

Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal(*)

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza

El concepto de autor en el Código penal vigente

El legislador español de 1848 quiso formular en el artículo 14 del Código penal (1) un concepto jurídico de autor (2). Se inspiró, para ello, en dos viejas doctrinas que se remontan a los juristas italianos de la Baja Edad Media y que tuvieron gran difusión en toda Europa, en los siglos XVII, XVIII y XIX: la concepción del inductor, como autor moral, que era equiparado al autor material (*quod quis per allium fecit, per se ipsum facere videtur*) (3) y la teoría de la causa necesaria o del cómplice principal. Con arreglo a esta última teoría, el cómplice principal, es decir, aquel que coopera a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera efectuado (*quod causam dedit delicto*) debía ser equiparado al autor material. De él se distingue el cómplice menos principal o secundario (*quod causam non dedit*), que era castigado

(*) Texto de la ponencia, con algunas modificaciones, presentada en el Seminario Hispano-Germánico sobre la reforma del Derecho Penal, organizado por la Universidad Autónoma de Barcelona y el Instituto Alemán, celebrado en Bellaterra en los días 5, 6, 7 y 8 de marzo de 1979.

(1) De acuerdo con este precepto: "Se consideran autores: 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho; 2.º Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo; 3.º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado".

(2) Véase mi art. *Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1974, págs. 636-7, publicado también en castellano, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1975, fas. 1.º, págs. 42-3.

(3) Véase V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, reimpression, Scientia Verlag Aalen, 1971, 1, pág. 97 y 2, págs. 442 y ss.; PESSINA, *Elementi di Diritto Penale*, volume primo, Nápoles, 1882, págs. 270 y ss.; y F. Ch. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker-Humblot, Berlín, 1965, páginas 17 y 22 y 27 y ss.

con una pena inferior (4). Así vemos que Pacheco, siguiendo a Rossi, distingue el concepto de codeflicuencia o participación principal, donde incluía al autor directo, el inductor y el cooperador necesario, del de participación secundaria o complicidad (5). En el Código bávaro de 1813, citado textualmente por Rossi, se dispone en el artículo 45 (5.^a): «No sólo, I El que comete el delito por medio de su fuerza corporal y sus actos, sino también II, El que presta al ejecutor, antes o durante la ejecución, con la intención de que el delito se cometa, una ayuda tal, sin la cual a éste no le hubiera sido posible realizar el hecho; por último, III, Todos aquellos, que con intención antijurídica han movido a otros a la comisión y ejecución del delito, deben ser castigados como autores (Urheber) del mismo».

Nuestro legislador formuló en el artículo 14 un concepto jurídico de autor y usó la expresión «se consideran autores» para subrayar la disconformidad entre el concepto legal y el vulgar (6).

Sin atender al origen histórico del precepto, que estaba completamente olvidado, y sin necesidad de recurrir, pues, expresamente a una interpretación objetiva, los penalistas españoles consideran hoy, sin excepción, que en el artículo 14 no se ha querido formular un concepto jurídico de autor, sino sólo indicar a quiénes se castiga como autor, es decir, a quiénes se considera autores a efectos de aplicación de la pena. Es, pues, tarea de la doctrina y de la jurisprudencia determinar quiénes son realmente autores, entre los codeflicuentes mencionados en los tres números del artículo catorce.

La mayor parte de nuestros penalistas estiman que sólo son autores los comprendidos en el número primero del artículo 14 («Los que toman parte directa en la ejecución del hecho»), precepto que interpretan en el sentido de la teoría objetivo-formal

(4) Véase V. HIPPEL, *lug. cit.*; PESSINA, *lug. cit.*, y ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a edic., Hamburgo, 1967, págs. 38 y ss.

(5) Véase PACHECO, *Estudios de Derecho Penal*, 5.^a edic., 1887, páginas 214 y ss. y ROSSI, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de Cayetano Cortés, II, 1839, págs. 162-4 y 175 y ss.

(6) Dice Pacheco, al comentar la expresión "se consideran autores", con que empezaba el art. 12 (hoy 14): "No sin motivo se ha empleado esa expresión extraña que señalamos en este instante. La ley la ha creído sin duda más exacta y más propia y nosotros somos igualmente de su parecer. Cuando la definición legal va a separarse de la común, cuando un término importantísimo, capital, va a tomarse por aquélla en un sentido diverso que el que material y ordinariamente le corresponde; cuando se va a consagrar un sentido extensivo, que no es la acepción en que todos empleamos la palabra: juzgamos bien hecho, bien concebido el escrúpulo y el sistema de la ley. Mejor es en tales casos decir "se considera", fórmula por la cual se reconoce algo convencional o facticio, que decir "son", fórmula que lleva pretensiones de rigor y de exactitud. La Ley, en semejantes casos, no es sólo declaratoria, es creadora también"; véase, PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 5.^a ed., 1881, I, págs. 258-9.

Toma parte directa en la ejecución del hecho el que realiza un elemento del tipo delictivo correspondiente (7).

Discrepan de este criterio, Rodríguez Mourullo y Gimbernat. Según estos penalistas, el número 1.º del artículo 14 representa ya una causa de extensión de la pena. El concepto de autor debe deducirse directamente de los tipos de la Parte Especial. Según Rodríguez Mourullo, de los tipos de la Parte Especial se deduce que autor es el que realiza de un modo inmediato o mediato, con su conducta, *todos* los elementos del tipo. En el número 1.º del artículo 14 se extiende la pena de los autores a los que realizan sólo uno o parte de los elementos del tipo (8). Gimbernat considera que de los tipos de la Parte Especial se deduce que autor es el que realiza directa o mediatamente todos o algún elemento del tipo. El número 1.º del artículo 14 extiende la pena de los autores a los que realizan actos de carácter ejecutivo que no representan aún un comienzo de la realización de la acción típica (9). Con arreglo a la opinión de estos penalistas, es posible, pues, castigar como autores, con base en los tipos de la Parte Especial y en el artículo 49 (10), a personas no comprendidas en el artículo 14.

Creo que no es posible, en nuestro Código, castigar como autor a codeficientes no incluidos en alguna de las categorías del artículo 14, aún dentro del marco de una interpretación objetiva, que

(7) Véase, en este sentido, por ejemplo, CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I, Parte General, vol. II, 17.ª edic., 1975, pág. 645; ANTÓN GNECA, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, pág. 433; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid 1963, págs. 245-6; y FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, II, Murcia 1947, págs. 43-4.

(8) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL y CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Ariel, 1972, I, pág. 802 y ya antes en *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid 1966, pág. 287.

(9) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid 1966, págs. 218 y ss. y *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, Z. Str. W., 1968, tomo 80, fas. 4, págs. 920-1 y 932. No me parece correcta la distinción que hace GIMBERNAT (*Autor y cómplice*, págs. 103 y ss.), siguiendo a ROXIN (*Täterschaft und Tatherrschaft*, págs. 302 y ss.) entre acto ejecutivo y realización parcial de la acción típica. Para la existencia de la tentativa se exige en el art. 3.º del vigente Código penal y en el art. 24 del Proyecto de nuevo Código penal español, un principio de ejecución del delito, es decir, un principio de ejecución de la acción descrita en el tipo. El problema de la delimitación de los actos preparatorios y ejecutivos es, pues, el problema de la delimitación de la acción típica (véase el extracto de mi tesis doctoral, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, publicado por la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964, págs. 17 y ss.). Por otra parte, la acción típica no comprende únicamente el núcleo del tipo o los actos consumativos, sino también lo que Beling llamaba la zona periférica representada por los medios o modos de ejecución, cuando estén descritos en el tipo; por ejemplo, las circunstancias calificativas del asesinato (art. 406), del robo con fuerza en las cosas (art. 504), o el empleo de fuerza o intimidación en la violación del núm. primero del art. 429.

(10) Según el párrafo primero del artículo 49: "A los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieran cometido se hallara señalada por la Ley".

prescinda de la voluntad del legislador histórico (que fue la de formular un concepto jurídico de autor). En el artículo 12 se declara que: «Son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1.^a los autores, 2.^a los cómplices, 3.^a los encubridores»; y en el artículo 14 se precisa que se consideran autores a los directos, a los que fuerzan o inducen a otros a ejecutar el delito y a los cooperadores necesarios. No es posible, pues, considerar autores, castigar como autores, a codelincuentes no incluidos en el artículo 14. El artículo 49 es un precepto de referencia, contenido entre las reglas de aplicación de las penas y conectado con los artículos 12 y 14 (11).

El concepto extensivo de autor (12) no ha hallado eco alguno en nuestro país y el concepto subjetivo ha ejercido sólo una influencia limitada en algunos de nuestros penalistas (13).

El concepto finalista de autor es sustentado por Córdoba Roda. Autor es, para él, el que tiene el dominio del acto. El concepto de autor está en función, según Córdoba, del concepto de la acción. «Si la acción es definida como "comportamiento humano, dominado por la voluntad rectora, orientada a un determinado resultado... será perfectamente comprensible que se recurra al criterio del dominio del acto" para circunscribir la esfera de los autores: autor lo es quien ostenta el dominio del acto» (14). Aunque parte de un concepto material de autor, Córdoba considera como Maurach, que es autor todo el que realiza un elemento del tipo (15). Según él, en el artículo 14, donde se declara a quienes se *considera* autores, lo son los del núm. 1.^o. Los del núm. 2.^o, los que fuerzan o inducen, sólo cuando sean autores mediatos. Los cooperadores necesarios tienen siempre el dominio del hecho, según Córdoba, si se refiere la necesidad de su contribución a la realización concreta del hecho (no a la simple causación del resultado crimi-

(11) El art. 49 está situado en la Sección 1.^a que lleva por epígrafe "Reglas para la aplicación de las penas según el grado de ejecución y las personas responsables de las infracciones", del Capítulo IV, "De la aplicación de las penas", del Título III, "De las penas" y los arts. 12 y 14 están situados en el Capítulo Primero del Título II, que trata "de las personas responsables de los delitos y faltas".

(12) Véase H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 3.^a edic., Duncker-Humblot, Berlín 1978, pág. 529, y RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho Penal Español*, Parte General, 5.^a edic., Madrid, 1976, página 572.

(13) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, págs. 42 y ss. y 47 y ss.

(14) Véase CÓRDOBA RODA, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de Maurach, Barcelona, Ariel 1962, II, pág. 310 (nota 3).

(15) Según Maurach, el que realiza un elemento del tipo tiene el dominio del hecho en virtud de una presunción legal irrefragable; véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4.^a edic., Verlag C. F. Müller 1971, pág. 658.

nal) (16). Gimbernat y el Tribunal Supremo español, en varias sentencias, han sustentado la opinión de que el cooperador necesario tiene siempre el dominio del hecho (17).

Esta tesis de que el cooperador necesario tiene siempre el dominio del hecho no es correcta, sin embargo, como ha puesto de relieve Roxin (18). Se basa en una tergiversación de la teoría del dominio del hecho. El dominio del hecho no lo tiene todo el que pone dolosamente una condición de la realización del hecho delictivo. No lo tiene tampoco el cómplice principal. El dominio del hecho lo tiene sólo de un modo aparente el cómplice principal, como señala Roxin. «Una persona que hace posible un hecho», dice Roxin, «que tiene en su mano en este sentido, su realización, no por ello domina el curso de los acontecimientos» (19). Cita los ejemplos del técnico que construye la máquina infernal para que otro delincuente cometa un atentado o del que da la moneda al ladrón para que pague la entrada al museo donde va a sustraer un cuadro. Estas personas no tienen el dominio del hecho, aunque hagan posible la realización de estos delitos. La realización del hecho delictivo tienen que confiarla necesariamente a otra persona, al terrorista o al ladrón. Estos realizan la acción delictiva solos y libremente. La figura del cooperador necesario refleja un enfoque causal —la teoría de la causa necesaria— y es esencialmente diferente del concepto del dominio del hecho. Dentro de los cooperadores necesarios habrá algunos que posean el dominio del hecho y sean en realidad autores (autores mediatos o coautores), pero habrá otros que sean meros partícipes.

Por mi parte, creo que el concepto de autor, en general y el finalista en particular, no se derivan directamente del concepto de la acción, sino de la concepción de lo injusto que inspira el Código.

Autor es, en primer término, todo el que realiza la acción típica o un elemento del tipo, en los delitos dolosos o culposos.

En los delitos culposos realiza el tipo todo el que causa un resultado mediante una acción (cualquiera o determinada) que no responda al cuidado objetivamente debido, siempre que el resultado se haya producido precisamente como consecuencia de:

(16) Véase CÓRDOBA RODA, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de Maurach, Barcelona, Ariel, 1962, II, págs. 310-11 (nota 3).

(17) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, páginas 122-3 y las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1963, 4 de marzo y 5 de junio de 1965, 3 de junio de 1968, 1 de marzo de 1972, 17 de mayo de 1976, 18 de noviembre de 1977 y 23 de noviembre de 1978.

(18) Véase ROXIN, *Tätersthaft und Tatherrschaft*, pág. 301; en el mismo sentido, también RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL y CASABÓ, *Comentarios al Código penal*, I, págs. 877-8.

(19) ROXIN, *Ob cit.*, pág. 301.

la inobservancia del cuidado objetivamente debido; o realiza una acción desconociendo una cualidad de la misma o de su objeto como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (delitos culposos de acción).

En los delitos dolosos es autor todo el que realiza en todo o en parte la acción típica, aunque no tenga el dominio del hecho (20). Roxin considera que el que realiza de propia mano, dolosamente, todos los elementos del tipo tiene el dominio de la acción, que distingue del dominio de la voluntad. Roxin considera, incluso, que tiene el dominio de la acción el que realiza dolosamente, de propia mano, todos los elementos del tipo aunque no actúe libremente. Señala, como ejemplos, los casos en que el sujeto actúa bajo coacción, o impulsado por un estado de necesidad provocado por otro, o es un enajenado, un menor o es víctima de un error de prohibición (21). La distribución que hace Roxin entre dominio de la acción y dominio de la voluntad es, a mi juicio, artificiosa. La voluntad es el factor que impulsa y configura la acción. Si se tiene el dominio de la voluntad se tiene el dominio de la acción.

El que tenga el dominio del hecho será autor aunque no realice un elemento del tipo (autor mediato o coautor) si el Código se inspira en una concepción personal de lo injusto. Este es el caso en el Código penal español en que se castiga la tentativa de delito (incluso la inidónea) y es preciso apreciar la existencia de otros elementos subjetivos de los injusto (22). El que tiene el dominio del hecho aparece entonces, como diría Roxin, como el centro personal de lo injusto. Si el Código se inspira, en cambio, en una concepción objetiva o despersonalizada de lo injusto, como mera lesión o peligro del bien jurídico, todo el que pusiera una condición de la producción del resultado o de la realización de la acción típica sería, en principio, autor. No podría hablarse entonces de un centro personal de lo injusto. Se llegaría a un concepto extensivo de autor, aunque el Derecho partiera del concepto de la acción finalista, pues el juicio desvalorativo de la antijuridicidad recaería

(20) Véase, en este sentido, H. BLEI, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 17.^a edic., 1977, págs. 223 y ss y 228 y ss.; SAX, *Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre. Gedanken Zum Stachynskij Urteil*, Juristenzeitung, 1963, págs. 333 y 337-38; y F. CH. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, págs. 39 y ss., 68 y ss. y 191 y ss.

(21) Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, págs. 127 y ss. y 131 y ss.

(22) Véanse mis artículos *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", julio-agosto 1961, págs. 17 y ss. y 27 y ss.; *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1961, págs. 55 y ss. y 66 y ss.; y *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, Z-Str. W., tomo 84, 1972, fasc. 4, págs. 1034 y ss y 1052 y ss. (publicado también en castellano, *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española*, "Nuevo Pensamiento Penal", año I, núm. 2, págs. 218 y ss. y 233 y ss.).

entonces exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción.

Entre la doctrina y la jurisprudencia española existe, sin embargo, en cuanto al concepto de autor, un considerable y progresivo divorcio. El Tribunal Supremo, aunque ha seguido en numerosas sentencias el criterio de considerar autores, conforme a la opinión dominante en la doctrina, a los delincuentes comprendidos en el núm. 1.º del artículo 14 se inclina cada vez con mayor frecuencia por la teoría del acuerdo previo. Con arreglo a esta teoría, elaborada por el Tribunal Supremo, cuando varios delincuentes se ponen de acuerdo para realizar un hecho delictivo, todos ellos responden en virtud de este acuerdo, como autores, cualquiera que sea su forma de contribución a la realización del hecho. El Tribunal Supremo castiga a todos como autores, con frecuencia como autores directos, aunque no hubieran realizado actos ejecutivos (núm. 1.º del art. 14), otras veces como inductores, por inducción recíproca (núm. 2.º del art. 14) y otras como cooperadores necesarios (núm. 3.º del art. 14), por estimar que si hubo acuerdo previo la cooperación es necesaria (23).

El concepto de autor en el Proyecto de nuevo Código penal

El artículo 32 del Proyecto del futuro Código penal (correspondiente al artículo 14 del Código vigente) dice: «Además de quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro del que se sirven como instrumento, se consideran autores: 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2.º Los que inducen directamente a otros a ejecutarlo. 3.º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado».

En la redacción originaria del Anteproyecto, el artículo 32 (entonces 29) reproducía exactamente el texto del artículo 14 del Código penal vigente. La adición del primer párrafo se debe a la aprobación de una enmienda que presenté con objeto de que se reconociera la figura del autor mediato. Esta innovación me parece reconociera la figura del autor mediato. Esta innovación me parece del autor mediato directamente en los tipos de la Parte Especial; es decir, castigar como autor a un codelincuente no incluido en las diversas categorías del artículo 14. En este precepto sólo se recoge un supuesto muy concreto de autoría mediata, en el número 2.º en el inciso «Los que fuerzan... a otros a ejecutarlo». Se trata de aquellos casos en el que autor mediato se vale de la fuerza

(23) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 54 y ss. y 57 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL Y CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, I, págs. 828 y ss. y las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero, 10 de marzo, 3 de octubre y 10 de noviembre de 1978.

física para utilizar a otra persona como instrumento (24). No siempre es posible incluir los restantes casos de autoría mediata en la inducción o en la cooperación necesaria. No lo es, cuando la conducta del instrumento no es típica o antijurídica (por concurrir una causa de justificación) (25).

La redacción del artículo 32 permite considerar que en el primer párrafo se alude a quienes *son* realmente autores: «quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro del que se sirven como instrumento» (autores directos o mediatos); mientras que, a continuación, se indica a quienes se considera, además, autores a efectos de la pena (causas de extensión de la pena). Esta interpretación no resulta, sin embargo, satisfactoria, pues habría que considerar que no son autores los que toman parte directa en la ejecución del hecho; es decir, los que realizan con su conducta uno o varios, pero no todos los elementos del tipo. Tampoco serían autores los cooperadores necesarios que realicen actos de mero auxilio, no típicos, durante la fase de ejecución, pero que tengan el dominio funcional del hecho, por corresponderles, de acuerdo con el plan delictivo, una contribución independiente, esencial, a la comisión del delito (26). En realidad, en los tres números del artículo 32 se incluyen, de un modo indiscriminado supuestos de

(24) En el art. 13 del Código penal de 1822, al definir a los autores, se incluía una mayor variedad de supuestos de autoría mediata: "Son autores de delito o culpa: Primero: los que libre y voluntariamente cometen la acción criminal o culpable. Segundo: los que hacen a otro cometerla contra su voluntad, ya dándole alguna orden de las que legalmente está obligado a obedecer y ejecutar, ya forzándole para ello con violencia, ya privándole del uso de su razón, ya abusando del estado en que no la tenga; siempre que cualquiera de estos cuatro medios se emplee a sabiendas y voluntariamente para causar el delito y que lo cause efectivamente".

(25) Véase, en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL Y CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, I, págs. 803 y ss. y especialmente págs. 805 y ss. y ya antes en *El autor mediato en Derecho Penal español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1969, fasc. 3.º, págs. 465 y ss.; y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 5.ª ed., Madrid, 1976, pág. 676.

(26) Este criterio, formulado por Roxin, me parece el más acertado para deslindar la coautoría y la participación en el ámbito de los actos de mero auxilio durante la fase de ejecución; véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.ª edic., págs. 265 y ss. y 277 y ss. y mi artículo, *Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, lug. cit., págs. 652-3 (*La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española*, lug. cit., págs. 55-6). Los cooperadores necesarios que realizan actos preparatorios no tienen el dominio del hecho y son, por tanto, meros partícipes. El que realiza un acto preparatorio, por importante que sea, como dice Roxin, llega a un momento en que tiene que dejar en manos de otra persona la realización del delito; véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.ª edic., págs. 292 y ss. y mi artículo, *Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, página 651 (*La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española*, págs. 54-55).

coautoría y de participación, es decir, de extensión de la pena de los autores a meros partícipes.

En el número 2.º del artículo 32 desaparece lógicamente la mención de los que fuerzan a otros a ejecutar el hecho, desde el momento en que se ha incluido, con carácter general, la figura de la autoría mediata, en el primer párrafo de este artículo.

La equiparación en la pena, en todo caso, del inductor y del autor me parece discutible. En los casos en que el inducido estaba ya inclinado o en una actitud propicia, aunque no decidido, a la comisión del delito y en general, en todos los casos en los que la inducción haya sido sólo un factor, entre otros, que ha determinado la decisión de cometer el delito, la equiparación puede ser injusta (27). Sugerí, por ello, en una enmienda al artículo 74, que se estableciera para los inductores una atenuación facultativa de la pena, tal como se proponía en el artículo 28 (2), del Proyecto Alternativo de Código penal alemán (28). La mención del inductor desaparecería del artículo 32 y se incluiría a los inductores en el artículo 29, junto a los autores y los cómplices. El artículo 31 hubiera quedado redactado así: «Son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1.º Los autores. 2.º Los inductores. 3.º Los cómplices».

Uno de los mayores defectos de la nueva regulación de la autoría y la participación es, a mi juicio, el mantenimiento de la figura del cooperador necesario. En el número 3.º del artículo 32 se considera autores a efectos de la pena, a: «Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado».

La distinción del cooperador necesario y los cómplices ha planteado grandes dificultades a la doctrina y a la jurisprudencia. Ninguno de los criterios propuestos conduce a resultados satisfactorios.

El *criterio del caso concreto*, con arreglo al cual es necesaria toda cooperación sin la cual el delito no se hubiera cometido o no se hubiera realizado en la forma concreta en que se cometió, conduce a estimar que casi toda cooperación es necesaria. Se vaciaría la complicidad (art. 16), en la que quedarían sólo aquellas formas de cooperación que no constituyen siquiera una condición de la comisión del delito, por ejemplo, algunos de los supuestos de complicidad psíquica.

(27) Véase G. STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 2.ª edición, Carl Heymannsverlag KG., 1976, pág. 251 (nota 893).

(28) Véase, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 2.ª edic., J. C. B. MOHR, Tübinga, 1969, pág. 66 y ss. Esta propuesta no fue acogida, sin embargo, por el legislador alemán; véase el art. 26 de la nueva Parte General.

La variante del criterio del caso concreto sugerida por Antón Oneca, de «referir la necesidad al resultado, no a las modalidades de la acción» (29) y la de Rodríguez Mourullo de referir la necesidad al sí y no al cómo de la ejecución (30), resultan incompatibles con la moderna evolución de la teoría de lo injusto, que distingue junto al desvalor del resultado el desvalor de la acción.

El *criterio abstracto*, según el cual la necesidad ha de enjuiciarse de un modo genérico, no es tampoco convincente. Con arreglo a este criterio, la cooperación no sería nunca necesaria, pues el autor hubiera podido conseguir el medio o instrumento o la colaboración prestada, de otra persona, o podía haber utilizado otro medio o forma de ejecución (31). La aplicación de este criterio plantearía, además, como ha señalado Gimbernat, dificultades insuperables de prueba (32).

La *teoría de los bienes escasos*, de Gimbernat (33), abandona el enfoque causal, al que obedece la figura del cooperador necesario («Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado»), por lo que no se ajusta a la voluntad de la ley (34). No resulta, además, satisfactoria, porque la importancia de una contribución al delito no está sólo en función de la escasez o abundancia del medio o instrumento suministrado o de la facilidad o dificultad de conseguir la colaboración prestada. El medio o la contribución pueden ser muy importantes, aunque sean abundantes o fáciles de conseguir en el medio social en que se mueva el delincuente (el que suministra el arma de fuego, el que vigila en el robo, etc.) (35).

Esta última objeción es válida también para la variante de la teoría de los bienes escasos sustentada por Rodríguez Devesa, que no abandona, en cambio, el enfoque causal. Para Rodríguez Devesa,

(29) Véase ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 441.

(30) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL Y CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, I, págs. 872 y ss.

(31) Véase ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 441, y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, pág. 862.

(32) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, págs. 139 y 203.

(33) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, páginas 151 y ss. y 167 y ss.

(34) Es cierto que cuando se trata de la prestación de una colaboración consistente en un hacer exige que constituya una condición de la producción del resultado, pero éste no es el criterio decisivo. Aunque la contribución constituya una condición, no es cooperación necesaria si se trata de una actividad que no sea inequívocamente criminal (bien abundante) y cuando se trata de una actividad claramente criminal será mera complicidad si, dadas las circunstancias del caso, era fácil de conseguir, aunque constituya una condición de la producción del resultado. Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, págs. 167 y ss.

(35) Esto se aprecia, con toda claridad, en el examen que hace el propio Gimbernat de la cooperación necesaria y la complicidad en el delito de genocidio; véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, págs. 190 y ss.

es necesaria aquella cooperación que no podía prestar otro de los delincuentes que cooperaron a la comisión del delito (36).

En realidad, la distinción del cooperador necesario y el cómplice constituye una tarea insoluble. En la moderna ciencia del Derecho penal se ha puesto claramente de manifiesto que no es posible medir la eficacia causal de las diversas condiciones y que aunque ello fuera posible, no sería decisiva para determinar la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad.

La figura del cooperador necesario, que se remonta, como vimos, a la vieja doctrina de la causa necesaria o del cómplice principal (que es muy anterior, por tanto, y no guarda relación alguna con la teoría de la equivalencia de las condiciones o la teoría del dominio del hecho) desapareció de los restantes Códigos penales europeos a fines del siglo XIX.

En la práctica, en nuestro país una misma conducta es calificada en ocasiones como cooperación necesaria y otras veces como complicidad, según que, dadas las circunstancias del caso, represente una contribución más o menos importante a la comisión del delito y al manejar el Tribunal Supremo diversos criterios de distinción (37). Es cierto que a veces puede ser justa la aplicación al cómplice de la pena del autor. Pero la solución técnicamente correcta consiste en establecer una atenuación meramente facultativa de la pena para los cómplices, como sucede en el Código penal suizo (art. 25). En este sentido presenté una enmienda, pidiendo la supresión de la figura del cooperador necesario y el establecimiento de una atenuación meramente facultativa de la pena para los cómplices (en lugar de la obligatoria prevista en el art. 74 del Proyecto). Esta enmienda fue rechazada, sin embargo, principalmente por razones de tipo práctico, al aducirse que con ello se sustraería en estos casos la calificación de las conductas al control de la casación.

En realidad el problema de la racionalización de la medición de la pena y de su control a través del recurso de casación es un problema más amplio, que no ha de ser resuelto mediante el mantenimiento de viejos conceptos superados hace ya tiempo en la Ciencia del Derecho penal, sino mediante el desarrollo de la

(36) Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte General, pág. 691.

(37) Véase ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, Parte General, págs. 441-2; GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, pág. 109, notas 287 y 288 y pág. 198, nota 218; y RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL Y CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, I páginas 878-9. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1972 (A. 915), por ejemplo, se invoca el criterio del caso concreto, pero referido a la eficacia causal para la producción del resultado, la teoría de los bienes escasos y el dominio del hecho y en la Sentencia de 23 de noviembre de 1978 (A. 3750) se invoca, como básico, el criterio del caso concreto referido a la realización del acto delictivo y con carácter complementario el del dominio del acto y el de los bienes o actividades escasos.

doctrina de la medición de la pena (38) y una regulación en el Código, lo más concreta posible, de los factores a tener en cuenta en la misma, dentro del margen del arbitrio judicial (39).

La supresión de la figura del cooperador necesario debería ir acompañada, sin embargo, como señaló Roxin en el curso de la discusión, de la introducción de un precepto que regulase la coautoría. Un precepto concebido en términos amplios, de modo que abarcase tanto a los que son coautores por realizar uno o varios, pero no todos los elementos del tipo, como a aquéllos que realizan actos de mero auxilio, pero que, de acuerdo con el plan delictivo, representan una contribución independiente, esencial, a la comisión del delito y tienen, por ello, el dominio funcional del hecho. Una fórmula amplia, aceptable cualquiera que sea el concepto de autor que se sustente, ofrece, según Roxin, el párrafo 2, del artículo 25 de la nueva parte general del Código penal alemán: «Si realizan varios conjuntamente el hecho, cada uno de ellos será castigado como autor (coautor). En un precepto de este tipo quedarían englobados los que toman parte directa en la ejecución del hecho, del número 1.º del artículo 32 y este precepto podría quedar reducido a la definición de los autores como aquellos «que realizan el hecho por sí o por medio de otro del que se sirven como instrumento».

Merece elogios, en cambio, y contrasta por su modernidad con el mantenimiento de figura tan arcaica como la del cooperador necesario, la introducción de un artículo en el que se regula con carácter general, la *responsabilidad por actuar en nombre o representación de otro* (Das Handeln für einen anderen). Según el artículo 35: «El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o en representación legal o voluntaria de otro, responderá penalmente aunque no concurren en él, y sí en la entidad o persona en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo».

El precepto se inspira en el artículo 50 a) de la antigua parte general del Código penal alemán y en el artículo 14 de la nueva parte general aprobada por la Ley de 4 de julio de 1969 y que entró en vigor el 1 de enero de 1975 (40). Viene a colmar una importante laguna legal, pues sólo existían algunos preceptos en la parte especial, que regulaban supuestos concretos de responsabilidad por actuar en nombre o representación de otro; por ejemplo, en el

(38) Véase, por ejemplo, la obra de BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2.ª ed., Carl Heymanns Verlag, 1974 y ZIPF, *Die Strafmassrevision*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1969.

(39) Véase, por ejemplo, el artículo 113 del Código penal italiano y el artículo 46 de la nueva Parte General del Código Penal alemán.

(40) Véase, a este respecto, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, págs. 182 y ss.

número 3 del artículo 319 (delito fiscal) y en el último párrafo del artículo 499 bis, en relación con la figura delictiva del número 1.º (en los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo).

Complicidad

La regulación de la complicidad permanece inalterada. El artículo 33 dice: «Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos». Su texto coincide plenamente con el del actual artículo 16.

Es interesante señalar, sin embargo, que en el seno de la sección se rechazaron dos alternativas ofrecidas por la ponencia. En la primera de ellas se hacía mención expresa de la llamada complicidad síquica: «Son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan material o *moralmente* a la ejecución del hecho, con actos anteriores o simultáneos» (el subrayado ha sido añadido). Esta alternativa fue rechazada por considerarse innecesaria la mención expresa de la cooperación moral o psíquica.

La segunda alternativa consistía en añadir al texto de la primera un segundo párrafo, regulando expresamente la complicidad por omisión: «Se consideran también cómplices los que, conociendo la perpetración de un delito y teniendo obligación de evitarlo, no lo impidieron». A esta regulación de la complicidad por omisión objeté, en una enmienda, que no me parece necesario que el sujeto tenga la obligación de evitar la perpetración de un delito, es decir, que ocupe la posición de garante del bien jurídico protegido, para que pueda darse la complicidad por omisión (en un delito de acción) (41). Esto sólo es necesario, junto a otros requisitos, para que el sujeto pueda ser autor del correspondiente delito de comisión por omisión. Señalé también la necesidad de incluir un último inciso donde se aludiera a la posibilidad de impedir la perpetración del delito sin riesgo propio o de tercero. El principio de la no exigibilidad de la obediencia al derecho tiene en los delitos o conductas omisivas un mayor ámbito de aplicación que en la exigente de estado de necesidad (núm. 7.º del art. 8.º del Código penal vigente y núm. 6.º del art. 26 del Proyecto de futuro Código penal español).

Proponía, en definitiva, que de mantenerse una regulación expresa de la complicidad por omisión, la redacción del precepto correspondiente debería ser la siguiente: «Se consideran también cómplices, los que, conociendo la perpetración de un delito y no estando tampoco comprendidos en el artículo anterior, cooperan a su ejecución, no impidiéndolo, pudiendo hacerlo sin riesgo propio ni de tercero».

La ponencia, en la que figuraba el profesor Rodríguez Mourullo,

(41) Véase, en este sentido, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.ª ed., págs. 485 y ss.

déstacado especialista en los delitos de omisión, mantuvo, en cambio, el criterio de la necesidad de la posición de garante para que pueda darse la complicidad por omisión en los delitos de acción (42). Ante la dificultad de llegar a un acuerdo en cuestión tan ardua, se optó por renunciar a una regulación expresa de la complicidad por omisión, confiando la resolución de estas y otras cuestiones a la doctrina y a la jurisprudencia.

Encubrimiento

Es muy importante destacar que el Proyecto del nuevo Código penal desaparece por completo el encubrimiento como forma, impropia, de participación. Se sigue, pues, el criterio del Proyecto Silvela de 1884, del Código penal de 1928 y del Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal, publicado por el Ministerio de Justicia en diciembre de 1972 (43) y que sólo en parte había adoptado la Ley de 9 de mayo de 1950, que creó dentro de los delitos contra la propiedad, las figuras del encubrimiento con ánimo de lucro y de la receptación (art. 546 bis a-f). En ellas se incluyó la forma de receptación consistente en aprovecharse para sí de los efectos de un delito o falta contra los bienes (o contra la propiedad).

La receptación del número 1.º del actual artículo 17 («Auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta») se incluye ahora también en el capítulo VII, Del encubrimiento con ánimo de lucro y de la receptación (arts. 267 y ss.), del título V, De los delitos contra el patrimonio, si se realiza con ánimo de lucro y en el capítulo VI, Favorecimiento real y personal, del título XI, Delitos contra la Administración de justicia (artículos 515 y ss.), cuando se realice sin ánimo de lucro.

El favorecimiento real y personal pasan a ser, como hemos visto, delitos contra la Administración de Justicia.

No entro en el análisis detallado de estas figuras, pues no constituyen ya formas de participación, ni siquiera impropia, del delito.

Autoría y participación en los delitos publicitarios

Una modificación importante ha experimentado la regulación de las personas responsables de los delitos llamados publicitarios. Según el artículo 34: «En los delitos y faltas cometidos por

(42) Véase ya la opinión de RODRÍGUEZ MOURULLO, en *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, Tecnos, 1966, págs. 377 y ss.

(43) Exposición y estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I, del Código Penal, Ministerio de Justicia, "Cuadernos Informativos", núm. 11, diciembre de 1972, Exposición, Base Cuarta, 2 págs. 26-7 y Base Cuarta, 4, pág. 15.

medio de la imprenta, el grabado, la radiodifusión, la televisión u otra forma de reproducción o difusión escrita, hablada o visual, responderán criminalmente sólo los autores. A estos efectos se entiende por autores, no sólo al que realmente lo haya sido del texto escrito o hablado o de la estampa o imagen hecha pública, sino también los directores de la empresa editora, emisora o difusora, los de las publicaciones o programas en que se inserte o difunda y los de la empresa impresora o grabadora, siempre que conocieren el contenido de lo impreso, grabado, emitido, publicado o difundido».

Se abandona, con ello, el sistema de la responsabilidad sucesiva o con cascadas, que sigue nuestro Código vigente, en el artículo 15, para adoptar una variante del sistema llamado del gerente responsable, con arreglo a la cual responde el director o gerente, junto al autor real (44).

Por otra parte, se exige, acertadamente, que los directores conozcan el contenido de lo impreso, grabado, emitido, publicado o difundido para que puedan incurrir en responsabilidad criminal; con lo cual no sólo se respeta el principio de culpabilidad, sino que se excluye una responsabilidad basada meramente en la culpa o imprudencia.

(44) Véase, a este respecto, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, Parte General, págs. 452-3. Adoptó también una variante del sistema del gerente responsable la Ley de Prensa de 22 de abril de 1938.

