

## Autoría y participación en el nuevo Código penal español

José Cerezo Mir\*

La regulación de la autoría y la participación en el nuevo Código penal (arts. 27 y ss) presenta importantes innovaciones.

En el art. 27 se declara que: "Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices".

No se menciona ya a los encubridores, como en el art. 12 del viejo Código penal. Se sigue con ello la tónica de todos los textos prelegislativos anteriores, a partir del Proyecto de 1980,<sup>1</sup> que siguieron el criterio, sugerido ya por Silvela (Proyecto de 1884) de regular la receptación, el favorecimiento personal y el favorecimiento real como delitos autónomos en la Parte Especial del Código. El criterio es correcto, pues el encubrimiento es una forma impropia de participación, al tener lugar la conducta de los encubridores después de la ejecución del delito.

La receptación del nº1º del antiguo art. 17 ("auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta") se incluye ahora en el art. 298 del nuevo Código penal, dentro del

\* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid.

<sup>1</sup> Véase mi artículo "Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal", en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, pp.346-347.

Capítulo XIV, *De la receptación y otras conductas afines*, del Título XIII, Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, si se realiza con ánimo de lucro. Cuando se realice sin ánimo de lucro estará incluida en los arts. 451 y ss del Capítulo III, *Del encubrimiento*, dentro del Título XX, Delitos contra la Administración de Justicia.

El favorecimiento real y personal pasan a ser delitos contra la Administración de Justicia.

### Concepto de autor

En el art. 28 del nuevo Código penal se distingue claramente entre quienes son autores y a quienes se les considera únicamente como tales a efectos penales, es decir, se les castiga únicamente como autores: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento". También serán considerados autores, dice el párrafo segundo del art. 28, es decir, se castigarán como autores, aunque no lo sean, los inductores y los cooperadores necesarios.

Ésta es una de las innovaciones más importantes del nuevo Código. En el art. 14 del viejo Código penal, según la opinión dominante en la doctrina, no se formulaba un concepto de autor, sino que se declaraba únicamente a quienes se consideraba autores a efectos penales, es decir, a quienes se castigaba como autores; siendo tarea de la ciencia del Derecho penal y de la jurisprudencia formular un concepto de autor, es decir, determinar quiénes de los codelincuentes mencionados en el art. 14 (los que toman parte directa en la ejecución del hecho, los que fuerzan o inducen a otros a ejecutarlo, y los cooperadores necesarios) son realmente autores.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> El legislador histórico, en 1.848 quiso, sin embargo, formular en el art. 14 un concepto jurídico de autor, basándose en dos viejas doctrinas que se remontan a los juristas italianos de la Baja Edad Media: en la concepción del inductor como autor moral, que era equiparado al autor material y en la teoría de la causa necesaria o del cómplice principal. Véase, a este respecto, mi artículo, "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española", en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho penal*, pp.163-164.

En el primer párrafo del art. 28 del nuevo Código penal hay implícito un concepto de autor. Es autor, en primer lugar, el que realiza el hecho por sí solo. Parte aquí el Código del llamado concepto restringido u objetivo-formal de autor, que ha hallado amplia acogida en la Ciencia del Derecho penal española.<sup>3</sup> Autor es quien realiza el hecho. Con la palabra hecho se alude, sin duda, a la acción (u omisión) típica.<sup>4</sup>

Autor es también, sin embargo, según el párrafo primero del art. 28, el que realiza el hecho por medio de otro del que se sirve como instrumento. Esta referencia a la autoría mediata obliga a complementar el concepto objetivo-formal de autor con un concepto material. El autor mediato no realiza (al menos plenamente) la acción típica, sino que el que la realiza es el instrumento.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, p.433, Quintano Ripollés, *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid, 1963, pp. 245-246; y Ferrer Sama, *Comentarios al Código Penal*, II, Murcia, 1947, pp.43-44.

<sup>4</sup> No hay base, a mi juicio, para estimar que en la expresión "quienes realizan el hecho por sí solos" esté implícita la idea de dominio o control del hecho; de otra opinión, Díez Ripollés, "Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, de la UNED, 2ª época, Nº1, enero de 1998, pp.33 y ss., especialmente p.36. El que realiza la acción típica puede no tener el dominio del hecho, como le sucede al instrumento en los supuestos de autoría mediata. No puede estimarse, por tanto, que la mencionada expresión contenga un criterio material legal, ni que lo contenga tampoco, por consiguiente, el adverbio "conjuntamente", como estima Díez Ripollés. 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 víctima de un error de prohibición; véase Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Hamburgo, 1967, pp.127 y ss, y 131 y ss. La distinción 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 concepto material de autor del que debemos partir vendrá determinado por la concepción de lo injusto que inspira el nuevo Código penal. En éste, lo injusto no se fundamenta de un modo puramente objetivo, como lesión o peligro concreto de un bien jurídico.<sup>5</sup> Desde el momento en que en él se castiga la tentativa, el dolo tiene que ser considerado como un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos. Como un elemento co-fundamentador de lo injusto, de los delitos de acción dolosos. Sin el dolo, en la tentativa no puede apreciarse ni la existencia misma de tentativa, ni la peligrosidad de la acción. Esto lo vemos claramente en el famoso ejemplo de Engisch. En un restaurante, un cliente coge un abrigo ajeno, que está colgado sobre el suyo, con la intención de llevárselo en caso de que pueda hacerlo sin ser visto; en caso de que el dueño del abrigo se dé cuenta de la maniobra, quiere aparentar que sólo ha cogido el abrigo ajeno para poder descolgar el suyo de la percha. Si el autor no tuviera el propósito de apoderarse del abrigo ajeno, es decir, si sólo quisiera coger el abrigo para poder descolgar el suyo, la acción realizada, que se repite a diario en todos los restaurantes, considerada en sí, objetivamente, no sólo no sería expresión de una voluntad criminal, sino que no supondría peligro alguno del bien jurídico protegido, el patrimonio. La misma peligrosidad de la acción depende aquí de la presencia de la resolución delictiva. Si el dolo es un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa, tendrá que serlo también necesariamente del delito doloso consumado. De lo contrario, como decía irónicamente Welzel, dependería de que el disparo dé o no en el blanco el que el dolo fuera un elemento subjetivo de lo injusto o una forma de la culpabilidad.

Si el Código se inspira en una concepción personal de lo injusto, tendremos que considerar también autor al que tiene el dominio fina-

<sup>5</sup> Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, II, Teoría jurídica del delito, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, pp.123 y ss., y 154 y ss.

lista del hecho,<sup>6</sup> dominio que no podrá ser ya concebido de un modo puramente objetivo.<sup>7</sup> Autor será, además del que realiza la acción típica, el que tenga el dominio finalista del hecho.

Autor será, por tanto, en el nuevo Código, el que realiza la acción típica, aunque no tenga el dominio del hecho, y el que tenga el dominio del hecho aunque no realice la acción típica.

### Introducción de la figura del autor mediato

La introducción de la figura del autor mediato estaba prevista en todos los textos prelegislativos, a partir del Proyecto de 1980 (art. 32). Son también autores, según el párrafo primero del art. 28, quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento. La determinación de los diversos supuestos de autoría mediata queda confiada a la Ciencia del Derecho penal española y a la jurisprudencia.

¿Era necesaria la introducción de la figura del autor mediato? Creo que sí. El autor mediato no realiza la acción típica y no es posible castigarle siempre como inductor o cooperador necesario, aunque se parta del criterio de la accesoriedad mínima. No es posible castigar al autor mediato como inductor o cooperador necesario cuando el instrumento realice una acción que no sea típica (por faltar, por ejemplo, un elemento subjetivo de lo injusto, como el ánimo de lucro en el hurto). No puede decirse entonces que induzca a otro a ejecutar

<sup>6</sup> Véanse mis artículos "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española" en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, pp.172-173 y "Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal" incluido también en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, pp.337 y ss.

<sup>7</sup> Como hacen Luzón Peña y Díaz y García Conlledo; véase Luzón Peña, D.M. "La determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, fasc. 3º, pp.832 y ss; y Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, P.P.U., Barcelona, 1991, pp.625 y ss., y 689 y ss.

el hecho, o que coopere a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado.<sup>8</sup>

La introducción de la figura de la autoría mediata no debe ser considerada, por otra parte, como una solución extranjerizante, pues en la definición de los autores, en el art. 13 de nuestro primer Código penal de 1822, se incluían numerosos 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".

### El actuar en lugar de otro

En esta interesante figura, introducida en el art. 15 bis del anterior Código penal,<sup>9</sup> por la Ley Orgánica de reforma urgente y parcial del mismo, de 25 de junio de 1.983, se han introducido en el nuevo Código trascendentales modificaciones.

En los delitos especiales, es posible que quien realiza la conducta típica en nombre o representación de otro no reúna las cualidades necesarias para poder ser autor del delito y, en cambio, la persona en cuyo nombre o representación actúe sí reúna dichas características.

<sup>8</sup> Véase, en este sentido, Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda-Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, I, Ariel, Barcelona, 1972, pp.803 y ss. y especialmente pp.805 y ss. y ya antes en "El autor mediato en Derecho penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1969, fasc.3º, pp.465 y ss.

<sup>9</sup> De acuerdo con dicho precepto: "El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo".

Como ninguno de los dos realiza completamente el tipo, ambos deberían quedar impunes, en los delitos especiales propios; el que actúa porque no reúne las características que el tipo exige para ser autor del delito, y la persona en cuyo nombre o representación obra porque ni realiza la acción u omisión típica, ni tiene el dominio del hecho.

Por ejemplo, una empresa debe pagar sus impuestos a Hacienda, pero quien hace la declaración es el contable de la misma. Si el contable falsea la declaración para eludir el pago de los impuestos de la empresa, estará realizando la conducta típica del delito fiscal del art. 305 del Código penal, pero en él no concurre la característica exigida por el tipo para poder ser autor de este delito, pues él no es el titular de la deuda tributaria, sino que lo es la empresa. El contable actúa en representación de la empresa. Es la empresa la titular de la deuda tributaria, y la que en principio podría ser, por tanto, autor de este delito. Si la empresa es una persona jurídica, no puede incurrir, por ello, en responsabilidad penal, pero aunque pudiese, no ha realizado la conducta típica ni tiene el dominio del hecho. Lo mismo sucede con el empresario individual.

Este problema se puede plantear también, por ejemplo, en el delito de alzamiento de bienes del art. 257 del Código penal. Es posible que el deudor no se alce él mismo con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, sino que sea su administrador el que coloque los bienes del administrado-deudor fuera del alcance de los acreedores del mismo. En este caso es el administrador el que realiza la acción típica, pero no puede ser autor del delito pues no son ni sus propios bienes ni sus acreedores, sino los de su administrado.

El nuevo art. 31 dispone: "El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obra".

La nueva regulación es, sin duda, preferible, pues en la anterior se incluía únicamente el supuesto de obrar como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma. En la nueva regulación se incluyen, además, los supuestos de obrar en nombre o representación de una persona física, de obrar en nombre de una persona jurídica (aunque no se dé una relación de representación, en sentido estricto) y, en relación con éstas últimas, se hace referencia no sólo a los administradores de Derecho, sino también a los de hecho.

Con la nueva regulación, la fundamentación material de esta figura ha cambiado por completo. Se ha discutido mucho cuál sea el fundamento material del actuar en lugar de otro, en que se basa la ampliación de la autoría. Bacigalupo consideraba que el fundamento de la imputación de la conducta delictiva al que actúa como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma consistía, precisamente, en la representación.<sup>10</sup> Gracia Martín consideraba que el requisito de la representación es un requisito formal, de carácter civilístico que limita excesivamente la ampliación de los tipos de los delitos especiales. Él sugería un criterio puramente material: el tipo ha de ampliarse a todo aquél que aunque no reúne las cualidades para ser autor de los delitos especiales, *de facto* pasa a ocupar la posición del autor, es decir, la posición de dominio social sobre el bien jurídico que es inherente a los autores de los delitos especiales.<sup>11</sup> Este criterio material tiene la ventaja de que

<sup>10</sup> Véase Bacigalupo, Enrique. "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (El actuar en nombre de otro)" en *Comentarios a la Legislación Penal, La reforma del Código Penal de 1983*, Tomo V, Vol. 1, Madrid, Edersa, 1985, pp.315 y ss., especialmente p.328.

<sup>11</sup> Véase Gracia Martín, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Pressas Universitarias de Zaragoza, I, Zaragoza, 1985 y II, Zaragoza, 1986; *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Barcelona, Bosch, 1986; y "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho Penal español" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, 1995, pp.81 y ss.

conduce a soluciones más justas, aunque puede ser menos compatible con las exigencias de la seguridad jurídica que el criterio formal de la representación. La regulación del nuevo Código ya no se basa en la idea de la representación, pues se incluyen en la figura no sólo los supuestos en que el sujeto actúa en representación de una persona jurídica o una persona física, sino también aquellos en que el sujeto actúa en nombre de otro.<sup>12</sup> Ese otro puede ser una persona física o una persona jurídica.<sup>13</sup>

Preocupado por las exigencias de la seguridad jurídica, Silva Sánchez propone una interpretación en sentido amplio del término "administrador de hecho", y considera que la expresión "en nombre o representación" es reiterativa y comprende únicamente los supuestos de representación en sentido estricto. Así, el criterio material del dominio social encontraría un límite (inferior) en el concepto de administrador de hecho.<sup>14</sup> Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, lo que se ganaría por esta vía se perdería, a mi juicio, por la disparidad de criterios existente acerca del concepto de administrador de hecho, y por otra parte, la referencia legal a la actuación en nombre o representación de otro implica, sin duda, una disyuntiva. La voluntad de la ley es una ampliación del ámbito del tipo, en los delitos especiales propios, con base en un criterio material.

<sup>12</sup> Véase, en este sentido, Fernández Teruelo, Javier Gustavo. "Las denominadas "actuaciones en lugar de otro" a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el artículo 31 del Código Penal", en *Actualidad Penal*, Nº47, 20 al 26 de diciembre de 1999, p.883.

<sup>13</sup> Fernández Teruelo propone esta interpretación para evitar algunas lagunas en la punibilidad que, en otro caso, se producirían; véase, "Las denominadas "actuaciones en lugar de otro" a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el artículo 31 del Código Penal", pp.887 y ss. De otra opinión, Silva Sánchez, Comentario al art.31, en *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Madrid, Edersa, 2.000, p.413.

<sup>14</sup> Véase Silva Sánchez, Jesús M<sup>a</sup>. Comentario al art.31, pp.386-387 y 389 y ss..

## Coautoría

Una de las grandes novedades del nuevo Código es la introducción de una regulación de la coautoría. Coautores son, según el párrafo primero del art. 28, "los que realizan el hecho...conjuntamente"

El único precedente en los textos prelegislativos españoles se encuentra en el art. 25, del Borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General, de octubre de 1990.

Me parece un gran acierto la introducción de una regulación de la coautoría y la fórmula utilizada, que coincide esencialmente con la del párrafo 2º del art. 25 del Código penal alemán y cuya adopción había sugerido yo hace tiempo.<sup>15</sup>

Coautores serán, según la fórmula utilizada, todos los que, mediante entre ellos un acuerdo de voluntades para la ejecución del hecho, realicen algún elemento del tipo. Todo el que realice algún elemento del tipo será coautor, aunque no tenga el dominio del hecho.

La definición de la coautoría ha dado lugar a que no se incluya entre aquellos a quienes se considera también autores, a efectos penales, a los que toman parte directa en la ejecución del hecho; es decir, a que no se incluya un precepto equivalente al del nº1º del art. 14 del viejo Código penal. El criterio es correcto, pues todo el que toma parte directa en la ejecución del hecho, mediante actos ejecutivos, realiza parcialmente la acción típica y es coautor.

No me parece convincente la tesis de que existan actos ejecutivos no típicos.<sup>16</sup> Para la existencia de tentativa se exige, en el art. 3º del viejo Código penal y en el art. 16 del nuevo Código, un principio de

<sup>15</sup> Véase mi artículo "Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal", p.344.

<sup>16</sup> Mantenido en la Ciencia del Derecho penal española por Gimbernat, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pp.218 y ss., "Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre", *Z.Str.W.* 1968, fasc.4º, pp.920-1 y 932; y Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho Penal*, pp.457 y 466.

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.<sup>17</sup> El que sujeta a la víctima mientras otro le clava el cuchillo con intención de darle muerte, realiza parcialmente el tipo del asesinato, pues contribuye a fundamentar la existencia de alevosía, circunstancia calificativa del mismo.<sup>18</sup>

No me parece convincente tampoco el intento de Díaz y García Conlledo de restringir el tipo y el concepto de autor mediante los criterios de merecimiento y necesidad de pena, de acuerdo con las valoraciones del legislador. Sólo es autor, según él, el que realiza la acción que más directamente se enfrenta con la norma, que realiza de un modo más directo lo injusto típico, con arreglo al criterio del dominio objetivo y positivo del hecho.<sup>19</sup>

El criterio de la acción que más directamente se enfrenta con la norma, que más directamente realiza lo injusto típico, es discutible. El que sujeta a la víctima para que otro le clave el cuchillo, el que sujeta a la mujer o emplea fuerza sobre ella o la intimida, mientras su compañero yace con ella, el que fractura la puerta o ventana, o abre la caja de caudales, se enfrenta también directamente con la norma. Es más, la cooperación con actos ejecutivos de esas personas es un elemento esencial para el fundamento de lo injusto específico de esas

<sup>17</sup> Véase, a este respecto, el extracto de mi tesis doctoral, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, publicado por la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964, pp.17 y ss., y mis artículos "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española", p.165, nota 11 y "Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal", p.335, nota 9, y mi *Derecho Penal, Parte General-Lecciones*, 2ª ed., UNED, Madrid, 2.000, pp.167 y ss.

<sup>18</sup> Es indudable, como señala Díaz y García Conlledo, que la situación no sería la misma en el supuesto del que sujeta a la víctima mientras otro la apuñala con el fin de causarle únicamente unas lesiones corporales; véase *La autoría en Derecho Penal*, p.457, nota 157. No existe en nuestro Código un tipo calificado de lesiones por la concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía.

<sup>19</sup> Véase Díaz y García Conlledo, M. *La autoría en Derecho Penal*, pp.453 y ss.

figuras delictivas. En el primer caso fundamenta la alevosía, circunstancia calificativa del asesinato (art. 139), en el segundo el delito de agresiones sexuales del art. 179, y en el tercero el robo con fuerza en las cosas (art. 238).

El criterio de Díaz y García Conlledo lleva, además, a consecuencias injustas. Esto se advierte con toda claridad en la tentativa de coautoría.<sup>20</sup> Un individuo, concertado con otro, abofetea a una mujer para vencer su resistencia a la violación y le ata las manos a la espalda. El que iba a yacer con la mujer no aparece en el lugar y momento concertados, cuando estaba la mujer ya reducida, por haber sufrido un accidente de circulación.<sup>21</sup> El forzador, reconoce Díaz y García Conlledo, no podría responder, según su criterio, de tentativa de agresiones sexuales del art. 179, sino únicamente de malos tratos de obra, lesiones, amenazas o coacciones, detenciones ilegales, injurias, o agresiones sexuales del art. 178. Los tipos aplicados no agotan, sin embargo, el contenido de lo injusto de dichas conductas y la pena resultaría, además, inadecuada por su levedad. En los restantes casos Díaz y García Conlledo podía evitar únicamente las consecuencias injustas y los inconvenientes de política criminal de su tesis, porque en el n°1º del art. 14 del viejo Código penal a los supuestos partícipes, que realizan actos ejecutivos, no típicos, se les asignaba la pena de los autores. Lo reconoce Díaz y García Conlledo,<sup>22</sup> pero ello habla precisamente en contra de su tesis y en favor del concepto restringido u objetivo-formal de autor. En el marco penal ordinario del autor se puede tener en cuenta la mayor o menor gravedad de lo injusto y de la culpabilidad de las conductas de los diversos coautores.

En el concepto de coautoría que se formula en el nuevo Código cabe incluir también, a mi juicio, a aquellos que aunque no realicen

<sup>20</sup> Véase Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho Penal*, pp.693 y ss.

<sup>21</sup> Ejemplo mencionado por el propio Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho Penal*, p.695.

<sup>22</sup> Véase *La autoría en Derecho Penal*, pp.458-459.

un elemento del tipo tengan el dominio funcional del hecho.<sup>23</sup> No tienen el dominio del hecho los que realizan un acto meramente preparatorio, pero sí los que cooperan en la fase de ejecución con actos de mero auxilio, que de acuerdo con el plan delictivo, representan una contribución esencial, independiente, a la comisión del delito. De modo que sin su contribución, en una contemplación *ex ante*, la comisión del delito no habría sido posible. Puede considerarse que los delincuentes que tengan el dominio funcional del hecho realizan conjuntamente el hecho delictivo con aquellos que realizan la acción típica o alguno de sus elementos.<sup>24</sup> Sus aportaciones están tan engarzadas, de acuerdo con el principio de la división de funciones, que si cualquiera de ellos dejara de aportar su contribución a la comisión del delito, éste no podría realizarse o se trataría ya de otro hecho.

Si no se acepta esta interpretación<sup>25</sup> el criterio del dominio del hecho no jugaría papel alguno en la coautoría, sino únicamente en la autoría mediata. Ello implicaría una contradicción interna, no sólo

<sup>23</sup> Véase, a este respecto, Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp.275 y ss., y 277 y ss. Este criterio del dominio funcional del hecho ha hallado amplia acogida en nuestra jurisprudencia, por ejemplo en las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1988, 30 de enero de 1989, 18 de febrero de 1999 (A. 1175) y 5 de marzo de 1999 (A. 1295).

<sup>24</sup> En este sentido también Gómez Rivero, M<sup>a</sup> del Carmen. "Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación", en *La Ley*, Año XVII, Nº 3959, 24 de enero de 1996, p.4. Parece seguir este criterio el Tribunal Supremo, en la sentencia de 24 de septiembre de 1997 (A. 7166) y lo sigue claramente en la sentencia de 18 de febrero de 1999 (A. 1175), donde califica de coautora a una mujer que se limita a desempeñar funciones de vigilancia durante el robo.

<sup>25</sup> Díez Ripollés considera que esta interpretación no es posible, pues el término "realización del hecho" está utilizado como sinónimo de ejecución; de lo contrario, dice, sería impune la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad a la realización del hecho que no consistiera en una ejecución. Véase Díez Ripollés, *Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal*, pp.30-31 y 41-45. El que los términos "realización" y "ejecución" estén utilizados como sinónimos no prejuzga, sin embargo, cuál sea su contenido. Cabe una interpretación del término ejecución en sentido amplio, en los arts. 28, 2 a) y b) y 29, de modo que abarque todos los supuestos contenidos en el término "realización" y, por tanto, los supuestos de inducción, cooperación necesaria y complicidad con el coautor que tiene el dominio funcional del hecho.

con el concepto de autor implícito en el Código, sino también con la concepción de lo injusto en que se inspira.

## Participación

### Inducción y cooperación necesaria

Según el párrafo segundo del art. 28 del Código penal, serán castigados también como autores los inductores y los cooperadores necesarios.

Como señalé ya en otra ocasión,<sup>26</sup> la equiparación en la pena, en todo caso, del inductor y del autor me parece discutible. Cuando 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 ejecutar el hecho, la equiparación puede ser injusta. Quizá hubiera sido preferible, por ello, haber previsto la posibilidad de atenuar la pena al inductor, es decir, establecer para él una atenuación facultativa de la pena del autor.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Véase mi artículo "Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal", *lug. cit.*, p.341.

<sup>27</sup> Esta era la solución propuesta en el art.28,2 del Proyecto Alternativo del Código penal alemán, que no fue aceptada, sin embargo, por el legislador de aquel país (en el art. 26 del Código penal vigente); véase *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Allgemeiner Teil, 2ª ed. J.C.B. Mohr, Tübinga, 1969, pp.66 y ss. En favor de una atenuación facultativa de la pena para los inductores, Stratenwerth, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat, 3ª ed. Carl Heymans Verlag, 1981, Nº 892, pp.248-249; y Jakobs, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter, 2ª ed., 1991, pp.670-671 (Nº31) (*Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. por J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, p.810, nº31). Se inclina también en favor de esta solución Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf*, *Z.St.W.*, tomo 80, 1968, p.37; en contra, en cambio, Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 5ª ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1998, p.691 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 4ª ed. por J.L. Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993, pp.629-630).

El mantenimiento de la figura del cooperador necesario es uno de los más graves defectos del nuevo Código penal. La figura del cooperador necesario se remonta a la vieja doctrina de la causa necesaria o del cómplice principal, de los juristas italianos de la Baja Edad Media.<sup>28</sup> Según esta doctrina, 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 distinguía el cómplice menos principal o secundario (*quod causam non dedit*), que era castigado con una pena inferior. En la moderna Ciencia del Derecho penal se ha puesto claramente de manifiesto, sin embargo, la imposibilidad de medir la eficacia causal de las diversas condiciones y, aunque ello fuera posible, no sería decisivo para la medida de lo injusto y de la culpabilidad.<sup>29</sup> Esta medida depende de criterios normativos, concretamente de la concepción de lo injusto o de la culpabilidad de que se parta. La figura del cooperador necesario desapareció de los restantes códigos penales europeos a fines del siglo pasado. Es cierto que a veces puede ser justa la aplicación al cómplice de la pena del autor (en atención a la medida de lo injusto o de la culpabilidad), 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 realidad, los cooperadores necesarios serán coautores cuando tengan el dominio funcional del hecho y estarán comprendidos en el párrafo primero del art. 28. No siempre será así, sin embargo.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Véase, a este respecto, mi artículo "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española", *lug. cit.*, pp.163-164.

<sup>29</sup> Véase, a este respecto, mi artículo "Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal", *lug. cit.*, pp.341 y ss.

<sup>30</sup> Véanse, a este respecto, mis artículos, "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española", *lug. cit.*, pp.168-169 y 175 y ss; y "Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal", *lug. cit.*, pp.337 y 340-341.

No tendrán el dominio funcional del hecho, como señala Roxin, cuando realicen actos meramente preparatorios, ni cuando lleven a cabo actos de mero auxilio, en la fase de ejecución, que no aparezcan *ex ante* como una contribución esencial, independiente a la comisión del delito. El vigilante en el robo tendrá el dominio funcional del hecho y será coautor, cuando su contribución, con arreglo al plan delictivo, aparezca *ex ante* como esencial para la comisión del delito. No así, en cambio, cuando la cooperación de un vigilante aparezca *ex ante* como inessential aunque luego tenga que intervenir y su intervención sea decisiva para la comisión del delito. La figura del cooperador necesario refleja un enfoque causal –la teoría de la causa necesaria– y se basa en una contemplación *ex post*. El dominio funcional del hecho se basa, en cambio, en una contemplación *ex ante*.

Aunque tengan el dominio funcional del hecho, serán también partícipes cuando no reunan las condiciones o requisitos necesarios para ser autor en los delitos especiales, como ha puesto de manifiesto Esteban Pérez Alonso.<sup>31</sup>

## Complicidad

Según el art. 29: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

No se aborda tampoco, como en el viejo Código penal, ni en los diversos textos prelegislativos, el problema de la llamada complicidad

<sup>31</sup> Véase Pérez Alonso, Esteban J. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada, Comares, 1998, p.427. Según Pérez Alonso, el cooperador necesario sería también partícipe cuando no existiera un acuerdo de voluntades entre él y el autor (véase *ob. cit.* pp.427 y 281). A mi juicio, sin acuerdo de voluntades no puede darse tampoco la participación; véase, a este respecto, mi *Derecho Penal. Parte General-Lecciones*, pp.201 y ss.

psíquica ni el de la complicidad por omisión.<sup>32</sup> Las lagunas en la punibilidad que se producen por la falta de regulación de la llamada complicidad psíquica no son importantes. Se trata únicamente de aquellos supuestos en que la ayuda moral no representa siquiera una condición de la realización del hecho delictivo. La regulación expresa de la complicidad por omisión no es necesaria. Nuestro Tribunal Supremo admitía ya, en su moderna jurisprudencia, la participación (cooperación necesaria o complicidad) por omisión, aunque no estaba expresamente regulada en el viejo Código penal.<sup>33</sup>

### La codelincuencia en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social

La regulación de las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas cometidos a través de los medios de comunicación social,<sup>34</sup> en el art. 30 el nuevo Código, se basa, como en el art. 15 del viejo Código penal, en la idea de reducir el círculo de personas responsables, por considerar que la aplicación de las reglas generales implicaría una limitación excesiva de la libertad de expresión o información, pero al mismo tiempo se quiere asegurar una responsabi-

dad efectiva.<sup>35</sup> Se utiliza para ello, como en el art. 15 del viejo Código, la técnica de la responsabilidad sucesiva o en cascadas.<sup>36</sup>

En el apartado primero del art. 30, se dispone que no incurrirán en responsabilidad por estos delitos y faltas "ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente".

Según el apartado segundo del art. 30 "los autores a que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1º. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2º. Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3º. Los directores de la empresa editorial, emisora o difusora. 4º. Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora".

A esta regulación legal de responsabilidad en cascada no cabe objetar que suponga un residuo de responsabilidad objetiva y que atente contra el principio de culpabilidad, pues cualquiera de las personas citadas puede invocar una causa de inculpabilidad. Lo que ocurre es que al que está por debajo en la cascada sólo se le exigirá de hecho responsabilidad si no se ha podido perseguir criminalmen-

<sup>35</sup> Véase, en este sentido, Antón Oneca, *Derecho Penal, Parte General*, p.452, Vives Antón, Tomás S., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977, pp.60-61; y en *Comentarios al Código Penal de 1995, I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p.289.

<sup>36</sup> Gómez Tomillo considera que el sistema de responsabilidad en cascada surgió originalmente para impedir la impunidad derivada del anonimato o pseudoanonimato y cuestiona la necesidad de su mantenimiento en la actualidad, para limitar el ámbito de las personas responsables en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social, con el fin de que no se produzca una restricción excesiva de las libertades de expresión e información; véase, Gómez Tomillo, Manuel. "El modelo de responsabilidad criminal escalonado en los delitos de prensa e imprenta: origen, evolución y perspectivas actuales", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, de la UNED, 2ª época, Nº3, enero de 1999, pp.77 y ss., especialmente pp.87 y ss. y 123 y ss, así como su tesis doctoral, *Libertad de información y teoría de la codelincuencia*, Granada, Comares, 1998. Propugna asimismo la supresión del art. 30; apartándose también de la opinión dominante, Aránguez Sanchez, C. *Comentario al art.30*, pp.351 y s.s.

<sup>32</sup> Cuestiones que fueron debatidas en el seno de la Sección de Derecho Penal de la Comisión General de Codificación, en la elaboración del Anteproyecto de Código Penal de 1979, que se convertiría después en el Proyecto de 1980; véase, a este respecto, mi artículo "Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal", *lug. cit.*, pp.345-346.

<sup>33</sup> Véanse, por ejemplo, las sentencias de 10 de abril de 1981 (A. 1622) y 31 de enero de 1986 (A.211).

<sup>34</sup> En el artículo 30 se utiliza la expresión "medios o soportes de difusión mecánicos", que ha dado lugar a ciertas discusiones acerca de su alcance y oportunidad; véase, a este respecto, Aránguez Sanchez, Carlos. *Comentario al art.30*, en *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, tomo III, Madrid, Edersa, 2.000, pp.330 y ss., que sugiere, acertadamente, la utilización de la expresión medios de comunicación social.

te al o a los situados en el número anterior, por alguna causa que no sea la extinción de la responsabilidad criminal. La imposibilidad de perseguir criminalmente al o a los sujetos incluidos en el número anterior es una condición de perseguibilidad.<sup>37</sup>

Esta conclusión se ve confirmada por lo dispuesto en el apartado 3º: "Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad criminal, incluso la declaración de rebeldía, o la residencia fuera de España,<sup>38</sup> no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior". Mediante este último precepto se garantiza, a mi juicio, plenamente la exclusión de la responsabilidad objetiva y la vigencia del principio de culpabilidad. La ausencia de culpabilidad será uno de los motivos por los que no pueda perseguirse a alguna de las personas comprendidas en los sucesivos peldaños de la escala, pues la culpabilidad es un elemento esencial del delito en el nuevo Código penal.<sup>39</sup>

Para incurrir en responsabilidad, los directores a quienes se alude en los números 2º 3º y 4º será preciso que sean inductores o cooperadores necesarios. En el art. 15 del anterior Código penal no

<sup>37</sup> Consideran, en cambio, que se trata de una condición objetiva de punibilidad, entre otros, Antón Oneca, *Derecho Penal, Parte General*, p.452, Martínez Pérez, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Edersa, Madrid, 1989, pp.142 y ss. y Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal, Parte General*, p.431.

<sup>38</sup> Cuando ésta impida realmente la persecución penal, por no hallarse el sujeto en España y ser imposible la extradición; véase, a este respecto, Aránguez Sanchez, Comentario al art.30, p.339.

<sup>39</sup> Véase mi *Derecho Penal. Parte General-Lecciones*, pp.13-14. La imposición de una medida de seguridad, en caso de apreciación de una causa de inimputabilidad (por ejemplo, la de anomalía o alteración psíquica o la de intoxicación plena por bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes o de hallarse bajo los efectos de un síndrome de abstinencia, de los números 1º y 2º del art.20) implica una persecución criminal e impide la persecución de las personas que se encuentren en los peldaños sucesivos de la escala; véase, en este sentido Quintero Olivares, G. *Comentarios al Código Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp.315-316 y Aránguez Sanchez, C. Comentario al art.30, p.341.

se incluía una restricción similar para los directores, editores e impresores.<sup>40</sup> Cuando sean inductores responderán, en primer término, junto a los autores reales. Se aprecia aquí una ligera influencia del sistema llamado del gerente responsable, con arreglo al cual responde siempre el director o gerente junto al autor real.<sup>41</sup> Por otra parte, entre los autores reales quedan ahora comprendidos, a mi juicio, no sólo los autores directos, sino también los mediatos.<sup>42</sup> De ellos puede decirse que realmente han redactado el escrito, o producido el signo, aunque sea mediante otra persona de la que se sirven como instrumento. Su exclusión carecería, por otra parte, de sentido en una interpretación sistemática y teleológica. En el nº1º se incluiría a los inductores, pero no a los autores mediatos, que tienen el dominio del hecho.

<sup>40</sup> De acuerdo con dicho precepto: "Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, solamente se reputarán autores de las infracciones mencionadas en el artículo 13 los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos. Si aquéllos no fueren conocidos o no estuvieren domiciliados en España o estuvieren exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al artículo 8º de este Código, se reputarán autores los directores de la publicación que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados. En defecto de éstos, se reputarán autores los editores, también conocidos y domiciliados en España y no exentos de responsabilidad criminal, según el artículo anteriormente citado, y, en defecto de éstos, los impresores. Se entiende por impresores, a efectos de este artículo, los directores o jefes del establecimiento en que se haya impreso, grabado o publicado, por cualquier otro medio, el escrito o estampa criminal". Vives Antón propugnaba, sin embargo, una interpretación restrictiva del art.15, en el sentido de exigir que los directores, editores e impresores fueran ya autores con arreglo al art.14 (autores directos, inductores o cooperadores necesarios) para incurrir en responsabilidad criminal; véase, Vives Antón, T. S. *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, pp.85 y ss.

<sup>41</sup> Véase, a este respecto, Antón Oneca, *Derecho Penal, Parte General*, pp.452-453. Cobo del Rosal-Vives Antón consideran que el castigo de los inductores junto a los autores del texto o signo se debe a la dificultad de distinguir, en estos delitos, la inducción de la autoría, y a "la consideración de la censura interna, que de existir, debe sancionarse en forma de inducción"; véase Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal, Parte General*, pp.761 y Vives Antón, T.S. en *Comentarios al Código Penal* de 1995, I, p.290.

<sup>42</sup> Véase también, en este sentido, Aránguez Sanchez, C. Comentario al art.30, pp.340-341.

Estarán comprendidos también los coautores aunque no realicen actos de ejecución, si tienen el dominio funcional del hecho, pues realizan conjuntamente el hecho con los que llevan a cabo la acción típica o alguno de sus elementos. Carecería de sentido también que se incluyera, en todo caso, a los inductores, en el primer escalón de la cascada y no a los coautores, que aunque no realicen actos de ejecución tienen el dominio funcional del hecho.

Esta regulación, supone, en conjunto, una ampliación del círculo de personas responsables, en relación con la regulación del anterior Código penal no sólo por la inclusión, en el apartado 1º, del autor mediato y de los coautores que no realicen actos de ejecución, sino también por la inclusión de los inductores, en todo caso, en el mismo apartado. Responden siempre junto a los autores reales. Es verdad que los directores mencionados en los nº 2º, 3º y 4º no responderán ahora cuando sean meros cómplices o encubridores, pero su cooperación será considerada generalmente como necesaria. Esta ampliación es aceptable. Excesiva era, en cambio, la prevista en el Proyecto de Código penal de 1.980, por influencia, sin duda, de los temores inherentes a la transición política, de la dictadura a la democracia. Según el art. 34 del Proyecto de 1.980, que se inspiraba únicamente en el sistema del gerente responsable: "En los delitos y faltas cometidos por 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 este efecto, se entienden por autores no sólo los que realmente lo hayan 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 la publicación o programa 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". La búsqueda de una efectividad de la responsabilidad implicaba aquí una ampliación excesiva del ámbito de las personas responsables, que ponía en peligro la libertad de expresión e información.

La regulación de las personas responsables contenida en el artículo 30 será aplicable a todos los delitos cometidos mediante la difusión de ideas a través de los medios de comunicación social.<sup>43</sup>

Por último, hay que señalar que en el art. 30 del nuevo Código penal se hace extensiva la regulación de las personas responsables de los delitos y faltas cometidos a través de los medios de comunicación social a los realizados utilizando soportes de difusión mecánicos (como pueda ser un CD, un CD-Rom, un casete, un disquete) innovación laudable, en relación con los preceptos correspondientes no sólo del anterior Código penal, sino del Proyecto de 1.980 y de la Propuesta de Anteproyecto de 1.983.

<sup>43</sup> Véase, a este respecto, Aránguez Sanchez, C. Comentario al art.30, pp.328-330, quien señala, con razón, que no es preciso que se trate de delitos consumados, frente a la tesis mantenida por Vives Antón (véase, Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal, Parte General*, p.761). El círculo de personas responsables sería más amplio en la tentativa que en el delito consumado.