

AUTORIA Y PARTICIPACION

Miguel Díaz y García Conledo*

PRIMERA PARTE: AUTORIA; 1. Introducción; 2. Conceptos de autor; 3. Distinción entre autoría y participación; 4. Las formas de la autoría; 5. La autoría en el Código Penal; 6. Imprudencia y autoría y participación; 7. Autoría y participación en delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos; 8. El actuar por otro o por persona jurídica; **SEGUNDA PARTE: PARTICIPACION;** 1. Introducción; 2. La naturaleza de los preceptos sobre participación; 3. Fundamento del castigo de la participación; 4. La accesoriedad de la participación; 5. Las formas de participación en el Código Penal; 6. Otras cuestiones relativas a la participación; 7. Autoría y participación en delitos especiales, de propia mano y con modalidades limitadas de acción; 8. Omisión y autoría y participación.

PRIMERA PARTE: AUTORIA

1. Introducción

En este tema y en el dedicado a la participación se estudian los problemas relativos a la codelinuencia (o participación en sentido amplio, es decir a la intervención de varias personas en el delito (aunque algunas cuestiones se plantean también en supuestos de un único interviniente).

La autoría y la participación se encuadran sistemáticamente dentro de las cuestiones que afectan al tipo penal, si bien razones didácticas aconsejan no explicarlas precisamente al hilo de ese elemento del delito, sino más bien una vez que se han explicado todos los elementos del mismo.

Algunas cuestiones que también afectan a la autoría, como las de la intervención en y por omisión y la intervención en delitos especiales, de propia mano y con modalidades limitadas de acción, se explican en el tema dedicado a la participación.

2. Conceptos de autor

Los conceptos de autor que se han mantenido o se mantienen pueden reducirse a tres: unitario, extensivo y restrictivo.

El concepto unitario de autor renuncia a la distinción entre autores y partícipes. En su versión clásica o formal todo interviniente es autor porque aporta

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León.

una contribución causal al delito. En su vertiente más moderna o funcional renuncia (correctamente) a una fundamentación causal, distingue entre diversas formas de autoría (o, si se quiere, de intervención) y su rasgo más distintivo es que no existe una relación de accesoriidad entre unos y otros intervinientes. La crítica al concepto unitario de autor ha sido quizá exagerada (máxime cuando a menudo se critica este entendimiento de la autoría para los delitos dolosos, pero se adopta para los imprudentes), pero ciertamente no aporta la simplicidad que le atribuyen algunos de sus defensores y, sobre todo, al renunciar a la accesoriidad, permite una menor precisión o concreción de las fronteras de lo típico y supone que un olvido del legislador en la corrección de sus consecuencias indeseadas conduzca a un exceso de punición (mientras que en concepto restrictivo de autor un olvido de ese tipo conduce a una laguna de punición, siempre más tolerable). En consecuencia el concepto unitario de autor se adapta peor que el restrictivo a los principios del Derecho penal de un Estado de Derecho (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 43 ss.).

El concepto extensivo de autor, que se suele identificar con teorías subjetivas, aunque también ha sido defendido desde teorías objetivas, parte de la misma premisa que el unitario: todo interviniente es autor, pero, a la vista del dato de que muchos CP (como ocurre en el español) contienen preceptos específicos dedicados a las formas de participación diferentes de la autoría, se reconoce la necesidad de distinguir entre autoría y participación y, a menudo, se admite el carácter accesorio de la participación, con lo que, en buena medida, se traiciona el punto de partida del concepto (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 253 ss.).

El concepto restrictivo de autor es el que (al menos desde el punto de vista de las declaraciones de principio) se defiende de modo prácticamente unánime por la doctrina española y también por la jurisprudencia, si bien aún hoy (aunque en menor medida que en el pasado) se encuentran sentencias que apuntan más bien en el sentido de un concepto unitario (limitado) de autor. El concepto restrictivo de autor distingue entre autor o autores y partícipes y se concreta de diversas maneras, si bien suele coincidirse en que autor es sólo quien realiza el tipo; mediante las cláusulas de la parte general del CP relativas a las formas de participación (extensivas de la tipicidad y, por tanto, de la punibilidad) es posible castigar a personas distintas del autor o autores, si bien la responsabilidad de éstas es accesorio de la del autor. Este concepto restrictivo de autoría, con la nota de la accesoriidad (limitada) de la participación es el preferible, sobre todo por permitir un mejor recorte o determinación de lo típico y adaptarse con ello en mayor grado a los principios del Derecho penal propio de un Estado de Derecho. La consecuencias indeseables a que en ocasiones puede conducir el principio de accesoriidad de la participación pueden ser evitadas mediante previsiones específicas del legislador (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 407 ss. y *passim*).

En el CP 1944/73, anteriormente vigente, no estaba claro que se partiera de un concepto restrictivo de autor, sino que los indicios apuntaban en diferentes

sentidos, si bien la doctrina normalmente había interpretado los preceptos del CP relativos a la codelinuencia desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor, lo que parece preferible. En el vigente CP, si bien los arts. 27 a 31, 61 a 64 y 143 no hacen imposible interpretar que nuestro CP sustenta un concepto unitario limitado de autor, lo cierto es que hay indicios más fuertes que en el anterior CP de que se ha partido de un concepto restrictivo de autoría que resulta en todo caso preferible. El indicio más importante lo ofrece el art. 28 CP que se refiere a las formas de intervención conminadas con la pena de la autoría, distinguiendo entre quienes “son autores” (“quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento” de quienes “también serán considerados autores” (“los que inducen a otro u otros a ejecutarlo” y “los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”), lo que da a entender en cierta medida que estos últimos no son autores, sino (junto a la complicidad del art. 29 CP) partícipes. No obstante, probablemente habría sido deseable una mayor claridad del legislador (que en otros preceptos parece incluir bajo el término autores a todas las figuras del art. 28, y que no hace referencias claras a la accesoriedad, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos). Esa mayor claridad habría conducido a deshacer totalmente la confusión que se daba (y en parte aún se da) en la jurisprudencia, pues, para muchas sentencias, es prácticamente irrelevante distinguir entre las diversas figuras del art. 28, al estar sometidas todas al mismo marco penal, olvidando así la necesidad de precisión y las diferencias de tratamiento a que conduce la accesoriedad de la participación (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 205 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1996, 1284).

Conviene insistir por tanto en la defensa de un concepto restrictivo de autor y de la interpretación desde sus premisas de los preceptos legales relativos a autoría y participación. Para que ese concepto restrictivo de autor conserve sus ventajas, ha de ser desarrollado coherentemente, lo que no siempre sucede, en mi opinión, en un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia españolas en lo que se refiere a la coautoría, donde se realizan extensiones indeseables e innecesarias del concepto de autor.

3. Distinción entre autoría y participación

Los principales criterios que se han utilizado para distinguir entre autoría y participación son las teorías subjetivas, la teoría objetivo-formal, las teorías objetivo-materiales, la teoría del dominio del hecho y alguna otras, como la de la determinación objetiva y positiva del hecho, que están emparentadas con la anterior. Como no todas las teorías poseen igual relevancia actualmente, no vamos a explicarlas por igual, agrupando las menos importantes hoy en un primer apartado.

3.1. Teorías subjetivas, del acuerdo previo, objetivo-materiales y otras

3.1.1. Teorías subjetivas

Estas teorías han sido poco defendidas en España. Parten de que en el plano objetivo no es posible distinguir entre autores y partícipes, pues, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, todos realizan una aportación causal al delito (la reducción en este ámbito de todo lo objetivo al problema causal es el primer punto en que son criticables estas teorías). Por tanto, llevan a cabo la distinción en el plano subjetivo: autor es quien actúa con voluntad de autor o *animus auctoris* y partícipe quien lo hace con voluntad de tal o *animus socii*. Para la teoría del dolo actúa con *animus auctoris* quien lo hace con una voluntad autónoma y con *animus socii* aquel cuya voluntad es dependiente de la del autor y subordinada a éste. Para la teoría del interés se actúa con uno u otro ánimo según se tenga o no un interés propio en el hecho.

Las teorías subjetivas son rechazables por diversas razones (además de la ya apuntada), pues es prácticamente imposible saber quién actúa con voluntad autónoma o subordinada o incluso cabría pensar que todos actúan con voluntad subordinada o en interés ajeno, lo que supondría la existencia de hechos con partícipes y sin autor, que una sola persona realizara todo el hecho pero subordinando su voluntad a otro o en interés de otro (ajeno al hecho), o cabe pensar que siempre que se interviene en un delito algún interés propio se tiene, etc. Las teorías subjetivas suponen una mezcolanza de criterios imprecisos y no se corresponden con las referencias objetivas que se contienen en los preceptos sobre autoría y participación de nuestro CP (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 289 ss.).

3.1.2. Teoría del acuerdo previo

Alguna relación con las teorías subjetivas (aunque no es una de las teorías subjetivas que se acaban de citar) guarda la llamada doctrina del acuerdo previo defendida durante mucho tiempo por nuestro TS, según la cual todos los que intervienen en un hecho delictivo existiendo un previo concierto entre ellos son (co)autores del mismo, con independencia de cuál sea su aportación objetiva a él. Pese a la denominación de esta teoría, la mayoría de las veces el TS se conformaba con que el acuerdo fuera simultáneo o coetáneo a la ejecución y no exigía en realidad su carácter previo, así como tampoco pedía que fuera expreso. Aunque aún hoy se encuentran STS que siguen (aunque sea de modo suavizado en ocasiones) esta doctrina, afortunadamente cada vez son más las que la rechazan y las que exigen el acuerdo como un requisito necesario, pero no suficiente de la coautoría.

La teoría del acuerdo previo es rechazable, pues, aun suponiendo que el acuerdo significara una disposición a realizar el tipo, la disposición no es todavía

realización y, aunque el acuerdo pueda hacer más peligroso el hecho o ser un elemento muy importante o trascendente para el mismo, ni la peligrosidad ni la necesidad o trascendencia para el hecho de una conducta determinan por sí solas la autoría. Además, el TS era inconsecuente con su doctrina, pues a menudo, sin rechazarla, se “olvidaba” de ella para castigar como cómplice (y, por lo tanto, con pena inferior a la del autor) a un sujeto que actuaba en el marco de un acuerdo, pero cuyo castigo como autor le parecía excesivo. De llevarse al extremo, cabría decir que los hechos en que actúan varias personas sin acuerdo son hechos sin autor. En definitiva, la teoría del acuerdo previo, afortunadamente cada vez más arrinconada en la jurisprudencia de nuestro TS, suponía a menudo el revestimiento con un manto argumental impreciso e incorrecto de soluciones tomadas de antemano de un modo más intuitivo, y era un reflejo importante del caos que durante muchos años reinó (con honrosas y numerosas excepciones) en la jurisprudencia española en materia de autoría y participación (sobre la doctrina del acuerdo previo y su crítica, v. GIMBERNAT, 1966, 57 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 349 ss.; PÉREZ ALONSO, 1998, 111 ss.).

3.1.3. Teorías objetivo-materiales

Las teorías objetivo-materiales (distintas de la del dominio del hecho), como las denominadas de la necesidad, de la simultaneidad, de la supraordinación, las que distinguen según el carácter directo o indirecto de la causalidad, etc.) aportan en ocasiones ideas interesantes, pero no pueden admitirse para distinguir entre autoría y participación, pues parten a menudo de diferenciaciones causales que, además de incorrectas, son ajenas al concepto de autor, o bien de diferencias extrajurídicas que prescinden de la tipicidad en la determinación de la autoría. Por lo demás han sido poco defendidas en España, salvo lo que se refiere a la teoría de la necesidad en materia de delimitación de la cooperación necesaria (en mi opinión, una forma de participación en sentido estricto) de la complicidad (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 535 ss.).

3.1.4. Otras teorías

Existen otras teorías para distinguir entre autoría y participación además de las explicadas y las que se detallan a continuación. Pero normalmente pecan de los defectos señalados a alguna de las demás (así, las teorías mixtas) o son excesivamente vagas e imprecisas (por ejemplo, muchas teorías mixtas y la llamada teoría de la contemplación global o de la totalidad), o, pese a partir de premisas interesantes, acaban incurriendo en los defectos propios de otras teorías (así, por ejemplo, la concepción normativa que se fija en el grado de perentoriedad de las normas de conducta de las diferentes formas de autoría y participación) (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 697 ss.).

3.2. Teoría objetivo-formal

En España todavía es ampliamente defendida la teoría objetivo-formal, aunque se va imponiendo paulatinamente la del dominio del hecho. Según la teoría objetivo-formal autor es quien realiza (total o parcialmente) la acción (o acciones) descrita(s) en el correspondiente tipo de la parte especial. A la hora de concretar lo anterior, existen dos versiones de esta teoría: a) la clásica, según la cual es autor todo aquel que realice una acción ejecutiva (en el sentido de la tentativa); b) la modificada o moderna, para la que autor es el sujeto cuya conducta puede subsumirse sin más en el correspondiente tipo de la parte especial, o sea, el que realiza la acción típica (o alguna de las acciones típicas), no bastando la realización de una acción ejecutiva no típica (así, por ejemplo, para la versión clásica, en un delito de lesiones sería autor, además de quien golpea a la víctima, quien la sujeta para que el otro golpee, mientras que para la versión modificada el que sujeta no es autor).

El acierto de esta teoría es haber hecho hincapié en la conexión entre tipo y autoría. Suele criticárseles el que no sean capaces de explicar la autoría mediata y la coautoría, pero creo que estas críticas son matizables y debidas a que los críticos parten de determinadas concepciones de esas formas de autoría que no necesariamente han de ser compartidas. La versión clásica, sin embargo, no convence, en mi opinión, porque iguala la realización de acciones ejecutivas no típicas con la realización de acciones típicas, cuando entre ellas se percibe un diferente grado de enfrentamiento a la norma y al bien jurídico protegido en cada caso, lo que debe ser tenido en cuenta desde la perspectiva de un concepto restrictivo de autor (sólo las acciones típicas son de autoría). En cuanto a la versión modificada, parece en principio correcta (con la duda de si la realización de una sola de las acciones típicas en los tipos que describen varias ha de constituir siempre y necesariamente autoría), pero resulta incompleta pues no ofrece un criterio material para determinar, especialmente en los delitos resultativos (como, por ejemplo, el homicidio) en qué consiste realizar el tipo, aunque se afirme (lógicamente) que no lo realiza cualquiera que contribuya causalmente al resultado (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 411 ss.).

3.3. Teoría del dominio del hecho y teoría de la pertenencia del hecho

Cada vez va adquiriendo un papel más dominante en la doctrina y, desde luego, en la jurisprudencia del TS (v., entre otras muchas, STS, Sala 2ª, 1320/1997, de 4 de noviembre, Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater; STS, Sala 2ª, 903/1998, de 2 de julio, Ponente: D. Eduardo Móner Muñoz; STS, Sala 2ª, 1011/1998, de 17 de octubre, Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater; Auto TS, Sala 2ª, 1565/2000, de 7 de julio, Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta, STS, Sala 2ª, 1240/2000, de 11 de septiembre, Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón), la teoría del dominio del hecho, cuyo carácter es objetivo-subjetivo (en el sentido de que sus defensores creen precisa la finalidad o, al menos, la conciencia

de dominio del hecho para que éste exista) y material. Para ella (prescindiendo de matices y variantes), autor es quien domina el hecho, esto es, quien con su actuación decide o tiene en las manos el sí y el cómo del acontecer típico, del proceso que desemboca en la producción del delito.

Aunque la enorme importancia de esta teoría en el desarrollo de la doctrina de la codelinquencia es innegable, la misma no está exenta de críticas. Entre ellas se puede citar el que acude a consideraciones extrajurídicas (como la de que el autor es la figura central del hecho) que serían aceptables si no se pretendiera extraer de ellas consecuencias demasiado importantes sin tener un fundamento normativo. Al incluir un elemento subjetivo en el dominio del hecho, se encuentra con enormes dificultades para distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes, derivando casi siempre en un concepto unitario de autor para ellos. En ciertos puntos, especialmente en la coautoría, conduce a una extensión del concepto de autor incoherente con el concepto restrictivo que dice defender y que hace perder las ventajas que hemos visto caracterizan a este concepto (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 545 ss.).

Un sector doctrinal minoritario, aunque importante, encabezado por MIR PUIG (1998, 367 s., entre otras pp.), defiende una teoría cercana, pero no idéntica, a la del dominio del hecho, según la cual es autor aquel sujeto al que le pertenece el hecho, el sujeto que está en una situación tal que ningún otro le puede disputar esa pertenencia. La crítica más global a esta teoría (que, especialmente en la coautoría lleva también a una extensión del concepto de autor) consiste en que, en mi opinión, parte de la idea errónea de que todo hecho ha de pertenecer a alguien (a efectos penales), siendo por el contrario lo cierto que puede haber hechos sin autor (en sentido penal), en los que, por tanto, no cabrá a su vez participación punible (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 613 ss.).

3.4. Teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho

Aunque no es mayoritaria, ha ganado adeptos en los últimos años la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, propuesta por LUZÓN PEÑA (1989, 889 ss.) y desarrollada sobre todo por mí (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, entre otros muchos trabajos), que tiene puntos en común con la del dominio del hecho, pero también diferencias sustanciales con ella. Según ella, en el marco de un concepto restrictivo de autor que conserve sus ventajas, autoría y realización del tipo han de estar estrechamente unidos, de modo que es autor el sujeto que realice la conducta que directamente encaje en el correspondiente tipo de la parte especial, la que más directamente se enfrente a la norma prohibitiva o imperativa contenida en el mismo y, por tanto, la que dicha norma tenga la mayor perentoriedad o urgencia en evitar (en caso de prohibición) o en promover su realización (en caso de mandato de actuación). Con este fundamento jurídico, autor es quien realiza la acción típica (es discutible si en los tipos que contienen más de una acción típica podría en ocasiones distinguirse entre acciones típicas nucleares, que serían de autoría, y no nucleares, de participación;

personalmente considero que no debe descartarse esa posibilidad, que ha de concretarse a través del estudio del correspondiente tipo de la parte especial). En los delitos puramente resultativos (aunque la idea es válida para otros tipos), el criterio material que concreta lo anterior es el de que autor es quien determina (o domina, si se puede hablar de un dominio objetivo) objetiva y positivamente el hecho. El que se trate de una determinación objetiva permite aplicar sin problemas el criterio de distinción tanto a los hechos dolosos como a los imprudentes. El que se exija una determinación positiva (y no meramente negativa, esto es, el que se exija que se decida el si y el cómo del hecho y no meramente su posible no producción) evita extensiones del concepto de autor (sobre todo en la coautoría) que harían perder en buena medida las ventajas de un concepto restrictivo de autor, extensiones especialmente innecesarias en una regulación de las formas de participación como la contenida en el CP español.

Matices aparte, resulta cercana a la teoría señalada, en gran medida en el punto de partida y en algunos (no todos) sus desarrollos la postura de DÍEZ RIPOLLÉS (1996, 217 ss.), quien, sobre la base de la definición de autoría en el CP, considera elementos materiales claves de la misma el “acceso al tipo” y el “control del suceso típico”, que se concretaría en el “dominio objetivo del suceso”, común (al igual que el acceso) a los delitos dolosos e imprudentes (si bien se destaca la presencia añadida de un dominio subjetivo en los delitos dolosos). Tampoco es lejana a la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho la tesis defendida por GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2002).

La teoría de la determinación objetiva del hecho también ha sido objeto de críticas (prescindiendo de las que se dirigen a la idea de la posibilidad de distinguir entre acciones típicas nucleares y no nucleares, que no es inherente a la citada teoría). Probablemente las más repetidas son la del olvido del componente subjetivo, para muchos imprescindible en el dominio del hecho, y, por otro lado, el que conduce a un concepto de autor demasiado estrecho, especialmente en la coautoría. En cuanto a la primera crítica, parece exagerada (en lo terminológico, desde luego, pues se adopta la palabra “determinación” precisamente para soslayar la posible –que no segura– contradicción que pudiera suponer la expresión “dominio objetivo”), pues no ignoramos que los elementos subjetivos de la conducta de los intervinientes pueden tener influencia en la apreciación de un dominio o determinación, sino que simplemente tratamos de destacar lo que es propio, característico o exclusivo de la autoría (en los delitos dolosos e imprudentes). En cuanto a la segunda crítica, coincidimos en que nuestra teoría conduce a un concepto más estrecho de coautoría, pero ello nos parece un acierto, pues permite mantener las ventajas de un auténtico concepto restrictivo de autor, no conduce a soluciones punitivas insatisfactorias en el Derecho penal español y responde a diferencias materiales de dominio (meramente negativo, en unos, y positivo, en otros) entre distintos intervinientes.

4. Las formas de la autoría

La autoría en sentido estricto puede revestir la forma de autoría inmediata unipersonal, autoría mediata y coautoría. No supone una forma específica de autoría la llamada autoría accesoria.

4.1. La autoría inmediata individual

La autoría inmediata individual o unipersonal, comúnmente llamada autoría directa, se da cuando el sujeto realiza la acción típica, determina el hecho de modo completo (o sea, sin compartir con otros el dominio o determinación del hecho) por sí solo y sin hacerlo a través de otro que actúa como instrumento. Ello no es óbice para que junto a esa persona actúen otras como partícipes en el hecho, o incluso otros sujetos que realicen por sí mismos toda la acción típica, es decir, otros autores inmediatos individuales, produciéndose entonces un supuesto de pluriautoría que no debe confundirse con la coautoría. Tampoco debe confundirse esta primera forma de autoría con la actuación en solitario de propia mano, pues hay algunos supuestos en que el único actuante de propia mano no es autor (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 639 ss.).

4.2. La autoría mediata

4.2.1. Concepto

La autoría mediata consiste en la realización del hecho típico a través de otra persona que actúa como instrumento o, en la terminología (más problemática en relación con la autoría mediata en los delitos imprudentes) del primer párrafo del art. 28 CP, en la realización del hecho “por medio de otro del que se sirven como instrumento”. Se trata de una forma de autoría en sentido estricto, no sometida por tanto al principio de accesoriidad limitada de la participación (sobre la autoría mediata en general, v. HERNÁNDEZ PLASENCIA, 1996; BOLEA BARDON, 2000).

4.2.2. Requisitos

Además del requisito, común a toda autoría, de la realización del tipo (concretado, en su caso, como se estime conveniente: en mi opinión, con el criterio material de la determinación objetiva y positiva del hecho) por el autor mediato, parecen fundamentales dos cosas (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 645 ss.): 1º) Determinar en virtud de qué criterios o razones se puede afirmar que una persona realiza acciones a través de otra que actúa como instrumento (sean acciones de autoría o de participación), a lo que me referiré en el apartado siguiente. 2º) Constatar que las acciones realizadas a través de otro son acciones de autoría, es decir, utilizando el criterio material señalado, que el sujeto que actúa a través de otro determina el hecho; en esta constatación es muy importante (y a veces se olvida) determinar si la conducta del instrumento es a su vez

determinante, de autoría, con independencia de que el instrumento sea o no responsable por diversas razones (básicamente falta de cualidad especial en delito especial, de dolo o imprudencia, atipicidad, justificación o disculpa). En cualquier caso, la irresponsabilidad del instrumento no supone, en mi opinión, un requisito de la autoría mediata, pues son posibles, como veremos, supuestos de “autor tras el autor”.

4.2.3. Supuestos de autoría mediata

Citaré a continuación brevemente los supuestos que suelen considerarse de realización de acciones a través de otro y que, por lo tanto, fundamentan, si se trata de un supuesto de autoría, la autoría mediata (si fueran de participación, la participación mediata) del “sujeto de atrás”. Como se verá, no estoy de acuerdo en que en todos ellos se fundamente la realización de un hecho a través de otro.

4.2.3.1. Utilización de coacción u otros procedimientos que obligan a actuar al instrumento

Se trata de casos en que quien actúa detrás fuerza, intimida o da órdenes vinculantes o coloca en situaciones de necesidad de actuar a otro o aprovecha una ya existente para que realice una determinada conducta (si bien este último supuesto es más discutido), sin que baste una mera influencia en la voluntad del que actúa (ello constituiría inducción o, en su caso, participación psíquica o moral). El fundamento de este grupo de casos es la falta de voluntad libre del instrumento (por lo que algunos rechazamos que sea autor mediato quien da una “orden” no acompañada de coacción o amenaza o no vinculante jurídicamente, como ocurre, por ejemplo, con las instrucciones de algunos “jefes de la banda”).

En los supuestos en que el empleo de fuerza provoca una ausencia de acción en el sujeto de delante, no se discute que el de detrás sea autor, sino si lo es inmediato o mediato, si bien la cuestión me parece más bien terminológica y de escasa trascendencia práctica.

En los supuestos en que el sujeto de delante actúe amparado por una causa de justificación, para poder apreciar autoría mediata en el de detrás habrá de tratarse de una causa de justificación que excluya sólo el desvalor de acción (como, por ejemplo, el estado de necesidad o la obediencia debida a órdenes antijurídicas) y no el desvalor de resultado (como la legítima defensa o la obediencia a órdenes conformes a Derecho), en cuyo caso la justificación alcanzaría también al sujeto de atrás.

4.2.3.2. Supuestos de creación o aprovechamiento de un error en el que actúa de modo inmediato

El fundamento de la autoría mediata (cuando se admita) en este grupo de casos sería resumidamente que el sujeto de atrás domina (o determina, o domina

en mayor grado que el que actúa inmediatamente) la situación por tener el único o mejor conocimiento de la misma o de su contrariedad a Derecho, conocimiento que falta o no es completo en el instrumento, con la consiguiente desaparición o disminución de factores de inhibición de su conducta. Lo que fundamentalmente se discute es qué clase de error es suficiente para fundamentar la autoría mediata en el sujeto de atrás.

Hay acuerdo en la existencia de autoría mediata cuando se provoca o aprovecha un error de tipo invencible en el sujeto de delante, o cuando se trata de un error de tipo vencible que dé lugar a imprudencia inconsciente, resultando muy discutidos otros supuestos. Sin embargo, creo, con un importante sector doctrinal, que también se podrá fundamentar autoría mediata en los supuestos de error de tipo vencible que dé lugar a imprudencia consciente y en los de error de prohibición invencible o vencible, pues en todos estos supuestos el sujeto de delante posee menores razones para inhibirse de actuar que el sujeto de atrás, quien domina o dirige al instrumento y determina el hecho. E incluso es posible afirmar la autoría mediata en caso de provocación de un error en quien actúa de modo inmediato sobre el significado concreto de la acción, siempre y cuando (lo que no sucederá siempre) afecte de modo suficiente a la capacidad de inhibición del ejecutor inmediato. Como se ve, en este grupo se admiten varios supuestos de “autor tras el autor” responsable.

4.2.3.3. Utilización de inimputables

Éste es uno de los supuestos clásicos de autoría mediata, pese a que, conforme al principio de accesoriedad limitada de la participación, no habría problema en castigar al sujeto de atrás como partícipe, pues sólo está excluida la culpabilidad del sujeto de delante (que actúa de modo típicamente antijurídico). Sin embargo, el fundamento de esta modalidad de autoría mediata radica precisamente en la incapacidad (o anormal capacidad) de comprender la ilicitud del hecho o motivarse según esa comprensión de los inimputables, que es lo que permite hablar de una instrumentalización del inimputable a manos del sujeto de atrás.

Sobre todo en relación con la menor edad, es frecuente sostener que la presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad que fija la ley penal (de adultos) y la consiguiente irresponsabilidad del menor (conforme a esa ley) (en general, los inimputables no pueden sufrir penas, refiriéndonos a ello cuando hablamos de irresponsabilidad, aunque en algunos casos puedan ser sometidos a medidas de seguridad) fundamentan la autoría mediata de todo el que induzca o ayude a un menor a cometer un delito. Sin embargo, creo que esta apreciación es errónea, pues una cosa es la presunción legal a efectos de irresponsabilidad penal del propio menor (conforme a la ley penal para adultos, pues para ciertos menores existe responsabilidad penal, conforme a la Ley penal del menor, aunque no entraré aquí en la naturaleza de esa responsabilidad) y otra muy distinta el que esa presunción deba tener efectos a la hora de determinar si un sujeto ha instrumentalizado a otro. Y resulta que en muchos casos los menores no son materialmente inimputables y,

por tanto, no puede hablarse de autoría mediata, sino de participación, de quien les induce o ayuda a delinquir (por ejemplo, cuando un adulto induce a un muchacho de diecisiete años a destrozar a pedradas el coche de un vecino).

Igualmente en el supuesto de inducción o auxilio a semiimputables para que delincan, deberemos guiarnos por el criterio material de la real afectación de la culpabilidad en cada caso para determinar si el sujeto de atrás es autor mediato o partícipe.

4.2.3.4. Utilización de aparatos organizados de poder

Se trata de un supuesto discutido, planteado en Alemania hace ya bastantes años por el máximo experto mundial en materia de autoría, ROXIN, en relación con los crímenes del aparato estatal de poder nacionalsocialista en la Alemania hitleriana y que se ha aplicado o pretendido aplicar posteriormente en relación con otros aparatos organizados de poder estatal (como el de la última dictadura militar argentina) o con organizaciones no estatales desligadas de las normas jurídicas, como por ejemplo algunas organizaciones terroristas o mafiosas, como las dedicadas al tráfico de drogas o de armas).

Se trata de casos en que alguien ordena la realización de una acción delictiva y el ejecutor material no actúa (o no siempre actúa, pues se darán a menudo casos en que sí) coaccionado y en situación de miedo insuperable, estado de necesidad, o en obediencia debida o en error (en cuyo caso nos hallaríamos ante otros supuestos de autoría mediata), sino que podría no obedecer la orden y siempre habría otro dispuesto a cumplirla; es decir, la “máquina de delinquir” en que consiste la organización funciona automáticamente, incluso aunque falle alguno de sus engranajes. Un importante sector doctrinal defiende aquí la autoría mediata de quien da la orden (ocupe el puesto que ocupe en la organización y aunque él a su vez haya recibido la orden de más arriba), pese a que exista plena responsabilidad del autor inmediato (estaríamos, por tanto, ante otro caso de autor tras el autor), por el hecho de la fungibilidad de éste, es decir, porque quien da la orden puede tener plena seguridad de que el delito se llevará a la práctica por uno u otro autor inmediato.

Pese a que el fundamento de la autoría mediata en la fungibilidad del ejecutor es muy sugerente, por poner de relieve una diferencia respecto de los casos más normales de inducción, en que el inductor no puede contar con que el inducido cometerá el delito por el mero hecho de proponérselo, también es cierto que la comisión del delito en los supuestos de aparatos organizados de poder pasa por la decisión de una persona libre y que ve perfectamente la situación fáctica y jurídica, por lo que, pese a reconocer lo peculiar del supuesto, me inclino a calificarlo, con otro importante sector doctrinal, de participación y no de autoría mediata.

Últimamente se ha planteado incluso la posibilidad de aplicar esta construcción para fundamentar la autoría mediata de ciertos sujetos en estructuras organizadas complejas no destinadas a delinquir, sino en principio legales, como las empresas, en las que se cometen ciertos delitos. Considero que aquí, nuevamente, la apelación a la fungibilidad del instrumento no es suficiente para fundamentar esa autoría mediata. Pero también es cierto que, aunque no se dé ninguno de los supuestos hasta ahora analizados (que a veces se darán), la estructura organizativa empresarial (y, salvadas las diferencias, lo mismo valdría para las organizaciones criminales) posee peculiaridades que pueden hacer más fácil que en otros ámbitos (por la conjunción de la fungibilidad del ejecutor, el mejor conocimiento de la situación global por parte de ciertos sujetos, la jerarquización de órdenes e instrucciones, la existencia de fuertes mecanismos de fidelización de los empleados en ciertas empresas, etc.) afirmar la autoría mediata de ciertos sujetos (sin que ello suponga la irresponsabilidad de otros más cercanos a la ejecución), si bien tampoco debe descartarse aquí la existencia de supuestos de coautoría (no siempre “horizontal”) y, desde luego y con frecuencia, de autoría de unos y participación de otros.

4.2.3.5. Los supuestos de “instrumento doloso no cualificado”, de utilización de cualificado por no cualificado y de “instrumento doloso sin intención”

4.2.3.5.1. La llamada autoría mediata mediante instrumento doloso no cualificado

En el supuesto así denominado, un sujeto que posee la cualificación propia de un delito especial (*intraneus*) induce a quien no la posee (*extraneus*), que obra con plena libertad y pleno conocimiento de la situación, a la realización de la conducta propia de ese delito. Si se trata de la conducta de un delito especial impropio, la cuestión será importante, pero no de importancia decisiva, pues al menos es seguro que al *intraneus* se le podrá castigar como inductor del delito común correspondiente, del que es autor inmediato el *extraneus*. Si se trata de la conducta de un delito especial propio, el problema es más grave: el *extraneus* que actúa de modo inmediato no puede ser autor del delito especial, pues le falta la característica personal exigida por el tipo, resultando su conducta en principio atípica; el inductor *intraneus* no podría responder como inductor, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación. Por tanto, gracias a un relativamente sencillo expediente, se habría podido cometer materialmente un delito que, sin embargo, no se podría castigar, lo que supone una grave laguna de punición. Para evitarla se acude a la figura de la autoría mediata por utilización de un instrumento doloso no cualificado: el *intraneus* sería autor mediato del hecho y el *extraneus* un partícipe en el mismo (normalmente esa participación se calificará de cooperación necesaria).

Sin embargo, la afirmación de autoría mediata del *intraneus* me parece una mera petición de principio, por no estar fundamentada en criterio material alguno

que explique que nos hallamos ante una “utilización” de un “instrumento” y que el *intranens* domine el hecho. A este respecto resulta insuficiente la apelación que algunos realizan a un supuesto “dominio social” o “dominio psicológico-normativo” cuyo contenido no se explica convincentemente; tampoco convence, aunque es sugerente, la argumentación, desde la teoría de la pertenencia del hecho, de que es imposible que otro sujeto dispute la pertenencia del hecho al *intranens*, porque, aparte de no parecerme correcta en general la citada teoría, su argumentación en este punto no va mucho más allá de decir que un *extraneus* no puede ser autor de un delito especial, sin que sin embargo quede claro por qué deba pasar la autoría al *intranens* que no realiza la acción típica.

Ciertamente, si se rechaza la construcción de la autoría mediata por utilización de instrumento doloso no cualificado y no se plantea alguna alternativa, se produce una laguna de punición que no parece justificable. De las alternativas que se plantean, no puede admitirse el recurso general (para cierto grupo de delitos) a los llamados delitos de infracción de deber, en los cuales lo relevante para la autoría no serían los criterios habituales (como el dominio del hecho, por ejemplo), sino la infracción de un específico deber extrapenal: quien infringe el deber (*intranens*) es autor aunque no domine el hecho (el *extraneus* es partícipe aunque lo domine); no cabe este recurso, pues muchos tipos que se califican como de infracción de deber no están configurados como tales en el Derecho positivo y aplicarles la citada construcción vulneraría el principio de legalidad. Tampoco el recurso a la comisión por omisión (el *intranens* es autor del delito en comisión por omisión), alguna vez utilizado por algún autor en relación a algún delito especial concreto, soluciona el problema con carácter general, pues suscita reservas según cuál sea el concepto y requisitos de la comisión por omisión que se consideren correctos, y, sobre todo, no parece posible aplicar la solución a todos o la mayoría de los supuestos que la doctrina tradicional soluciona mediante la autoría mediata por utilización de instrumento doloso no cualificado. La solución más plausible es la que apela a la aplicación del art. 31 CP, que recoge la construcción del “actuar por otro” en Derecho penal, a la que me referiré más adelante: el *extraneus* es autor del delito especial, supliéndose a través del art. 31 CP su carencia de la cualidad especial exigida por el delito; el *intranens* será partícipe (normalmente inductor) en ese delito especial. Sin embargo, aunque esta solución puede ser de aplicación a muchos casos, considero muy dudoso que pueda decirse que en todos los supuestos tradicionalmente calificados de autoría mediata por utilización de instrumento doloso no cualificado el *extraneus* actúe “en nombre o representación legal o voluntaria de otro”, como exige el art. 31 CP.

En los casos en que el recurso al actuar por otro no solucione el problema (que también estará resuelto si el legislador ha redactado el tipo como delito de infracción de deber), habrá que admitir la laguna de punición, que podría evitarse con una previsión legal específica, por ejemplo, creando un precepto en la Parte general del CP similar al del art. 31, pero orientado específicamente a los supuestos que nos ocupan, o redactando los tipos cuyo contenido material así lo aconseje como delitos de infracción de deber.

4.2.3.5.2. Utilización de un instrumento cualificado por parte de un no cualificado

Supuesto en cierta medida inverso al anterior es el del *extraneus* que, sirviéndose de alguno de los medios que normalmente fundamentan autoría mediata, consigue que el *intranus* realice la conducta propia del delito especial (por ejemplo, un sujeto obliga mediante fuerza a un juez a dictar una sentencia injusta en el sentido del delito de prevaricación judicial). El problema se plantea sobre todo cuando el *intranus*, aquí verdadero instrumento, actúa en un supuesto de falta de acción (por ejemplo, por existencia de fuerza irresistible), o de modo justificado (en estado de necesidad o en caso fortuito derivado de error de tipo invencible), o meramente imprudente (por error de tipo vencible) en supuestos en que sólo es punible la comisión dolosa (e incluso quizá cuando actúa sin culpabilidad, pues no está claro que cualquier forma de autoría mediata sea a la vez inducción u otra forma de participación). En los delitos especiales propios –y lo mismo ocurre en los delitos de propia mano o en algunos de los delitos con modalidades limitadas de acción- la cuestión es especialmente grave: el *intranus* (único posible autor del delito, por concurrir en él la cualidad especial exigida en el mismo) no realiza una acción típicamente antijurídica, por lo que, en virtud del principio de accesoriad limitada de la participación, el *extraneus* no puede ser castigado como inductor (u otra clase de partícipe) en el delito especial propio (o de propia mano o con modalidades limitadas de acción); pero ese *extraneus* tampoco puede ser castigado como autor mediato (o, según algunos, en supuestos de falta de acción del instrumento, como autor inmediato) del mismo (calificación más acorde con la naturaleza material de su conducta), pues le falta la cualidad personal del delito especial (o la actuación de propia mano o mediante alguna de las modalidades de acción tasadas por la ley), ni como autor mediato (o inmediato) de un delito común correspondiente (como sucedería en los delitos especiales impropios), pues nos hallamos ante un delito especial propio (por ejemplo, ante una prevaricación judicial). Por tanto, habría que absolver al sujeto de atrás *extraneus* del delito especial, lo que no parece satisfactorio (parece preferible que se le pudiera castigar, aunque tal vez habría que tener en cuenta su mayor lejanía, como *extraneus*, al injusto específico del delito especial, a la hora de determinar su responsabilidad), al margen de que se le pudiera castigar por algún otro delito en relación con el medio utilizado frente al instrumento, como por ejemplo por amenazas o coacciones.

Es claro que ni la rechazable construcción de la autoría mediata por “instrumento” (que no lo es) doloso no cualificado, ni la de los delitos de infracción de deber ni la de la comisión por omisión ni la del actuar por otro (no hay actuación en nombre o representación legal o voluntaria de otro). La desaparición en el vigente CP de la figura de “forzar a otro” contenida en primer inciso del art. 14.2° CP 1944/73 hace imposible la solución de algunos casos a través de esa figura, como proponíamos LUZÓN PEÑA y yo mismo (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 720 ss.).

Por ello, ante la insatisfactoria situación actual, es recomendable dar al problema una solución de *lege ferenda* que podría consistir en la introducción en el CP de una cláusula general *ad hoc* (aunque seguramente limitada a ciertos grupos de delitos), del mismo modo que para solucionar el problema de la actuación por otro en los delitos especiales existe la cláusula del art. 31 CP (y sus precedentes históricos).

4.2.3.5.3. La llamada autoría mediata mediante instrumento doloso sin intención

En los delitos que exigen un elemento subjetivo del tipo consistente en un especial ánimo o intención, como ocurre por ejemplo en el hurto con la exigencia de ánimo de lucro, podría suceder que un sujeto induzca a otro a realizar la conducta típica, concurriendo en el inductor y no en el inducido el elemento subjetivo. El ejemplo clásico es el del sujeto que, queriéndose apropiarse de algún objeto de valor del vecino, le pide a su criado (sin coacción, ni orden vinculante, etc.) que lo coja y se lo dé, lo que éste hace con plena conciencia de la ajenidad de la cosa. Se dice que el criado en principio no comete un hurto porque le falta el ánimo de lucro y que el señor tampoco, pues él no toma la cosa; además, el señor no puede ser castigado como inductor, por falta de hecho típico en el inducido (principio de accesoriedad limitada de la participación). Para evitar la laguna de punición, se dice que el señor es autor mediato del hurto por utilización del criado como instrumento doloso sin intención; el criado, a su vez, sería partícipe en el hecho del autor mediato (o sea, del señor).

Por prácticamente las mismas razones que en caso de la mal llamada autoría mediata con instrumento doloso no cualificado, me parece inaceptable (por ser una mera petición de principio que convierte la autoría mediata en un fenómeno cubrelagunas sin fundamento material) el sostener aquí la calificación de autor mediato para el sujeto de atrás. Pero es que además, casos como el del ejemplo están mal planteados, pues no es cierto que el criado no actúe con ánimo de lucro si éste se interpreta (como considero correcto) como ánimo de apropiación (se apropia de la cosa y dispone de ella dándosela al señor), ni (aunque no se aceptara lo anterior) que el señor no tome la cosa, aunque no lo haga directamente de su propietario. Y, en último extremo, cabría plantear que la conducta del señor sea de receptación. En supuestos distintos en que no pueda fundamentarse la autoría mediata de un hurto, cabe en ocasiones el recurso al delito de estafa o, en algún caso, al de apropiación indebida. No obstante, habrá que estudiar el supuesto concreto, pero la solución no será la de estimar una autoría mediata que no existe.

4.2.4. Límites a la autoría mediata

Por ser la autoría mediata, como toda autoría, realización del tipo, la misma tiene su límite en aquellos delitos cuya redacción típica impida (por razones materiales o formales) la realización de la acción típica a través de otro; se trata

fundamentalmente de los delitos de propia mano y de los delitos de mera actividad o de resultado con modalidades limitadas o tasadas de acción, cuando la actividad o las modalidades de acción no puedan realizarse a través de otro. En mi opinión, si se admitiera en ellos la autoría mediata (incluso cuando materialmente se llegara a soluciones satisfactorias por ser infundada la configuración legal de un delito como de propia mano), se violaría el principio de legalidad penal, por la trasgresión del tenor literal posible de los tipos (para descubrir el cual no basta, desde luego, la mera lectura de un diccionario), lo que no siempre ha sido tenido suficientemente en cuenta por algunas STS y autores (sin duda intentando soluciones materialmente más satisfactorias). Este límite no es rebasable apelando a la mención de la autoría mediata en el primer párrafo del art. 28 CP, pues éste sigue pidiendo que el sujeto realice el hecho (el descrito en el tipo), aunque sea por medio de otro del que sirve como instrumento, cosa que no se puede predicar del sujeto de atrás en estos casos.

Por otra parte, como ocurre en toda forma de autoría, no puede ser autor mediato de un delito especial el *extraneus*, o sea, aquel en quien no concurre la característica o cualidad personal exigida por el tipo (aunque, si se trata de un delito especial impropio, podrá ser autor mediato del delito común correspondiente). Este límite a la autoría (no específico de la autoría mediata) se ve suavizado mediante la construcción del actuar por otro, recogida legalmente en el art. 31 CP, que mencionaremos más adelante.

4.2.5. Otras cuestiones relativas a la autoría mediata

Haremos breve referencia a dos.

4.2.5.1. Excesos, cambios de objeto y otras desviaciones por parte de quien actúa de modo inmediato

Los casos de excesos frente a lo pretendido por el autor mediato o de cambios de objeto u otras desviaciones esenciales en el delito por parte de quien actúa de modo inmediato plantean problemas cuya exposición y resolución precisarían de una extensión y matización que no son aquí posibles. Diremos no obstante que, en general, si el dolo (siquiera eventual) del autor mediato no se extiende a esos excesos o desviaciones, habrá que comprobar si los mismos les pueden ser imputados a aquél a título de imprudencia o ni siquiera esto.

4.2.5.2. Comienzo de la tentativa del autor mediato

En relación con la cuestión de cuándo comienza la fase ejecutiva (o sea la tentativa) para el autor mediato se defienden prácticamente todas las posturas imaginables: para unos, comienza cuando el autor mediato empieza a actuar sobre el instrumento (matizando algunos que debe tratarse del comienzo de la actuación decisiva sobre el que actúa inmediatamente); para otros, cuando el instrumento da inicio a la ejecución de su hecho; para una tercera postura, cuando el sujeto de

atrás ya “suelta de su mano” al instrumento, aunque éste no haya comenzado todavía a actuar; por fin, hay autores que distinguen según el supuesto de autoría mediata de que se trate. Aunque la cuestión es muy complicada de resolver, creo que la postura más correcta es en líneas generales la tercera, con algunas matizaciones (que podrían dar la razón en parte a la última postura, o que supondrían una argumentación más en detalle en relación sobre todo con la primera y la tercera postura) en las que no nos podemos detener.

4.3. La coautoría

4.3.1. Concepto

La coautoría supone la realización del hecho por varios sujetos conjuntamente (el primer párrafo del art. 28 CP habla de realizar el hecho “conjuntamente”). En un sentido amplio, se podría decir que el hecho lo realizan todos los que intervienen en él. Pero aquí nos referimos a la estricta realización del hecho típico, en el sentido del concepto restrictivo de autor. La coautoría supone la autoría de un conjunto de personas, ninguna de las cuales por sí sola resulta autora del hecho; si hay varios autores, pero cada uno de ellos cumple en sí individualmente los requisitos de la autoría, estaremos ante un caso de pluriautoría, distinto de la coautoría (sobre la coautoría, v., en general, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 651 ss. y passim; PÉREZ ALONSO, 1998; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2002).

4.3.2. Caracterización (elementos)

Ya vimos en su momento que la teoría objetivo-formal no resultaba convincente. Dada la creciente aceptación en nuestra doctrina de la teoría del dominio del hecho, en concreto y en lo que se refiere a la coautoría, del criterio del dominio funcional del hecho, y dado que este es el criterio que maneja con muchísima frecuencia la jurisprudencia reciente del TS (v., entre otras muchas, STS, Sala 2ª, 1320/1997, de 4 de noviembre, Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater; STS, Sala 2ª, 903/1998, de 2 de julio, Ponente: D. Eduardo Móner Muñoz; STS, Sala 2ª, 1011/1998, de 17 de octubre, Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater; Auto TS, Sala 2ª, 1565/2000, de 7 de julio, Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta, STS, Sala 2ª, 1240/2000, de 11 de septiembre, Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón), expondré los elementos que esta concepción considera caracterizadores de la coautoría, aunque discreparé de alguno de ellos, para exponer la concepción más restrictiva que sustentó y que también ha ganado bastante adeptos en nuestro país. Para la teoría del dominio funcional del hecho (el dominio compartido se deriva para cada sujeto de la función que realiza en el hecho) es coautor quien, en el marco de un acuerdo o plan común con división de funciones, aporta una contribución esencial al hecho en fase ejecutiva; los elementos esenciales de la coautoría son por tanto tres: el acuerdo o plan común, la esencialidad de la contribución del sujeto y la prestación de la contribución en fase ejecutiva.

4.3.2.1. El acuerdo o plan común

El primer elemento, el plan o acuerdo común entre los sujetos, se concibe de distintas maneras, pero la mayoría de los autores se conforma con una especie de “conocimiento o dolo común”, es decir, con que cada sujeto sepa que está actuando junto a otros y lo que realiza cada cual. En mi opinión, tal acuerdo mínimo (que, como se deriva de lo señalado, no requiere ser expreso ni previo, sino que puede ser tácito y simultáneo, y que estimo que habría que concebir como acuerdo sobre la realización de la acción descuidada en la coautoría imprudente) es efectivamente un requisito de la coautoría: primero, en la coautoría dolosa, porque nadie puede responder a título de dolo por lo que no conoce o no quiere (esto ocurre también en las formas de participación: un partícipe no puede responder por hechos del autor que no conoce); pero además, en la coautoría dolosa y en la imprudente, ese acuerdo permite que cada coautor responda no sólo por lo que hace él, sino también por lo que hacen los otros coautores. Más concretamente, el acuerdo, unido a la división de funciones o a la acumulación de esfuerzos, es lo que permite hablar de una acción conjunta de varias personas, que forma una unidad superior a las acciones individuales de cada una de ellas, y esa acción conjunta es básica en la coautoría, en la que se produce una imputación recíproca entre los coautores.

Pero que el acuerdo sea necesario, no significa que sea suficiente, pues de acción conjunta por el acuerdo y la división del trabajo o acumulación de esfuerzos se puede hablar también en supuestos de coparticipación (cuando lo que se realiza conjuntamente sea una acción de participación), e incluso en los supuestos en que intervienen diversos sujetos, uno o varios como autores y uno o varios como partícipes, podría hablarse de una superior acción conjunta que comprendería todo el proceso delictivo. Por tanto, será importante que la acción conjunta que se realice sea de autoría (o sea, se trate de la acción –o acciones- típica nuclear).

4.3.2.2. La esencialidad de la contribución del sujeto

Dato fundamental para afirmar la coautoría según la concepción que comentamos es que la contribución del sujeto sea esencial para el conjunto del hecho. La esencialidad de la contribución se da, según la versión más perfilada de esta doctrina, cuando el sujeto, retirando su contribución, desbarata todo el plan común, hace que no se realice el delito (lo que le da el dominio sobre el mismo). Obsérvese que se pide algo más que el poder de interrupción del delito, que tendría todo partícipe o incluso terceros ajenos al delito, por ejemplo, llamando a la policía: sólo es esencial la contribución si la interrupción se produce con la sola retirada de aquélla.

Esta idea ha sido sometida a diferentes críticas, la más importante de las cuales me parece la de que el dominio así configurado es un dominio (meramente) negativo, es decir, que puede decidir la no producción del delito, pero no su

producción, cosa que sólo pueden hacer las acciones que determinan positivamente el hecho y por tanto se enfrentan más directamente a la norma y son las de auténtica autoría. La exigencia de dominio negativo y no positivo conduce a una extensión del concepto de autor, reconocida por algunos defensores de la idea del dominio funcional, que hace perder en gran parte las ventajas de un concepto auténticamente restrictivo de autor.

4.3.2.3. Prestación de la contribución en fase ejecutiva

El requisito de que la contribución al hecho se realice en fase ejecutiva es minoritario (aunque exigido por autores muy cualificados) entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho, si bien en España es mayoritariamente exigido por los defensores de la misma. Ciertamente esta exigencia responde al loable intento de poner límites a la extensión del concepto de autor que provoca el requisito anterior y de no alejar demasiado la coautoría del tipo.

Sin embargo, ello es contradictorio con el requisito anterior (hay acciones muy esenciales en la fase preparatoria que darían al sujeto un claro dominio funcional –negativo- del hecho) y no tiene en cuenta tampoco la diferencia entre acciones en fase de ejecución con dominio negativo del hecho, acciones ejecutivas y, sobre todo, acciones que suponen determinación (o dominio) positiva del hecho.

4.3.2.4. La realización conjunta de la acción típica y la determinación positiva conjunta del hecho

El criterio que me parece adecuado para caracterizar la coautoría es el de la realización conjunta o compartida de la acción (o acciones) típica nuclear, que se concreta con el material de la determinación (o dominio) positiva conjunta o compartida del hecho. Será acción de coautoría la acción típica nuclear realizada conjuntamente por varias personas, lo que, especialmente en los delitos puramente resultativos, significará acción conjunta que determine (o, si se prefiere, que domine) positivamente (y no de modo meramente negativo) el hecho. Se trata de la misma acción que sería de autoría en un autor individual, pero realizada por varios, no pudiendo decirse de la acción de cada uno de ellos que por sí sola sea de autoría, sino sólo de la acción conjunta (que, para ser tal, supone la existencia de acuerdo y reparto o división de funciones o acumulación de esfuerzos): así, por ejemplo, varios, acordados y con ánimo de matar, asestan a un sujeto varias puñaladas, ninguna de las cuales es por sí sola mortal, pero sí lo es el conjunto (y sólo el conjunto) de las heridas producidas.

Desde esta perspectiva, el campo de la coautoría se restringe considerablemente frente a otras concepciones. Así, por ejemplo, el “jefe de la banda” que se limita a dar instrucciones sobre la forma de realizar el delito, aunque sea en la fase ejecutiva, pero no hace más que eso, no será coautor del delito, sino cooperador necesario en el mismo –en los casos, claro está, en que no sea autor

mediato por otras razones-; tampoco serán de coautoría supuestos a menudo calificados de tal, como el del mero vigilante en un robo o los de la mal llamada coautoría alternativa y aditiva. Todo ello no da lugar, desde mi punto de vista, a consecuencias materiales insatisfactorias en un CP que, como el español contiene una figura de participación, la cooperación necesaria, castigada con la misma pena que la autoría.

4.3.3. Otras cuestiones relativas a la coautoría

4.3.3.1. Combinaciones entre coautoría y autoría mediata

Caben combinaciones entre la autoría mediata y la coautoría: un sujeto utiliza como instrumento a varios que actúan conjuntamente para cometer el hecho, o varios sujetos acordados (y tan sólo mediante la actuación de todos ellos sobre el instrumento o instrumentos; a este caso es al que más propiamente se le podría denominar coautoría mediata) realizan el hecho a través de una o varias personas que actúan como instrumento.

4.3.3.2. Excesos y desviaciones de un coautor

Los excesos de un coautor, y también los casos de desviación en el objeto y similares, respecto de lo acordado no abarcados por el dolo (siquiera eventual) de los demás coautores no pueden imputarse a los mismos. Es posible que en algunos casos el exceso o la desviación pueda ser imputado a título de imprudencia a todos o algunos coautores, pero ello dependerá de factores en cuyo análisis no podemos adentrarnos aquí.

4.3.3.3 Comienzo de la tentativa del coautor y coautoría sucesiva

La tentativa de cada coautor comienza, según una postura, con el comienzo de ejecución de cualquiera de los coautores (solución global o conjunta), mientras que otra postura, que me parece más acertada, sostiene que la tentativa de cada coautor sólo comienza con el comienzo de ejecución de su propia aportación al hecho (solución individual); la defensa de esta segunda postura no implica necesariamente la impunidad de quienes no lleguen a actuar, pues los mismos pueden ser castigados en la mayoría de los casos como cooperadores necesarios (psíquicos o morales, casi siempre) en el hecho (normalmente una tentativa de delito) que otro u otros han comenzado a ejecutar, o, si no, en ocasiones, cuando la ley prevea expresamente el castigo de ese acto preparatorio para el delito de que se trate, como responsables de conspiración para el delito en cuestión.

Una vez comenzada la ejecución, incluso por todos los coautores, y antes de la consumación, todavía cabe la entrada en escena de nuevos coautores (coautoría sucesiva), siempre, claro está, que se den los requisitos (objetivos y

subjetivos) de la coautoría (no podemos detenernos aquí en las matizaciones y problemas relativos a la coautoría sucesiva).

4.3.4. Peculiaridades de la coautoría en los delitos especiales

En los delitos especiales puede darse la realización conjunta o compartida de la acción (o acciones) típica nuclear, con determinación conjunta o compartida del hecho, entre un *intranens* y un *extranens* (o sea, en sentido material, coautoría). En mi opinión, al *intranens* se le castigará como autor del delito especial (salvo que, excepcionalmente, en un delito especial impropio, resulte preferible en virtud de las reglas de solución del concurso de leyes la calificación como cooperador necesario del delito común correspondiente, cosa que no ocurrirá casi nunca).

El tratamiento del *extranens* debe ser, a mi modo de ver, el siguiente: en los delitos especiales propios no cabe calificarlo de autor de delito alguno, pero sí de cooperador necesario, participe castigado con la misma pena que el autor en sentido estricto (quizá puedan considerarse además, en ocasiones, circunstancias modificativas genéricas), en el delito especial del *intranens*, pues toda coautoría (en el sentido material), por ser realización conjunta de la acción (o acciones) típica nuclear, supone coejecución (aunque no viceversa: la realización de actos ejecutivos no siempre supone coautoría; no la supone cuando se trate de actos ejecutivos no típicos), y, más aún, realización de acciones que por estar incorporadas al tipo son *ex lege* necesarias para su realización, y con ello cooperación necesaria. En los delitos especiales impropios, el *extranens* podrá ser calificado como autor del delito común paralelo al especial y como cooperador necesario (en el CP 1944/73, como cooperador ejecutivo) en el delito especial; ambas calificaciones suponen un concurso de leyes, cuya solución dependerá sobre todo del sentido del delito especial y casi siempre (aunque no necesariamente siempre) llevará a preferir la calificación que suponga mayor pena para el *extranens* (sin detenernos aquí en cuál de las reglas de solución del concurso de leyes resulta de aplicación en cada caso, ni en la posibilidad de aplicar, en ocasiones, circunstancias modificativas genéricas, que, de tratarse de atenuantes, podrían serlo por analogía, en línea con lo mantenido al tratar de la participación en delitos especiales en el tema correspondiente).

4.4. La llamada autoría accesoría

Aunque bajo el nombre de autoría accesoría se agrupan a menudo supuestos muy variados y la terminología resulta por tanto confusa, los casos clásicos van referidos normalmente a delitos de resultado en que la producción del resultado la determina el conjunto de acciones de dos o más personas que, sin embargo, no son coautores por faltar el acuerdo (en sentido amplio) entre ellos. Aunque no siempre se hace esta restricción, creo que habría que excluir los casos en que uno de los actuantes conoce la actuación de los demás (y no a la inversa), pues en ellos se puede construir a menudo una autoría inmediata o mediata de ese actuante respecto del delito consumado (doloso, si se dan los requisitos del dolo,

siquiera sea eventual). El ejemplo característico de autoría accesoria es el de dos sujetos que, sin saber nada el uno del otro, vierten, con ánimo de matar a un tercero, cada uno una cantidad insuficiente de veneno en una taza de café, resultando mortal para la víctima la suma de ambas cantidades. La cuestión es si ambos responden como autores de un asesinato consumado o no.

Como puede comprobarse por el ejemplo, estos supuestos no constituyen en realidad una forma diferente de autoría ni un problema de autoría. En realidad se trata de un problema de imputación objetiva del resultado a la acción de cada sujeto (puesto que no puede hablarse de una acción conjunta en el sentido de la coautoría). La solución es que a ninguna de las dos conductas, que son sin duda causales para el resultado, se le puede imputar objetivamente el resultado, resultando por tanto cada sujeto autor de una tentativa inidónea (en mi opinión, punible) de asesinato. En algún supuesto excepcional se podría afirmar la responsabilidad de alguno de los sujetos por delito imprudente (en concurso ideal, seguramente, con la tentativa dolosa), por darse imputación objetiva del resultado al comportamiento simultáneamente descuidado del sujeto (por ejemplo, por existir un riesgo previsible de que se produjera la otra conducta).

Algo más compleja parece la resolución de los casos similares en los delitos imprudentes. No se trata de los supuestos en que, con acuerdo (en sentido amplio y sobre la propia acción descuidada, no sobre el resultado), los sujetos realizan conjuntamente la acción imprudente determinante, o en los que existe un deber específico (añadido al general de cuidado) conjunto que afecta por igual a los componentes de un grupo de personas y es desatendido imprudentemente por todos ellos, pues éstos serían supuestos de coautoría imprudente. Se trata de otros supuestos de concurrencia de culpas, en los que no existe acuerdo sobre la realización de la acción imprudente, sino que hay acciones imprudentes aisladas y concurrentes de diversas personas. En estos supuestos habrá que analizar qué conductas son determinantes del hecho y, por tanto, de autoría, y cuáles meramente favorecedoras y, por ello, de participación (impune en mi opinión, como veremos más adelante), y, entre las primeras, a cuál o cuáles les es imputable objetivamente el resultado (aquellas a las que no les sea imputable serán impunes, salvo que encajen en la descripción típica de un delito de peligro), siendo más frecuente en los hechos imprudentes que en los dolosos el que el resultado pueda imputarse a todas o a varias de las conductas concurrentes, si bien el hecho de ser varias podrá influir en la determinación de la gravedad de la imprudencia de cada una de ellas.

Del mismo modo que se habla de autoría accesoria, cabe hablar de participación accesoria (será relevante la dolosa, pues considero que la participación imprudente no se castiga). Así, por ejemplo, cuando dos sujetos por separado y sin saber uno de otro inducen a un tercero a la comisión de un delito y es la incitación de ambos (y no la de uno solo de ellos, que resultaría insuficiente) la que mueve al tercero a cometerlo. En estos casos, cuando de cada sujeto no se pueda afirmar la participación (de la clase que sea), habrá que analizar si su

conducta encaja en alguno de los actos preparatorios que resultan punibles en los delitos en que el CP así lo determine expresamente (cosa que, obviamente, no siempre sucederá).

5. La autoría en el Código Penal

Dada la estrecha conexión entre la autoría y el tipo en la concepción que aquí se defiende (y, en principio, en cualquiera que parta de un concepto restrictivo de autor), me parece que la autoría (en cualquiera de sus clases) se contiene en cada uno de los tipos de la parte especial.

La novedad del CP vigente consiste en haber introducido una definición (inexistente en el CP anterior) de la autoría, concretamente de sus tres formas. Como sabemos, el primer párrafo del art. 28 CP reza: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”. El precepto se referiría, por tanto (aunque sin darles nombre), a la autoría inmediata individual, a la coautoría y a la autoría mediata.

Personalmente creo innecesaria la definición de la autoría y sus formas en el CP, pues, si la autoría (cualquier forma de autoría) es estricta realización del tipo (de cada uno de los tipos de la parte especial), la misma (en cualquiera de sus formas) se deriva directamente de los tipos de la parte especial, por lo que el citado párrafo del art. 28 tendría un carácter meramente declarativo y no constitutivo. Sin embargo, otro sector doctrinal ha alegado en defensa de una mención expresa de las formas de autoría en un precepto de la Parte general, en especial de la autoría mediata, el que de ese modo se salvan los problemas que de *lege lata* plantea al principio de legalidad el reconocimiento de la autoría mediata. Efectivamente, tales problemas se producen en algunos tipos (no en muchos otros), en los que el tenor literal posible impide encajar en él la realización de acciones a través de otra persona instrumental (así, en los delitos de propia mano o en algunos delitos con modalidades limitadas de acción o, en casos de autoría mediata de *extranei*, en los delitos especiales propios). A menudo ello se debe a una defectuosa redacción de los tipos de la Parte especial. Pero creo que tales problemas se siguen produciendo por mucho que un precepto de la Parte general declare que es autor el que realiza el hecho a través de otro del que se sirve como instrumento, pues, por ejemplo, el *extraneus* que se sirva de un juez para que éste dicte una sentencia injusta seguirá sin realizar una prevaricación.

Sin embargo, aunque la mención de las formas de autoría resulte estrictamente innecesaria, quizá sí sea conveniente por otra razón: fundamentalmente para dejar claro de una vez y para siempre que la autoría mediata (menos dudas han existido respecto de las otras formas de autoría, aunque alguna quizá en relación con la coautoría) es una forma de auténtica autoría, acabando con algunas reticencias jurisprudenciales al respecto (aunque muchas STS manejan correctísimamente la figura de la autoría mediata) y quizá con cierto

entendimiento, a veces no explícito, de algunos autores de la autoría mediata como forma de ampliación de la autoría restrictiva o en sentido estricto.

Por otro lado, la mención expresa de la coautoría no habría sido imprescindible si se hubiera mantenido la fórmula empleada para definir la autoría por los Proyectos y Anteproyectos (no así por el Borrador de Parte General de 1990, que contiene la misma formulación del CP vigente) de CP que se sucedieron en España durante muchos años hasta la aprobación del CP vigente, fórmula que hacía referencia a la realización del hecho por sí o a través de otro del que se sirven como instrumento, pues la realización conjunta no deja de ser realización inmediata (coautoría inmediata) o mediata (coautoría mediata). Pero al haber introducido la referencia a la realización del hecho por sí solos, la primera de las figuras definidas por el CP no es ya la de la realización inmediata (autoría inmediata individual –y pluriautoría- y coautoría inmediata), sino la de la realización inmediata individual (autoría inmediata individual y pluriautoría), debiendo completarse por tanto la definición de las formas de autoría con la mención de la realización conjunta del hecho, para abarcar la coautoría.

Las demás menciones a “los autores” en los preceptos del CP que se refieren a la codelinuencia o que determinan la pena que corresponde a los distintos intervinientes en el delito no son sin embargo precisas en la utilización de ese término “autores”, pues abarcan tanto a los que “son” autores según la declaración del primer párrafo del art. 28 CP que acabamos de examinar, como a los intervinientes que, a continuación, el art. 28 preceptúa que “también serán considerados autores”, es decir, los inductores y los cooperadores necesarios (que serían, por tanto, y junto a los cómplices del art. 29, partícipes). Respecto de la confusión que puede seguir propiciando la segunda parte del art. 28 ya hemos realizado alguna consideración y, desde luego, habría sido preferible (seguramente en artículo aparte) una fórmula como la del art. 26 del Borrador de Parte General de CP de 1990: “también serán castigados como autores”, que, aunque tampoco es del todo clara, parece contener una referencia más penológica, que prejuzga menos la naturaleza de las figuras; y mejor aún hubiera sido una fórmula del tipo “serán castigados con la pena del autor” o simplemente una definición de cada figura y una referencia a su pena entre las reglas de determinación de la pena. Pero no ha sido así y, como he señalado, diversos preceptos se refieren a los “autores” comprendiendo todas las figuras del art. 28 CP. Así los arts. 27 (“Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices”), 30.2 (“Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada..”, en los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos), 61 (“Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada”), 62 (“A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”) y 63 (“A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito”, si bien este precepto podría entenderse igualmente la referencia a

los autores como a los que lo son en sentido estricto) CP; y lo mismo sucede con la utilización de la palabra “autores” en algunos preceptos de la parte especial como los de los arts. 298 y 300 CP, referentes a la receptación y el del art. 451 CP, que tipifica el encubrimiento (sobre la autoría y la participación en el CP, v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1996, 1283 ss.).

Más abajo se hará somera referencia al régimen especial de autoría y participación en los delitos y faltas cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos (art. 30 CP) y al actuar por otro (art. 31 CP).

6. Imprudencia y autoría y participación

Un sector doctrinal del que forman parte partidarios de la teoría del dominio del hecho defiende en nuestro país la imposibilidad de distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes, sosteniendo para ellos un concepto unitario de autor. Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia españolas distinguen, con razón, entre autoría y participación en los delitos imprudentes, en atención a criterios diversos; el aquí defendido de la determinación objetiva y positiva del hecho es idóneo para ello.

Aunque no es opinión absolutamente pacífica, caben todas las formas de autoría en los delitos imprudentes, si bien, como ha puesto de manifiesto HERNÁNDEZ PLASENCIA (1996, 61), la definición de la autoría mediata contenida en el primer párrafo del art. 28 CP plantea algunos problemas en relación con los delitos imprudentes, debido a la utilización del verbo “servirse” y (aunque es menos problemática) de la expresión “por medio de”. Sin embargo, no es imposible interpretar esa fórmula en un sentido objetivo que permita comprender en ella también la autoría mediata imprudente (o, si no, podría derivarse ésta de los tipos imprudentes de la parte especial o encuadrarse en alguna de las otras formas de autoría del primer párrafo del art. 28 CP).

Dentro del sector mayoritario que admite la distinción entre autoría y participación en los hechos imprudentes, se discute si la participación imprudente es punible. Para una primera opinión, lo es conforme a las reglas generales de castigo de las formas de participación. MIR PUIG (1998, 368 ss.) sostiene una tesis intermedia, según la cual son punibles las formas de participación equiparadas en pena a la autoría, es decir, la inducción y la cooperación necesaria, pero no la complicidad. Por fin, un grupo considerable de autores, encabezados sobre todo por LUZÓN PEÑA (1989, 902 ss., con ulteriores referencias), sostiene que la participación imprudente es impune. Me parece acertada esta última posición, que puede sustentarse en diversos argumentos, como la implícita exigencia de dolo en la inducción punible del art. 28, párrafo segundo, CP, o derivados de la exigencia de tipificación expresa de los hechos imprudentes contenida en el art. 12 CP (esta última línea argumental me parece planteable, aunque discutible y no rotunda), pero sobre todo argumentos de índole más bien políticocriminal, como la interpretación restrictiva que debe hacerse de los preceptos reguladores de las

formas de participación en sentido estricto (que son ampliatorios de la tipicidad y, por tanto, de la punibilidad), la menor gravedad del delito imprudente frente al doloso, que aconseja una interpretación restrictiva de aquél, y el carácter excepcional del castigo de hechos imprudentes en el CP. Naturalmente, cuando se estime que es necesario el castigo de una forma de participación imprudente en determinado delito, por su especial necesidad y merecimiento de pena, el legislador puede realizar una previsión específica tipificando (excepcionalmente) esa conducta.

Dado que hemos considerado no punible la participación imprudente en hechos imprudentes, tampoco será punible la participación imprudente en hechos dolosos. Muchos supuestos de intervención dolosa en hechos imprudentes van a suponer autoría mediata de un delito doloso por parte de quien actúa con dolo (en general, sobre la autoría y la participación en hechos imprudentes, v. LUZÓN PEÑA, 1989, 889 ss.; PÉREZ MANZANO, 1999; ROSO CAÑADILLAS, 2002).

7. Autoría y participación en delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos

El art. 30 CP contiene un régimen especial de sanción de la autoría y la participación (también del encubrimiento) en los delitos cometidos mediante medios o soportes de difusión mecánicos: “1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente./2. Los autores a los 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 editora, emisora o difusora./4º. Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora./3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, 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”.

No es posible entrar aquí en los detalles del origen histórico y de los diversos problemas que plantea este régimen especial. Baste decir que se trata de un régimen privilegiado (no se castiga ni la complicidad ni el encubrimiento en estos delitos, sino sólo la autoría, la inducción y la cooperación necesaria, pero de modo escalonado y excluyente, de manera que si, por ejemplo, se castiga al autor del texto y, en su caso, al inductor, ya no se castigará al cooperador necesario, aunque sea el director de la publicación, y, desde luego, no se castigará a ningún cooperador necesario que no reúna la cualidad personal de uno de los tres últimos números del art. 30.1 –y ello, de manera escalonada y excluyente-) en el que no se castiga a nadie por el puesto que ocupa en la publicación, programa o empresa,

sino sólo cuando se trate de un autor, inductor o cooperador necesario y, si la responsabilidad llega al correspondiente escalón, además se encuentre en una de las posiciones citadas. Aunque el citado régimen de privilegio cuenta con prestigiosos valedores, cada vez somos más quienes creemos que hoy en día no tiene justificación (o, al menos, no la tiene en sus términos actuales); la frecuente apelación a la protección de la libertad de expresión e información que supone me parece que hoy no puede convencer, pues en nuestro régimen político actual ésta está garantizada por otras vías, y los propios principios limitadores del *ius puniendi* (especialmente los de responsabilidad personal y subjetiva) evitan de modo suficiente excesos punitivos en ese ámbito (sobre autoría y participación en “delitos de imprenta”, v. VIVES, 1977; GÓMEZ TOMILLO, 1998).

8. El actuar por otro o por persona jurídica

El art. 31 CP establece: “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 obre”. Tampoco es posible entrar aquí en detalles y señalaré solamente que esta previsión legal no fundamenta el castigo sin más de administradores de personas jurídicas (o representantes de personas físicas que, por ejemplo, se constituyan como empresario individual) por los delitos cometidos en el seno de la persona jurídica (por ejemplo, una empresa), como en ocasiones sostuvo erróneamente el TS sobre todo en alguna sentencia en materia de medio ambiente. El precepto citado lo único que hace es “transmitir” o suplir en el administrador o representante, que carece de ella, la característica propia de un delito especial que concurre en la persona jurídica de la que se es administrador o en la persona física en cuyo nombre o representación se actúa, pero, para que el administrador o representante responda como autor del delito, deberá realizar la conducta propia de la autoría. De no existir este precepto, se producirían importantes lagunas de punición, pues el administrador o representante que comete un delito especial no respondería penalmente por él ni como autor (al no concurrir en él la cualidad especial requerida por el tipo) ni, en virtud del principio de accesoriadad limitada de la participación, como partícipe (al no ser la persona jurídica –que en cualquier caso no responde penalmente- o el representado o persona en cuyo nombre se actúa autor del delito) (sobre el actuar por otro, v. GRACIA MARTÍN, 1985 y 1986, entre otros trabajos de este autor).

SEGUNDA PARTE: PARTICIPACION

1. Introducción

La participación es la materia que, junto a la autoría, se estudia al tratar la codelinuencia. En el tema dedicado a la autoría ya se han analizado algunas

cuestiones relativas también a la participación, como su distinción de la autoría, la relativa a la participación imprudente (impune en mi opinión) o el régimen especial de la autoría y la participación en delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, sobre las que no se insistirá aquí.

Partícipes son los sujetos que intervienen en un delito, sin ser autores del mismo (es decir, desde la caracterización de la autoría que aquí se sostiene, sin realizar la acción típica nuclear, sin determinar objetiva y positivamente el hecho), siempre y cuando sus conductas estén recogidas en alguno de los preceptos del CP que describen formas de participación. Esa intervención en el delito puede revestir diversas modalidades, como se ve al analizar las formas de participación, pero todas tienen en común el fomentar, facilitar o favorecer (o incluso posibilitar) la realización del hecho típico del autor.

2. La naturaleza de los preceptos sobre participación

Desde la perspectiva de un concepto restrictivo de autor, resulta claro que, de no preverse en un precepto de la Parte general el castigo de ciertas formas de participación (en sentido estricto), éstas no encajarían en los tipos de la Parte especial (que hablan de matar, tomar cosa mueble ajena, etc. y no de inducir o ayudar a matar, a tomar cosa mueble ajena, etc.) y, por tanto resultarían impunes por atípicas. En consecuencia, los preceptos de la Parte general que se refieren al castigo de las formas de participación (en el CP español, el segundo párrafo del art. 28 y el art. 29 –con los correspondientes relativos a la determinación de la pena-), que hay que poner en conexión con los tipos de la Parte especial en cada caso, son causas de extensión de la tipicidad y por tanto de la punibilidad.

3. Fundamento del castigo de la participación

Las opiniones en torno a ese fundamento pueden englobarse en dos grupos (sobre dicho fundamento, v. RUIZ ANTÓN, 1980, 47 ss.; 1982, 189 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, 113 ss.):

3.1. Teorías de la corrupción o de la culpabilidad

Las teorías de la corrupción o de la culpabilidad consideran que se castiga al partícipe por corromper al autor o por fomentar su culpabilidad. Creo que estas teorías son rechazables por referirse a una corrupción moral que para nada debe interesar al Derecho penal, o por incidir en el fomento de la culpabilidad, siendo ésta un elemento del delito de carácter personal, propio del autor (y, en general, de cada interviniente) y no tanto del hecho en sí (aunque referida al hecho), cuya existencia o ausencia no debe determinar el castigo del partícipe (de ahí que vayamos a optar por la accesoriidad limitada y no la máxima; cuestión distinta, a la que se hace referencia en el tema dedicado a la autoría, es la de la influencia que la ausencia de culpabilidad del autor inmediato puede tener en la conversión de la conducta de otro interviniente en autoría mediata).

3.2. Teorías de la causación o del favorecimiento

Las teorías de la causación o del favorecimiento (en concreto las orientadas a la accesoriidad) fundamentan el castigo del partícipe en que éste, con su actuación, fomenta o favorece (o incluso posibilita) la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por el autor, al margen de que éste obre de modo culpable o inculpable. En definitiva, el fundamento sería el fomento del injusto típico (lo que excluiría del castigo el fomento de acciones justificadas; por ello, los partidarios de la accesoriidad mínima de la participación no compartirían este fundamento tal y como aquí se ha expuesto, sino que deberían hablar de fomento del hecho típico del autor, aunque no sea antijurídico). Existen diferentes variantes de estas teorías, que no detallaremos aquí, aunque algunas son especialmente sugerentes.

Aunque las teorías de la causación o del favorecimiento son mucho más correctas que las de la corrupción o de la culpabilidad, es importante hacer una precisión, a la que se refieren bastantes partidarios de las primeras: si bien la existencia de un injusto del autor es un requisito para el castigo del partícipe (desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor con aceptación de la accesoriidad limitada de la participación), no hay que olvidar que el partícipe realiza un injusto propio y, al menos en parte, independiente del autor (como lo demuestra, p. ej., el hecho de que, en ocasiones, la conducta del partícipe pueda estar justificada sin estarlo la del autor); el partícipe responde, por tanto, por su propio hecho injusto (favorecedor del autor, lo que explicaría la accesoriidad –con los límites que veremos– de la responsabilidad del partícipe respecto de la del autor) y no exclusivamente por el hecho de otro (si respondiera exclusivamente por el hecho de otro, se estaría vulnerando el principio de responsabilidad personal que limita el *ius puniendi*).

4. La accesoriidad de la participación

Por accesoriidad se entiende una cierta relación de dependencia del partícipe respecto del autor; que entre la conducta de uno y otro existe una cierta relación de accesoriidad o dependencia fáctica es algo difícilmente negable y por tanto admitido incluso por los partidarios del concepto unitario de autor, pero ha de tenerse en cuenta que tal dependencia existe también entre diversas clases de autores (el mediato respecto del inmediato, o los coautores entre sí) o incluso del autor respecto del partícipe (p. ej., el autor respecto de la aportación del cooperador necesario). Por tanto no es ésta la accesoriidad que aquí interesa, sino la que consiste en una cierta relación de dependencia jurídica. Pero, ya en este plano, se habla de accesoriidad en diferentes sentidos (sobre la accesoriidad, v. PEÑARANDA, 1990):

4.1. La accesoriadad cuantitativa y el desistimiento del partícipe

Cuando se habla de accesoriadad cuantitativa o externa, se trata de decidir qué grado de desarrollo en el *iter criminis* ha de haber alcanzado el hecho del autor para que la participación en él sea punible. Existe acuerdo en que el hecho del autor ha de haber alcanzado la fase ejecutiva, es decir, debe tratarse de un hecho que haya llegado al menos al grado de tentativa de delito. Esta cuestión no debe confundirse con la de la punibilidad de las formas de participación no consumadas (cosa distinta por tanto de la participación en hechos no consumados), que no es punible en cuanto tal, sino sólo en tanto encaje en alguno de los actos preparatorios punibles en los casos en que la ley prevea expresamente su castigo.

En relación con el grado de desarrollo del delito del autor, se puede señalar que, mientras el mismo no esté consumado, cabe desistimiento voluntario del partícipe, que le eximirá de responsabilidad penal cuando reuniera determinados requisitos. Tales requisitos se recogen en el art. 16.3 CP, siendo una novedad del vigente CP su regulación expresa: “Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”. Hay que reconocer la buena intención del legislador al regular expresamente la cuestión, pero el precepto en que lo ha hecho es criticable en múltiples sentidos, especialmente la desigualdad material respecto de lo exigido en el número 2 del mismo precepto (con mayor detenimiento, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1996, 1288).

4.2. La accesoriadad cualitativa

Cuando se habla sin más de accesoriadad, se hace referencia a la accesoriadad cualitativa o interna, en la que se pregunta cuáles de los elementos del delito han de concurrir en el hecho del autor para que sea punible la participación en él. Al respecto se han defendido diversas posturas (aunque la denominación de cada una de ellas a veces varía), siendo las más importantes:

a) Accesoriadad máxima: el autor ha de realizar una conducta típicamente antijurídica y culpable. Esta concepción de la accesoriadad es rechazable, pues, como sabemos, la culpabilidad es un elemento personal del delito, cuya concurrencia o ausencia en el autor no puede determinar el castigo o la impunidad del partícipe (aunque la culpabilidad o la falta de ella de un sujeto pueda tener influencia en la determinación de la forma de intervención de otro, como puede suceder en relación con la autoría mediata).

b) Accesoriadad mínima: basta con que el hecho del autor sea típico (en el sentido de que encaje en el tipo estricto o positivo), aunque esté justificado. Esta postura,

rechazada durante mucho tiempo de forma general, se defiende en España recientemente por un sector minoritario encabezado por BOLDOVA (1995). Pero, en mi opinión, la misma no debe aceptarse, porque el favorecer hechos justos, o sea no prohibidos ni desvalorados por el Derecho, no puede ser a su vez jurídicamente desvalorado y prohibido (y tampoco debe, como norma general, el Derecho penal castigar la participación en hechos antijurídicos, pero atípicos, como lo son, entre otros, aquellos en que concurre una causa de atipicidad, aunque la misma no sea a la vez causa de justificación).

c) *Accesoriedad limitada*: exige que el hecho del autor sea típicamente antijurídico, con independencia de que sea además culpable (o incluso punible, como pediría la concepción extrema de la accesoriedad que no mencionaremos separadamente aquí). Esta es la concepción casi unánime dentro del concepto restrictivo de autor hoy en día y es la que mejor responde al que se ha considerado el fundamento correcto de la participación, y la que dota al concepto restrictivo de autor de sus principales ventajas. Algunos autores creen ver recogida la idea de la accesoriedad limitada en la palabra “hecho”, que significaría hecho típico y antijurídico, que utilizan los arts. 28 y 29 CP; en mi opinión, ésa no es la única interpretación posible de la palabra “hecho”, aunque, partiendo de una interpretación del CP en el sentido del concepto restrictivo de autoría, sí convenga leerla así.

5. Las formas de participación en el Código Penal

Aunque el art. 27 CP declara responsables criminalmente de los delitos y faltas a los autores y a los cómplices, no es la complicidad o cooperación no necesaria del art. 29 la única forma de participación reconocida en nuestro Derecho. Como se señala en el tema dedicado a la autoría, las figuras de la inducción y la cooperación necesaria de las letras a) y b) del segundo párrafo del art. 28 CP son también formas de participación, sometidas por tanto, como la complicidad, al principio de accesoriedad, aunque castigadas con la misma pena del autor. El propio tenor de ese párrafo, que señala que “también serán considerados autores”, frente al “son autores” del primer párrafo del mismo art. 28 refuerza el carácter de participación de la inducción y de la cooperación necesaria, si bien, como se explica en el tema dedicado a la autoría, hubiera sido deseable mayor claridad (piénsese que aún hoy se encuentran numerosas STS en que se califica de coautor al cooperador necesario; v., a modo de ejemplo, STS, Sala 2ª, 1407/2001, de 16 de julio, Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel). Las referencias a los autores en los arts. 27, 30, 61 y 62 CP han de entenderse referidas tanto a los que lo son en sentido estricto como a los partícipes equiparados en pena al autor (inductor y cooperador necesario). La existencia de figuras de participación equiparadas en pena a la autoría, en especial la cooperación necesaria permite un tratamiento penal materialmente satisfactorio de la codelinencia, sin necesidad de ampliar o extender el concepto de autor (sobre todo en la coautoría).

Debe considerarse un acierto la eliminación en el vigente CP de la antigua mención de los encubridores entre los responsables criminalmente de los delitos y

faltas, pues el encubrimiento no es una forma de participación. Sin embargo, me parece desafortunada la supresión en nuestro CP de la antigua figura de tomar parte directa en la ejecución del hecho (con ésta o, mejor, otra redacción) cuya naturaleza jurídica era muy debatida y que bastantes autores considerábamos una forma de participación en sentido estricto, la cooperación ejecutiva, si bien esa forma de intervención encajará siempre (o casi siempre, por no ser tan tajante en una cuestión que requeriría ulteriores matizaciones) actualmente en la cooperación necesaria (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1996, 1285 s.).

5.1. La inducción

5.1.1. Concepto y naturaleza

La inducción, también denominada en ocasiones instigación, incitación o, de un modo incorrecto desde la perspectiva del concepto restrictivo de autor, autoría intelectual o moral, se recoge en la letra a) del segundo párrafo del art. 28 CP (“También serán considerados autores. A) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo” –scil. el hecho-), tratándose de una forma de participación en sentido estricto (sobre la mayoría de los problemas de la inducción, por lo que la cita no se reiterará, v. BALDÓ LAVILLA, 1989, 1091 ss.; GÓMEZ RIVERO; 1995).

El citado precepto no define la inducción, pero las definiciones doctrinales no difieren demasiado unas de otras: inductor es quien hace surgir en otro, mediante un influjo psíquico, la resolución de realizar como autor un delito, siempre y cuando el instigador no resulte autor mediato, puesto que la autoría mediata también puede consistir en hacer surgir en otro la resolución delictiva por influjo psíquico, aunque éste debe ser de tal entidad que convierta al sujeto de delante en instrumento del de atrás. Tratándose de la inducción en Derecho español probablemente habría que añadir ya en la definición la nota de su carácter directo, aunque, como se verá, la inducción indirecta, en mi opinión, también se castiga en ocasiones. Y, por supuesto, se pueden ofrecer definiciones más precisas de la inducción, en las que se contengan ya otros requisitos que se consideren esenciales de la misma; así, por citar un solo ejemplo, cuando GÓMEZ RIVERO (1995) insiste en subrayar, junto al aspecto causal de la inducción respecto del delito cometido, el elemento del incremento sensible del riesgo de comisión del delito que debe suponer la inducción, conectando así con la idea de imputación objetiva (lo que me parece acertado, siempre que se entienda que la imputación objetiva reviste, además de los comunes, caracteres específicos en la inducción respecto del resto de formas de intervención).

5.1.2. Caracteres

5.1.2.1. Grado de influencia en el inducido

El influjo causal de la instigación tiene que ser tal que haga surgir ex novo en el inducido la resolución de cometer el delito al que se le induce. Por tanto (y matizaciones al margen), si el sujeto al que se dirige la instigación estaba ya decidido a cometer el hecho (*omnimodo u omni modo factururs* o *alias factururs*), no puede hablarse de inducción, aunque la conducta instigadora podrá ser calificada de cooperación (necesaria o no) psíquica o moral (o, si no tiene influencia alguna en el autor, en su caso, de proposición). Lo mismo sucede si no se hace nacer la resolución del hecho base (que ya iba a cometer el sujeto), pero sí se aconseja realizarlo de determinado modo que hace que el hecho pase a ser agravado por una circunstancia modificativa genérica o a encajar en un tipo agravado (por ejemplo, el sujeto pensaba cometer un robo violento y se le aconseja que lo haga aprovechando una circunstancia de lugar o de tiempo que debilite la defensa del ofendido o facilite la impunidad del delincuente, o que utilice un arma).

Sin embargo (prescindiendo igualmente de matizaciones), habrá que admitir la inducción, aunque el inducido mostrara una cierta tendencia a la comisión de una clase de delitos, o aunque se mostrara decidido en general a cometer delitos, o cuando, estando decidido a cometer un delito concreto, la inducción hace que decida cometer otro que sea un *aliud* respecto del que se pensaba cometer, aunque se trate de delitos similares.

5.1.2.2. Imputación objetiva

Además de hacer nacer en el inducido la resolución delictiva, el resultado de la inducción ha de guardar una relación de imputación objetiva respecto de la propia actividad inductora. Así, si en un partido de fútbol, ante una decisión arbitral contraria al equipo local, un espectador le dice a su vecino de asiento: “A ese árbitro hay que matarlo”, para expresar su enfado con él o lo incorrecto de su actuación, no habrá inducción a homicidio aunque el vecino de asiento baje al campo y mate al árbitro, porque, al margen de que la inducción sea o no directa y de que falte el dolo del inductor, la conducta de quien pronuncia la frase no es objetivamente adecuada (en las condiciones ordinarias de los partidos de fútbol) para producir el efecto que produce, el riesgo inherente a la acción del inductor no es el que efectivamente se realiza en el resultado, etc.

5.1.2.3. Medios inductivos

Los medios inductivos no están tasados por el CP. Por tanto, cabe cualquier medio capaz de producir el influjo psíquico que lleva a la realización del delito, con los caracteres hasta ahora comentados. El límite superior de los medios posibles viene determinado por aquellos que serían ya constitutivos de autoría

(normalmente mediata), es decir, de modo muy simplificado, aquellos que impiden un cierto grado de libertad de decisión en el inducido.

5.1.2.4. Carácter directo

La inducción, según la letra a) del segundo inciso del art. 28 CP, ha de tener carácter directo. Aunque a este requisito se le dan diversas interpretaciones, considero que inducir directamente quiere decir inducir a las claras: no son directas las meras sugerencias sobre lo conveniente de realizar un delito, aunque se hagan ante quien se sabe que fácilmente va a tomar por ello la decisión de cometerlo, las inducciones no dirigidas a sujeto determinado, etc. Más dudoso, aunque no descartable, me parece que carezcan de carácter directo la inducción en cadena y, sobre todo, la mediata; los pocos casos pensables, si los hay, de inducción por omisión plantearían problemas en cuanto a su carácter directo. No obstante, la inducción indirecta en muchas ocasiones (seguramente todas o las más cuando produce efecto y el hecho pasa a fase ejecutiva) puede constituir otras figuras de participación (a menudo cooperación necesaria, conminada, al igual que la inducción, con la misma pena que la autoría) y, si no, aunque esta opinión es menos pacífica, se puede incluir (como la inducción no consumada o algunos casos de ella) en la proposición del art. 17.2 CP, siempre que la misma esté castigada expresamente en relación con el delito de que se trate (en el caso de que la inducción indirecta sea calificada de complicidad o de proposición, la pena que le corresponderá será inferior a la del autor).

5.1.2.5. El dolo del inductor y el problema del agente provocador

En relación con el dolo del inductor, se acepta normalmente la posibilidad de dolo eventual. Personalmente creo que en los ejemplos de inducción con dolo eventual que se manejan habitualmente (como el de quien cuenta a un tercero las infidelidades de la mujer de éste, sin pretender directamente que el marido lesione a su mujer, pero sabiendo que, dado el modo de ser del mismo, ello es muy posible, y no rechazándolo) falta el carácter directo (a las claras) de la inducción, aunque ello no significa que esa inducción indirecta haya de quedar siempre impune, como acabamos de ver en el apartado anterior.

Con cierta frecuencia se afirma que la inducción requiere un doble dolo: el de que el inducido se decida a realizar el hecho principal y el de que ese hecho realmente se consume. Esto plantea la cuestión de la responsabilidad de alguna clase de agente provocador, en concreto (porque hay otras) la probablemente más común: un sujeto, normalmente un policía, que, para detener a un (o a más de un) delincuente (por las razones que sea), le induce a cometer un delito, pero con la intención de impedir que se consume. Las opiniones doctrinales al respecto son variadas y van desde la de quienes postulan el castigo de ese agente provocador como inductor a una tentativa del delito de que se trate hasta la de quienes defienden su impunidad. El problema del agente provocador y sus diversas

modalidades es tan complejo y requiere tantas matizaciones que no puede ser aquí abordado (v. RUIZ ANTÓN, 1982).

5.1.3. Otras cuestiones relativas a la inducción

5.1.3.1. Inducción a varios sujetos o a varios delitos

Cuando el inductor instiga a más de un sujeto a cometer el mismo delito, es decir, realiza su inducción sobre un grupo de sujetos que cometerán el delito como (co)autores, no se le castigará por varias inducciones al mismo delito en concurso de delitos, sino por una sola inducción al delito. Probablemente el legislador del vigente CP pensaba en esto cuando, en la letra a) del segundo párrafo del art. 28 CP habla de “los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo” (precisión que no se encontraba en el art. 14.2º CP 1944/73). Naturalmente, el supuesto señalado nada tiene que ver con aquel en que un sujeto induce a varias personas (aunque la cuestión sería similar si induce a una) a la comisión de delitos distintos (aunque sean de la misma clase, por ejemplo a homicidios diferentes para cada inducido), caso este último en que regirán las normas del concurso de delitos.

5.1.3.2. Justificación de la pena de la inducción

La imposición al inductor de una pena idéntica a la del autor (diferenciándose en el carácter accesorio de la responsabilidad del inductor, frente al carácter autónomo de la del autor) se justifica por la trascendencia que esta forma de participación tiene en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, al poner el inductor en marcha un curso causal delictivo y peligroso sobre el que pierde luego el control.

5.2. La cooperación (necesaria y no necesaria o complicidad)

5.2.1. Concepto y naturaleza

La cooperación (o complicidad) necesaria y la complicidad (o cooperación no necesaria) tienen en común el constituir formas de favorecimiento, fomento o facilitación del delito no consistentes en hacer nacer en el autor la resolución del delito (lo que es propio de la inducción). Se trata de dos formas de cooperación que se diferencian del modo que enseguida se verá (sobre estas formas de participación, v., en general, GIMBERNAT, 1966, 111 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, 1997; PÉREZ ALONSO, 1998, especialmente 13 ss., 409 ss.)

El CP español distingue, por tanto, dos formas de cooperación: la primera se suele denominar (aunque el CP no habla expresamente de cooperadores necesarios) cooperación necesaria -aunque también puede recibir el nombre de complicidad necesaria- y se recoge en el segundo párrafo, letra b) del art. 28 CP, que castiga con la pena del autor (en este sentido “considera” autores) a “los que cooperan a su ejecución (scil. la del hecho) con un acto sin el cual no se habría

efectuado”. La segunda se denomina complicidad (el CP sí habla expresamente de cómplices) -aunque también puede llamarse cooperación o complicidad simple o no necesaria-, se castiga con la pena inferior en grado a la del autor (art. 63 CP) y se recoge en el art. 29 CP: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior,” (es decir, no siendo autores, inductores o cooperadores necesarios) “cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

Aunque existe unanimidad a la hora de considerar la complicidad como forma de participación, en lo que respecta a la cooperación necesaria hay un grupo de autores que creen que algunos cooperadores necesarios -en concreto los que actúan en fase ejecutiva- son coautores (incluso algún autor piensa que lo son todos), puesto que poseen el dominio funcional del hecho. Como no comparto el criterio del dominio funcional del hecho para caracterizar la coautoría (como se explica en el tema dedicado a la autoría), lo anterior me parece incorrecto y creo que todo cooperador necesario es partícipe en sentido estricto. No obstante, los citados autores incluyen a los cooperadores necesarios que creen coautores en la realización conjunta del primer párrafo del art. 28 CP (o sea, entre quienes son autores), de modo que los cooperadores necesarios que restan en la letra b) del segundo párrafo del art. 28 CP son todos partícipes. La jurisprudencia sigue hablando con frecuencia (aunque, desde luego, no siempre) de la cooperación necesaria como una forma de autoría, por el hecho de estar conminada con la misma pena de ésta, lo cual es incorrecto (v., a modo de ejemplo, STS, Sala 2ª, 1283/1999, de 16 de septiembre, Ponente: D. José Augusto de Vega Ruiz; STS, Sala 2ª, 1407/2001, de 16 de julio, Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel).

5.2.2. *La distinción entre cooperación necesaria y complicidad*

El principal problema que se plantea en la cooperación es precisamente el de la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, cuya trascendencia radica en la magnitud de la pena (la del autor para la cooperación necesaria y la inferior en grado para la complicidad (art. 63 CP)). La tarea ante la que nos sitúa el tenor literal de la letra b) del segundo párrafo del art. 28 CP es francamente difícil, pues utiliza una fórmula hipotética, cuando hoy en día resulta claro que un juicio causal hipotético (y además *ex post*) no puede rendir frutos en este terreno. Por ello, aunque ha habido propuestas de suprimir la figura legal de la cooperación necesaria y unificar las formas de cooperación (o complicidad), eso sí, haciendo facultativa la atenuación de la pena en atención a la importancia de la contribución, entiendo que es un acierto su mantenimiento, pues la fórmula legal, criticable, al menos indirectamente apunta algún criterio para distinguir la cooperación que debe ser castigada con la pena de la autoría de aquella otra que merece y necesita una pena menor, y, además, la existencia de esa figura de participación equiparada en pena a la autoría permite, como queda dicho, alcanzar soluciones materialmente satisfactorias sin necesidad de ampliar el concepto de autor (sobre todo en materia de coautoría). En cualquier caso, de *lege ferenda* es aconsejable el cambio de la fórmula utilizada en la ley para caracterizar la cooperación necesaria, sustituyéndola

por otra no hipotética, cuyo eje central sea la esencialidad de la contribución, concretada en mi opinión y a modo de ejemplos no cerrados en la escasez de la misma o en el condicionamiento de la actuación de los autores a la aportación del cooperador, contemplando en la fórmula además la realización de actos ejecutivos no típicos.

La doctrina científica ha intentado concretar la fórmula legal de muy diversas maneras, que la jurisprudencia del TS ha ido asumiendo a lo largo del tiempo, normalmente con una mezcolanza de criterios bastante confusa (así, por ejemplo, STS, Sala 2ª, 1283/1999, de 16 de septiembre, Ponente: D. José Augusto de Vega Ruiz; STS, Sala 2ª, 1472/2000, de 29 de septiembre, Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel) y que cubre de un aparente manto argumental decisiones más o menos intuitivas o guiadas por el sentimiento de justicia material (aunque con excepciones siempre y mejorando en los tiempos más recientes), si bien parece que los criterios que prefiere son el de los bienes y actividades escasos, no siempre bien aplicado, mezclado con consideraciones derivadas del dominio del hecho. Los principales criterios doctrinales manejados han sido el de la necesidad en abstracto (inservible, pues ninguna cooperación resultaría necesaria), o en concreto (inservible porque toda cooperación sería necesaria, el de la necesidad de la contribución para el resultado), aunque no para el concreto modo de llevar a cabo la acción (criterio con buena parte de razón, si no acudiera a juicios hipotéticos en su concreción –si bien es verdad que en cierto modo empuja a ello el tenor literal de la ley-), el de la insustituibilidad de la aportación del sujeto por otro de los intervinientes (que, entre otras cosas, no explica satisfactoriamente por qué la posibilidad de sustitución se reduce a los intervinientes en el delito y no a terceros), el de la relevancia motivacional de la contribución del cooperador en el proceso de decisión del autor (que no satisface porque excluye de la cooperación necesaria contribuciones objetivamente muy importantes, pero no decisivas para la motivación del autor hacia la comisión del delito) y el de los bienes y actividades escasos (que parece el más correcto y practicable, aunque hay quien duda, no sin cierta razón, que no responde estrictamente a los términos legales).

Personalmente creo que tiene razón MIR PUIG (1998, 408) al combinar dos de estos criterios: el tercero de los mencionados (propuesto por RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972, 872 ss.) tendría razón al plantear la cuestión de la necesidad en el plano concreto, pero no absurdamente concreto hasta los más mínimos accidentes del hecho, si bien hay que despojar este criterio de su carácter hipotético. La teoría de los bienes y actividades escasos, propuesta por GIMBERNAT (1966, 151 ss.), según la cual (y matices al margen) es cooperador necesario quien contribuye al hecho del autor con un bien o actividad escasa, supone un criterio manejable y no hipotético (por ello, desde luego no absolutamente apegado al tenor literal de la ley, aunque puede entenderse como una concreción practicable del mismo) de gran utilidad aunque no tiene por qué ser el único. En definitiva, este criterio viene a explicar (aunque quepan explicaciones adicionales) por qué una contribución es esencial en el marco de la realización de un delito, en el sentido de la esencialidad (menos concretada a

menudo) de que habla la teoría del dominio funcional del hecho en materia de coautoría (y erróneamente por tanto), esencialidad que confiere al sujeto un dominio negativo del hecho (muy importante, por lo que se justifica la imposición de una pena igual a la del autor, pero no positivo como el del autor, que por ello no está sometido al principio de accesoriadad). Otras concepciones modernas de la cooperación necesaria no se apartan demasiado de lo señalado; así, por ejemplo, LÓPEZ PEREGRÍN (1997, 435 ss.) entiende que cooperador necesario es quien, sin realizar actos típicos, incrementa *ex ante* sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor, de manera que la retirada de su aportación pueda desbaratar el plan delictivo (cosa que no sucede con la aportación del cómplice), siempre y cuando *ex post* resulte efectivamente causal para el resultado; para concretar este dominio negativo del cooperador necesario acude también a la teoría de los bienes y actividades escasos (v., también cercano, aunque sosteniendo, como defensor de la teoría del dominio funcional del hecho, que las aportaciones esenciales en fase ejecutiva son de autoría, P. ALONSO, 1998, especialmente 334 ss.).

Como acabo de señalar, el criterio de la escasez no tiene por qué ser el único por medio del cual se concrete la idea de esencialidad. Yo he propuesto otro (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 400 n. 111, 657 n. 392, 668 s., 746): será también necesaria por esencial la aportación que, aun no siéndolo en sí misma, sea tenida por tal por el autor o autores, de modo que condicionen su actuación a que se preste la citada aportación (circunstancia que tendrá que ser conocida por quien la realiza). Baste mencionar aquí que mi propuesta ha recibido diferentes críticas y que, por lo tanto, no se trata de una cuestión ni mucho menos pacífica, si bien sigo pensando que las críticas son superables.

5.2.3. Otras cuestiones relativas a la cooperación necesaria y a la complicidad

5.2.3.1. Justificación de la pena de la cooperación necesaria

La razón de la equiparación legal en pena de la cooperación necesaria a la autoría (aunque con la diferencia del carácter accesorio de la responsabilidad del cooperador) radica en la propia importancia de la contribución para el buen fin de la empresa delictiva (para la realización del tipo por el autor o autores), hasta el punto de que dicha contribución confiere al sujeto, como hemos visto, un importante dominio negativo (inferior por tanto al positivo del autor) sobre el hecho, del que carecen los cómplices y, por supuesto, los terceros, que conlleva una elevación importante, sustancial (aunque no positivamente determinante) del riesgo de que el hecho del autor se realice (y se lesione o ponga en peligro de forma típica el bien jurídico).

5.2.3.2. Intervención en fase preparatoria o ejecutiva

Las contribuciones constitutivas de cooperación necesaria y de complicidad pueden prestarse tanto durante la fase preparatoria como durante la ejecutiva (los partidarios de la idea del dominio funcional del hecho excluirán, por el contrario, de la cooperación necesaria como forma de participación las contribuciones prestadas en la fase ejecutiva, por considerar, de modo incorrecto en mi opinión, que tales supuestos son de coautoría).

5.2.3.3. Causalidad e imputación objetiva

Muy discutida, especialmente respecto de la complicidad (pues se entienda, como se entienda, parece claro que la contribución del cooperador necesario ha de ser causal), es la cuestión de si la contribución del sujeto ha de tener carácter causal para el resultado delictivo. Aunque la misma puede ser objeto de múltiples reflexiones, resumiré mi opinión general al respecto, diciendo que todo depende de qué se entienda aquí por causalidad. En cualquier caso, sí creo necesario que la contribución haya tenido alguna influencia (facilitadora, favorecedora, aseguradora, etc.) en el hecho del autor, sin entrar en la cuestión de si a ello debe llamársele influencia causal (probablemente sí). Y no sólo eso, será exigible en toda clase de cooperación una relación de imputación objetiva entre el resultado delictivo y la propia acción de cooperación, necesaria o no (naturalmente, la imputación objetiva, además de los comunes, posee rasgos particulares dependiendo de la forma de intervención de que se trate).

6. Otras cuestiones relativas a la participación

Sin ánimo de agotar la materia, mencionaremos las siguientes:

6.1. *El dolo del partícipe*

Como se explica en el tema dedicado a la autoría, la participación imprudente es, en mi opinión, impune. Por tanto, la participación exige dolo del partícipe, que puede ser en principio de cualquier clase (con la matización que se ha hecho al hablar de la inducción), pero debe abarcar los elementos de la actuación del propio partícipe, así como los de la del autor (aunque resultan irrelevantes las desviaciones inesenciales en la actuación de éste).

6.2. *Excesos y defectos, error y comunicabilidad de circunstancias*

6.2.1. *Excesos y defectos*

Lo acabado de decir en el apartado anterior explica que los excesos (dolosos, imprudentes o fortuitos) del autor respecto de lo abarcado por el dolo del partícipe (por ejemplo, éste sólo induce a o quiere cooperar en un robo con fuerza y el autor emplea violencia o incluso mata) no le podrán ser imputados a éste, pues, a lo

sumo, podrían serlo a título de imprudencia y la participación imprudente no se castiga; sólo en algunos casos excepcionales de exceso imprudente o fortuito del autor se podrá construir una autoría mediata, una coautoría o un supuesto de autoría accesoria (con el autor imprudente) imprudente del que en principio actuaba como partícipe, que entraría ya así en el terreno de la autoría y resultaría por tanto punible. En los casos normales, el partícipe seguirá respondiendo como tal en la parte que no corresponde al exceso (la cuestión es más compleja, pero basta con apuntar aquí esa idea general).

Si lo que se da es un defecto por parte del autor (hace menos de aquello a lo que se le indujo, por ejemplo), habrá que comprobar en primer lugar si lo realmente hecho por el autor entra dentro del campo sobre el que actuó el partícipe (es decir, si dentro de aquello para lo que indujo el inductor estaba lo que realmente hizo el autor), en cuyo caso se responderá por participación en el delito realizado por el autor; además (o únicamente, si no se puede hacer responder al partícipe de lo realizado por el autor), de la parte no realizada por el autor, en el caso de la inducción, por tratarse de una inducción frustrada, es posible en mi opinión (no pacífica) que el inductor responda por proposición, si ésta resulta punible por estar prevista expresamente por la ley en el delito de que se trate (cuando se den las dos calificaciones: inducción a lo realmente realizado por el autor y proposición a lo no realizado, habrá que acudir a las reglas concursales, que pueden llevar a distintas soluciones en cada caso) (sobre desviaciones del autor, GÓMEZ RIVERO, 1995, con ulteriores referencias).

6.2.2. *Error*

En cuanto al tratamiento del error de tipo del partícipe, tanto cuando recaer sobre un elemento de su propia actuación, como en el caso más analizado de que recaiga sobre la actuación del autor (u otros elementos del tipo propios del autor, como la cualidad personal en los delitos especiales, por ejemplo), hay que señalar que, si es invencible, excluirá el dolo y la imprudencia; si es vencible, estaremos ante una participación imprudente y, por tanto, impune, según la concepción que se viene sosteniendo. Puede suceder también que el error recaiga sólo sobre una parte del tipo, quedando subsistente otra punible por sí misma, o que, en el caso de la inducción, el haber inducido a un hecho que no se realiza dé lugar (opinión no pacífica) a responsabilidad por proposición del mismo cuando el castigo de ésta esté especialmente previsto, etc. (las situaciones de error y las desviaciones del autor respecto de aquello para lo que se prestó la participación, pueden ser muy diversas y resultaría muy extenso analizar aquí todas: sin embargo, se puede decir que hay que buscar la solución en la combinación de las normas generales sobre el error -de la clase que sea-, las reglas concursales -con especial importancia de las del concurso de leyes- y, en algunos casos, los actos preparatorios punibles).

6.2.3. *Comunicabilidad de circunstancias*

Peculiaridades respecto del tratamiento general de la transmisión de elementos del tipo realizado por el autor según lo abarcado por el dolo del partícipe representa la comunicación de circunstancias modificativas genéricas, en virtud del especial régimen diferenciador establecido por el art. 65 CP.

6.3. *La participación psíquica o moral*

En relación con las formas de participación distintas de la inducción, es decir, la cooperación necesaria y la complicidad, se plantea si sólo pueden consistir en un auxilio material o también en un auxilio psíquico o moral, es decir en un refuerzo del ánimo o la voluntad del autor para cometer el delito (no en la creación *ex novo* de la idea de delinquir, en cuyo caso nos hallaríamos ante un supuesto de inducción). Existe amplio acuerdo en admitir dicha posibilidad, si bien se introducen diversos matices que aquí no es posible detallar.

6.4. *Coparticipación, participación mediata y participación en cadena*

6.4.1. *Coparticipación y participación mediata*

Paralelamente a lo que sucede con la autoría, la participación puede revestir, además de su forma más común (la inmediata e individual en el sentido de que cada partícipe realiza por sí solo su acto de participación), la modalidad de coparticipación, cuando una acción de participación es realizada en conjunto y de manera indisoluble (en una acción conjunta como la de la coautoría, pero sin tratarse de una acción típica nuclear, determinante del hecho) por varios partícipes (coinducción, complicidad, etc.) o de participación mediata, cuando un sujeto actúa a través de otra persona que obra como instrumento (por uno de los medios que se estudian al analizar la autoría mediata en el tema dedicado a la autoría) para realizar su acto de participación.

En este segundo supuesto podría plantear problemas la inducción mediata, por el adverbio “directamente” referido a la inducción que utiliza el segundo inciso, letra a), del art. 28 CP. Si se estima por ello (lo cual es discutible) que no cabe inducción mediata, la conducta no pasa inmediatamente a resultar impune, sino que quedan abiertas las posibilidades de considerarla cooperación necesaria en el hecho del autor o, si no, en su caso (opinión no pacífica), de incluirla en la proposición (si ésta se encuentra expresamente castigada para el delito de que se trate).

Naturalmente, cabe pensar también en supuestos de coparticipación mediata.

6.4.2. Participación en cadena

Alguna relación con la participación mediata guarda la llamada participación en cadena, que, sin embargo, se diferencia de ella en que no existe instrumentalización de una persona por otra. En la participación en cadena, un sujeto participa en el hecho de otro, que a su vez es de participación en el hecho del autor (serían casos de participación en cadena, por ejemplo, la inducción a la inducción, la inducción a la complicidad, la complicidad en la complicidad, etc.; la cadena puede alargarse cuanto se quiera, pero operamos sobre la más sencilla para no complicar más las cosas).

La doctrina está dividida en cuanto al tratamiento de la figura: para unos, la participación en la participación es participación en el hecho principal y como tal debe castigarse. Para otros, la participación en la participación es exactamente eso y como tal debe castigarse, puesto que la inducción o la complicidad al hecho principal son “hechos” en el sentido de los arts. 28 y 29 CP, que admiten participación en ellos (la diferencia práctica con la concepción anterior es clara: en virtud de que la complicidad supone la rebaja en un grado de la pena señalada al autor del delito -art. 63 CP -, la complicidad en la complicidad supondrá la rebaja en dos grados, según la posición que ahora analizamos, mientras que, según la anterior, la complicidad en la complicidad es complicidad en el hecho principal y por tanto sólo supone la rebaja en un grado de pena). Una tercera posición excluye de la punición la participación en la participación al entender que las normas que se refieren a la participación extienden la punibilidad, pero sólo de quienes intervienen en el hecho principal (el del autor).

Esta tercera posición tiene razón en una cosa: es cuando menos muy dudoso que el “hecho” a que se refieren los arts. 28 y 29 CP sea otro que el del autor. Ahora bien, el que el CP sólo se refiera a la participación en el hecho del autor no debe llevar aparejado el afirmar la impunidad de la participación en cadena, pues la misma supone también participación en el hecho principal (el del autor), resultando por tanto correcta, en mi opinión, la primera de las posiciones citadas: ¿acaso no facilita el hecho constitutivo de homicidio del autor quien convence a otro para que entregue al autor la pistola que éste utiliza para matar, o quien ayuda, suministrándole los materiales, al que fabrica una complicada arma mortífera por encargo del autor?.

Por tanto, la participación en la participación es participación en el hecho principal. El único problema, desde esta perspectiva, es determinar en algunos casos de qué clase de participación se trata: el supuesto más discutido es el de la inducción a la inducción, que algunos consideran inducción al hecho principal, calificación que, entre otras cosas, podría topar con la exigencia de carácter directo en la inducción establecida por el segundo inciso, letra a), del art. 28 CP. Por ello otros autores consideran que estamos ante un supuesto de complicidad o de cooperación necesaria en el hecho principal. Personalmente me parece correcta la calificación de cooperación necesaria en el hecho principal (aunque la cuestión es

todavía menos pacífica, podría plantearse, si no se aceptara lo anterior, el castigo como proposición, siempre y cuando ésta se halle expresamente castigada en relación con el delito de que se trate).

6.5. La llamada participación necesaria

No se debe confundir con las formas de participación punible en el delito (y especialmente con la cooperación necesaria, dado el parecido terminológico) la llamada participación necesaria, aunque desgraciadamente esa confusión se produce a veces en doctrina y jurisprudencia. Se habla de participación necesaria cuando la ley establece que para la comisión de un delito ha de darse la intervención de varias personas, alguna de las cuales (el partícipe necesario) no puede ser autor del delito; el caso más característico de participación necesaria es aquel en que la ley tipifica una conducta de modo que la víctima de la misma tiene necesariamente que colaborar en el delito, resultando impune, pues el propio tipo protege intereses de esa víctima (y a veces además otros): así, p. ej., entre otros supuestos, en los abusos sexuales de los arts. 181.3 (agravado en el caso del art. 182) y 183 CP.

7. Autoría y participación en delitos especiales, de propia mano y con modalidades limitadas de acción

En los delitos especiales, de propia mano y con modalidades limitadas o tasadas de acción autor (de cualquier clase) sólo puede ser quien reúna la especial característica personal requerida por el tipo especial o quien actúe de propia mano o en la forma establecida por el correspondiente delito con modalidades limitadas de acción. Sin embargo, una vez que exista un autor de esos delitos, nada impide la participación en ellos (en contra de lo que sostuvo durante mucho tiempo la jurisprudencia, que hoy ha abandonado afortunada y acertadamente esa posición, en relación con la participación en los delitos especiales, no admitiendo la participación de sujetos que no reunieran la cualificación del delito especial – *extranei*-). Ya vimos, en el tema dedicado a la autoría, algunas particularidades de la coautoría entre un cualificado –*intraneus*- y un no cualificado en los delitos especiales.

No obstante, se plantean algunos problemas en relación sobre todo con la participación en delitos especiales (GIMBERNAT, 1966, 251 ss.; PEÑARANDA, 1991; BOLDOVA, 1995). Mientras que en los delitos especiales propios, en que no existe un delito común paralelo, hay bastante acuerdo en que el partícipe, aunque no reúna las características especiales, responde por el mismo delito (el especial) que el autor (en algunos casos con alguna circunstancia modificativa), existe mayor división en el caso de los delitos especiales impropios. Así, mientras que para unos el *extraneus* que participa en el delito especial (por ejemplo, tercero que induce a otro a un padre para que agrede sexualmente, prevaliéndose de su parentesco, a su hija) debe responder como partícipe en el delito común correlativo (inductor de agresión sexual común de los arts. 178 o 179 CP),

rompiéndose así la unidad de título de imputación, para otros el *extraneus* ha de responder como partícipe en el delito especial (inductor de agresión sexual del art. 180.4ª CP), manteniéndose la unidad de título de imputación. También en los supuestos inversos de participación de un *intraneus* (desde el punto de vista del delito especial correspondiente) en un delito común que tiene paralelo especial (por ejemplo, cooperación, prevaleciéndose de su parentesco, de un sujeto a otro para que éste agrede sexualmente a la hija del primero), las soluciones de ambas posturas siguen la línea señalada: para los partidarios de la ruptura de la unidad de título de imputación, el *intraneus* responderá como partícipe en el delito especial (cooperador a agresión sexual del art. 180.4ª CP), mientras que el autor lo será del delito común (agresión sexual de los arts. 178 o 179 CP); quienes defienden la unidad de título de imputación calificarán al *intraneus* de partícipe (cooperador, en el ejemplo) en el delito común (agresión sexual de los arts. 178 o 179 CP) que comete el autor.

Si bien la cuestión es muy debatida, no me parece convincente la postura que defiende la ruptura del título de imputación. Basar esta ruptura en lo dispuesto en el art. 65.1 CP para la transmisión de circunstancias personales o subjetivas es incorrecto, pues este precepto es aplicable, en mi opinión, sólo a las circunstancias modificativas genéricas y a no a elementos del tipo como es la cualificación en los delitos especiales. Tampoco la más correcta apelación a los concursos de leyes subyacentes en estos supuestos me parece convincente (entre otras cosas, porque no se dan esos supuestos en todos los supuestos). En virtud de, entre otras razones, el propio fundamento del castigo de la participación y las, en mi opinión, más satisfactorias consecuencias a las que conduce, me parece preferible la solución del mantenimiento del título de imputación, que podrá combinarse en algunos casos con el juego de las circunstancias modificativas genéricas. Por lo demás, debería meditarse seriamente sobre la conveniencia del establecimiento en la ley, como sucede en otros países, de una atenuación para el partícipe *extraneus* en un delito especial, dada su mayor lejanía al injusto típico de ese delito.

8. Omisión y autoría y participación

En cuanto a la autoría, en la omisión propia no se plantean especiales problemas, siendo concebible además la coautoría y la pluriautoría y más difícil la autoría mediata. En los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, la determinación de quién es autor dependerá del criterio que se siga para caracterizar la comisión por omisión. En mi opinión, es insuficiente el de la posición de garante y el que mejor responde a la equivalencia material y estructural de la omisión en el plano normativo con la conducta activa (aquí de autoría) es el de la creación, aumento, concreción o descontrol determinante del riesgo de lesión del bien jurídico por la propia omisión. El art. 11 CP crea algunas dificultades añadidas, aunque creo que no es imposible conciliarlo con la tesis acabada de citar. En cualquier caso, éste no es el lugar adecuado para abordar los problemas centrales de la comisión por omisión, que se tratan en tema aparte.

En cuanto a la participación y la omisión, lo primero que hay que señalar es que, aunque algunos autores opinan de otro modo, creo que no existe problema alguno para admitir la participación en los delitos de omisión.

Más arduos problemas plantea el problema de la participación por omisión (o, si se quiere, participación en comisión por omisión, que considero posible, aunque muy infrecuente. Para determinar cuándo existe participación por omisión no sirven los criterios que normalmente se manejan para caracterizar la comisión por omisión y tampoco vincula, según creo, el art. 11 CP, pues tanto los primeros como éste están pensados o se refieren a la comisión por omisión como autor. Habrá que determinar qué conducta omisiva equivale estructural y materialmente a la de participación activa. En mi opinión, ello sucede cuando la propia omisión favorezca la afectación del bien jurídico por parte del autor, es decir aumente el riesgo de producción de esa afectación, pero no de un modo determinante (y siempre, claro está, que se den los demás requisitos de la participación). O, dicho de otra manera, cuando (dándose los demás requisitos de la participación) la propia omisión posibilite, favorezca o facilite o suponga una remoción de obstáculos a la conducta del autor, no bastando que la omisión suponga una mera no dificultación o no interposición de obstáculos al hecho del autor. La forma de participación por omisión menos fácil, aunque quizá no imposible, de imaginar es la inducción por omisión, que además plantea el problema de la posible falta de carácter directo de la misma (sobre todo lo anterior, v., entre otros; CUERDA RIEZU, 1992;; LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, 330 ss.).

Con lo explicado no se agotan los problemas de la autoría y la participación en relación con la omisión (piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de coautoría entre quien omite y quien obra activamente), pero quedan mencionados los más comunes o centrales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R.: Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica, Edisofer, Madrid, 2001.
- BALDÓ LAVILLA, F.: Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz Palos), en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1989, 1091-1123.
- BLANCO CORDERO, I.: Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito, Comares, Granada, 2001.
- BOLDOVA PASAMAR, M. Á.: La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, Civitas, Madrid, 1995.
- BOLEA BARDON, C.: Autoría mediata en Derecho penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- CALDERÓN CERESO, Á.: Autoría y participación en el delito imprudente. Concurrencia de culpas, en: Cuadernos de Derecho Judicial 1993-I. La imprudencia, 14-71.
- CERESO MIR, J.: Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal, en: Estudios sobre la moderna reforma penal española, Tecnos, Madrid, 1993, 31-47.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: Autoría y participación, en: La Ley 1996-1, 1642-1646.
- CUERDA RIEZU, A.: Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1992, 491-514. También publicado en: Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal, Libro homenaje al Prof. Claus Roxin, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, 281-303.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal, PPU, Barcelona, 1991.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Autoría y participación, en: La Ley 1996-2, 1283-1293.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “Coautoría” alternativa y “coautoría” aditiva: ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría, en: Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, José María Bosch, Barcelona, 1997, 295-330.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal, en: Cuadernos de Derecho Judicial 1996-XXVII: El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal, 217-255. También publicado en: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, 1 (1998), 25-53.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Autoría y delitos especiales, en: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, 1013-1026.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1966.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: El dominio del hecho en la autoría (validez y límites), en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1984, 103-131. También publicado en: Estudios Penales, Colex, Madrid, 2001, 113-136.
- GÓMEZ RIVERO, Mª C.: La inducción a cometer el delito, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- GÓMEZ RIVERO, Mª C.: Regulación de la participación intentada y de la autoría y la participación, en: La Ley 1996-1, 1624-1628.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: Libertad de información y teoría de la codelincuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de medios de comunicación de masas, Comares, Granada, 1998.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: 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, 2ª época, 3 (1999), 77-131.
- GÓMEZ TOMILLO, J. J.: Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría, en: Cuadernos de Derecho Judicial 1994-XXXIX. Problemas de autoría, 57 –133.

- GRACIA MARTÍN, L.: El actuar en lugar de otro en Derecho penal I y II, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985 y 1986.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: La responsabilidad penal del coautor, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, U.: La autoría mediata en Derecho Penal, Comares, Granada, 1996.
- JUANES PECES, A.: La autoría y la participación, a la luz de la teoría del dominio del hecho (Análisis del artículo 28 del Código Penal. Estado de la cuestión: especial referencia a los delitos culposos y la admisibilidad de la participación en estos delitos. Soluciones doctrinales), en: La Ley 1997-2, 1675-1677.
- LESCH, H.: ¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la autoría?, en: Poder Judicial 57 (2000), 83-98.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: La participación y los delitos especiales, en: Cuadernos de Derecho Judicial 1994-XXXIX. Problemas de autoría, 135-180.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: Autoría y participación, Akal, Madrid, 1996.
- LÓPEZ PEREGRÍN, M^a C.: La complicidad en el delito, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- 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, 889-913. También publicado en: Derecho Penal de la Circulación, 2^a ed., PPU, Barcelona, 1990, 105-133; y Estudios Penales, PPU, Barcelona, 1991, 197-224.
- LUZÓN PEÑA, D.-M.: La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, en: Poder Judicial 2 (1986), 73-92. También publicado en: La Ley 1986-3, 535-553; y en: Estudios Penales, PPU, Barcelona, 1991, 225-250.
- MIR PUIG, S.: Derecho Penal. Parte General, 5^a ed., Reppertor, Barcelona, 1998.
- MORENO Y BRAVO, E.: Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión), Dykinson, Madrid, 1997.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: El agente provocador (La moderna problemática jurídico penal del agente provocador), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: La autoría conforme al Código Penal, en: La Ley 2000-2, 1721-1728. También publicado en: El nuevo Derecho Penal Español. Estudios en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona, 2001, 572-592.
- OLMEDO CARDENETE, M. D.: La inducción como forma de participación accesoria, EDERSA, Madrid, 1999.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Tecnos, Madrid, 1990.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: Concurso de leyes, error y participación en el delito, Civitas, Madrid, 1991.
- PÉREZ ALONSO, E. J.: La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, Comares, Granada, 1998.
- PÉREZ MANZANO, M.: Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Civitas, Madrid, 1999.
- POLITOFF LIFSCHITZ, S.: “Cometer” y “hacer cometer”: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata, en: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, 1231-1284.
- QUINTERO OLIVARES, G.: Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español, Cymys, Barcelona, 1974.
- ROBLES PLANAS, R.: Participación en el delito e imprudencia, en: Revista de Derecho Penal y criminología, 2^a época, 6 (2000), 223-251.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: en: Córdoba Roda, J./Rodríguez Mourullo, G.: Comentarios al Código Penal I, arts. 1-22, Ariel, Barcelona, 1972 (reimpresión 1976).

ROSAL BLASCO, B. del: Sobre los elementos del hecho típico en la inducción, en: Cuadernos de Política Criminal 40 (1990), 97-129.

ROSAL BLASCO, B. del: La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punibles en el Código Penal, en: Cuadernos de Derecho Judicial 1994-XXXIX. Problemas de autoría, 181-232.

ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Comares, Granada, 2002.

ROXIN, C.: Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, en: Revista Penal 2 (1998), 61-66.

RUEDA MARTÍN, M^a Á.: Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, en: Revista Penal 9 (2002), 122-133.

RUIZ ANTÓN, L. F.: El fundamento material de la pena en la participación, en: Cuadernos de Política Criminal 11 (1980), 47-66.

RUIZ ANTÓN, L. F.: El agente provocador en el Derecho penal, EDERSA, Madrid, 1982.

RUIZ ANTÓN, L. F.: La autoría y la participación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, en: Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Profesor D. Juan del Rosal, EDERSA, Madrid, 1993, 961-977.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P.: Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría. Comentario a la STS de 11 de mayo de 1994, en: Actualidad Penal 1997-1, 37-62.

SOTO NIETO, F.: Coautoría. Plurales intervinientes en la realización del delito. Funciones de planificación, organización y dirección, en: La Ley 1999-2, 1788-1789.

VARIOS AUTORES: Problemas de autoría. Cuadernos de Derecho Judicial 1994-XXXIX.

VIVES ANTÓN, T. S.: Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta), Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997 (Rec. 1320/1997; S. 2.^a).

Sentencia Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001 (Rec. 1407/2001; S. 2.^a).

Sentencia Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2000 (Rec. 1472/2000; S. 2.^a).