 febr. 1963, 28 jun. 1963, 16 oct. 89).<sup>73</sup>

- 91 D) Es necesario que, por lo menos, se haya iniciado la ejecución (*tentativa*) del hecho para el cual se presta la cooperación. Así se desprende de la interpretación del término «hecho» que la doctrina coincide en proponer para la inducción y que utiliza la ley también para la cooperación necesaria y la complicidad (cfr. *supra*, 4 A a b').

70. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 965, basándose en Class, Op. cit., pp. 114 ss., y Dreher, op. cit., p. 555.  
71. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 895 s., quien, pese a entender que en nuestro Derecho no existe obstáculo alguno para la punición de la complicidad culposa, cree quizás explicable su negación por la jurisprudencia por la escasa gravedad de dicha figura.

72. En cambio, la redacción de los tipos imprudentes de la Parte Especial (como el de homicidio imprudente, que no requiere «matar», sino algo más amplio como el «causar la muerte») puede permitir incluir en ellos la inducción y la cooperación necesaria (cfr. *supra*, Lec. 14, I 4 E a). Sólo en parte coincide, pues, con Luzón, Curso, p. 507. Concidémoslo, en admitir la punibilidad de la complicidad dolosa (queriendo la lesión) en un delito imprudente (*ibidem*, p. 509, y *supra*, II 3 B).

73. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 895.