

OTTENHOF, R. (compilador) (2001), *La individualización de la pena. Saleilles en la actualidad. (L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui)*, Érès, Toulouse, 2001, 286 pp. 165 francos, 25,15 euros.

Como acertadamente afirma Reynald OTTENHOF, el problema de la determinación de la pena en múltiples campos (legal, judicial y penitenciario, sin olvidar el victimológico) permanece una cuestión de actualidad en muchos países, pues pretende la difícil conciliación entre la necesidad de expiación que perdura en el sentimiento del cuerpo social y la necesidad de individualizar la pena a la personalidad del individuo autor del delito y a la personalidad de las diversas víctimas inmediatas y mediatas, como exige la Política criminal en el Estado social de Derecho, y como se refleja en recientes normas legales internacionales y nacionales: la *Decisión marco* propuesta —este año 2001— en el Parlamento Europeo sobre el *interés superior* de las víctimas en el proceso penal, la Declaración de las Naciones Unidas del 29 de noviembre de 1985, las leyes españolas de 9 de junio y 8 de octubre de 1999, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de solidaridad con las víctimas del terrorismo, la Circular del Ministerio de Justicia francés del 13 de julio de 1998, el *Rapport pour une nouvelle politique d'aide aux victimes*, de marzo de 1999, elaborado por el Grupo interministerial de ayuda a las víctimas, etcétera.

El pionero de puntos clave de la moderna personalización de la sanción penal, Raymond SALEILLES, puede y debe ser más reconocido en España y Latinoamérica. Quizás también en Europa y Estados Unidos, tan preocupados con sus problemas cada día mayores de la *Sentencing*, autónoma y posterior a la *Guilty*. Al deseado progreso contribuirá, sin duda, este volumen dirigido por Reynald OTTENHOF, catedrático de Derecho penal y Criminología en la Universidad de Nantes, Vice-presidente de la Asociación Internacional de Derecho penal y Director de la *Revue Internationale de Droit Pénal*. El libro consta de dos partes: la primera reedita la obra clásica de Raymond SALEILLES, *La Individualización de la pena*, en su tercera edición, de 1927 (las anteriores datan de 1899 y de 1908); y la parte siguiente recoge las ponencias presentadas en el importante coloquio celebrado en Nantes el 23 de octubre de 1998, organizado por la Asociación Regional de Criminología de Países

del Loira. Brinda al lector trece breves comentarios multi e interdisciplinarios sobre los problemas en nuestra sociedad de la técnica y de la globalización cuando los operadores de la justicia pretenden elegir la sanción más apropiada entre las diversas alternativas —sin olvidar la mediación— y están obligados a aplicarla, o controlar su aplicación.

Especialistas de primera línea en los campos jurídico-penales, criminológicos, penológicos, penitenciarios, psiquiátricos, históricos, etcétera, colaboran en esta obra: Denis SALAS, Magistrado y Secretario de la Asociación francesa de la Historia de la Justicia, que analiza la hodierna transformación espectacular —*renversement spectaculaire*— de la doctrina sobre los fines de la pena que también preocupan en Alemania, como patentizan los 23 comentaristas de Sebastián SCHEERER («Kritik der strafenden vernunft», *Ethik und Sozialwissenschaften*, editorial Lucius Lucius, Stuttgart, 2001, pp. 69-144); Cécile BARBERGER, Consejera del Tribunal de apelación, de Douai; Anne-Marie FAVARD, investigadora en el CNRS, de Paris, que desarrolla y describe la peculiar caracterización del delincuente y de su evolución junto a «el cortocircuito de la función clínica de la individualización», con gráficos ilustrativos; Christine LAZERGES, de la Universidad de Montpellier; Marie-Clet DESDEVISES y Jean DANET, de la Universidad de Nantes; Catherine SAMET, Secretaria General adjunta de la Sociedad General de Prisiones y de Legislación Criminal; Bruno COTTE, Abogado General del Tribunal de Casación; Henri LE GALL, Consejero en el Tribunal de Casación; Gérard LORHO, Magistrado Jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos; Pierre COUV RAT, de la Universidad de Poitiers; Louis LEBLAY, Director del Centro Penitenciario de Nantes; Pierrette PONCELA, de la Universidad de París X; Michel BELONCLE, Jefe del Servicio médico-psicológico regional de Nantes; François TULKENS, Profesor de Derecho penal en la Universidad de Lovaina la Nueva, que recapitula las conclusiones del Coloquio y subraya la conveniencia de revisar a fondo nuestra Antropología para que nos brinde su cosmovisión humana de la pena y su concepto de la dignidad personal en el tercer milenio.

En las universidades españolas y de otros países este libro encontrará amplio eco porque su primera parte recuerda y representa cuestiones y teorías que todavía hoy siguen dignas de discusión. Para solucionar estos problemas en la actualidad hemos de conocer su historia en general y sus antecedentes concretos. Hemos de recordar, actualizar y también criticar, como en puntos neurálgicos lo hace SALEILLES, algunas tradicionales doctrinas teológicas de la sanción-expiación, y su clásica dimensión ético-moral paralela —más o menos— pero nunca identificable a la dimensión jurídica, para poder discernir lo que todavía hoy pervive y lo que no debe pervivir de esa herencia cultural de la prei-

lustración, parcialmente —sólo parcialmente— superada por Manuel DE LARDIZÁBAL Y URIBE (BERISTAIN, A., «El pensamiento ilustrado desde la Penología a la Eutonología y la Eclesiología», en ÍDEM, *Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al Delito*, Leyer, Santafé de Bogotá, 1998, pp. 299-309). En el tercer milenio el Derecho penal canónico de la iglesia católica y de las demás iglesias puede interesar en algunos casos concretos (no sólo matrimoniales y de relaciones internacionales), pero como opinan eminentes tratadistas debe actualizarse radicalmente pues deja bastante que desear en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales y las garantías procesales de la persona.

SALEILLES, al recordar y aplicar inteligentemente la evolución histórica (pp. 33 y ss., 116 y ss., 170 y ss.), ofrece algunos puntos de apoyo a las nuevas tendencias de la Filosofía, la Ética y la Victimología, que todavía están por desarrollar más científicamente en la teoría y praxis de la moderna Política criminal y en concreto respecto a la individualización de la sanción penal para el victimario y para las diversas víctimas, pues todo delito causa generalmente más de una víctima.

Los comentarios de la segunda parte ofrecen notables consideraciones que en España quizás no han alcanzado tanta madurez criminológica y empírica. Pero, algunos tratadistas hispanos (GALLEGO DÍAZ, M., 1985, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, Madrid, ICAI; GARCÍA ARÁN, M., 1997, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Pamplona; MANZANARES, J. L., 1997, «De las penas, sus clases y efectos», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, edit. Trivium, Madrid, tomo I, pp.1083-1125; BACIGALUPO, E., 1999, «Principio de culpabilidad e individualización de la pena», en CEREZO MIR, J.; SUÁREZ MONTES, R. F.; BERISTAIN IPIÑA, A. y ROMEO CASABONA, C. M.^a (Comps.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro-Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, pp. 33-48; BERISTAIN, A., 2000, *Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 599 y ss.) han cultivado otras facetas que no preocupan e inquietan tanto a los especialistas en este libro: principalmente la dimensión victimológica de la sanción penal, que rompe muchas coordenadas fundamentales de la dogmática y jurisprudencia tradicional. También podría estudiarse más la importancia del factor intuitivo cuando, en el momento de individualizar las medidas de seguridad aplicables al infractor habitual, al pirómano, al psicópata..., se emite el juicio de su peligrosidad al salir de la prisión, como indica (CEREZO MIR, J., 1996, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Madrid, pp. 170 y ss). Todos sabemos que,

según esas ciencias actuales, la sentencia bien fundada racionalmente no siempre se identifica con la sentencia justa, porque la rápida intuición humana supera a veces la argumentación lógica. (Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., 2001, abril, «Técnica y estética de la sentencia penal», *Actualidad penal*, pp. 391-402).

Quizás la «deformación profesional» de algunos victimólogos en países donde el terrorismo coarta a jueces y policías nos ha llevado y nos lleva a desear (en nuestra discutible opinión) mayores espacios dedicados a la justicia restaurativa. El profesor R. OTTENHOF, compilador del volumen, y varios de sus colaboradores en él (BARBERGER, LAZERGES, FAVARD, p. 215 y s., etcétera) conocen y aprecian en su debido grado la urgencia de prestar mayor atención generosa —desde una nueva e innovadora perspectiva más comprensiva, más justa y menos vindicativa de la pena— a las víctimas directas e indirectas de la criminalidad, durante los largos trámites exigidos para la determinación legal, judicial y penitenciaria, de las respuestas al delito, sin desatender la individualización de la sanción durante su cumplimiento (pp. 261 y ss., 273 y ss.). Estos temas han sido ampliamente estudiados en el Congreso del Grupo Francés de la Asociación Internacional de Derecho penal, celebrado en Montpellier, durante el mes de junio de este año 2001. Las Actas del Congreso aparecerán pronto publicadas por Anne d'HAUTEVILLE.

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático Emérito de Derecho penal
Universidad del País Vasco

**¿SON EL DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO Y SUS ELEMENTOS
CRITERIOS VÁLIDOS PARA DELIMITAR LA COAUTORÍA,
LA COOPERACIÓN NECESARIA Y LA COMPLIPLICIDAD? (II)**

(A la vez, un comentario crítico al libro de PÉREZ ALONSO, Esteban Juan: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998.)

5. Se ocupa a continuación (240 ss.) del segundo elemento del tipo objetivo de la coautoría, el que define, según él, el *contenido del dominio funcional del hecho*, pues, si bien la exigencia de actuación en fase ejecutiva resuelve ya algunos problemas, no soluciona todos, puesto que la cooperación no necesaria o complicidad (también, en determinados tipos, la necesaria, cuando se trate de sujetos no idóneos para ser autores), como forma de participación en sentido estricto, también puede prestarse en fase ejecutiva. Procede por pasos a determinar cuál es el contenido del dominio funcional del hecho.

a) Así, siguiendo plenamente a ROXIN¹, Pérez Alonso (241 ss.), como ya ha explicado anteriormente, pretende tener muy presente la estructura y características propias de la coautoría y cree que no existe otro modo de ofrecer un concepto restrictivo de la misma que no la quebrante con sentido jurídico, es decir, que atienda a su estructura en la vida real y que posea relevancia jurídicopenal, que la que supone el dominio funcional del hecho (con la idea de interdependencia funcional). Así, «el hecho típico está en las manos, teniendo su pleno poder de dominio y configuración, de todo aquel que en la fase de configuración le corresponde llevar a cabo, de acuerdo con el plan delictivo conjunto, una *contribución independiente y esencial* para la realización del tipo penal, cuya no prestación conduce al desbaratamiento del plan global». Por tanto, con esta (y otras similares y conocidas) fórmulas, se pone el acento en la independencia (aunque se reconoce una interdependencia funcional de los coautores entre sí) y la esencialidad de la contribución en fase ejecutiva. No es necesario que reitere aquí mi opinión de que esta es una forma de explicar materialmente la coautoría (con una configuración bastante restrictiva, aunque la restricción viene sobre todo dada por la exigencia de actuación en fase ejecutiva), pero no la única (y no la más restrictiva).

b) Insiste en estas ideas Pérez Alonso (243 ss.), atribuyendo a un mal entendimiento de ellas el que al criterio del dominio funcional se le haya criticado por suponer un dominio meramente negativo o un simple

¹ ROXIN, *Täterschaft*, 7.^a, 2000 (1.^a, 1963), 277 ss.

poder de interrupción del hecho, pues él cree que implica un dominio positivo: «tener el pleno poder de decisión y configuración sobre el si y el cómo de la ejecución del hecho típico». Cree un mérito de LUZÓN PEÑA (y mío en cuanto que arranco de la idea de LUZÓN PEÑA) el haber puesto de relieve que para dominar el hecho no basta con un dominio negativo, entendido como el poder de interrupción del transcurso del suceso mediante la no prestación de la contribución, sino que es necesario un dominio positivo, que LUZÓN PEÑA prefiere llamar «determinación positiva (y objetiva) del hecho». Reconocido este mérito, cree sin embargo que la interesante idea o punto de partida de LUZÓN PEÑA no tiene por qué conducir necesariamente a las conclusiones a las que yo llego², pues cree que, aun partiendo de unas premisas y un fundamento material de la (co)autoría bastante correctos y similares a los suyos (aunque a veces cercanos al neonormativismo de STEIN —como ya había señalado anteriormente, siendo éste un aspecto que ya he comentado—), interpreto en sentido formal el dominio del hecho, dando la razón a BACIGALUPO³, cuando se pregunta, para criticar mi concepción, «¿cómo es posible defender la teoría objetivo-formal como idónea para explicar lo que no se puede explicar formalmente?». Creo que en buena medida ya he contestado a todo esto con anterioridad, pero, de cualquier forma, el propio Pérez Alonso deja aquí las observaciones críticas a mis tesis, porque va a retomarlas ampliamente más adelante, de modo que yo haré también aquí lo propio. Vuelve Pérez Alonso a su propia opinión, señalando que la fórmula antes señalada implica dos aspectos, uno positivo, consistente en la «relevancia objetivo-material de la contribución prestada» (que descansa sobre las notas de independencia y esencialidad de las contribuciones y que cumple la función pri-

² Esta apreciación parece dar a entender que LUZÓN PEÑA propone el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho como punto de partida, pero soy yo (y no LUZÓN PEÑA) el que llega a conclusiones en contra del criterio del dominio funcional (al modo de ROXIN y aquí PÉREZ ALONSO) y a favor de mi conocida tesis muy restrictiva en materia de coautoría. Pues bien, aunque es cierto que partiendo de ideas de mi maestro (muchas de las cuales fuimos elaborando en común durante largos años, sin que sea fácil decir siempre qué idea pertenece originariamente a quién), soy yo el que más las desarrollo en materia de coautoría, lo cierto es que, salvo en algún aspecto parcial y marginal (sobre todo el referente a la —co-autoría en tipos que describen más de una acción típica—), LUZÓN y yo compartimos nuestra concepción también en materia de coautoría. Más en concreto, no soy yo sólo, sino también LUZÓN, quien achaca a la idea del dominio funcional del hecho el conformarse con un dominio negativo para fundamentar la coautoría (lo que le parece criticable). Esto, aparte de deducirse de diversos pasajes de los trabajos de LUZÓN sobre autoría y participación, lo dice expresamente este autor en el principal de ellos: *Estudios Penales*, 1991, 206 n. 23, donde además considera que yo realizo «una detenida y acertada exposición totalmente crítica de esa posición» (la del dominio funcional del hecho).

³ BACIGALUPO, *PJ* 31 (1993), 36.

maria y positiva de determinar el contenido del dominio del hecho), y otro negativo, consistente en que la no prestación de la contribución desbarata o interrumpe el plan del hecho (desempeñando este aspecto un papel secundario y negativo como mero medio o procedimiento auxiliar para confirmar la relevancia positiva de la contribución realizada; también lo denomina dominio negativo)⁴. A explicar más detenidamente ambos aspectos dedica los siguientes apartados.

b₁) Empezando por el aspecto decisivo del dominio funcional del hecho, esto es, el positivo o *relevancia objetivo-material de la contribución (dominio positivo del hecho)* (247 ss.), lo centra en que las contribuciones cumplan una *función independiente y esencial*, aspectos estrechamente interrelacionados, pues estamos ante diversos actos parciales que ejecutan diferentes personas y que forman el complejo unitario de acción que realiza el hecho como un todo. Las acciones de los coautores presentan una interdependencia funcional (por tanto, entiendo que no es en este sentido en el que Pérez Alonso habla de independencia), pero cada una debe cumplir una función autónoma en el marco del plan delictivo (de ahí su independencia), de forma que los intervinientes aparezcan como sujetos emancipados o equiparados mediante un comportamiento del mismo rango (esencial), estando también en pie de igualdad cuando llevan a cabo su contribución al hecho, sin que exista «un dominio superior de una persona sobre los otros (no hay dominio de la acción ni de la voluntad), sino igualdad de dominio (codominio)». Es decir, hay «dependencia mutua y horizontal» y no «unilateral y vertical» (por lo que rige el principio de imputación recíproca y no el de accesoriidad). Explicada así la independencia, a ella se ha de añadir la nota de esencialidad, que se da «cuando, desde una perspectiva *ex ante* y en el marco del plan global, cada contribución ejerce una *función imprescindible* para la co-realización del tipo penal. De quien participe de tal característica depende necesariamente el transcurso del suceso de actuación típico, teniendo hasta el último momento la decisión relevante y el poder de configuración sobre la realización del tipo». «Cada uno necesita de los demás en la misma medida que éstos dependen de aquél.» Dice el autor de la obra comentada que, pese a todo, el contenido positivo del principio de la independencia y esencialidad de las contribuciones es problemático en los casos límite,

⁴ Pérez Alonso (246 s.) acude a un símil extrapenal: «A modo de símil, si una torre está construida sobre una base de cuatro columnas, lo que soporta todo el edificio son los cuatro pilares *construidos* (lo que hace el hecho son las contribuciones parciales *prestadas*). Y ello se evidencia por la constatación de que la *retirada* de una columna (independiente y esencial) conduce al derrumbamiento total de la torre o, en todo caso, a que quede otro edificio esencialmente diferente (la no prestación de las contribuciones demuestra que no se puede hacer el hecho, se desbarata o bien resulta otro diferente)».

volviendo a recordar la idea de que nos hallamos ante un principio regulativo o guía, no indeterminado ni fijado. Así, recurre al discutido ejemplo de la vigilancia en el robo y señala, siguiendo fielmente a ROXIN⁵, que hay que llevar a cabo una consideración diferenciadora, según si el hecho requería en el marco del plan común un vigilante, es decir si la vigilancia se muestra como una función independiente en el marco de una división del trabajo (entonces el vigilante será coautor) o no, como sucede, por ejemplo, cuando una banda de criminales lleva consigo a un «aprendiz» y le confía una labor de vigilancia en un lugar sin importancia simplemente para que vaya aprendiendo la «profesión» (entonces cómplice): los demás podrían actuar sin él y de hecho lo harían, mientras que no actuarían en un lugar en el que corriesen grave peligro si no hubiera un vigilante.

A ello, añade Pérez Alonso dos precisiones. En primer lugar, esta relevancia material de las contribuciones nada tiene que ver con la teoría objetivo-material de la necesidad, como pretende GIMBERNAT⁶, puesto que la relevancia no se establece con criterios lógico-cognitivos, ni es fruto de un juicio hipotético-causal *ex post*, como el de la teoría de la necesidad; no se trata de una constatación de hechos, sino de una valoración judicial obtenida a partir de la contemplación del caso concreto. Personalmente estoy de acuerdo⁷ con lo que aquí señala (siguiendo a ROXIN) Pérez Alonso, en el sentido de que la crítica de GIMBERNAT es excesiva, por cuanto que, a lo sumo, se podría decir que ROXIN y sus seguidores no concretan suficientemente cuándo una contribución es esencial (necesaria), pero no acuden a criterios causales juzgados *ex post* y podrían (y de hecho lo hacen, no siempre de igual modo) acudir a criterios que no suponen juicios hipotéticos *ex post* para tratar de determinar cuándo concurre esa necesidad o esencialidad; uno de ellos podría ser el muy conocido criterio propuesto por GIMBERNAT de la escasez (teoría de los bienes y actividades escasas) para distinguir entre cooperación necesaria y complicidad, por el que, por cierto, Pérez Alonso (260 s.) muestra grandes simpatías, considerando que sería bueno su traslado a la distinción entre coautoría y complicidad (siempre que se den los demás requisitos del dominio funcional del hecho). Lo que sí parece es que no debería bastar con la remisión a la idea del principio regulativo, sino que habría que intentar concretar algo más cuándo existe esencialidad de la contribución (Pérez Alonso no lo deja del todo así, pues, como acabo de señalar apunta otros criterios, como el de la escasez).

⁵ ROXIN, *Täterschaft*, 7.^a, 2000 (1.^a, 1963), 282 s.

⁶ GIMBERNAT, *Autor*, 1966, 136, 147 ss.

⁷ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 667 ss.

En segundo lugar, la relevancia de la contribución no puede establecerse en atención a factores subjetivos, como pretende CRAMER⁸, atendiendo a si el sujeto, en su representación mental, se considera necesario, es decir, actúa con *animus auctoris*, pues, como señala con razón Pérez Alonso, ello supondría una vuelta a las teorías subjetivas, suficientemente desacreditadas ya.

Pero, según Pérez Alonso, tampoco sirve el criterio «cuasi-subjetivo» que yo apunto. Efectivamente, creí intuir⁹ en el ejemplo del vigilante manejado por ROXIN y otros autores un criterio interesante (por supuesto, no el único) para determinar cuándo la contribución es esencial y cuándo no: la importancia que «subjetivamente» (es decir, sin que se corresponda necesariamente con una importancia material objetiva de la contribución en sí misma considerada) que los demás intervinientes (en especial los autores) den a la contribución de un sujeto hasta el punto de condicionar la actuación de los demás a la suya (por expresarlo de un modo simplificado, pero claro: «si tú no intervienes en la ejecución, aunque sea sólo estando presente, no llevamos a cabo el delito»); naturalmente, este criterio no opera «al revés», es decir, que si la contribución es objetivamente esencial, no perderá tal carácter porque otros sujetos piensen que no lo es). Además de entender que se trataba de un criterio de concreción de la esencialidad en la tesis del dominio funcional (como no comparto ésta, evidentemente este criterio «cuasi-subjetivo» no me parece suficiente para fundamentar la coautoría del sujeto), considero que es un criterio más (no el único) para distinguir entre cooperación necesaria y no necesaria y complicidad en nuestro Derecho. Naturalmente, digo que *intuí* el criterio en el ejemplo del vigilante, porque ni ROXIN ni otros autores que lo manejan lo plantean abiertamente así, pues el papel que dan a uno u otro vigilante es más o menos relevante según la importancia objetiva de la labor encomendada a éste. Pero, al margen de esto, de lo que se trata es de saber si el criterio que propongo es válido.

Según Pérez Alonso, no lo es y no «tiene nada que ver con la teoría del dominio del hecho, pues la relevancia de la contribución no puede establecerse por criterios cognitivo-psicológicos», y acude para demostrarlo a la crítica que ROXIN¹⁰ dirige a WELZEL, cuando éste pretende fundamentar la coautoría del que actúa en fase preparatoria en la influencia psicológica que ejerce sobre el autor inmediato (que se siente

⁸ CRAMER, *Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme*, en: FS-Bockelmann, 1979, 400 ss., entre otros lugares.

⁹ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 668 s. (he retomado la idea en otros lugares, en relación con la distinción entre cooperación necesaria y complicidad).

¹⁰ ROXIN, *Täterschaft*, 7.^a, 2000 (1.^a, 1963), 295 ss.

apoyado por el preparador), en la que ROXIN dice, entre otras cosas (aunque Pérez Alonso no lo recoge en este pasaje de su obra), que la influencia de ese preparador *que no interviene en la ejecución* pasa necesariamente para ser eficaz por la psique del otro, pero ni lo domina (no hay autoría mediata) ni se diferencia por tanto en esto de un inductor, al que WELZEL no atribuye el dominio del hecho. Puedo estar plenamente de acuerdo con ROXIN, pero sucede que lo que propone WELZEL y lo que propongo yo tiene bastante poco que ver.

Para empezar, en relación con el criterio del dominio funcional, existe una diferencia esencial: WELZEL se refiere a quien interviene en fase preparatoria y ya conocemos lo que opinan de ello (y por qué razones) ROXIN y sus seguidores; pero en el supuesto que propongo, el sujeto puede perfectamente actuar en fase ejecutiva. Sin embargo, esto, desde mi perspectiva, es lo de menos (pues yo no considero el supuesto como un caso de coautoría), y también a los efectos que aquí interesan es poco importante, pues estamos ocupándonos de la esencialidad de la contribución, que también puede darse en fase preparatoria (aunque, por las razones conocidas, ello ya no fundamentaría coautoría según el criterio del dominio funcional del hecho). Y el paralelo con la crítica de ROXIN a WELZEL en este contexto me parece también desafortunado, porque no se trata en mi propuesta de que la actuación del sujeto objetivamente innecesaria «anime» al autor o autores durante la ejecución, sino que éstos subordinan, no en el sentido de que actúen con voluntad o dolo subordinados, como entendían algunos partidarios de teorías subjetivas, sino en el sentido de que condicionan su actuación (y, por tanto, el éxito de la empresa criminal, e incluso la puesta en práctica de esa empresa) a la actuación del sujeto. En definitiva, aquí una consideración subjetiva de otros sujetos, confiere a la actuación (inesencial por sí misma y aislada del contexto de la empresa criminal) una importancia crucial, con lo que se convierte en *objetivamente* esencial, entendiendo objetivo aquí como externo a lo que el propio sujeto piense de la relevancia de su actuación, y también como algo diferente a la mera valoración subjetiva de los demás sujetos sobre el peso que considerada en sí misma tenga la contribución del otro. Con esto último quiero decir que mi criterio tampoco tiene nada que ver con que los demás intervinientes piensen que lo que hace uno de ellos es muy importante o no en sí mismo: pueden pensar (equivocadamente o no) que la contribución del otro es poco o muy importante, pero éste dato es irrelevante, siendo decisivo el que (incluso siendo conscientes de que en sí misma es poco importante, que podrían realizar sin ella el hecho, etc.) condicionen su actuación a la de ese sujeto, de modo que, de manera libre y consciente, deciden hacer la empresa criminal dependiente de su actuación. Una circunstancia o dato no intrínseco a la propia actuación del sujeto aisladamente considerada

convierte en esencial su aportación al hecho, como sucede en otras ocasiones: el traslado en coche de los delincuentes hasta el lugar de los hechos puede no ser en sí mismo esencial, pero si se tratara del único coche disponible en la ciudad, cobraría sin duda gran importancia; el vigilar en el lugar donde se comete un delito no es esencial o inesencial en sí mismo, sino que la esencialidad la configuran las circunstancias del caso: será inesencial si se produce en un paraje casi desierto donde es prácticamente imposible ser descubiertos, mientras que es esencial si en la zona patrullan frecuentemente coches de policía. Negar la esencialidad de la contribución en el caso que propongo supone tanto como negar que haya que contemplar el hecho con todas sus circunstancias (contemplación global de la empresa criminal de la que tan partidarios son los defensores del criterio del dominio funcional) o excluir de la consideración de circunstancia configuradora del concreto hecho cualquiera que tenga un componente psicológico, como si en la realidad éstos no existieran (sin duda hay que excluir las consideraciones o valoraciones puramente internas, pero no aquellas que tienen trascendencia exterior y que pasan a configurar externamente el hecho de determinada manera).

No se trata, como apoyándose en ROXIN sugiere Pérez Alonso, de una «consideración retroactivo-psicológica» sobre los efectos que hubiera tenido la ausencia de un comportamiento en el de los demás, y por tanto hipotética y *ex post*, sino de una constatación *ex ante* de la importancia de una contribución. El juez que, naturalmente, siempre realiza comprobaciones *ex post*, aunque debe valorar (estas cuestiones, no otras) colocándose en una perspectiva *ex ante*, no se debe preguntar aquí simplemente qué habrían hecho los demás si un sujeto no hubiera intervenido, sino si los demás, desde un principio, condicionaron su actuación a la del sujeto, del mismo modo que en otros casos no se debe preguntar qué habría pasado si tal contribución no se hubiera prestado, sino si la contribución *ex ante* aparecía como esencial para la empresa criminal (utilizando los criterios no hipotéticos que parezcan oportunos). Acusar a mi propuesta de conducir necesariamente a juicios hipotéticos *ex post* resulta tan injusto al menos como la crítica que GIMBERNAT dirige a la tesis del dominio funcional al señalar que vuelve a la vieja teoría objetivo-material de la necesidad (como si no pudiera acudir a otros criterios que no sean los juicios hipotéticos *ex post* para basar la necesidad).

Cosa distinta es que existan problemas probatorios respecto del condicionamiento de la actuación de otros intervinientes a la de un sujeto; la realidad (no mera valoración subjetiva) de este condicionamiento podrá demostrarse en unos casos (piénsese en supuestos en que todos los que planearon una empresa criminal en común e incluso el sujeto al que condicionaron su actuación declaran que expresamente se plan-

teó y aceptó por todos ese condicionamiento, o cuando se pueda deducir de actos concluyentes de los intervinientes o de declaraciones de éstos a terceras personas, etc.) y en otros resultará más difícil; pero, en todo caso, ello simplemente supondrá que se ha podido o no probar la esencialidad de la contribución de un sujeto, no que la idea que propongo no sea válida (del mismo modo que si no puede probarse que un sujeto fue el que clavó el cuchillo repetidamente en el corazón de la víctima ello no significa que clavar cuchillos no sea una acción de matar). Sigo por tanto convencido de mi idea, aplicada a la distinción entre dos formas de participación, la cooperación necesaria (es claro que en este caso el sujeto coopera a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado, como pide el segundo párrafo b del art. 28 CP) y la no necesaria o complicidad, pero además creo que, para quienes admitan el criterio del dominio funcional del hecho como caracterizador de la coautoría, mi idea no es ni mucho menos incompatible con él. Por otro lado, mi idea, que Pérez Alonso relaciona con el criterio «subjetivo-psicológico» o «motivacional» que para distinguir cooperación necesaria y complicidad utilizan COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN¹¹ y GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT¹², no coincide con ella, en primer lugar porque yo no me refiero simplemente a la ayuda motivadora que ejerce el cooperador necesario, pero sobre todo porque no excluyo que la necesidad o esencialidad de la contribución pueda fundamentarse en criterios objetivos (en el sentido que tradicionalmente se da a esta palabra en este contexto), como sucederá en la mayoría de los casos^{13 14}.

¹¹ COBO/VIVES, *PG*, 5.ª, 1999, 759.

¹² G. CUSSAC/MIRA, *PJ* 27 (1992), 196.

¹³ No me parece convincente tampoco el argumento extraído de la regulación legal de la cooperación necesaria de COBO/VIVES, conforme al cual el CP no pide indagar si el autor *habría podido efectuar* el hecho sin la contribución del otro, sino si lo *habría efectuado*, de lo que deducen que se trata de un juicio sobre el proceso motivacional del autor y no de una evaluación de sus posibilidades objetivas. Creo que se puede responder a esta observación resumidamente: si el autor no habría podido objetivamente efectuarlo, es también claro que no lo habría efectuado.

¹⁴ Por otro lado, en referencia directa y clara a COBO/VIVES y G. CUSSAC/MIRA y sin que sea seguro si me incluye o no a mí, para Pérez Alonso (252) «no deja de resultar chocante que estos defensores de criterios objetivos y formales en materia de autoría acudan, no obstante, a criterios subjetivo-psicológicos en el caso de la cooperación necesaria». Pues bien, prescindiendo del acierto o desacierto de tal o cual criterio, el que se manejen criterios distintos para determinar la autoría y la participación no debe resultar chocante en absoluto, pues se trata de formas de intervención diferentes y el que se acuda a criterios de los que Pérez Alonso califica de subjetivo-psicológicos (con razón o sin ella) no debe extrañar tanto cuando una forma de intervención, cuyo carácter de participación no es hoy discutido, la inducción (con la que G. CUSSAC/MIRA emparentan expresamente la cooperación necesaria, con razón o sin ella) posee tal naturaleza, y cuando se acepta la cooperación (necesaria o no) psíquica («moral») como forma de participación.

Termina este apartado Pérez Alonso señalando que poco más (aunque sí algo, que va diciendo más adelante) se puede decir de un modo positivo y general sobre la relevancia objetivo-material de las contribuciones constitutivas de coautoría, sobre todo en los casos límite, por tratarse también la idea de esencialidad de un principio regulativo o guía para el juez, que debe ser concretado por éste en cada supuesto.

Pues bien, a modo de valoración global del esfuerzo de Pérez Alonso por dar un sentido de dominio positivo (no meramente negativo) al dominio funcional del hecho, y procurando no repetirme en exceso, se puede decir lo siguiente: tiene evidentemente razón Pérez Alonso en que lo que confiere a un sujeto el dominio funcional del hecho no es sin más la capacidad de desbaratar el plan común con la retirada de su contribución, sino naturalmente la prestación efectiva (en este sentido, positiva) de la contribución. Pero no logra convencer de que uno de los pilares del dominio funcional del hecho, la idea de esencialidad, no sigue siendo sólo indiciaria de un dominio negativo, pues la idea (principio regulativo) básico es que una aportación es esencial cuando es imprescindible para el éxito de la empresa criminal global de acuerdo con el plan común y ello siempre se concreta en la idea de que, sin ella, la empresa fracasa; la idea del dominio negativo no es secundaria o un simple medio para comprobar si una contribución es esencial, como pretende Pérez Alonso, sino que la contribución es esencial o no según que su retirada implique o no el desbaratamiento de la empresa criminal (formulado de una manera más «positiva»: que el éxito de la empresa dependa de la contribución). Otra cosa es el medio que se emplee (aquí sí podemos hablar de medios) para fundamentar esa esencialidad, es decir, para constatar si el éxito de la empresa criminal depende de la contribución (o, lo que es lo mismo, si sin ella decae la empresa) y aquí sí tiene razón Pérez Alonso en que no es preciso ni correcto acudir a juicios hipotéticos causales *ex post* (podría recurrirse, por ejemplo, a la teoría de los bienes y actividades escasas o a otro criterio o a varios de ellos). Puede que se considere suficiente la exigencia de este dominio (decisión valorativa), pero no es obligado entender que sólo este dominio responda a la «realidad» estructural de la coautoría en los fenómenos sociales y en un sistema de autoría restrictiva, pues hay sujetos en la actuación conjunta que poseen algo más que un dominio negativo, aun cuando la posibilidad de éste se reduzca a la actuación en fase ejecutiva (o, si se prefiere, que tienen más aún en sus manos el decidir el si y el como de la realización típica), como he tratado de demostrar más arriba.

Ello nos conduce al otro pilar del contenido material del dominio funcional, según Pérez Alonso: la independencia de la contribución de cada coautor. El término «independencia» puede inducir a confusión, pues continuamente se está aludiendo a la existencia de una interde-

pendencia funcional entre las aportaciones de los coautores, pero la idea es clara: los coautores dependen unos de otros al mismo nivel, no depende uno del otro más que otro del uno, mientras que los partícipes dependen en mayor medida de los autores que éstos de ellos. En este sentido, los coautores son independientes o autónomos o tienen una dependencia horizontal, mientras que los partícipes dependen verticalmente del autor o autores (son accesorios y no autónomos). Aquí sí que se expresa una idea positiva de dominio, que además resulta bastante convincente. En definitiva, creo que se puede reconducir a la idea de los diferentes niveles de dominio a la que me referí extensamente más arriba. Sólo sucede que no estoy de acuerdo en que entre todos los que según la tesis del dominio funcional se da esa «igualdad» (por expresarlo también de un modo gráfico), ésta exista en realidad. Como vimos, quienes poseen lo que LUZÓN PEÑA y yo hemos llamado dominio positivo del hecho poseen un dominio más fuerte, del todo decisivo para el sí y el cómo de la realización típica, que algunos que sólo poseen lo que llamamos dominio negativo. Éstos últimos dependen de la actuación de los primeros en mayor medida que a la inversa, pues, en algún momento tendrán que dejar en sus manos el curso de los acontecimientos. Pérez Alonso va a reconocer más adelante (264) la dependencia del vigilante o de quien sujeta de quien toma la cosa o de quien clava el puñal, pero va a calificar esta dependencia de (total y) formal, y por ello inválida para extraer conclusiones en materia de coautoría. El expediente de tildar de formal mi concepción de la coautoría es reiterativo en Pérez Alonso, pero yo me he esforzado (también en el presente trabajo) en demostrar que es material. Volveré más adelante sobre esta idea.

b₂) Pérez Alonso explica a continuación (253 ss.) nuevamente cómo la idea del desbaratamiento del plan omitiendo la contribución (no de cualquier otro modo), a lo que denomina *dominio negativo*, no es más que un instrumento auxiliar o un medio para corroborar la existencia de dominio positivo, constituido por la independencia o esencialidad de la contribución. Ya he señalado que, sin embargo, no creo que se trate de un simple medio auxiliar de comprobación del dominio, sino algo fundamental en la tesis del dominio funcional del hecho, pues no es sino la otra cara (si se quiere, la formulación negativa) de la idea de esencialidad o dependencia del conjunto de la empresa criminal de la contribución de cada sujeto, que en sí misma implica sólo un dominio negativo (en el sentido que empleamos este término LUZÓN y yo, y que no se confunde con el mero poder de interrupción) por comparación al positivo que poseen otros sujetos. No me repetiré más ahora.

c) A continuación (255 ss.), demostrando con ello ser un buen científico que no rehúye la discusión, sino todo lo contrario, se enfren-

ta Pérez Alonso a algunas de las críticas «más serias y relevantes desde el punto de vista científico-jurídico, fundamentalmente, a las opiniones de GIMBERNAT y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO»¹⁵.

c₁) Se ocupa en primer lugar (256 ss.) de la crítica de GIMBERNAT¹⁶. Como es sabido, la crítica de este autor (que, por otro lado reconoce el acierto de la teoría del dominio del hecho para explicar y fundamentar la autoría mediata) consiste sobre todo en señalar que la tesis del dominio funcional del hecho, al basarse en la idea del desbaratamiento del plan con la retirada de la contribución, se encuentra con las mismas dificultades en la distinción entre coautor y cómplice que la doctrina española en la distinción entre cooperador necesario y cómplice, y se ve por ello obligada a la realización de juicios hipotéticos causales *ex post*, propios de la teoría objetivo-material de la necesidad o del *socius principalis*, que resultan inadmisibles en esta materia.

Pérez Alonso, apoyándose con frecuencia en otros autores (especialmente en el propio ROXIN y en CEREZO), replica a GIMBERNAT con diversos argumentos. Aduce por un lado Pérez Alonso que la esencia de la idea del dominio funcional del hecho no reside en el desbaratamiento del plan, «sino en la prestación de una contribución independiente y esencial que decide y configura el si y el cómo de la co-realización del tipo penal (dominio positivo)». Sin embargo, por las razones que he señalado anteriormente, la idea del desbaratamiento del plan no es simplemente, como pretende Pérez Alonso, un medio para comprobar o corroborar la existencia de dominio positivo, sino la otra cara (inseparable de la «positiva», otra formulación) de la idea de esencialidad, por lo que tiene razón GIMBERNAT en que la tesis del

¹⁵ En una nota al pie (255 n. 154) advierte de la existencia de otras conocidas críticas a la teoría del dominio del hecho «que no reúnen los caracteres reseñados y que, por tanto, no merecen ni necesitan reseña alguna, ni mucho menos una crítica científico-jurídica» (lo que refuerza con unas duras y expresivas palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, distinguiendo entre el sectario y el investigador). Aparte del halago (y, permitiéndome una consideración en tono de humor, el alivio) que supone no verme incluido entre quienes por su falta de seriedad y relevancia científico-jurídicas no merecen respuesta, creo que conviene aclarar aquí que de su mención expresa a nuestra crítica no debe deduirse que Pérez Alonso sólo nos «salve» a GIMBERNAT y a mí (lo cual sería una tremenda injusticia para muchos autores, también españoles, que han criticado de manera seria y rigurosa, desde el punto de vista científico, diversos aspectos de la teoría del dominio del hecho), como lo demuestra, entre otros datos, la cita elogiosa de JIMÉNEZ DE ASÚA en esta nota (de quien Pérez Alonso destaca que no era partidario de la teoría del dominio del hecho) y, sobre todo, el que a lo largo de la obra Pérez Alonso se ocupe de la opinión de otros críticos, e incluso les dedique a veces además términos elogiosos.

¹⁶ GIMBERNAT, *Autor*, 1966, 135 ss.

dominio funcional se encuentra ante los mismos problemas que la doctrina española al distinguir entre cooperador necesario y cómplice. Una prueba de que la idea del desbaratamiento del plan no es un mero medio de comprobación o concreción de la presencia de dominio funcional (positivo) del hecho es que, en este mismo apartado, Pérez Alonso acaba afirmando que «el excelente criterio de la escasez ..., aceptados los demás presupuestos del dominio del hecho ..., es un medio idóneo para investigar y valorar si las contribuciones cumplen una función independiente y esencial en la co-realización del tipo penal». Este (u otro) sí sería un medio de concreción de cuándo una contribución es esencial y, por tanto, su ausencia hace caer la empresa criminal.

Por otro lado, separa Pérez Alonso la idea del dominio funcional de la teoría de la necesidad recordando que las contribuciones esenciales en fase preparatoria no pueden fundamentar dominio funcional del hecho y coautoría, pues en ellas se da una relación vertical y accesoria de dependencia respecto de los que actúan (con contribuciones esenciales) en la fase ejecutiva. De la exigencia de actuación en fase ejecutiva ya me he ocupado anteriormente. Lo importante aquí es que, aun aceptando esto, seguiría teniendo razón GIMBERNAT y el problema señalado (el mismo que a la doctrina española se le plantea para distinguir entre cooperador necesario y cómplice) se plantearía para discernir entre quienes aportan contribuciones esenciales y no esenciales en fase ejecutiva.

Pero en lo que sí tiene razón Pérez Alonso en su réplica a GIMBERNAT es en que la concreción de la idea de la esencialidad (y del desbaratamiento del plan) no tiene por qué realizarse mediante juicios causales hipotéticos *ex post*, propios de la teoría de la necesidad (otra cosa es que sea cierto algunos defensores de la teoría del dominio del hecho hayan acudido a ellos), sino que puede perfectamente realizarse en una perspectiva *ex ante* utilizando criterios no causales, como pretende ROXIN, que incluso ha defendido la cercanía de su idea de esencialidad¹⁷ a la de la escasez de GIMBERNAT, y más claramente aún Pérez Alonso, a quien el criterio de GIMBERNAT le parece, como sabemos, «excelente» si se integrara en la teoría del dominio del hecho¹⁸. El razonamiento me pare-

¹⁷ ROXIN, *Sobre la autoría y participación en Derecho Penal*, en: LH-Jiménez de Asúa (Buenos Aires), 1970, 66 s.

¹⁸ Lamentando Pérez Alonso que GIMBERNAT no haya dado ese paso, quedándose, en materia de coautoría, en la teoría objetivo-formal, de la que ofrece una nueva versión, con bastante eco en la doctrina española, pero poco en la jurisprudencia, que no es convincente y que tiene importantes dificultades, aunque no insalvables, para encajar en la actual regulación del art. 28 CP.

ce correcto¹⁹ y además demuestra que GIMBERNAT tenía razón: el problema es similar al que se le plantea a la doctrina española para distinguir entre cooperación necesaria y complicidad; pero de lo que no se dio cuenta GIMBERNAT (quizá porque las explicaciones de algunos defensores de la teoría del dominio del hecho no eran siempre demasiado claras) es que si él mismo fue capaz de hallar un criterio de solución aceptable (en mi opinión lo es, aunque no tiene por qué ser el único) y apartado de la teoría de la necesidad para distinguir entre cooperación necesaria y complicidad, también los defensores de la tesis del dominio funcional del hecho pueden encontrar un criterio (incluso el mismo de GIMBERNAT) apartado de esa teoría para distinguir entre coautor y cómplice (si bien, por razones que he ido explicando, creo que, ni aun así, el dominio funcional es la forma idónea de caracterizar la coautoría).

c₂) Pérez Alonso dedica un importante número de páginas (261 ss.) a replicar a la crítica que yo he realizado²⁰ a la tesis del dominio funcional del hecho y, a su vez, critica mi criterio de la determinación positiva conjunta del hecho como caracterizador de la coautoría. Concluye esa crítica reconociendo a mi obra un importante mérito, por dos razones fundamentales (entre otras muchas): la idea constante y conseguida (sin las incongruencias de algunos otros autores), loable y conveniente, de ofrecer un concepto de autor auténticamente restrictivo, siendo respetuoso con las exigencias propias de un Estado de Derecho; esta valoración me satisface especialmente, porque efectivamente ésa ha sido una preocupación básica en todos mis trabajos sobre la autoría. En segundo lugar, cree que LUZÓN PEÑA y yo hemos tenido el acierto de advertir que no todo dominio es suficiente para fundamentar la (co)autoría y haber llamado la atención sobre algunos aspectos discutibles, criticando seria y científicamente la teoría del dominio del hecho para ofrecer una concepción más estricta de la (co)autoría, punto que no le parece del todo convincente, pero abre (como efectivamente yo pretendía²¹ y señala Pérez Alonso) la posibilidad a un debate científico sobre un tema importante, el de la autoría y la participación, del que tan

¹⁹ Yo también apunté la idoneidad de la teoría de los bienes y actividades escasos para concretar la idea de esencialidad en el dominio funcional del hecho de ROXIN ya en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 668 (y con ello, relativicé la importancia de este aspecto de la crítica de GIMBERNAT: v. también la p. 669 de mi trabajo), aunque aquí no me cita a favor de su réplica Pérez Alonso (que, sin embargo, ve continuas similitudes a lo largo de su obra entre la posición de GIMBERNAT y la mía).

²⁰ En diversos lugares, de los que citaré el principal: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 651 ss. (a continuación de esas pp. concreto mi idea de la determinación positiva y conjunta del hecho como caracterizadora de la autoría, que se va desarrollando a lo largo de mi trabajo).

²¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 40.

necesitada estaba la dogmática española. Nuevamente me agrada especialmente esto último, pues era otro de mis objetivos básicos (lo es en todos mis trabajos científicos); simplemente quisiera recordar aquí que el mérito de haber reavivado en España la discusión sobre la autoría (que, como es notorio, contaba ya con importantes precedentes en tiempos anteriores) evidentemente no me corresponde en exclusiva, sino que a ello han contribuido diversos autores, entre quienes, centrándonos sólo en los autores de libros sobre el tema, creo que es de justicia destacar la obra de PEÑARANDA RAMOS²², elaborada a la vez que la mía (y con diversos intercambios de impresiones durante la elaboración). Después han sido varios los penalistas que han realizado notables aportaciones a la discusión, entre ellos Pérez Alonso, cuyo propósito declarado es contribuir también al debate de ideas con argumentos científico-jurídicos que buscan el progreso de la dogmática penal. También el presente trabajo y las observaciones críticas que dirijo a algunas tesis de Pérez Alonso deben tomarse exclusivamente en este sentido y nunca como minusvaloración de la obra comentada.

Pasemos ya a la réplica que Pérez Alonso realiza de mi crítica a la tesis del dominio funcional del hecho. En primer lugar, frente a mi aseveración de el dominio que posee quien tiene la capacidad de desbaratar el plan retirando su contribución no es suficiente para ser autor y desde luego (de acuerdo con GIMBERNAT) es menor que el del autor inmediato individual y el mediato, recuerda Pérez Alonso que, si es que en la coautoría «ha de tener algún sentido su existencia real y normativa, los sujetos forzosamente han de “hacer” menos que en la autoría individual, pues allí intervienen varias personas que realizan el hecho conjuntamente (art. 28,1.º CP)», obviedad que creo que hay que poner de manifiesto porque da una pista sobre que yo en la coautoría no pierdo de vista la autoría inmediata, observación que críticamente repite constantemente. Pues bien, puede que tenga razón Pérez Alonso en que no pierdo de vista la autoría individual, porque creo que toda forma de autoría debe responder al mismo principio básico (la realización típica, para cuya concreción hay que acudir desde luego a criterios materiales). Sin embargo, no ignoro en absoluto las diferencias estructurales entre las formas de autoría y no entiendo por qué se me critica (más claramente aún en otros pasajes de este apartado) el concebirla de tal modo que resulta superflua. Como he señalado anteriormente, la autoría individual no es capaz de explicar los supuestos que yo considero de coautoría, es decir, aquellos en que varios sujetos realizan conjuntamente el tipo por actuar con dominio *positivo* (*máximo, si se quiere*) y

²² PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990; *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, 1991.

conjunto del hecho: ninguno de ellos realiza por sí solo el tipo penal (en tal caso habría autoría individual o pluriautoría, es decir varias autorías individuales), sino que sólo del conjunto se puede decir que realiza el tipo en el marco de un acuerdo (en sentido amplio) global (ninguno de ellos realiza por sí solo el tipo, porque ninguno de ellos lo domina por sí solo de modo positivo plenamente, pero el conjunto de ellos —y sólo el conjunto— sí lo hace). No hay por tanto en mi concepción sobre la estructura de la coautoría ninguna diferencia sustancial de principio con la de Pérez Alonso (y los defensores de la tesis del dominio funcional), la estructura de la coautoría (realización conjunta del hecho típico mediante división del trabajo o acumulación de esfuerzos en el marco de una empresa común) es idéntica, y es diferente a la de la autoría individual, inmediata o mediata. La discrepancia se produce en otro sentido, que, expresado «formalmente» (con la relatividad que hay que atribuir a este término), se traduciría en un distinto entendimiento de lo que es la realización del tipo, y, en términos materiales, en la exigencia de distintos grados de dominio: para Pérez Alonso, materialmente no cabe encontrar más dependencias «verticales» que las que existen entre quienes no aportan una contribución esencial en fase ejecutiva en el marco de un acuerdo común (partícipes) y quienes sí la aportan (coautores, entre los cuales la dependencia es horizontal y el dominio idéntico), mientras que yo creo poder apreciar (y entiendo que ha de dársele relevancia jurídica) una ulterior dependencia «vertical» entre algunos de éstos (los que dominan sólo de modo «negativo» —partícipes de especial relevancia, pero partícipes— y los que dominan de modo «positivo» o máximo —coautores—, éstos sí, en relación de dependencia «horizontal» entre ellos).

También vuelve a criticar la idea de LUZÓN y mía de que quienes poseen el dominio funcional del hecho tienen sólo un dominio negativo, insuficiente para fundamentar la coautoría. A ello contesta otra vez que lo que confiere al sujeto el dominio funcional del hecho no es la capacidad de desbaratar el plan retirando la contribución (mero elemento auxiliar de comprobación del auténtico dominio positivo), sino la realización *positiva* de su aportación independiente y esencial al hecho²³. De esta alegación ya me he ocupado. Naturalmente, lo que otorgaría el dominio es su aportación al hecho (la posibilidad de desbaratar el plan retirando la

²³ Cita en apoyo de esta idea a BACIGALUPO, *PJ* 31 (1993), 37, quien la alega precisamente en contraposición a mi tesis (mi contestación a éste en este punto se halla en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Roxin*, ed. por Silva, 1997, 316 n. 118, trabajo no manejado por Pérez Alonso). De un modo similar se opone a mi tesis ROXIN, *Täterschaft*, 7.^a, 2000, 686, aduciendo que el fracaso del plan en caso de retirada de la aportación es tan sólo «el reverso (*Kehrseite*) “negativo” de ese codominio positivo» (por cierto, el reverso, la otra cara y no un medio auxiliar, como pretende Pérez Alonso).

contribución no es aún nada, no es aportación, ni puede conferir ningún dominio real), pero el elemento (positivo) de la esencialidad se basa en la capacidad de desbaratar el plan retirando la contribución (cuestión que, ahora sí, se puede concretar de diversas formas, como, por ejemplo, acudiendo a la teoría de los bienes y actividades escasos). Decidir dónde acaba un dominio «negativo» y dónde empieza uno «positivo» es siempre discutible, entre otras cosas porque depende del contenido que se quiera dar a esas expresiones²⁴. Y, cuando los defensores de la tesis del dominio funcional alegan que el dominio es positivo porque lo da la contribución «efectiva al hecho», están entendiendo dominio «negativo» y «positivo» en una forma algo distinta a aquella en que la empleamos LUZÓN y yo, pues no aducimos que el dominio funcional sea negativo porque consista en la posibilidad de desbaratar el plan sin más (eso no sería dominio real, sino a lo sumo potencial), y en este sentido cabría decir que es positivo en cuanto que al aportar la contribución el sujeto renuncia a su posibilidad de desbaratar el plan y de ese modo decide en cierta manera el «si» del hecho y lo configura, pero lo hace en menor grado que aquellos en cuyas manos tienen que dejar algunos de los que intervienen con aportaciones esenciales, incluso en fase ejecutiva, la decisión final sobre el «si» del hecho con su aportación; aquellos en cuyas manos se deja el hecho también poseen, naturalmente un dominio negativo, en cuanto que también con la retirada de su aportación desbaratarían el plan (y con su efectiva aportación contribuyen esencialmente a su éxito), pero poseen un mayor grado de dominio positivo que los otros o, si se prefiere, su dependencia ya sí es sólo horizontal (entre ellos) y no vertical. Para expresar esta diferencia (y, sin duda, influenciados por la insistencia de los partidarios de la teoría del dominio funcional del hecho en la idea del desbaratamiento del plan con la retirada de la contribución) hemos empleado LUZÓN y yo la expresión «dominio negativo», frente a la de «dominio positivo o determinación positiva»²⁵.

²⁴ Ya señalé la relatividad de esos términos (en respuesta a BACIGALUPO), en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Roxin* (ed. por Silva), 1997, 316 n. 118 (trabajo no manejado por Pérez Alonso), afirmando que su utilización es una cuestión convencional.

²⁵ No todos los defensores de la teoría del dominio funcional del hecho rechazan que los coautores posean un dominio negativo; así, como ya he señalado, VALDÁGUA, *ZStW* 98 (1986), 871, quien sin embargo considera suficiente ese dominio para fundamentar la coautoría. Y también voces autorizadas ajenas a la tesis del dominio funcional del hecho (y a la de la determinación positiva conjunta del hecho), como PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, *PJ* 27 (1992), 197 s., han apreciado con rotundidad que el dominio del que hablan los defensores de la idea del dominio funcional del hecho es negativo y supone «una evidente ampliación del concepto de autor a conductas que no constituyen una propia realización del tipo», y, sin embargo, consideran que este dato no es suficiente para criticar la tesis del dominio funcional como caracterizadora de la coautoría, pues esa ampliación se produce en todas las concepciones de la autoría (incluso en la que consideran más restrictiva, la mía: v. pp. 198 s.)

Para demostrar la incorrección de mi crítica acude Pérez Alonso a algunos ejemplos que yo utilizo precisamente para probar que el dominio funcional que se atribuye a algunos sujetos es negativo, frente al positivo de otros: el de la vigilancia necesaria en el robo y el de quien sujeta a la víctima mientras otro le clava el cuchillo. Yo sostengo que, por mucho que el sujeto vigile y vigile, si nadie toma la cosa no habrá robo, es decir, sigue estando en manos de otro la realización del tipo; supuesto que nadie haya interrumpido el hecho anteriormente, el vigilante, al realizar su aportación, no roba, porque roba quien toma la cosa, sea uno o varios. En el caso de éstos, en cambio, supuesto que nadie haya interrumpido el hecho antes, en cuanto realizan su acción determinan positivamente el hecho. Es decir, que el cooperador necesario depende totalmente del autor o autores, mientras que éste o éstos sólo dependen de aquél en un sentido negativo (en cuanto que, para poder actuar, precisan de la actuación del cooperador necesario, pero, supuesta ésta, el hecho queda totalmente en sus manos). Y lo mismo cabe decir del que sujeta respecto del que clava el cuchillo²⁶. Pérez Alonso reconoce que el vigilante o quien sujeta, por mucho que se empeñe, «no lleva a cabo físicamente ni con su propio cuerpo el robo o el homicidio *en sentido objetivo-formal*», su acción no es conjugable con el núcleo de la acción típica, «*formalmente* el hecho no está en las manos del vigilante ni del sujetador, que no tienen el dominio positivo *formal* del hecho. Pero, para llegar a esta conclusión no parece necesario el rodeo de la teoría del dominio del hecho, no haría falta averiguar en manos de quién está el hecho, no hay necesidad de hablar de un criterio material para interpretarlo en sentido *formal*. En realidad, se sigue el procedimiento de analizar de forma aislada los distintos actos parciales para determinar si cada uno por sí solo fundamenta una *autoría inmediata*. También es cierto que el vigilante o el sujetador dependen total y *formalmente* del que toma la cosa o del que clava el puñal» (todos los subrayados son míos). Pero, señala el autor de la obra, también los presuntos autores inmediatos dependen totalmente desde el punto de vista material de la intervención de los presuntos partícipes (cooperadores necesarios), pero aquí (o sea entre todos los que él considera coautores y yo no) no existe una dependencia vertical y accesoria, sino

²⁶ Aquí añadía yo que la diferencia en el caso del que sujeta era que, por la vía del art. 14.1.º CP 1944/73, cabía considerarlo cooperador ejecutivo, sin ser preciso acudir a la cooperación necesaria del art. 14.3.º del mismo CP. Al respecto me recuerda Pérez Alonso que la figura del art. 14.1.º CP 1944/73 ha desaparecido y que, por tanto, habría que acudir a la cooperación necesaria del segundo párrafo b) del art. 28 CP, si no a la coautoría del primer párrafo del art. 28 CP. Pues bien, como considero que no se trata de un coautor, no admitiría la segunda solución, pero no veo ningún inconveniente en la primera (como ya he apuntado —y así lo recoge Pérez Alonso— en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1286).

mutua y horizontal, con funciones independientes y esenciales en el plan global, no se trata de conjugar los verbos típicos, se ha de aportar un criterio material con todas sus consecuencias y, así, interpretar en sentido material el dominio del hecho, pues lo contrario sería negarlo y retornar a una concepción objetivo-formal (lo que yo también descarto *en principio*, según palabras de Pérez Alonso). En mis ejemplos, «por tanto, hay un codominio positivo y material del hecho, condicionado por la actividad de *todos* (supongo que hay que entender “*todos*” los de los ejemplos, no cualquiera, pues la contribución ha de ser esencial) los intervinientes en la ejecución del mismo. No hay forma de cometer ese robo o ese homicidio si el compinche no vigila, mientras el otro toma la cosa, o si no sujeta a la víctima, mientras el otro le asesta la puñalada mortal. El hecho está en las manos de *todos* ellos, compañeros emancipados y necesarios, porque cada uno *presta* una contribución que decide y configura el *si* y el *cómo* de la co-realización del hecho. Ello se confirma, en tanto en cuanto la *no* prestación de la misma conduce al desbaratamiento del plan»²⁷.

²⁷ A pie de página (265 n. 197) hace alusión a mi crítica a ROXIN (aun considerándola de menor importancia), a la que me he referido antes, por partir éste del prejuicio (pre-juicio) de considerar como «caso característico de coautoría» el de la sujeción a la víctima mientras otro la apuñala. Pérez Alonso cree que «al contrario, hay que reconocer la valentía de ROXIN por partir de casos extremos y discutidos para demostrar la validez de su concepción teórica». La veneración al maestro alemán que profesa Pérez Alonso le honra enormemente y dice mucho de la sensibilidad científica de este autor, que sabe perfectamente quién es quién en el Derecho penal. Efectivamente, ROXIN, también mi maestro alemán, es en mi opinión (y creo que en opinión común) uno de los penalistas más importantes de la historia (para mí, desde luego el más importante entre los vivos). Su obra *Täterschaft und Tatherrschaft* y sus consideraciones sobre la autoría son el máximo exponente de la excelencia de un trabajo científico difícilmente superable (ya quisiéramos todos haber escrito un libro así), y, por tanto, cualquier apreciación de ROXIN hay que tomársela muy en serio. Pero creo que, en esta ocasión, la veneración por el maestro ciega a Pérez Alonso, pues los maestros, por magníficos que sean, son seres humanos que pueden cometer errores (como, dado su talante, no dudaría ni un momento en reconocer ROXIN). Lo único que yo he dicho en esta crítica (en la que no pretendo tampoco tener razón a toda costa) es que precisamente parece un buen método partir de ejemplos claros, generalmente admitidos, de coautoría (o de cualquier otra figura), para ver cuál es la esencia material de los mismos y edificar desde ahí la construcción teórica; desde este punto de vista metodológico, el proceder de ROXIN es intachable, pero su (en mi opinión) error es dar como supuesto indiscutido de coautoría el del que sujeta, cuando obviamente es discutido, como reconoce Pérez Alonso al señalar que ROXIN parte «de casos extremos y discutidos», lo que según él demuestra la valentía del maestro alemán, valentía que no creo que ROXIN pretendiera demostrar, sino más bien al contrario, pretendió partir de un ejemplo sobre el que creía (al parecer, erróneamente) que existía consenso. Por realizar un paralelismo dentro de la autoría, es como si ROXIN hubiera tratado de explicar la autoría mediata sobre la base del ejemplo de los aparatos organizados de poder y el discutido criterio de la fungibilidad del «instrumento».

Resumidamente, lo que me critica, por tanto, Pérez Alonso, es el convertir la coautoría en una serie de autorías inmediatas yuxtapuestas (algo que ya he explicado suficientemente que no es en absoluto cierto) y de utilizar criterios formales para determinar la coautoría, pretendiendo que sean materiales, y volviendo con ello (por una vía tortuosa) a la teoría objetivo-formal (moderna).

Pues bien, para empezar diré que la crítica de «formalismo» es arriesgada, pues también se le podría aplicar a la tesis del dominio funcional del hecho: su exigencia de que la actuación se produzca en fase ejecutiva sería formal porque, de igual modo que, como dice Pérez Alonso, no hay manera de cometer el robo si el compinche no vigila, tampoco hay manera de cometer el atentado terrorista masivo si el especialista no aporta la complicadísima «máquina infernal»; la reducción de la coautoría a la fase ejecutiva es «formal» en cuanto pretende un mayor acercamiento (para mí insuficiente) a la idea de realización típica (expresado en palabras de Pérez Alonso, una vinculación de la coautoría al objeto del dominio), y de hecho produce un acercamiento (sólo parcial) de esta tesis a la teoría objetivo-formal clásica. Pero los defensores del dominio funcional contestarían de inmediato, como sabemos hace ROXIN, que los preparadores, por importantes que sean, tendrán que soltar de su mano y dejar en las manos de otros (los que intervienen con contribuciones esenciales en la fase ejecutiva) el hecho, la realización típica. Pues exactamente eso mismo alegaré yo en defensa de mi tesis: para empezar, no se trata de conjugar verbos típicos, pero de lo que no cabe duda es de que el hecho típico del homicidio es matar, el de las lesiones lesionar, etc., y que ése es el hecho que tienen que realizar los autores (de cualquier clase). El problema es que, sobre todo en los delitos puramente resultativos, no es fácil determinar sin más qué es matar o lesionar y por ello (y, además, para explicar la esencia de la autoría y su diferencia con la participación en un concepto restrictivo de autor) hay que acudir a criterios materiales, que es precisamente lo que niega en mi tesis Pérez Alonso, creo que sin razón y dejándose llevar de la coincidencia (parcial) de los resultados de mi tesis con los de la teoría objetivo-formal (moderna). Del mismo modo (material) que observa ROXIN una dependencia entre los que aportan contribuciones esenciales en fase preparatoria respecto de los que lo hacen en fase ejecutiva, existe una dependencia (como reconoce Pérez Alonso) del vigilante necesario en fase ejecutiva respecto del que o los que toman la cosa o del que sujeta respecto del que clava el puñal, pero, contra lo que opina Pérez Alonso, la dependencia no es *formal*, ni horizontal (¿por cierto, las dependencias horizontales son formales?, que es lo que podría deducirse de los «reconocimientos» de Pérez Alonso). No es formal (sólo entiendo la expresión «dependencia formal» en relaciones de este tipo: «formalmente —en el organigrama— mi negociado depende

de tal jefatura de servicio, pero materialmente depende de tal otra, porque los asuntos de que se ocupa están directamente relacionados con esta servicio y no con el otro»), sino claramente material, dotada de un contenido (unos sujetos dejan en las manos de otro u otros, porque, por la configuración del hecho y el reparto de papeles en el plan, no tienen más remedio que hacerlo, la realización del hecho típico). Y, además, es vertical y no horizontal (aunque la dependencia que Pérez Alonso denomina horizontal también es material), porque mientras unos (los poseedores del dominio negativo en el sentido ya precisado) dependen totalmente del autor o coautores (de los que poseen el dominio positivo), éstos, supuesta la actuación de aquellos (de los cooperadores necesarios), no dependen más que de sí mismos. No son todos «compañeros necesarios y emancipados», sino que todos son compañeros necesarios, pero unos (los autores) están más «emancipados» que otros. Naturalmente, ni siquiera los auténticos coautores (los que dominan positivamente el hecho de forma conjunta) están plenamente «emancipados», porque, incluso supuesta la actuación de los cooperadores necesarios, todavía dependen unos (coautores) de otros (coautores), pero, ahora sí, dependen todos en la misma medida, no hay diferencias materiales de intensidad en la dependencia (en palabras de Pérez Alonso, ésta es ahora horizontal y recíproca). Esto último es lo que caracteriza la coautoría frente a la autoría individual. Pues es cierto que, en puridad, como alegan respecto de mi tesis PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ²⁸, ninguno de mis coautores domina por sí solo positiva y plenamente el hecho y, por tanto, por sí solo no realiza el tipo, pues depende (¡también materialmente!) de los otros coautores; pero la dependencia es recíproca y de igual intensidad (horizontal), y por ello en la coautoría rige el principio de imputación recíproca y no el de accesoriedad (aunque entre ellos hay algún punto de contacto), pero sí puede decirse del conjunto (y sólo del conjunto) que domina positivamente el hecho y que realiza el tipo. Si se exigiera de cada uno que dominara por sí solo positivamente el hecho y así realizara el tipo, entonces sí, desaparecería la coautoría como forma de autoría y habría que entender que existen hechos sin autor en sentido estricto cuando no haya un sujeto (o varios: pluriautoría) con pleno dominio positivo individual del hecho (lo que no sucede en mi construcción).

Naturalmente, como ya he señalado, el dar relevancia jurídica a unas u otras diferencias materiales es en buena medida una decisión valorativa en que existe un cierto margen de libertad (cuando la ley no imponga claramente un criterio). Así, a estas diferencias se les otorga me-

²⁸ PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, *PJ* 27 (1992), 198 s. Intenté precisar algunas de mis ideas en relación con las observaciones de estos autores en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Roxin* (ed. por Silva), 1997, 323 n. 151, trabajo no manejado por Pérez Alonso.

nor importancia en un sistema de autoría (o, si se prefiere, participación) unitaria que en uno de autoría restrictiva. Dentro de este último, caben concepciones más ampliatorias y más restrictivas, yo creo que dependiendo de lo en serio que se tomen las ventajas de un concepto restrictivo de autor y también de las consecuencias referidas al *quantum* de responsabilidad de cada sujeto a que ello conduzca. Desde una aceptación seria de las ventajas del concepto restrictivo de autor, me parecen inadmisibles algunas concepciones que, sobre la (supuesta) base del dominio del hecho, amplían enormemente la coautoría. Pero no es éste el caso de la tesis del dominio funcional del hecho, más restrictiva y que atiende a la mayoría de las diferencias existentes entre unos y otros intervinientes y procura una cierta adscripción al tipo también de la coautoría, evitando de paso, en el Derecho alemán, algunas consecuencias insatisfactorias para el castigo de intervinientes de gran relevancia (a los que habría que considerar cómplices con la consiguiente rebaja obligatoria de pena) a que conduciría una ulterior atención a otras diferencias materiales y una concepción de la coautoría más restrictiva por tanto. Pero más acorde aún con ese concepto restrictivo de autor y sus ventajas me parece el concepto de coautoría que yo defiendo (que, desde luego no está en las antípodas del derivado de la idea del dominio funcional, y al que, si no fuera por las confusiones que plantearía, creo que cuadraría perfectamente esta denominación), en el que se aprecian hasta el final las diferencias entre los intervinientes en un hecho y que, por otro lado, en el Derecho español, que cuenta con la figura de la cooperación necesaria, no produce las consecuencias indeseables señaladas que podrían darse en otros ordenamientos jurídicos.

Para demostrar nuevamente que estoy demasiado apegado a la autoría inmediata individual en mi concepción de la coautoría, trae a colación Pérez Alonso la pregunta que yo²⁹ dirijo a los defensores de la tesis del dominio funcional del hecho: «Si de verdad, como es común afirmar, las conductas que serían de coautoría, si existiera acuerdo recíproco, son de autoría accesoria cuando el mismo no existe, ¿defenderían seriamente los partidarios del dominio funcional del hecho que el cooperador necesario, sin acuerdo recíproco es autor de una tentativa del delito de que se trate? Yo creo que no». En primer lugar, Pérez Alonso pone en tela de juicio «la necesidad y conveniencia de la autoría accesoria, que cada día es más contestada en la doctrina, considerándola un desconcepto o desfigura jurídica sin valor propio», cosa en la que estoy básicamente de acuerdo³⁰, como el propio Pérez Alonso se encarga de recordar (266 n. 199). Efectivamen-

²⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 672.

³⁰ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria*, en: *Enciclopedia Jurídica Básica (EJB) I*, 1995, 709; *La Ley 1996-2*, 1284.

te, considero que los supuestos de autoría accesoria no plantean problemas específicos de autoría y no constituyen una forma especial de autoría, pero sí simplemente una constelación de casos, en que se plantea por lo general un problema de imputación objetiva.

Pero seguramente tiene razón Pérez Alonso y mi apelación a la autoría accesoria no es muy afortunada, pero más bien por otra razón: porque partí del sentido que los pocos autores españoles que se ocupan de ella suelen dar al término, en el que, por definición, la *autoría* accesoria se plantea en supuestos de autoría y no de participación, manejándose paradigmáticamente el ejemplo de los dos envenenadores que ponen, con dolo de matar, sin saber cada uno nada del otro, una dosis de veneno insuficiente para matar por sí sola (circunstancia que ellos desconocen, creyendo que es suficiente) en una copa, resultando que la suma de las dos dosis sí es suficiente para matar y se produce la muerte; en este caso cada uno de ellos resulta autor individual de una tentativa (parece que inidónea) de asesinato. Y sucede que esos autores suelen ligar esta constelación de *autoría* individual a los supuestos de actuación «conjunta» (objetivamente conjunta) sin acuerdo ni conocimiento recíproco, precisamente para señalar que, por faltar éste, no nos hallamos ante un caso de coautoría³¹. En la doctrina alemana las cosas son distintas, quizá por una menor precisión terminológica en la doctrina o por la mayor amplitud semántica de las palabras *Täter* y *Täterschaft* (autor y autoría, pero también algo así como delincuente y característica correspondiente al delincuente, o responsable y característica de quien es responsable, o incluso interviniente e intervención³²) en alemán. Así, por ejemplo, ROXIN³³, quien considera que se puede prescindir de la figura, define la «autoría accesoria» (*Nebentäterschaft*) como «el caso en que varias personas conjuntamente producen un resultado delictivo, sin actuar como coautores (*Mittäter*), explicando a continuación que, en la práctica, los casos de autoría accesoria dolosa se producen sobre todo en supuestos de participación (*Teilnahme*), por ejemplo cuando varias personas actuando por separado inducen a otro a cometer un delito (aunque los más frecuentes son los casos de concurrencia de conductas imprudentes en la producción de un resultado). Puede resultar para un español sorprendente que no sólo el término «autoría accesoria», sino también el de «coautoría», se apliquen a supuestos de participación. Pero no se trata de un lapsus de ROXIN, sino que también al explicar la co-

³¹ Así, por ejemplo, un autor tan cercano a la tesis del dominio funcional del hecho en materia de coautoría como MIR PUIG, *PG*, 5.^a, 1998, 391.

³² En otros casos, *Täter* debe traducirse simplemente por sujeto.

³³ ROXIN, *StGB Leipziger Kommentar* (LK), 11.^a, 1993, § 25 nm. 222 s. (v. también § 26 nm. 106, § 27 nm. 59).

autoría, señala que cabe participación en coautoría, y lo mismo repite al explicar la inducción (aquí habla además de coinducción —*Mitanstiftung*—, como haríamos nosotros) y la complicidad³⁴³⁵. Quizá todo esto induzca a confusión y mi pregunta no sea muy afortunada.

A ella responde Pérez Alonso que, contra lo que yo creo, la coautoría no es la resultante de varias autorías inmediatas más acuerdo recíproco (cosa que, como creo haber explicado, yo no pienso, pues, normalmente, mis coautores no serían autores inmediatos del mismo delito que realizan en coautoría, sino, a lo sumo, autores inmediatos de una tentativa de ese delito, con las precisiones que realizaré enseguida al contestar a la contrapregunta que me hace Pérez Alonso), sino una forma de estructuración del comportamiento humano con relevancia jurídica y distinta de la autoría inmediata (con lo que, repito, estoy de acuerdo), en que es imprescindible como requisito subjetivo el acuerdo o decisión conjunta al hecho, que, al faltar, imposibilita la coautoría (en lo que también estoy de acuerdo) y la conducta del sujeto tendrá relevancia jurídico-penal, pero tendrá que ser valorada conforme a otros criterios o reglas, resultando que el sujeto será autor inmediato, mediato o partícipe (en el caso del vigilante, cooperador necesario). Pues bien, es curioso que el propio creador de la tesis del dominio funcional del hecho, ROXIN³⁶, parezca distinguir la «coautoría» de inducción y de complicidad (mejor, coinducción y cocomplicidad) de la «autoría» accesoria de inducción y complicidad (mejor, inducción y complicidad accesorias) precisamente en que exista o no la abrazadera del acuerdo o decisión común al hecho con división del trabajo o acumulación de esfuerzos (en este caso, de participación) y resultando en ambos casos conductas de participación (aunque ROXIN no deja claro cómo responden en concreto los inductores y cómplices accesorios, limitándose a señalar la posibilidad de su existencia, pero quedando claro que no responderán como autores o coautores en sentido estricto). Ello podría dar a entender que lo lógico es que entre la auténtica coautoría y la auténtica *autoría* accesoria la diferencia fuera sólo la existencia o no de acuerdo o decisión común al hecho; sin embargo, ello no parece ser así tampoco en ROXIN, que, si bien no se manifiesta expresamente, deja entrever en alguno de los ejemplos³⁷ que maneja que la solución a los supuestos de «coautoría» sin acuerdo es la que propone Pérez Alonso. Con ello me vendrían a dar la razón en que los partidarios de la tesis del dominio funcional no considerarían autores accesorios a los

³⁴ V. ROXIN, *LK*, 11.^a, 1993, § 25 nm. 172, § 26, 104, § 27 nm. 59.

³⁵ Además, es frecuente encontrar autores que también califican de autoría accesoria supuestos en que cada interviniente (o más de un interviniente) ya realiza por sí solo todo el tipo (yo prefiero hablar en estos casos de pluriautoría).

³⁶ V. las citas de ROXIN de las dos notas anteriores.

³⁷ V. algunos de los ejemplos de ROXIN, *LK*, 11.^a, 1993, § 25, nm. 174.

mismos sujetos que resultan para ellos coautores cuando existe acuerdo o decisión común al hecho (en este caso, al hecho típico, al de autoría). Pero ello no significaría necesariamente, como mínimo por la confusión del concepto de autoría accesoria, que eso fuera una clara inconsecuencia (como yo pretendía) de los partidarios del dominio funcional como caracterizador de la coautoría (tampoco estoy convencido de lo contrario, pues sigo pensando que el acuerdo o decisión conjunta con división del trabajo o acumulación de esfuerzos es un presupuesto de la coautoría sin duda, pero no exclusivo de ella, sino que es lo que explica que pueda hablarse en general de actuación conjunta, por tanto también en la coinducción y en cualquier forma de cooperación, lo que significa que no es éste acuerdo o decisión lo que confiere el dominio conjunto del hecho, sino sólo un presupuesto —no específico— del mismo).

Pero dejemos la cosa así, porque quizá lo más interesante es que Pérez Alonso me propone, muy hábilmente, otro ejemplo, intentando demostrar que tampoco desde mi concepto de coautoría cualquier actuación que, de mediar acuerdo, constituiría coautoría, deba necesariamente ser calificada de autoría (accesoria) —en el sentido estricto de la autoría—: «Del mismo modo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO no calificaría como coautores de robo con homicidio del art. 505.1 CP-73 al sujeto que con arma en mano toma por sí solo el dinero, mientras que un peligroso atracador que estaba realizando una imposición a plazo de su último botín, al ver a un policía acercarse sigilosamente al ladrón, para asegurar el éxito de su “compañero de profesión”, sin mediar palabra y sin acuerdo alguno, mata al policía. Creo que su calificación sería la de autor de robo con violencia, para el primero, y la de autor de homicidio y partícipe en el robo, para el segundo. Pero, al igual que antes, éste ya es otro caso, a resolver por reglas distintas, al faltar el acuerdo mutuo, como en el supuesto por él planteado». Para empezar, en el ejemplo por mí planteado no preguntaba si en la ausencia de acuerdo el cooperador necesario (por ejemplo el vigilante necesario) sería coautor, pues evidentemente no lo sería por faltar el acuerdo; sin embargo, él me pregunta si yo consideraría *coautores* del robo con homicidio a los sujetos que cita en su caso, cuando la pregunta paralela a la mía es si los consideraría autores accesorios de ese delito. Pero supongamos que la pregunta (indirecta) que me formula (y cuya respuesta consideraría negativa) estuviera bien formulada. Yo tendría una salida fácil (pero que sería un mero recurso retórico sin contenido que no se merece Pérez Alonso): podría decir que Pérez Alonso acierta en la solución que yo daría al caso, pero que eso, a la vez que quizá demostraría mi error al achacar a los defensores del dominio funcional el no apreciar autorías accesorias en los supuestos de «coautoría» sin acuerdo, vendría también a demostrar que no tiene razón (no valen sus razones

para fundamentar su crítica) Pérez Alonso en que yo conciba la coautoría como autorías individuales yuxtapuestas (cosa que, efectivamente no hago, por las razones ya explicadas). Pero esto sería demasiado fácil y engañoso, pues, pese a que no creo que la coautoría sean autorías individuales yuxtapuestas, sí estoy convencido que mis «coautores», cuando actúan sin acuerdo, se convierten en autores accesorios (en el sentido habitual de la expresión en España). Pero el caso que propone Pérez Alonso oscurece esta conclusión de mi propia concepción por varias razones (en este sentido, tiene «truco»).

En primer lugar, el caso no es de los característicos de autoría accesoria (sino una variante de éstos), porque uno de los sujetos (el que mata), aunque no exista acuerdo, sabe perfectamente de la actuación del otro (el que, con arma en mano, es decir, con intimidación), de modo que participa objetiva y subjetivamente en su delito y por eso se le puede calificar de autor de homicidio y *partícipe* en el robo con violencia. Si matara al policía (por ejemplo, en un atentado terrorista) sin saber para nada de la existencia o actuación del ladrón, las cosas se parecerían más a un supuesto de autoría accesoria de robo con homicidio, pues uno resultaría autor del robo (porque él mismo utilizó intimidación; de no haberla utilizado, sería autor de un hurto) y otro del homicidio, mientras que si hubieran actuado de acuerdo ambos serían coautores de robo con homicidio (siempre y cuando se dieran las características de este delito, que, según un sector doctrinal, exigía que el homicidio fuera medio para cometer el robo). Por otro lado, el ejemplo tampoco es de los habituales en la autoría accesoria, pues elige un delito (el de robo con homicidio, que ya no existe) en el que la realización de cada una de las acciones típicas (matar y tomar la cosa) son a su vez constitutivas de delitos consumados (homicidio y robo o hurto si no hubiera intimidación), con lo cual se refuerza la idea de autores individuales (de delitos consumados) yuxtapuestos que Pérez Alonso quiere atribuir a mi concepción. Pero se trata de una falsa imagen, porque si no hay acuerdo y reparto (en sentido amplio) de papeles, nunca podrá haber coautoría del delito de robo con homicidio de ambos sujetos (que es de lo que se trataba) tampoco desde mi concepción. En cualquier caso, el que en ésta la coautoría no representa la yuxtaposición de autorías individuales, sino que posee una estructura propia y distinta, se aprecia aún con mayor claridad en los demás ejemplos que vengo manejando.

En definitiva, no es cierto que mi modelo de coautoría sea formal ni que esté basado en la autoría individual. Lo que sí es verdad es que está basado en la idea de autoría restrictiva como realización del tipo. Esta es una característica de cualquier forma de autoría y, por tanto, en ello tiene que parecerse necesariamente la coautoría a la autoría inmediata

individual y a la mediata. No es tanto la estructura de la coautoría lo que diferencia la tesis del dominio funcional del hecho y la de la determinación positiva conjunta del hecho que defendemos LUZÓN PEÑA y yo (y quienes nos siguen), ni tampoco el carácter material de una y (sin razón supuestamente) formal de otra, sino más bien el concepto de realización típica que manejamos unos y otros (más estricto el nuestro) que conduce a unas exigencias materiales de dominio más laxas o menos rigurosas (aunque más rigurosas que las de muchos otros defensores de la teoría del dominio del hecho) en los partidarios del dominio funcional y más estrictas en el nuestro.

A continuación, Pérez Alonso pasa a criticar el criterio que defiende de la determinación positiva conjunta del hecho, repitiendo una y otra vez las críticas a su carácter formal, al carácter de superflua de la coautoría en mi concepción por tratarse de autorías individuales yuxtapuestas y, en definitiva, por suponer una vuelta a la teoría objetivo-formal (moderna)³⁸. Pero de rebatir todo esto ya me he ocupado. Sin embargo, concreta aún más y ve tres aspectos especialmente problemáticos en mi construcción:

³⁸ Llega a afirmar (267) que en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, *PJ* 27 (1992), 210, incluso me hago eco de un posible retorno a la teoría objetivo-formal (moderna). Pero, francamente, en esa página lo que hago es precisamente anticiparme a la posible alegación de que con mis afirmaciones anteriores en ese trabajo (relacionadas con mi tesis y aplicadas al caso de la STS comentada) se produce un retorno a la teoría objetivo-formal, para explicar que no es así y aplicar el criterio de la determinación positiva del hecho. El que en un caso concreto (o en muchos o en todos) se llegue a las mismas conclusiones que otra teoría no significa nunca que se mantenga ésta. En la crítica de formalismo que me dirige Pérez Alonso creo que influye también la opinión de BACIGALUPO, que replicó en *PJ* 31 (1993), 31 ss., al trabajo mío y de DE VICENTE acabado de citar (y a los otros comentarios críticos a la STS de que fue ponente), insistiendo continuamente en el carácter objetivo-formal de mi construcción. Vuelve a citar aquí Pérez Alonso (269) la observación de BACIGALUPO (37) de que mi tesis conduciría a «la errónea conclusión de que todos los delitos son de propia mano». Como he señalado, intenté responder a las críticas de BACIGALUPO aprovechando un trabajo posterior (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Roxin* (ed. por Silva), 1997, 308 n. 82 —aquí concretamente me refiero a la alegación de BACIGALUPO citada—, 302 n. 104, 316 n. 118, 317 n. 123), que Pérez Alonso no ha manejado (en el que, además, intentó precisar o matizar algunas de mis ideas frente a observaciones de otros penalistas que intervinieron en el famoso comentario: 323 n. 151, 326 s. n. 163). La errónea conclusión que señala BACIGALUPO sólo se alcanza si erróneamente se equipara realización típica o realización de la acción típica nuclear con realización de propia mano de la misma, cosa que jamás he hecho; ello lo prueba que admito sin ningún tipo de problema la autoría mediata y también la coautoría mediata (que admite diversas formas de aparición: por ejemplo, un sujeto utiliza a otro para, conjuntamente con otros que actúan de manera inmediata, matar a un tercero: el que actúa utilizando a un instrumento será coautor mediato y los demás inmediatos, o varios sujetos en el marco de un acuerdo se reparten los papeles para instrumentalizar a un tercero —o a varios que actúen también conjuntamente— para que mate a otro; el caso en que un solo sujeto instrumentalice a varios que actúen conjuntamente para matar a un tercero debería calificarse, para el sujeto de atrás, de autoría mediata individual).

c_{2.1}) En el caso de los tipos que contienen una única acción, reitera que mi concepto de coautoría (realización de la acción típica, que se determina acudiendo al criterio de la determinación positiva del hecho), vuelve a incidir en la crítica de mi regreso a la teoría objetivo-formal, aunque con otro fundamento (normativo). Ya me he ocupado de ambos aspectos (formalismo y normativismo). Pero añade otra crítica que, respecto a la teoría formal moderna o de la subsunción típica ya había apuntado VIVES ANTÓN³⁹. Prescindiendo del criterio material que se utilice para fundamentar la coautoría, yo he señalado (en ello estoy de acuerdo con diversos autores partidarios de la subsunción típica) que cualquier forma de autoría (inmediata, mediata y coautoría), en un concepto verdaderamente restrictivo de autor, por ser realización típica, encaja en los tipos de la parte especial. VIVES creía problemático incluir los actos parciales (de cada coautor) de realización de la acción típica en el tipo de la parte especial, porque ninguno de ellos realiza todo el tipo. Sin embargo, yo entendía que ello no es problemático, porque del conjunto de los coautores sí se puede decir que su actuación encaja en el tipo (precisamente porque la estructura de la coautoría permite hablar de una actuación típica conjunta)⁴⁰. Como se ve, no se trata de un problema específico de mi concepción material de la coautoría, sino que se plantea también a otras teorías, como a la objetivo-formal (no sólo a la moderna, sino a la clásica: quien realiza un acto ejecutivo, ¿encaja en el tipo de la parte especial?) y a la del dominio funcional del hecho (¿cada uno de los que realiza una aportación independiente y esencial en fase ejecutiva en el marco de un plan común encaja en el tipo de la parte especial?). Por tanto, lo que se pregunta más bien es si es preciso un precepto penal con carácter constitutivo que reconozca la coautoría o ésta se deriva sin más de los tipos de la parte especial (aunque creo que en la respuesta a este interrogante influye también el carácter más o menos extensivo de la tipicidad que se derive de cada concepción de la coautoría, y, por ello, las teorías más restrictivas, como la mía, encuentran menor dificultad para derivar de los tipos de la parte especial también la coautoría). En definitiva, creía y creo efectivamente, por la razón señalada, que la coautoría está también comprendida en los tipos de la parte especial.

Pero, como recuerda Pérez Alonso, dije también, bajo la vigencia del CP 1944/73, que, si esta solución no se considerase viable, «sería posible incluir la figura de estos coautores en el art. 14.1.º, como verdaderos autores, junto a otros coejecutores (los cooperadores ejecutivos) no auto-

³⁹ VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal. (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, 1977, 181.

⁴⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 499 ss., entre otros lugares.

res, pues no cabe duda de que en el tenor literal del mismo (“tomar parte directa en la ejecución”) encaja también la conducta del auténtico coautor». Aunque dije que esto sólo sería necesario si se considera imposible (y yo no lo considero imposible) el encaje de la coautoría en los tipos de la parte especial, Pérez Alonso recuerda que «este frecuente apoyo en el art. 14.1 CP-73 para completar su construcción en los casos más problemáticos ya no es posible, por la derogación de la figura del coejecutor, que ahora parece ser coautor o, en todo caso, se deberá ampliar la cooperación necesaria», añadiendo a pie de página (271 n. 216) que en este sentido me he expresado yo. Pues bien, creo que al intentar ponerme aquí ante un dilema, Pérez Alonso se equivoca. Para empezar, no creo que yo recurriera frecuentemente al art. 14.1.º CP 1944/73 para solucionar casos problemáticos, sino que acudía a él para encajar una figura de (en mi opinión, como siempre discutible) participación castigada con la pena de la autoría, que, efectivamente, al no recogerse expresamente en el CP vigente, creo que se puede reconducir sin demasiadas dificultades a otra figura de participación conminada con la pena de la autoría, como es la cooperación necesaria del segundo párrafo b) del art. 28 CP, y en este sentido me he expresado⁴¹. Pero nada de esto tiene que ver con la coautoría, figura de estricta autoría. Hoy como ayer creo, por la razón señalada, que la coautoría, como la autoría inmediata individual y la mediata, son subsumibles en los tipos de la parte especial y, por tanto, el primer párrafo del art. 28 CP (referido a quienes «son») autores posee carácter meramente declarativo⁴². Pero, en el caso de que lo anterior resultara inaceptable (que para mí no lo resulta), el vigente CP pone las cosas más fáciles que el anterior, sin necesidad de recurrir a la cooperación necesaria, puesto que ya tenemos una referencia clara a la realización conjunta, como forma de auténtica autoría («son autores»), en el primer párrafo del art. 28 CP, que es donde habría que encajar a «mis» coautores (repito, si no se aceptara que encajan en los tipos de la parte especial), cobrando entonces este precepto legal un carácter constitutivo para la coautoría (que sigo considerando innecesario). En cualquier caso, la crítica de Pérez Alonso en este punto (creo que innecesaria) no afecta a un aspecto esencial de mi construcción⁴³.

⁴¹ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1286.

⁴² Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 284 s.

⁴³ Lo único que se podría decir, si no se acepta la subsunción en el tipo del conjunto de los coautores, es que incluso mi concepto de coautoría es extensivo de la tipicidad o de la «responsabilidad penal», como señalan PEÑARANDA/SUÁREZ, *PJ 27* (1992), 198 s., pero aun así sería el más restrictivo de los que se plantean en la doctrina (como reconocen estos autores) y yo creo que el más restrictivo posible si se ha de mantener la coautoría como una forma de estructuración con contenido material de la autoría, como ya he señalado anteriormente (en respuesta a PEÑARANDA/SUÁREZ, v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Roxin*, ed. por Silva, 1997, 323 n. 151).

c_{2.2}) Critica en segundo lugar Pérez Alonso mi idea de que en los tipos que contienen dos o más acciones típicas nucleares (violación, robo con violencia o intimidación, robo con fuerza, etc.), no todos ellos son coautores, sino que (co)autor es quien realiza la acción típica nuclear, aquella en la que descansa el injusto del hecho⁴⁴. Ello le parece objetable por distintas razones. En primer lugar, si en los casos de una única acción típica la realización parcial del tipo podía ser suficiente para ser coautor, ¿cómo no lo es la realización completa de una acción típica en los tipos que contienen más de una? Tanta atomización del concepto de acción típica puede conducir a una quiebra del significado jurídico del concepto de acción penal, y el legislador penal no puede prohibir en el más alto grado, por ejemplo, la acción de tener acceso carnal tal cual («por cierto, actividad sumamente placentera», añade jocosamente Pérez Alonso), sino que se prohíbe porque hay violencia e intimidación sobre la víctima, atentando de este modo contra su libertad sexual. Además, como advierte MIR⁴⁵, si el que sujeta a la mujer no es coautor, sino partícipe, porque él no tiene acceso carnal, tampoco el que tiene acceso carnal realiza por sí solo la violación, porque «tener acceso carnal» no es aún «violar», lo que conduciría a la curiosa situación de que hay hechos sin autor. Por lo demás, el art. 28 CP impide entender que la autoría y la coautoría se encuentren en los tipos de la parte especial y fuera de ese artículo, pues la ley señala expresamente quiénes *son* autores. Contra mi fundamento⁴⁶ de que conducta de autoría sólo es la que más directamente ataque la norma directa de prohibición (o mandato) contenida en cada tipo de delito y de que ello fundamentaría que la responsabilidad del autor sea autónoma y no dependiente de la cualidad de otro sujeto, cosa que no sucedería con las acciones ejecutivas no típicas (y hay que entender que tampoco con las típicas no nucleares), alega que en realidad estoy operando con un *principio de accesoriedad invertido*, en tanto que la responsabilidad del que tiene el acceso carnal (autor para mí) no es independiente de quien emplea la violencia o intimidación (partícipe para mí) y, por tanto, el hecho del autor no es un hecho propio en exclusividad. En realidad este principio de accesoriedad invertido es el principio de imputación recíproca que rige en la coautoría (ambos sujetos son en realidad coautores), principio que yo sólo admitiría, según Pérez Alonso, ampliando el concepto de autor; en los casos de co-realización objetivo-formal del tipo. Por fin, lo que sucede es que yo (igual que GIMBERNAT y los demás partidarios de la teoría objetivo-formal moderna) construyo mi concepto de autor teniendo muy presente el art. 14.1.º CP 1944/73, referido a los coejecutores, que considero partícipes castigados con la pena del autor (lo que me pa-

⁴⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 504 ss.

⁴⁵ MIR, *PG*, 5.ª, 1998, 388.

⁴⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 485.

rece correcto). Pero este «continuo apoyo» en el art. 14.1.º CP 1944/73 (continuo, porque ya lo he utilizado para otra cuestión, como hemos visto más arriba) ya no es posible, pues la figura ha desaparecido en el vigente CP, habiendo pasado la figura del coejecutor presumiblemente a la coautoría del primer párrafo del art. 28 o bien a la cooperación necesaria del párrafo segundo b), ampliando su ámbito; esto no puede ser objeto de crítica, dice, porque yo escribí mi obra bajo la vigencia del anterior CP, pero resulta objetable como presupuesto metodológico de partida, por presuponer erróneamente que los conceptos dogmáticos (en este caso la autoría) estén determinados por los textos legales sin más, que además necesariamente son ambiguos⁴⁷.

Ante tal batería de observaciones críticas, empezaré por responder a dos que me parecen las más débiles. En primer lugar, decir que la clara mención de quienes son autores en el art. 28 CP «impide ahora claramente entender que la verdadera autoría y coautoría se encuentren fuera de él y se desprenda (sic.) directamente del tipo» me parece una afirmación tan rotunda como poco consistente. Una cosa es que podamos discutir dónde se ubican la autoría y la coautoría en el CP y otra decir que el CP veda claramente una de las opiniones; es lícito pensar que la coautoría (sobre todo cuando ésta se concibe de forma claramente extensiva) no puede derivarse sin más de los tipos de la parte especial y que se necesita un precepto de la parte general para comprenderla; pero el que este precepto impida la opinión contraria necesariamente dista mucho de ser claro, pues es lícito también sostener que el art. 28 CP posee carácter meramente declarativo (aunque pueda ser conveniente para acabar con algunas dudas sobre ciertas formas de autoría), como más adelante (381) reconoce Pérez Alonso, en el sentido de que lo que único que dice es que son autores quienes (de las formas conocidas) *realizan el hecho (típico)*, y precisamente los tipos de la parte especial describen realizaciones del hecho (típico), es decir, conductas de autoría (de cualquier clase)⁴⁸. Es decir que yo podré tener o no tener razón, pero mi interpretación no es incompatible con el tex-

⁴⁷ Se apoya aquí nuevamente en BACIGALUPO, *PJ 31* (1993), 40.

⁴⁸ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 285 s. Curiosamente, más adelante (331) Pérez Alonso señala que «a diferencia de lo que sucede con el precepto regulador de las formas de autoría (art. 28,1.º CP), las disposiciones generales incriminadoras de la participación (arts. 28,2.º y 29 CP) tienen *efecto constitutivo* en cuanto a la tipicidad y punibilidad de los inductores y cómplices (necesarios o no). La supresión de tales preceptos conduciría irremediamente a la impunidad por atipicidad de las conductas prohibidas o mandadas en los mismos». Entonces, parece que si se suprimiera la referencia a la realización conjunta del hecho en el primer párrafo del art. 28 CP, no se produciría la impunidad de la coautoría: ¿se derivaría sin más de los tipos de la parte especial? Yo creo que sí y aquí parece que Pérez Alonso también (veremos más adelante que en realidad llega a una solución «conciliadora»).

to legal. Por poner un solo ejemplo paralelo, el que el art. 15.1 CP declare que son punibles el delito consumado y la tentativa de delito no imposibilita interpretar (como parece bastante claro) que el delito consumado se describe en cada uno de los tipos de la parte especial. Por otro lado, el apreciar que la autoría se desprende de los tipos de la parte especial no significa que esté *fuera* del art. 28, sino que puede estar en los tipos de la parte especial y definida en el art. 28 (se puede llegar a soluciones conciliadoras, como hace el propio Pérez Alonso más adelante: 382 ss.).

En segundo lugar, no es en absoluto verdad que yo construya mi concepto de autoría sobre la base del art. 14.1.º CP 1944/73, como da a entender Pérez Alonso, o, en general, exclusivamente a partir del texto legal. En realidad construyo mi concepto de autoría sobre unas consideraciones que tienen mucho que ver con la conveniencia de mantener un concepto restrictivo de autor y, eso sí, con su compatibilidad con el CP español (igual, por cierto, que Pérez Alonso); y, en la coautoría, pensando en mantener esas ventajas del concepto restrictivo y además adaptarlo (materialmente) a la estructura de la actuación conjunta. Pero tampoco negaré que, además, tengo muy en cuenta el art. 14 CP 1944/73 (no sólo el número 1.º, sino también el 2.º y el 3.º, y el art. 16, etc.), porque es imprescindible contrastar (además de su compatibilidad con el texto legal) las consecuencias del concepto de autor que se defiende dentro de un concreto ordenamiento jurídicopenal, en este caso el español. Y, si en éste existen figuras que admiten ser interpretadas como formas de participación sancionadas con la pena de la autoría y ello evita precisamente las consecuencias insatisfactorias que un concepto tan restrictivo de autor (basado en consideraciones materiales y también legales) podría acarrear de no existir algunas de esas figuras (como sucede, por ejemplo, salvo en el caso de la inducción, en el StGB alemán), es perfectamente lícito tenerlo en cuenta y ponerlo de manifiesto como una ventaja de nuestro ordenamiento. Tan incorrecto (o seguramente más) como partir exclusivamente del texto legal para determinar el concepto de autor, me parece el método de darle la espalda totalmente a la ley en esa construcción (cosa que evidentemente tampoco hace Pérez Alonso). Por lo demás, la desaparición de la figura del art. 14.1.º CP 1944/73 en el vigente CP no plantea ningún problema serio a mi tesis sobre la coautoría (que evidentemente estará comprendida en el primer párrafo del art. 28 CP, aunque para mí con un valor meramente constitutivo) y la cooperación ejecutiva (que ahora podrá encajar en el segundo párrafo b del art. 28 CP, referente a la cooperación necesaria, precepto éste, como todos los relativos a formas de participación en sentido estricto, con carácter extensivo de la tipicidad y, por tanto, de naturaleza constitutiva).

Pasando ya a las objeciones que me parecen de mayor peso, debo decir, en primer lugar, que el aspecto de mi concepción consistente en que autor, en los tipos que recogen más de una acción, no es necesariamente el que realiza cualquiera de ellas, sino el que realiza la acción típica (o acciones típicas) nuclear(es), ha sido probablemente el más criticado de mi construcción, tanto desde fuera de ella como por autores que la comparten en sus líneas fundamentales (el propio LUZÓN PEÑA ha manifestado, aunque no por escrito, dudas sobre la corrección de mi construcción en este punto). Ello me ha hecho reflexionar mucho sobre mi idea, habiendo llegado a la conclusión de que la crítica se debe en parte a un imperfecto entendimiento de mi posición en este punto, debido a su vez seguramente a que yo no me expresé de forma suficientemente clara. Pese a todo, considero que las críticas son, por un lado, exageradas, pues se dirigen a un aspecto bastante secundario o marginal de una concepción completa sobre la autoría, y, por otro lado, injustificadas.

Yo no afirmo (como parece deducirse de lo que expresan algunos de mis críticos) que en todos los casos en que un tipo legal describe más de una acción unas sean nucleares y otras no (en muchos todas serán nucleares), sino que simplemente admito la *posibilidad* (al menos como mera hipótesis) de que los criterios de interpretación generales, aplicados a alguno de los tipos de la parte especial que describan en el tipo más de una acción, hagan constatar que, en algún caso, la ley configura una parte de la conducta como central y otra u otras como meramente instrumentales de ella (aunque muy importantes); en definitiva, que el carácter central o accesorio de un elemento típico no tiene por qué depender necesariamente de que el mismo se exprese en forma de acción o de otra manera; el que siempre que en el tipo se exprese un elemento en forma de acción tenga que conducir necesariamente a considerarla de autoría me parece excesivamente formalista (igual que, a la inversa, no se puede decidir que la realización de un determinado elemento típico nunca fundamenta coautoría por el mero hecho de que la redacción del tipo no lo incluya claramente en forma acción, como sucede ahora en la violación: «con violencia o intimidación» —art. 178 CP, con el que hay que relacionar el 179—, frente a su anterior regulación: «se usare fuerza o intimidación» —art. 429 CP 1944/73—), ni tampoco el que un elemento típico (como quiera que está redactado) pueda realizarse o se realice con frecuencia mediante una acción. Como se ve, la cuestión es meramente de interpretación de los tipos de la parte especial. Por otro lado, ya el propio ROXIN⁴⁹, denunció el excesivo formalismo de la idea —propia de la teoría objetivo-formal— de que sea el que se haya realizado cualquier acción descrita en el tipo lo que fundamente la autoría (si

⁴⁹ ROXIN, *Täterschaft*, 7.^a, 2000 (1.^a, 1963), 37.

bien, al fundamentar este autor la coautoría en el dominio funcional del hecho, llega a resultados distintos —ampliatorios, aunque no desmesuradamente— a los que aquí se sostienen —restrictivos—. Por tanto, se trata de poner de relieve que, al igual que en muchos tipos, para que exista tipicidad, se describen circunstancias ajenas (o, al menos, no necesariamente vinculadas) al autor, podría ser que algunas de ellas se describieran en forma de o se realizaran mediante acciones (instrumentales). Precisamente esto se aleja bastante de una contemplación formal de los tipos (aunque también habrá que tener en cuenta aspectos formales del principio de legalidad a la hora de interpretar los concretos tipos para ver en cuáles se da —si se da en alguno— esta circunstancia). Pero resulta que yo no he dedicado investigación alguna en profundidad (en la que habría que tener en cuenta diversos factores y valoraciones) buscando los tipos de la parte especial en que pueda producirse la circunstancia descrita, ni en mis trabajos referentes a delitos de la parte especial he abordado esta cuestión. Es verdad que en mi principal trabajo sobre la autoría⁵⁰, aventuraba algunas opiniones, especialmente en torno a la violación, en el sentido señalado por Pérez Alonso, el robo con fuerza (también en el mismo sentido), pero las rodeaba de cautelas, e incluso en el supuesto en el que más me extendí, el de la violación, señalaba que la interpretación que yo adoptaba era más clara antes de la reforma de 1989 del CP, que afectó a este delito (y, desde luego, más clara que tras la entrada en vigor del CP 1995)⁵¹. Con esto podría dar por terminada mi explicación, pero voy a intentar contestar a las otras críticas de Pérez Alonso, partiendo para ello de una hipótesis (que ni confirmo ni niego): que aún hoy la violación (art. 179 en relación con el 178 CP) sea un tipo que describe dos acciones típicas, la de tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal (prescindiré de la otra modalidad, la introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, para no tener que citarla continuamente) y la de utilizar violencia o intimidación (que, por cierto, como he señalado, no se describe ya en forma de acción)⁵²,

⁵⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 507 ss.

⁵¹ Yo no veo «evidente», como sí lo hace GIMBERNAT, *Prólogo a la segunda edición del CP de la editorial Tecnos*, 1996, 33 (de la 6.ª ed., 2000), que sólo realice el tipo de la violación el que tiene acceso carnal (y tampoco comparto, aunque ello fuera así, la ubicación legal que encuentra este autor para el que aplica la violencia).

⁵² En realidad un estudio en profundidad de la violación en su configuración actual (atentar contra la libertad sexual con violencia o intimidación —agresión sexual—, cuando la agresión sexual consista en acceso carnal ...) en relación con la autoría y la participación resultaría muy interesante, no sólo para el problema que se discute en el texto, sino también en relación con otros con consecuencias importantes para la autoría y la participación; así, por ejemplo, creo que la configuración actual es más adecuada que la anterior para considerar que la violación no es un delito de propia mano (v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1290 s. n. 20).

resultando nuclearmente típica (de autoría) la primera e instrumental o no nuclearmente típica la segunda (de participación, en este caso de cooperación necesaria —necesidad o esencialidad que en este caso se derivaría automáticamente *ex lege*—).

En cuanto a la aparente paradoja de que yo admita coautoría en supuestos de realización parcial de la única acción típica (habría que añadir, naturalmente, bajo ciertos presupuestos) y que sin embargo no la admita cuando alguien realiza plenamente una acción típica en los tipos que contienen más de una, creo que la cuestión queda suficientemente aclarada con las explicaciones anteriores: en el caso de una única acción típica, no cabe duda de que su realización es el centro de la prohibición, mientras que cuando se tipifica más de una puede ocurrir (no ocurre necesariamente ni sé si ocurre realmente en algún caso) que sólo una de ellas (o más de una) constituya(n) el centro de la prohibición y que la otra (o algunas de las otras) constituyan un elemento necesario, pero accesorio, instrumental (cosa que sólo se puede deducir de una interpretación valorativa del correspondiente tipo de la parte especial); por tanto, será la realización (inmediata o mediata, íntegra por un solo sujeto o parcial por cada sujeto dentro de una actuación conjunta de más de uno conforme a los principios materiales de la coautoría) de la acción (o acciones) típica(s) nuclear(es) la que constituya autoría (de la clase que sea).

Respecto a la objeción de que el legislador no prohíbe tener acceso carnal en sí mismo, sino que lo prohíbe precisamente porque hay violencia o intimidación, objeción muy conectada con la de MIR de que, igual que la violencia o intimidación —el sujetar a la mujer— sin acceso carnal no constituye violación, tampoco tener acceso carnal es aún violar, lo que conduciría a la curiosa conclusión de que hay hechos sin autor, se puede decir lo siguiente (partiendo de la hipótesis no contrastada de que sólo el acceso carnal constituye acción típica nuclear). Es evidente que el tener acceso carnal en sí mismo no está prohibido y que no es todavía violar, sino sólo si media violencia o intimidación. Pero mi idea no conduce a afirmar que lo sea ni tampoco a la existencia de hechos sin autor. Extraer esas consecuencias es tergiversar y llevar *ad absurdum* (sin duda con la mejor de las intenciones científicas) mi opinión. Lo único que se deduciría de mi construcción es que la violencia o la intimidación son elementos que operan como *conditio sine qua non* de la existencia de violación, pero no son (si se llevara a cabo una investigación que confirmara que dicha concepción de la violación es correcta) conductas de autoría de la misma, sino de participación en ella. Del mismo modo que, por ejemplo, en la apropiación indebida del art. 252 CP es *conditio sine qua non* para su existencia el que el sujeto haya

recibido la cosa en depósito, etc. y, sin embargo, recibir cosas en ese concepto no es delito (ni de apropiación indebida, ni de ninguna otra clase) ni a nadie se le ocurre decir que es una conducta de autoría, pues es claro que ésta (y la acción típica nuclear) la constituye el apropiarse o distraer la cosa o negar haberla recibido (cosa que, si no se da el primer requisito, tampoco es delictiva, salvo, naturalmente, que encaje en otro tipo), cabría interpretar que en la violación la violencia o intimidación es una *conditio sine qua non* de su existencia, pero no la acción de autoría (la típica nuclear). De este modo, aplicar violencia o intimidación no sería aún una acción de autoría (una acción típica nuclear) de violación (sería otro delito), ni tener acceso carnal por sí solo tampoco; en este sentido, no es que hubiera un hecho sin autor, es que no habría delito y por tanto no tendría importancia quién sea el autor del hecho, pero sí sería delito (y sería un hecho siempre con autor) el tener acceso carnal habiendo mediado (dándose el presupuesto típico, igual que lo era el haber recibido la cosa en depósito, etc., en la apropiación indebida) violencia o intimidación. Naturalmente hay una diferencia⁵³ que hace que la cuestión se vea clara en la apropiación indebida y no en la violación: en la apropiación indebida, el presupuesto típico de haber recibido la cosa en depósito, etc. no puede haberlo realizado más que quien posteriormente se la apropia, la distrae o niega haberla recibido, mientras que la violencia o la intimidación en la violación puede ser obra del mismo sujeto que lleva a cabo el acceso carnal, de otro que actúa coordinadamente con el que realiza el acceso carnal (supuesto que nos ocupa), de otro que no actúa coordinadamente con él y sin siquiera saber de las intenciones de éste (un sujeto deja atada a una mujer para robar cómodamente en su casa, llegando otro sujeto que aprovecha la situación de indefensión de la mujer para tener acceso carnal con ella pese a la negativa expresa de ésta), de un fenómeno natural (un fuerte viento derriba un árbol que cae sobre una mujer inmovilizándola, circunstancia que otro aprovecha para tener acceso carnal contra la voluntad de ésta) o de una conducta de la propia víctima (por ejemplo, un accidente de coche provocado imprudentemente —o de modo fortuito— por quien conduce deja a esta persona atrapada en el amasijo

⁵³ Hay más de una diferencia realmente. Otra es que el recibir cosas en depósito es una conducta jurídicopenalmente, por así decirlo, neutra, mientras que aplicar violencia o intimidación no lo es, lo que es un indicio de la relevancia típica de esta conducta, aunque no debería prejuzgar (sino ser un dato más a tener en cuenta) si es relevante como autoría o como participación. Igualmente la cercanía al núcleo del tipo es diferente, como se ve en el caso de la autoría individual: el aplicar violencia o intimidación para tener acceso carnal supone un comienzo de la tentativa de violación, mientras que el recibir la cosa es un acto anterior al comienzo de ejecución; pero, como es sabido, tampoco la realización de actos ejecutivos conlleva sin más, en mi opinión, la calificación de (co)autor.

de hierros en que se convierte el coche, circunstancia aprovechada por otro para tener acceso carnal con la persona atrapada contra la voluntad de ésta), siempre, claro está, que se estime que en estos tres últimos casos hay violencia y no se considere que son supuestos de meros abusos sexuales (cosa que tal vez opine Pérez Alonso, a juzgar por los ejemplos que maneja más adelante en la p. 301). Lo que es imposible que no realice una persona es el acceso carnal. Pues bien, en los tres últimos supuestos (y, por supuesto, en el primero, pero éste no nos interesa aquí por coincidir el origen de la violencia con quien realiza el acceso carnal), habría una violación con un solo autor, no con dos (en el primero de estos tres últimos supuestos, entre otras cosas, por la falta de dolo del que ata a la mujer en relación con la conducta de acceso carnal), pese a no ser el que tiene acceso carnal el origen de la fuerza: ¿existe por ello un hecho sin autor? Evidentemente no, como tampoco existe un hecho sin autor desde la perspectiva que adopto cuando alguien tiene acceso carnal con otra persona habiendo realizado la fuerza o la intimidación un compinche. Tiene que darse el presupuesto de la violencia o intimidación, pero el origen de ésta parece indiferente a efectos de considerar autor al que tiene acceso carnal. Evidentemente, en el segundo de los supuestos, hay una diferencia: interviene (compinchado) un tercero, pero ello no debería llevar obligatoriamente y por razones, aquí sí, formales (repito: siempre y cuando la interpretación del delito de violación que tomamos como hipótesis sea correcta) a considerarlo autor (el que sea autor o partícipe —cooperador necesario— dependerá precisamente de la negación o confirmación de esa hipótesis de trabajo). Por otro lado, todo cooperador necesario (partícipe en sentido estricto) aporta un presupuesto imprescindible para que se produzca la realización típica (con la única diferencia de que el tipo no detalla en qué ha de consistir la cooperación).

Lo acabado de decir enlaza con mi respuesta a la última de las objeciones de Pérez Alonso que me queda por intentar contestar, la que refiere a que en estos supuestos (y en los de cooperación con actos ejecutivos no típicos) aplico una especie de accesoriadad invertida (el autor, quien tiene acceso carnal depende de mi supuesto partícipe, el que aplica la violencia o intimidación), que en realidad debe ser imputación recíproca, porque el que realiza la violencia o intimidación depende en igual medida del que realiza el acceso carnal. Aparte de que los principios de accesoriadad e imputación recíproca tienen puntos de contacto, creo que se trata aquí de una argumentación tautológica: yo no tengo razón porque estamos ante un supuesto de coautoría y en él la dependencia es horizontal, del mismo nivel y recíproca y, por tanto, la imputación también, y no es una dependencia vertical, etc. Pero precisamente lo que se trata de demostrar aquí (y ¡ojo! no simplemente acu-

diendo a principios, aquí sí, meramente formales, como el que una actividad se halle descrita en las palabras de un tipo) es si hay coautoría de los dos o autoría de uno y participación de otro: yo he procurado, tanto en los supuestos de las acciones ejecutivas no típicas en relación con las típicas como en los de (si los hay) las acciones típicas no nucleares en relación con las nucleares, fundamentar con criterios materiales (no objetivo-formales como se empeña en afirmar Pérez Alonso) por qué hay sólo participación y no coautoría. Pérez Alonso, hasta ahora, también, pero parece que aquí (en la cuestión que me critica) se deja llevar de un formalismo bastante habitual en la doctrina (aunque parcial, porque seguramente podría aducir argumentos materiales para defender que ambos sujetos son coautores) y del que se percató agudamente hace muchos años ROXIN. No es argumento válido el decir que en los casos que propongo (como hipótesis) el hecho no le pertenece a «mi» autor en exclusiva y que creo esa relación de accesoriad invertida: en realidad, ningún hecho en que intervengan varias personas pertenece en exclusiva a uno solo de ellos (la pertenencia exclusiva será a lo sumo una forma de hablar), pues todos ellos ejercerán una influencia sobre el hecho global, influencia más notable en los cooperadores necesarios que en los cómplices; pero que «mi» autor dependa en una accesoriad inversa de «mi» cooperador necesario no supone ninguna diferencia con lo que ocurre entre los que son pacíficamente considerados autores y los sin discusión calificados cooperadores necesarios (partícipes): los primeros dependen de los segundos por definición (sólo que dependen menos que lo que los segundos dependen de ellos). Por tanto, es la relación habitual; otra cosa es, como he dicho, demostrar con criterios materiales si en estos difíciles casos hay coautoría (dependencia al mismo nivel, recíproca) o autoría y cooperación necesaria (dependencias de distinto nivel, accesoriad). Por fin, sobre si mi concepción de la coautoría también extiende el concepto de autor ya me he pronunciado.

c2.3) Por último, critica Pérez Alonso el hecho de que yo, pese a considerarlo «*en principio*» inadmisibile⁵⁴, llego a la solución de que existen hechos con partícipes, pero sin autor, en dos grupos de casos que Pérez Alonso califica de «ciertamente complejos»: las *agresiones en grupo* y los conocidos (con una denominación que considero impropia) como «*coautoría*» *aditiva*. Antes de exponer la crítica de Pérez Alonso y mi réplica, quiero hacer notar que, en cualquier caso y nuevamente, esta crítica se dirige a un aspecto de detalle de mi tesis, en casos ciertamente especiales en cuanto a su configuración (al menos el segundo, que el propio Pérez Alonso clasifica, unas páginas después —312 ss.— como

⁵⁴ V., efectivamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 318, 323.

un «caso especial de coautoría»). En definitiva, la crítica no se refiere tampoco a aspectos centrales de mi construcción.

En el caso de las *agresiones en grupo*, en el que varios, con dolo homicida y de forma conjunta y acordada agreden, por ejemplo, con palos, a una persona que fallece y resulta probado que todos infirieron heridas, pero que fue el conjunto de algunas heridas y no el de todas ellas el que produjo la muerte, sostengo⁵⁵ que se podría calificar a todos los agresores como cooperadores ejecutivos (hoy probablemente cooperadores necesarios), con la pena del autor, en virtud del principio *in dubio pro reo*, pues lo que sabemos de cada sujeto es que o bien infirió la herida mortal (o una parte de ella) o, si no, al menos participó en la muerte con acciones ejecutivas (hoy necesarias). Esta solución no le parece correcta a Pérez Alonso, porque supone castigar a todos como partícipes en un hecho consumado sin autor y la invocación del principio *in dubio pro reo* no afecta al título de intervención criminal, puesto que está probado que todos infirieron heridas con dolo homicida, sino al hecho, es decir, a su consumación. Cree que sería más correcto apreciar una tentativa de homicidio en coautoría, pues todos dan principio a la ejecución del homicidio y, aunque se consuma, no queda probado quién o quiénes lo lograron. El principio de presunción de inocencia impide responder de un homicidio consumado en coautoría, pero no por tentativa.

He de replicar que ni la crítica a que Pérez Alonso somete mi opinión me parece correcta, ni la solución que él propone (quizá no como propia, sino como más coherente desde mi concepción) me parece coherente con su propio concepto de coautoría. Empezando por esto segundo (si Pérez Alonso no se quisiera decir sólo que yo mismo debería llegar mejor a esa solución), con su concepto de coautoría, creo que Pérez Alonso debería llegar a la conclusión de que todos son coautores (de un delito consumado): todos intervienen, en el marco de una decisión conjunta con acumulación de esfuerzos, en la fase ejecutiva con acciones «independientes» y esenciales, y está probado que el hecho se consumó (el sujeto murió por las heridas que algunos le infirieron), siendo indiferente para la tesis del dominio funcional quién (o quiénes) realizaran la acción típica nuclear. Es decir, está probado todo lo que necesita la tesis del dominio funcional para calificar de coautores de delito consumado a todos. La única duda que podría existir sería la de si todas las acciones fueron esenciales, pero esa duda no parece asaltarle a Pérez Alonso, pues le parece clara la calificación de *coautores* (no de autores individuales) de tentativa de homicidio, por lo que parece que

⁵⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 685 s.

considera esenciales todas las cooperaciones (es de suponer que, aun probándose perfectamente qué heridas produjeron la muerte, castigaría a todos como coautores de delito consumado). El principio de presunción de inocencia no impide aquí la calificación de coautores de delito consumado, pues tal presunción se ha desvirtuado mediante prueba en todos los extremos que interesan a la tesis del dominio funcional. Otra cosa sería que, por considerar inesenciales algunas acciones, no apreciara coautoría e intentara la calificación de cada sujeto como autor individual (en un supuesto de pluriautoría) de tentativa de homicidio, pero, como éste no es el caso, no entraré a discutir la corrección de dicha calificación.

En lo que a mi solución se refiere, hay un matiz importante que se le escapa a Pérez Alonso: no castigo a todos como partícipes en un hecho *sin* autor, sino en un hecho en *el que no se sabe cuál (o cuáles) de ellos es el autor (o coautores)*, pero se sabe con seguridad que alguno o algunos lo son. Desde mi concepción de la coautoría está vedada la calificación de coautores de todos ellos, tanto de tentativa como de delito consumado, pues no se dan en todos los requisitos que exijo para la coautoría. Lo único que se podría alegar en contra de mi calificación de todos como cooperadores ejecutivos (partícipes) en virtud del principio *in dubio pro reo* sería que el autor o coautores (que se sabe que los hubo y están entre los enjuiciados) no puede ser calificado de partícipe en el hecho, no porque éste carezca de autor y no se tenga la más remota idea de quién fue (lo que sucedería si existiera la duda de si el sujeto murió por la conjunción de algunas heridas o por otra causa: una agresión posterior de un tercero fuera de la conjura), sino porque un autor nunca es partícipe y de calificarle como tal se le estaría imputando una conducta que nunca cometió. Ahora bien, ya en su día y a renglón seguido del pasaje mío que cita Pérez Alonso, advertí (sin que Pérez Alonso se haga eco de esta advertencia) que tal alegación no invalidaba mi solución, pues me parecía y me parece claro que también los autores «toman parte directa en la ejecución del hecho» (art. 14.1.º CP 1944/73), es decir, que toda autoría es a la vez una cooperación al hecho con acciones ejecutivas, sólo que, en los casos normales, la calificación de autor absorbe cualquier otra. Pero ello no es óbice para que en casos especiales como el que se plantea aquí esa cooperación «resurja». En definitiva, con mi solución no se le imputa a nadie nada que no haya hecho. Desaparecido el reconocimiento legal expreso de la cooperación ejecutiva, tampoco veo especiales problemas para trasladar el razonamiento anterior a la cooperación necesaria del segundo párrafo del art. 28 CP (todos colaboraron con un acto necesario, escaso, etc.). Lo único que se podría argüir (aunque me parece descartable) es que la acción de producir algunas de las heridas no es necesaria, escasa, etc. En tal

hipótesis (que repito que me parece descartable), parece que habría que intentar la calificación de todos como cómplices, en cualquier caso en un delito con autor (al que, por un principio procesal, no se le condena como tal, sino por una conducta que también cometió).

En los casos de «coautoría» aditiva mi razonamiento y la crítica de Pérez Alonso son prácticamente idénticos. La diferencia con los casos anteriores es que en los (en mi opinión, impropriamente calificados) de «coautoría» aditiva la acción de cada uno de los intervinientes (cada uno de los miembros de un pelotón de fusilamiento, por ejemplo) se dirige a la completa realización del tipo. Y la única diferencia respecto del caso anterior en mi calificación es que, además de poderse castigar a todos como cooperadores ejecutivos o necesarios del delito (con autor, etc.), aquí sí sería posible castigar a cada uno de ellos como autor individual de una tentativa de delito, calificación que en este caso cedería ante la más grave de cooperador (ejecutivo o necesario) en el delito consumado⁵⁶. No repetiré aquí mi razonamiento anterior. Pérez Alonso señala que, cuando menos, habría que castigar a todos por tentativa de homicidio o asesinato en *coautoría* (a lo que cabe preguntar, como antes, si hay coautoría, ¿qué falta por probar para castigar por delito consumado?; como se verá más adelante, Pérez Alonso adopta finalmente la solución de la coautoría de todos en un delito consumado) o, si se quiere llegar a la solución admitida por muchos defensores de la teoría del dominio del hecho de calificar a todos como coautores del delito consumado, entonces habría que hacerlo abiertamente y no mediante el rodeo de la cooperación ejecutiva (con la pena del autor), que ya no se reconoce legalmente. Pues, desde mi perspectiva, no, porque ello contradiría mi concepción de la coautoría y el recurso a la cooperación ejecutiva entonces (aunque ya apuntaba la posibilidad de cooperación necesaria) o a la cooperación necesaria ahora (o, a lo sumo, aunque me parece discutible, a la complicidad) es perfectamente legítimo (formas de participación reconocidas por la ley, que es la que, distinguiéndolas de la coautoría, las conmina con la misma pena de la autoría) y no supone atribuir a nadie (ni al que o los que resultaran autores o coautores) algo que no hizo. A la «coautoría» aditiva habremos de volver más adelante.

Finaliza este apartado (279 s.) con un resumen de lo que Pérez Alonso considera los requisitos objetivos del tipo de la coautoría, resumen

⁵⁶ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 686 ss. (trabajo que cita Pérez Alonso); a la discusión más amplia de este supuesto y del llamado (en mi opinión de modo también impropio) de «coautoría» alternativa, y en confrontación con otras tesis, he dedicado mi trabajo (el primero, según creo, que se ocupó ampliamente de estos supuestos en la doctrina española): DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Roxin* (ed. por Silva), 1997, 295 ss., trabajo que, como ya he señalado, no ha manejado en su obra Pérez Alonso.

que no es necesario reproducir aquí, pues creo que ha quedado suficientemente claro ya cuáles son.

6. Las siguientes páginas (280 ss.) las dedica Pérez Alonso a lo que denomina «*tipo subjetivo* (scil. de la coautoría): *de la decisión conjunta al hecho*», pues la coautoría exigiría, además de las facetas objetivas que conocemos, una de carácter subjetivo: la existencia de un acuerdo o decisión conjunta para la correalización del hecho, pasando a analizar diversas cuestiones que, según Pérez Alonso, guardan relación con este elemento.

a) Así, en relación con la «*función y contenido del acuerdo mutuo*» (281 ss.), comienza señalando que la existencia de este acuerdo o conexión de voluntades es requisito imprescindible de la coautoría y, en ocasiones, podría servir para delimitar coautoría y complicidad, cuando se favorece la realización de un hecho ajeno sin conocimiento del o acuerdo con el autor, por ejemplo, dice, en los discutidos casos de acuerdo unilateral. Sin embargo, reconoce que es muy frecuente que el acuerdo de voluntades exista entre todos los intervinientes en el delito, autores y partícipes, pero, aún así, operaría como límite subjetivo entre ambas formas de intervención por su diversa función y contenido en ambos casos. En el caso de la coautoría, el acuerdo es imprescindible e inmanente a su propia esencia, que se basa en la división del trabajo, pues «la división de funciones (objetivo-materiales) sólo se puede llevar a cabo por acuerdo entre los que tienen el codominio del hecho», siendo sólo posible de esa manera la imputación recíproca de las contribuciones, pues es el acuerdo el que las convierte en partes de un plan global unitario. La decisión conjunta al hecho es el trasfondo de la coautoría que dota de sentido al «dominio funcional (final) del hecho», es inseparable de la idea de dominio (sólo se separa a efectos didácticos y de ordenación sistemática, pues ese dominio funcional es una perfecta síntesis de momentos objetivos y subjetivos: el codominio objetivo supone a la vez un «codominio final y subjetivo», pues «no parece posible dominar objetivamente un objeto y no conocer el objeto mismo». En definitiva, para que exista una realización conjunta del hecho (art. 28, primer párrafo CP), es imprescindible esa decisión común al hecho, pues así lo que serían actos yuxtapuestos se convierten en coordinados o integrados (conjuntos), pareciéndole ilustrativa la descripción del dominio propio de la coautoría en BOTTKE⁵⁷: «*abgestimmt gleichgeordnete Gestaltungsherrschaft*», que Pérez Alonso traduce como «dominio de la configuración equiparando mediante acuerdo», y que yo⁵⁸ he traducido en otra ocasión por «dominio configurativo igualitario (o de igual rango) concertado (o coordinado o armonizado)», aunque la traducción de Pérez

⁵⁷ BOTTKE, *Täterschaft*, 1992, 89.

⁵⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *L-H Roxin* (ed. por Silva), 1997, 301.

Alonso quizá haga mayor justicia al carácter de adverbio de «*abgestimmt*» y a su referencia a «*gleichgeordnet*» (aunque quizá mejor que «equiparando mediante acuerdo» sería «de igual rango mediante concierto o en virtud de lo acordado o consensuado»).

Estando de acuerdo en lo básico, esto es, en que el acuerdo o concierto (en un sentido amplio) es un requisito imprescindible para que haya coautoría, porque sólo en el marco de tal acuerdo puede hablarse de una acción o un hecho conjunto (como algo distinto a aislado y también a la suma de acciones yuxtapuestas)⁵⁹, discrepo de algunas de las observaciones de Pérez Alonso (discrepancias que en ocasiones quizá se refieran más a la forma de expresarlas que a las ideas de este autor —y de otros—). Para empezar, hablando ya de los casos en que no sólo existe conocimiento unilateral, sino auténtico acuerdo (si se quiere, para que sea más claro, incluso expreso, previo y con previsión hasta el detalle del papel que ha de desempeñar cada cual), no me aparece que el acuerdo en sí sea un criterio para distinguir (co)autoría y participación, porque es indispensable para la coautoría, pero no peculiar de ella. La distribución de funciones (objetivo-materiales) en el marco de la división del trabajo no sólo se puede llevar a cabo por acuerdo entre los que tienen el codominio del hecho. Y, si bien es cierto que la imputación recíproca sólo es posible en el marco de un mutuo acuerdo, y que el acuerdo convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones, la distribución de funciones (objetivo-materiales) en el marco de la división del trabajo puede afectar exactamente igual a los partícipes: es perfectamente pensable y seguramente común en la práctica la planificación (por el «jefe de la banda» o por algunos o todos los que van a intervenir) de, por ejemplo, un robo a un banco en el que se reparten con precisión milimétrica las funciones, papeles o tareas, todas ellas objetivo-materiales, que ha de desempeñar por cada cual; así a uno se le asigna conseguir los planos del banco, a otro observar e informar de en qué momentos del día la zona se encuentra más desierta o hay menos vigilancia policial o menos empleados trabajando en el banco, a otro se le encarga conseguir las armas que se utilizaran para intimidar a los empleados y clientes del banco, a otro conseguir medias o pasamontañas con los que se cubrirán quienes entren en el banco, a otro transportarlas (o transportar a varios intervinientes) a las cercanías del banco, a otro vigilar durante el atraco, a otro (u otros) amenazar con las armas a los empleados y clientes del banco, a otro (u otros) tomar el dinero, a otro esperar en un coche para cubrir la fuga, etc. Y todos ellos contribuyen materialmente, unos con más relevancia que otros, a la empresa criminal; de todos podremos decir sin violentar el lenguaje, que realizan

⁵⁹ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 653 ss.

una empresa, acción o hecho común o conjunto o global, en el sentido de síntesis de momentos objetivos y subjetivos al que alude Pérez Alonso, delictivos (en buena medida éste es uno de los razonamientos que late tras el concepto unitario de autor)⁶⁰. Pero el acuerdo para distribuir las funciones no afecta en sí mismo al título de intervención o, si se prefiere, a la distinta relevancia jurídicopenal de las contribuciones, ni determina una necesaria imputación recíproca. Lo que va a convertir a unos en (co)autores y a otros en partícipes (de la clase que sea) no va a ser el acuerdo, sino precisamente el objeto del acuerdo.

Así, a quienes se les confíen funciones que suponen la realización típica (como quiera que se defina ésta materialmente: dominio funcional, determinación positiva del hecho, etc.) se les calificará de (co)autores; si la realización típica se divide en el sentido de que no la lleva a cabo uno solo, el acuerdo permitirá hablar, *por referencia al objeto* (es decir, por un dato objetivo), de una acción conjunta o hecho conjunto típico, de una realización conjunta del tipo y, por tanto, de una coautoría (que no existiría sin acuerdo, pues habría mera yuxtaposición de acciones parciales respecto de la realización típica). Si se les atribuyen funciones distintas a éstas habrá participación. Si alguna de estas últimas funciones no se encomienda por completo a un sujeto, sino a varios que aportan cada uno una parte de la función, el acuerdo permitirá hablar de coparticipación. Así, por ejemplo, cuando es el conjunto de las incitaciones de varios sujetos a otro para que cometa un delito y no cada una de ellas por separado, que resulta insuficiente, sólo el acuerdo entre los inductores parciales permitirá hablar de coinducción; pero la calificación de coinductores no se deriva sin más del acuerdo, que se produce exactamente igual con otros intervinientes (recuérdese el ejemplo), sino del objeto del acuerdo: el convencer a otro de que cometa un delito (porque el objeto de la conducta de la inducción es precisamente ése —en términos simplificados—: convencer a otro de que realice un hecho típico). E igualmente se podrían poner ejemplos de cooperación (de la clase que sea)⁶¹. En definitiva, el acuerdo permite hablar de acción conjunta, pero en el propio acuerdo no se diferencia la autoría de la participación ni tiene relevancia para esta diferenciación siquiera el modo en que cada cual intervenga en la consecución del acuerdo (el que logre imponerlo puede ser una persona que no se reserve el papel de autor), sino que lo que marca la calificación de auto-

⁶⁰ Si bien la alusión a un hecho conjunto o global en este sentido objetivo-subjetivo se torna más problemática en los supuestos de actuaciones sin acuerdo recíproco, aunque sí conocimiento unilateral.

⁶¹ En este sentido es significativo que, como he puesto de manifiesto anteriormente, ROXIN hable de la posibilidad de realizar la inducción o la complicidad «en coautoría» («Mittäterschaft»).

res o coautores, partícipes o copartícipes de los intervinientes en el acuerdo es el objeto de éste, la tarea, función, hecho o acción que se le asigna (dato objetivo). Y, efectivamente, este dato subjetivo es indisoluble del objetivo en la estructura de la *coautoría*, pero del mismo modo que lo es en la de la *coparticipación* (no así, aunque puedan inscribirse en el marco de un acuerdo, en la *autoría* o *participación* individuales).

Por otra parte, no creo que el acuerdo en sí mismo dote de un contenido *final* al dominio del hecho, sobre todo porque creo que es posible la *coautoría imprudente*, en la que el acuerdo (en sentido amplio) sobre la realización de la conducta descuidada, imprudente fundamentará una acción o hecho conjunto imprudente, que si reúne los requisitos objetivos de la *autoría* (en mi opinión, los que implica la determinación objetiva y positiva del hecho, que, en este caso, será conjunta), será de *coautoría*⁶². Pero no insistiré en esta posibilidad, que no trata Pérez Alonso, y sus peculiaridades frente a la *coautoría dolosa*.

Advierte con razón Pérez Alonso que la necesidad de acuerdo como elemento subjetivo de la *coautoría* no tiene nada que ver con las teorías subjetivas sobre la *autoría* y que son rechazables aquellas versiones subjetivizantes (en el sentido de las viejas teorías subjetivas) del dominio del hecho⁶³.

Pérez Alonso señala además que el acuerdo no implica algo así como la firma de un «contrato criminal» que detalle todas las estipulaciones para la correalización del tipo penal, que puede ser previo (cosa que sucederá frecuentemente), pero también simultáneo (mientras dure la ejecución), que los que intervienen en el acuerdo pueden conocerse (lo que será frecuente), pero que ello no es imprescindible (basta con que todos actúen en división del trabajo consciente y voluntariamente), que el acuerdo puede ser expreso o tácito, que el objeto del acuerdo es la correalización de un determinado hecho delictivo, que basta un conocimiento general de los elementos del hecho delictivo sin que sea necesario conocer previamente y en detalle la actividad que realizará cada coautor, que hay que contar con desviaciones inesenciales, y que el dolo propio de la *coautoría* debe comprender el hecho tipificado en la misma medida en que debe hacerlo en general el dolo, cabiendo incluso que unos y otros coautores actúen con diferentes clases de dolo. Todas estas apreciaciones, comunes en la doctrina y en las que no se detiene demasiado Pérez Alonso, me parecen en general aceptables en cuanto indicativas de que los términos acuerdo,

⁶² Sobre la *coautoría imprudente*, desde la perspectiva de la determinación objetiva y positiva del hecho, v. LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 209, 217; *PG I*, 1996, 510; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 635 n. 344; *EJB I*, 1995, 709.

⁶³ La misma idea en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 657.

plan común, concierto o similares no deben entenderse en el sentido de un estricto pacto formalizado, sino de forma bastante más amplia. Si acaso, por la ya reseñada posibilidad de coautoría imprudente, objetaría, desde mi concepción, el que no se precise que las exigencias del dolo se refirieran sólo a la coautoría de delitos dolosos.

b) Trata a continuación (287 ss.) Pérez Alonso el problema de las «*divergencias subjetivas: exceso y error*» de algún coautor respecto de lo contenido en el acuerdo.

b₁) De acuerdo con la opinión doctrinal unánime (que, por tanto, comparto)⁶⁴, los *excesos* de un coautor no son imputables como norma general a los demás, sin perjuicio de que, en algunos casos en que se den los requisitos del dolo eventual o de la imprudencia en otros coautores respecto del exceso de uno, puedan responder del exceso por uno de esos títulos. La misma solución la extiende Pérez Alonso a los supuestos de abandono del plan por parte de un coautor en estadio de tentativa mientras que otro prosigue por su cuenta, y sin el conocimiento y voluntad del primero, hasta la consumación. Planteado en términos tan generales como lo ha hecho hasta aquí Pérez Alonso, lo dicho debería ser matizado, entre otras cosas en virtud de los requisitos que se consideren correctos y adecuados a la ley para el desistimiento voluntario y eficaz de la tentativa del coautor. Pero parece que Pérez Alonso piensa en casos más claros que, efectivamente, aparecen como supuestos particulares de excesos (en que un sujeto actúa ya fuera del plan, o realizando un hecho claramente distinto del acordado, aunque conduzca al mismo resultado perseguido por la actuación en coautoría), en los que aquí no deseo detenerme (y que pueden verse en las pp. 288 s. del libro de Pérez Alonso) y en los que es compartible la opinión manifestada por Pérez Alonso.

b₂) Menos unánime es la respuesta doctrinal, señala Pérez Alonso, en los casos de *error en el objeto o en la persona* sufrido por un coautor. Pérez Alonso se muestra conforme con la doctrina mayoritaria en que, como regla general, cuando este error sea irrelevante para el coautor que lo sufre, tampoco beneficiará a los demás coautores. Pero los problemas se producen sobre todo cuando el objeto o persona que se ve afectado a consecuencia del error del coautor pertenece a o es uno de los coautores. En concreto la discusión se plantea a partir del famoso caso enjuiciado por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) de 23-1-1958⁶⁵, en que tres sujetos acababan de cometer la sustracción propia de un hurto y habían acordado hacer uso de las armas que portaban si era necesario para asegurar la huida, sucediendo que, en la huida y debido a la oscuridad, uno

⁶⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EJB I*, 1995, 708.

⁶⁵ BGH 11 268.

de ellos dispara (al parecer, con dolo homicida) contra otro de los coautores del hurto, por confundirlo con un perseguidor, sin matarlo, simplemente hiriéndolo. El BGH condenó al sujeto que resultó lesionado como coautor de una tentativa inidónea de asesinato. Pérez Alonso se hace eco de algunas (no todas) de las variadas soluciones y fundamentaciones (a favor o en contra de la resolución del BGH) doctrinales de este caso, para pronunciarse a favor de la sostenida por ROXIN⁶⁶ y contraria a lo decidido por el BGH. Según ella, lo razonable es que, si el plan común comprendía el posible disparo a un perseguidor y no a un compañero, este error en la persona supone realmente un exceso respecto de lo acordado y, por tanto, no se puede responsabilizar de él a los demás coautores. Frente a la alegación en contra de que esa solución olvida que el objeto del dolo sólo son los elementos objetivos del tipo y la identidad de la víctima o la cualidad de perseguidor no son elementos típicos del homicidio (lo es sólo la condición de persona de la víctima), es decir, frente al argumento habitual, traído a este caso, en el que se fundamenta la irrelevancia del error en la persona cuando no afecte a un elemento que suponga un cambio de tipo, se contesta que, en el tipo de la coautoría, el acuerdo mutuo no debe ir referido (en todo caso, diría yo, de ser aceptable esta tesis, no tiene por qué ir referido) a la cualidad humana abstracta de la víctima, sino a la persona objeto de la acción concreta acordada conjuntamente (el perseguidor); y no se acordó la muerte de un compañero, luego el hecho realizado por quien disparó es otro distinto, constitutivo de un exceso. Además, Pérez Alonso se adhiere a la opinión de RUDOLPHI⁶⁷ de que el dominio sobre la huida no transmite el dominio sobre el asesinato (el plan de huida, dice Pérez Alonso, no coincide con el plan del asesinato). En palabras de RUDOLPHI, «este codominio hay que rechazarlo, puesto que cada uno de los intervinientes, de acuerdo con el plan del hecho, no sólo tenía que tomar la última y relevante decisión sobre el sí del homicidio de un posible perseguidor, sino que tenía que ejecutar este homicidio sin la cooperación de los demás».

El problema es lo suficientemente complicado como para que me parezca preciso advertir aquí que mis siguientes reflexiones sobre el mismo deben tomarse como una opinión no suficiente meditada y, por tanto, provisional, pues una decisión más fundamentada de la cuestión requeriría un análisis más profundo de la misma que aquí no es posible, en el que además sería preciso tener en cuenta los múltiples pronunciamientos doctrinales (más de los que cita Pérez Alonso) al respecto y valorarlos detenidamente, cosa que aquí tampoco puedo hacer.

⁶⁶ Por primera vez en ROXIN, *Täterschaft*, 1963, 286 s. (después además en otras pp. de posteriores ediciones de la obra: 7.^a, 2000, 693 s., y en otros lugares).

⁶⁷ RUDOLPHI, *FS-Bockelmann*, 1979, 381.

Sin embargo, dado que no pretendo en este trabajo un comentario «al uso», no quiero rehuir la cuestión y realizaré algunas observaciones sobre ella. Para empezar, creo que es mejor aclarar algunos aspectos del caso real del BGH o modificarlo para ver con más claridad algunas cuestiones. Pues, al tratarse el caso del BGH de un delito de sustracción de cosas con huida posterior durante la cual se produce un disparo, la cuestión central podría entremezclarse con la de que, dado que es común la opinión de que esos delitos no se consuman hasta que el autor posee un momento de disponibilidad pacífica de la cosa, es decir, dado que en el momento de la huida el delito aún no está consumado, sería posible (aunque caben otras posibilidades) sostenerse que lo que era un hurto o robo con fuerza ha pasado a ser un robo con violencia respecto del cual habría que estudiar la coautoría o no de los sujetos, con las peculiaridades de los delitos que describen más de una conducta típica, a los que más adelante nos referiremos. Pero ello mezclaría el problema con otro. Lo que aquí interesa es ver si, incluso más allá del ejercicio de violencia, los sujetos son coautores de un asesinato (intentado en este caso), que ya no formaría parte del robo (en España ya tampoco existe el delito de robo con homicidio), y si el error sobre la persona de uno de los sujetos es irrelevante para todos, incluido el que recibe el disparo. Por ello, aunque de este modo el problema queda centrado, se puede pensar en otro ejemplo, como la fuga tras un delito de daños en un acto de sabotaje a una empresa o comercio, en el que se había pactado que, de ser necesario, se dispararía sobre los perseguidores para asegurar la fuga.

La salida más fácil para mí sería la de «resolver» el caso en el plano objetivo sin más, negando el carácter de coautores del asesinato (aquí intentado) de los que no disparan, puesto que, por mucho acuerdo que existiera, ellos no determinan de modo conjunto y *positivo* el hecho⁶⁸. Pero entonces, el problema no estaría verdaderamente resuelto o sólo lo estaría en parte, pues se trasladaría al terreno de la participación: efectivamente, quienes no disparan (y suponiendo por el momento que no hubiera error) no son coautores, pero con su disposición a matar expresada en el marco de un acuerdo⁶⁹ y su mantenimiento hasta el momento de

⁶⁸ El caso guarda ciertas similitudes con los de «coautoría» alternativa que veremos más adelante y las razones de que yo niegue la coautoría de los que no disparan son similares a aquellas por la que la niego en esa otra constelación de casos. De hecho, más adelante (319), Pérez Alonso se hace eco de la opinión de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF de que nos hallamos ante un supuesto de coautoría alternativa, pero señala que el caso es parcialmente diferente.

⁶⁹ Incluso podría pensarse ya en ese momento en una conspiración para el homicidio o el asesinato, aparentemente siempre y cuando se admitiera que basta para castigar a un sujeto el que se reserve el papel de cooperador necesario en él (cosa poco aceptada en la doctrina, con independencia de lo que yo piense al respecto), si bien lo

los hechos, están contribuyendo esencialmente (como mínimo por el esencial refuerzo que ello supone de la resolución delictiva de los demás) al hecho del autor y deben ser considerados cooperadores necesarios (objetivamente) del homicidio o asesinato (naturalmente, la influencia ha de probarse, porque, de lo contrario, no habría tampoco participación). En tal caso, se plantea nuevamente la cuestión o, mejor, las dos cuestiones: ¿el error del autor, irrelevante para él, es irrelevante también para los partícipes? Y, en su caso, ¿también para aquel de ellos que recibe el disparo? Pero, además, quizá quepa pensar algún caso similar al del ejemplo, pero en el que exista auténtica coautoría (conforme al criterio que considero correcto), lo que sin embargo me resulta algo más difícil (sobre todo en los casos de error sobre el objeto que no sea sobre la identidad de la persona), aunque no imposible: tres sujetos deciden hurtar (para no complicar las cosas) las pertenencias de un compañero de piso de uno de ellos, de modo que, durante la ausencia del compañero, el que vive allí franquea la entrada en la casa a los otros dos y entre los tres vacían la habitación del ausente; uno de los dos que no vive en el piso coge, entre otras cosas, un reloj que había en la mesilla del ausente, sin darse cuenta de que pertenece realmente al compinche que vive en el piso (que se lo había prestado al otro); proceden posteriormente a vender lo sustraído⁷⁰. Aquí, cada cual es autor individual del hurto de las cosas que por sí mismo toma, pero también son todos coautores del hurto del total. En muchos casos, no resultará relevante (salvo quizá en ocasiones para la determinación judicial de la pena si la cuantía influye de algún modo en la gravedad del hecho: art. 66.1.^a CP) que sean autores de la parte o del todo, pero en otros casos claramente sí, en el Derecho español⁷¹: cuando lo sustraído por cada uno no exceda de cincuenta mil pesetas y el total de los sustraído sí (pues cada uno pasaría de ser castigado como autor de una falta —art. 623.1 CP— a serlo como coautor de un delito de hurto —art. 234 CP—), o cuando sólo del valor del conjunto de lo sustraído (y no

que se reserva cada sujeto alternativamente es el papel de cooperador necesario o *autor*. También habría que discutir si hay conspiración cuando la resolución de ejecutar el delito se condiciona a una circunstancia eventual independiente de la voluntad de los conjurados (que la víctima pase por un determinado lugar o que sea necesario disparar para cubrir la fuga), aunque no veo demasiados problemas en estos casos. En cualquier caso, cuando hay más que conspiración, ésta calificación quedaría absorbida por la más grave de autor o cooperador necesario en el delito.

⁷⁰ Este dato es en sí mismo irrelevante, pero se trata de dar cierta verosimilitud al caso, pues, si antes de vender las cosas el dueño del reloj se da cuenta de que es suyo, lo retirará del alijo y será inverosímil que en el proceso por hurto aparezca el reloj como parte del botín, aun cuando la sustracción o el apoderamiento en puridad se hubiera consumado.

⁷¹ E incluso en el alemán eventualmente también, cuando el valor de lo sustraído por cada uno sea tan nimio que constituya un hurto bagatela y se considere impune, mientras que el valor del total ya no lo sea y el hecho se convierta en punible.

de la parte individualmente tomada por cada uno) pueda decirse que confiere al hurto especial gravedad (art. 235.3 CP). Pues bien, en este caso (de laboratorio, si se quiere, aunque no demasiado inverosímil), en circunstancias normales los tres sujetos serían coautores del hurto global; pero, como se ha dado el error de uno de ellos, ¿responde como coautor del total el otro ladrón que ni tomó por sí solo la cosa ni es dueño de ella?, y ¿el dueño del reloj?

Sea en un caso de coautoría, sea en uno de cooperación necesaria, la cuestión es si quien no realiza la acción determinante o la parte de ella sobre la que recae el error en la persona o en el objeto ha de responder de igual modo que la persona que la realiza en error (a quien tal error no beneficia por su irrelevancia típica). Una posibilidad es decir que la solución (cualquiera que sea) es igual en el supuesto de participación que en el de coautoría; de este modo, las diferencias en la práctica serán pocas (sólo se darían en los casos en que no existiera hecho típicamente anti-jurídico del autor, en que el partícipe no respondería en virtud del principio de accesoriidad limitada). Sin embargo, si entendemos que en cada caso la solución ha de ser distinta, por ejemplo por entender que en la participación la referencia del objeto puede ser más laxa que en la coautoría, entonces la calificación del supuesto como de autoría o participación parece que sería más importante: en el supuesto de participación (en nuestros ejemplos y desde mi perspectiva de la coautoría, en el supuesto del asesinato) parece que a los sujetos no les beneficiaría el error (como no le beneficia al autor que lo sufre) y, curiosamente, en el de coautoría sí, al contrario de lo que sucede con el que lo sufre (en nuestros ejemplos, en el caso del hurto). Pero esta diferencia aparente no resulta demasiado convincente y, además, en la práctica tampoco es especialmente relevante, porque el auténtico coautor es a la vez partícipe (cooperador necesario), como ya he indicado, en la conducta del autor. Esto me parece evidente en nuestros ejemplos: ¿contribuye menos a la acción conjunta (de autoría) el ladrón «parcial» que el compinche del asesino? Evidentemente no: contribuirá de forma distinta y, si se quiere expresar así, «más», pero nunca «menos», hace lo mismo y algo más, en concreto, codeterminar positivamente el hecho⁷². Pero es que además, aunque repito, la cuestión requeriría un estudio mucho más profundo, no veo razones para solucionar de manera distinta el caso del error en la persona o en el objeto para el coautor y para el partícipe que no lo sufren. Por tanto, con las reservas anunciadas, creo que la solución ha de ser la misma. Pero, ¿cuál?

⁷² Esto vale para el Derecho español, pero no para el alemán, salvo que el coautor hubiera sido a la vez inductor del delito, pues, de lo contrario, el sujeto es sólo, a la vez que coautor, cómplice (y no cooperador necesario) en el hecho, con la consiguiente rebaja obligatoria de pena.

De momento prescindiremos del dato de que la víctima sea un coautor o un partícipe, imaginando que lo fuera un tercero.

Creo que, para empezar, hay que excluir la posibilidad de que los coautores o partícipes en el hecho acordado (recíprocamente o por decisión unilateral) respondan por aquellos hechos del autor en los que la colaboración de los primeros no guarda relación causal con el resultado de la actuación del autor o con la propia actuación de éste (sin resultado, por tratarse de un delito de mera actividad o de resultado en grado de tentativa) o éstos no resulten objetivamente imputables a aquélla. Lo primero será más raro, pero creo que lo segundo será frecuente en bastantes casos de exceso consciente del autor, si bien más raro en los de exceso inconsciente y, en general, en los de error. Pero pocas veces la ausencia de causalidad va a resolver los casos dudosos, como los planteados, y es posible pensar que la imputación objetiva no es un filtro lo suficientemente fino (o tupido) como para resultar clarificador en los casos extremos.

Por ello (aunque la cuestión guarda relación también con la imputación objetiva) quizá sea conveniente estudiar la conveniencia de algún filtro más fino o preciso para los casos de imputación al dolo de desviaciones causales, incluyendo en ellas el *error in persona vel in objecto*. Del pensamiento absolutamente mayoritario de que esos errores son irrelevantes para el autor individual mientras no supongan lo que en expresión resumida se puede llamar un cambio de tipo o de cualificación típica, y de los principios de imputación recíproca y accesoriedad, parece en una primera aproximación que se derivaría que esos errores también son irrelevantes para los coautores o partícipes (y de ahí que así los considere la doctrina todavía mayoritaria). Sin embargo, esto que parecía claro se oscurece si se atiende a los diversos argumentos que da la doctrina todavía minoritaria (dividida a su vez en la argumentación). Probablemente lo correcto para decidir la cuestión sea analizar los motivos por los cuáles el *error in persona vel in objecto* del autor individual se considera irrelevante y ver si valen igual para los coautores y partícipes. Cuestión tan complicada no puede analizarse aquí en detalle.

Sin embargo, en la fundamentación de la general irrelevancia del error en la persona o el objeto (sin cambio de tipo), me parece especialmente sugerente el criterio de la realización del plan que propone ROXIN. Este autor reconoce que, en general, en el problema de la imputación al dolo de desviaciones causales (que hayan superado el filtro de la imputación objetiva), no estamos ante cuestiones puramente fácticas o de evidencia o experiencia, ni tampoco subjetivas en el sentido de los procesos de conciencia en la mente del sujeto, sino ante problemas de valoración jurídica (como en la imputación objetiva, pero con referencia ahora al dolo), concretamente de «hasta dónde deben ser imputadas

al dolo conforme al juicio del ordenamiento jurídico las desviaciones del curso causal»⁷³. Y el parámetro o criterio normativo o valorativo para esa decisión lo encuentra ROXIN en la realización del plan (que sería el criterio que en la imputación al dolo se correspondería con el de la realización del peligro en materia de imputación objetiva, sucediendo que en la mayoría de los casos uno y otro criterio conducen al mismo resultado, pero no necesariamente siempre)⁷⁴, es decir en la correspondencia del resultado o hecho producido con el plan del sujeto en una valoración objetiva⁷⁵. En la fundamentación de la irrelevancia del error en la persona se suele decir sin más que el dolo ha abarcado la muerte de una persona, que es lo que pide el tipo, y ha muerto una persona; pero eso también ocurre en la *aberratio ictus* o error en el golpe, que mayoritariamente se considera relevante. Por ello, ROXIN⁷⁶ intenta fundamentar más a fondo la irrelevancia del primer error, con su parámetro normativo. El error en la persona o el objeto es también una desviación causal si se toma por base la representación del sujeto, y sólo deja de producirse cuando se estima, exclusivamente sobre la base de la individualización según la situación del objeto en el momento del hecho, que el sujeto ha conseguido lo quería. Pero partir de esa base ya supone una valoración previa, pues si la base del juicio fuera exclusivamente la representación del sujeto sobre la identidad personal de la víctima, el plan del sujeto habría fracasado (y sólo cabría, en cuanto al tipo dolo, la calificación por tentativa). Pero ROXIN cree que el criterio de la individualización según la situación del objeto es el que debe prevalecer en los casos normales de error en la persona, pues es el que mejor se corresponde con el contenido social de significación del suceso, del que la valoración jurídica no se debe apartar en exceso, y además, otros criterios de concreción no resultan convincentes. Con ese criterio de concreción (el de la situación del objeto en el momento del hecho y no el de la representación del sujeto), el autor inmediato (en los casos normales de error en la persona, porque hay algunos con particularidades, que aquí no podemos detallar) realiza su plan aunque se equivoque sobre la identidad, pues se puede entender que, desde el punto de vista de la valoración jurídica, el plan del sujeto era matar a la persona que se encuentra, por ejemplo, frente a él y sobre la que dispara. Sin embargo, contra lo que opina la doctrina dominante (aunque existen cada vez

⁷³ ROXIN, *ATI*, 3.ª, 1997, 433 s. (= *PG I* [trad. de la 2.ª ed. alemana, 1994, de Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal] —en todas las citas de este apartado, la traducción me corresponde a mí—, 1997, 488).

⁷⁴ Para detalles, ROXIN, *ATI*, 3.ª, 1997, 434 ss. (= *PG I*, 1997, 489 ss.).

⁷⁵ Con carácter general para el dolo, ROXIN, *ATI*, 3.ª, 1997, 365 s. y pp. ss. (= *PG I*, 1997, 416 s., y pp. ss.)

⁷⁶ En lo que sigue, ROXIN, *ATI*, 1997, 448 ss. (= *PG I*, 1997, 504 ss.).

más voces discrepantes de ella), ROXIN⁷⁷ cree que, cuando no se trata del autor inmediato, sino de «sujetos de atrás» (autores mediatos⁷⁸, coautores, inductores y cómplices) no vale ya el criterio de concreción más habitual, pues ese sujeto a menudo no conoce o conoce de modo impreciso el lugar y momento de la acción, por lo que decisiva para su plan (y por tanto punto de comparación con lo realizado), es decir, criterio de concreción de su plan, es su representación sobre la identidad. Por ello en nuestro caso del BGH los otros «coautores» (para mí no lo son en ningún caso) no podrán ser castigados como coautores del intento de asesinato que realiza quien disparó, sino sólo como conspiradores en el asesinato planeado (y tampoco el inductor en el famoso caso Rose-Rosahl será inductor de asesinato consumado, sino que habrá una tentativa de inducción)⁷⁹.

Como he dicho, el criterio de ROXIN es sugerente, por poner de relieve que nos hallamos ante una cuestión de valoración jurídica desde una perspectiva objetiva (se valora el plan del autor, pero «desde fuera») y ante (como yo lo he llamado) un filtro distinto y posterior a la imputación objetiva (aunque el resultado de ambos juicios con frecuencia sea el mismo), y destacar la diferente posición del autor inmediato, por un lado, y los coautores y partícipes, por otro, respecto de la cuestión. En definitiva (y desde el punto de vista valorativo externo), mientras el autor inmediato, con la individualización del objeto en el momento del hecho, planea matar a la persona contra la que dirige su arma (es decir, se puede valorar que «cambia» o actualiza el plan inicial basado en sus representaciones sobre la identidad, aunque tal cambio no se produzca en su cabeza, pues de lo contrario no podríamos hablar de error), es cierto que esta concreción más allá de la representación inicial acerca de la identidad es a menudo imposible en los casos del «coautor» y del partícipe. Sin embargo, ello no siempre es así: si uno de los coautores, al ver a una persona que viene detrás le dice a otro: «dispárale», entonces también se puede decir que ese

⁷⁷ ROXIN, *AT I*, 3.^a, 1997, 452 (= *PG I*, 1997, 507 s.).

⁷⁸ En mi opinión, aunque no descarto que la solución sea en general la misma, al menos en algunos supuestos de autoría mediata quizá haya peculiaridades. En cualquier caso, no entraré en esa discusión. No obstante, quiero señalar que el caso de *error in persona* que aquí nos ocupa no es el que más discusión ha creado en la autoría mediata; en esta forma de autoría lo que se discute más bien es si el sujeto de atrás que crea o aprovecha el error en la persona del delante puede considerarse autor mediato.

⁷⁹ Para más detalles remite ROXIN a los capítulos de su tratado referentes a autoría y participación, que, como es sabido, aún no se han publicado. No obstante, v. ROXIN, *Täterschaft*, 7.^a, 2000, 286 s. (1.^a, 1963), 693 s.; *LK*, 11.^a, 1993, § 25 nm. 178 (coautoría), 148 s. (autoría mediata, considerando el error para el autor mediato una *aberratio ic-tus*, idea que algún otro autor sugiere con carácter general para todo «sujeto de atrás»), § 26 nm. 90 ss. (inducción), § 27 nm. 47 (complicidad, menos claro y sin referencia expresa al supuesto).

coautor ha concretado el objeto según su situación en el momento del hecho, si se prefiere, ha actualizado su plan tanto como el autor inmediato individual; y ello con independencia de que el autor inmediato sufra un error sobre la identidad de la víctima o no y con independencia también de que lo sufra el que induce a matar (estas circunstancias influirán en la concreta calificación de ese «sujeto de atrás» tal vez como autor mediano o inductor; y en que, cuando lo sufre el mismo que induce, es ya su propio error el que resulta irrelevante y le perjudica)⁸⁰, siendo en consecuencia irrelevante tanto su posible error sobre la persona como el del autor inmediato. Además, el criterio de ROXIN probablemente necesita más concreción, fundamento y sometimiento a prueba (que tampoco ROXIN lleva a cabo hasta el final cuando trata esta cuestión en sus trabajos sobre autoría y participación), aquí imposibles. Pero es un punto de partida orientativo interesante. Tal vez se pueda añadir al fundamento del distinto tratamiento o enfoque valorativo (en general, aunque el resultado final pueda ser el mismo para el autor individual que para los demás) alguna consideración sobre el carácter indirecto del ataque al bien jurídico por parte del partícipe, que necesariamente ha de dejar en las manos del autor el hecho y la concreción —consciente o no— del plan en algún momento (no dominio o determinación positiva), y de *cada* coautor (no del conjunto de los coautores) que, por serlo, ha de dejar también en las manos de los otros coautores el hecho (*codominio* o *codeterminación*) y la concreción del plan en la misma medida en que éstos la dejan en las suyas. Pero, en el marco de este trabajo, no me atrevo a avanzar más.

¿Qué ocurre en nuestros casos? ¿Lo realizado está (desde un punto de vista objetivo y valorativo) dentro del plan de los demás coautores y partícipes, plan que no podemos concretar más allá de su representación en el plan inicial (del que dispara ya sabemos que ha concretado su plan de otra manera: «disparar contra esa persona que viene detrás» y eso es exactamente lo que ha hecho)? En el caso del hurto me inclino a pensar que sí, pues (salvo configuraciones especiales de casos) el plan inicial, sustraer las cosas del que vive en la habitación en realidad implica llevarse las cosas que haya en su habitación, sin importar (aunque los sujetos no se hayan hecho representaciones concretas al respecto: valoramos el plan desde fuera) a quién pertenezcan; por tanto, si algunas de las cosas de las que se lleva uno o varios de ellos creyendo que son del que habitualmente ocupa la habitación son en realidad del padre de éste o de un amigo que se las ha prestado, el hecho sigue correspondiéndose con el plan, por lo que el error es irrelevante para todos. Sin embargo, en nues-

⁸⁰ Similar, para el caso de que todos los coautores sufran el mismo error y procedan contra «el que no es», ROXIN, *Täterschaft*, 7.^a, 2000 (1.^a, 1963), 287, aclarando que entonces cada uno responde por su propio comportamiento y no por el error de otro.

tro supuesto, el dato de que las cosas pertenezcan a un coautor quizá sea relevante (aunque no lo afirmo con rotundidad) para apreciar (desde fuera) que en el plan de los coautores no encajaba la sustracción de cosas propias de uno de ellos, por lo que (salvo para el que cogió la cosa, que concretó el plan o lo cambió —no en su representación— al ver «esa» cosa —el reloj— y cogerlo) en este supuesto sí se llegaría a la misma solución de ROXIN: el error es relevante para los demás sujetos.

En el caso del perseguidor, la cuestión es si cabe más complicada. Creo que la concreción del plan inicial según la representación de los sujetos (y que no varía, no se concreta de otra manera salvo para el que dispara), era «cualquiera de nosotros matará, si las cosas se presentan así, a un perseguidor». Pero por perseguidor, creo yo, no se puede entender en una valoración objetiva del plan que se trate de una persona que les sigue «precisa y objetivamente» para detenerlos, sino que entra en la lógica, en la racionalidad del plan, el que se dispare contra todo aquello que, en una consideración general, «tenga aspecto» de perseguidor, lo que habría que concretar aún más, pero sólo a modo de ejemplo, sería «el que corre detrás de nosotros» (más indagaciones en tal situación no son esperables). Así, si uno de los sujetos dispara sobre alguien que realmente está al margen sentado en un bordillo elucubrando que esa persona podría perseguirlos, creo que su (nueva) concreción del plan (al disparar sobre ella) ya no se corresponde —en una valoración objetiva— con la única concreción que los demás realizaron (el plan inicial) y, por tanto, el error en la persona sufrido por el que disparó e irrelevante para él, se torna relevante para los demás. Si, por el contrario, el que dispara lo hace sobre una persona que viene corriendo tras ellos y dando gritos, pero que realmente sólo quería darles un objeto que se les ha caído, entonces el hecho ha ido conforme al plan (valorado objetivamente): se ha disparado sobre un «perseguidor» y parece que la valoración jurídica ha de conducir a considerar irrelevante también para los demás el error del que dispara. Aquí también es posible que el hecho de que «el que corre detrás» sea un compañero suponga una diferencia con el plan de los sujetos y lo razonable desde el punto de vista de la valoración jurídica sea considerar relevante (como hace ROXIN) para los demás el error del que dispara.

Como se ve, la idea de la valoración jurídica según el plan de los sujetos en ROXIN (que llega a soluciones más generosas en más casos que yo) requiere concreción, y mis apuntes todavía son bastante más intuitivos y necesitados de precisar, cosa que espero poder (intentar) hacer en algún trabajo futuro.

Pero, para terminar con los casos de partida, en lo que coincido con ROXIN con mayor seguridad es en que el error del autor no puede perjudicar al sujeto víctima del disparo, ni siquiera aunque aceptáramos que

perjudica a los demás. En el ejemplo del BGH, no sólo porque como autor individual cometería una tentativa de suicidio, atípico, y que incluso desde un punto de vista lingüístico resulta difícil decir que se ha intentado matar (además de que, como he dicho, ninguno, salvo el que dispara es, según creo, autor de la muerte ya en virtud del criterio que considero en materia de coautoría), sino porque, aunque aceptáramos que el sujeto ha contribuido con dolo a que el autor mate a «otro» (respecto de ese propio autor), resulta que las intervenciones de un sujeto en su propia muerte también son atípicas (es general la opinión de que el consentir en que a uno le maten, cuando se lleva a cabo la conducta de matar y falla, sigue siendo atípico, e incluso si es él el que ha pedido que otro lo haga, e incluso también en un supuesto de homicidio-suicidio en que el que quiere morir comparte el dominio del hecho con un tercero). Si se considerara que el sujeto es coautor de la muerte realizada por el que disparó, su «dolo» en ningún caso será de matar a «otro», porque, por mucho error que haya (en su caso tendría que ser un error de tipo al revés, que él no ha sufrido —ni nadie—), él nunca podrá ser ni creerse «otro» (aunque se crea Napoleón), entendido «otro» como ser biológico de determinadas características con una individualidad distinta de sí mismo (es decir, otro al que se puede, por ejemplo, dar la mano; lo que significa que es impensable en el caso de quien se mata a sí mismo un verdadero error de tipo, salvo que perturbaciones de la mente humana que no se me alcanzan hicieran posible esa contemplación, pero entonces ya estaríamos ante un supuesto de inimputabilidad).

En el caso del hurto, sucede que el bien jurídico propiedad o patrimonio es claramente disponible, por lo que ninguna colaboración dolosa (si en este caso se admitiera el dolo por considerarse irrelevante para todos el error en el objeto de uno de ellos) de un dueño en la apropiación por otro de su cosa puede ser participación en un hurto, porque en tal caso el hurto no existe (si de verdad el «dolo» del dueño abarcara el facilitar que otro por error sobre el objeto tomara una cosa del primero, esto sería más bien un regalo y no un hurto)⁸¹. Pero, como los sujetos aquí sí actuaban objetivamente codeterminando el hecho global, todavía se podría intentar fundamentar la responsabilidad del dueño (si se estima punible la tentativa inidónea en general y la de hurto —por inidoneidad del objeto— en particular) sobre la base de un error inverso sobre la ajenidad de la cosa; pero es que el dueño no ha sufrido tal error;

⁸¹ Prescindiendo de la posible responsabilidad (en otros casos) del dueño si el dejarse «hurtar» formara parte de una trama para cometer otro delito, como, por ejemplo, una estafa a la sociedad de seguros en que tiene asegurada la cosa, y prescindiendo también de los supuestos en que el dueño actuara como agente provocador, problemática que no puede ser analizada aquí.

y, por cierto, el que tomó la cosa tampoco (no tomó una cosa propia creyéndola ajena, sino que tomó una cosa realmente ajena creyendo que era de una persona distinta a su verdadero dueño: por eso hay para él un error irrelevante sobre el objeto y no un error de tipo al revés), salvo que quisiéramos afirmar que la actuación en coautoría hacía ya a todos los coautores dueños comunes de todas sus pertenencias, lo que no parece posible. Por otro lado, soluciones distintas (como la del BGH en lo que respecta al herido) parece que chocan con la valoración social general de un caso así, o, si se prefiere, contra el sentido común ⁸².

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de León

⁸² Aunque sin valor técnico ninguno como encuesta, preocupado por este caso cuya solución me resulta especialmente complicada (sobre todo en relación con los «coautores» o partícipes no víctimas), lo he sometido a la consideración de diversas personas, todas profesores universitarios y algunos de ellos de Derecho (también lo comenté con penalistas, pero en este caso, como es lógico, nos enredamos en consideraciones técnicas): ninguno de ellos dudó un momento en responder (con gran extrañeza incluso por la pregunta) que la víctima no debe ser castigada nunca (con mayor rotundidad en el caso del asesinato). Tampoco dudó nadie (aunque la extrañeza por la pregunta fue menor) de que el sujeto que apretó el gatillo o tomó la cosa (con más énfasis en el primer caso) debe responder como si hubiera matado a un verdadero perseguidor o hubiera tomado una cosa verdaderamente perteneciente al morador de la habitación. Más divergencias hubo respecto de la responsabilidad de los «coautores» o partícipes no víctimas, aunque la tendencia general fue también la de que no deberían responder por el error del otro (que no debía perjudicarles). Es decir, que el sentimiento común (al menos entre los profesores universitarios consultados) tiende más bien a dar la razón punto por punto a ROXIN (y a quienes piensan como él). No se pueden extraer consecuencias jurídicas directas de esto, pero desde luego (sobre todo si se hubiera tratado de una encuesta en regla) sí conviene tenerlo en cuenta a la hora de realizar la valoración jurídica o políticocriminal de estos casos. La solución que (con muchas dudas) he propuesto resulta intermedia (creo que en general y no sólo respecto de los casos de partida y sus variantes) entre la mayoritaria y la de ROXIN. Si es ajustada a la valoración social de estos casos no es seguro, pero al menos creo que no está tan alejada de la misma (como mínimo en el supuesto del «coautor» o partícipe víctima) como la del BGH, ni tampoco tanto como para considerarla equivocada sólo por esa razón.

CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN: UNA VISIÓN ABIERTA DEL ART. 14.3 CP

Comentario a FELIP I SABORIT, David: *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, ed. Atelier, Barcelona, 2000 (289 pp.).

I. Introducción. Consideraciones generales

La obra de FELIP I SABORIT que me corresponde comentar constituye, en mi opinión, un excelente trabajo, al que tuve la suerte de acceder antes que la mayoría de los lectores por haber formado parte del tribunal que lo juzgó como tesis doctoral (con otro título y con alguna pequeña diferencia en el texto) en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona en febrero de 1998. Así lo hice constar en el acto de lectura y defensa de la tesis y en un trabajo mío posterior (*El error de prohibición: pasado, presente y futuro*, LH-Torío López, 1999, 335 ss.), y me ratifico en mi opinión ahora que la obra ha visto la luz como libro. Ya en el trabajo citado tomo postura sobre algunas opiniones de FELIP y sigo haciéndolo en otros trabajos que actualmente elaboro. Por ello y por exigencias de la revista, no voy a analizar crítica y pormenorizadamente las opiniones de FELIP en esta obra, sino que me limitaré a exponer a grandes rasgos su contenido y a valorarlo también sólo en sus líneas generales.

El libro aborda un tema tan arduo como el del conocimiento de la antijuricidad y el error de prohibición, sobre el que tanto se ha discutido, pero, como bien señala el Prof. SILVA SÁNCHEZ en el prólogo de la obra, seguramente sin demasiados frutos, al menos en España. Efectivamente, la discusión se ha centrado sobre todo en la ubicación sistemática del problema y en la pugna entre teorías del dolo y de la culpabilidad en sus diferentes vertientes. Pero, hasta fechas recientes y salvo excepciones notables, poco se ha escrito en nuestro país sobre cuestiones tan básicas y de tanta trascendencia práctica como, entre otras, la del objeto del conocimiento de la antijuricidad, el conocimiento eventual de la antijuricidad, la distinción entre conocimiento actual, potencial y eventual, los criterios para determinar cuándo un error de prohibición ha de calificarse como vencible y cuándo como invencible, a quién corresponde la carga de la prueba de un error de prohibición, etc. En estos temas, la doctrina española ha ayudado relativamente poco a los tribunales y éstos tampoco han establecido ni demandado criterios claros, siendo observable una resolución intuitiva caso por caso de los supuestos que se les plantean. De muchos de estos problemas y de analizar a fondo la jurisprudencia española del Tribunal Supremo se ocupa FELIP en su libro, con una (tomo

nuevamente palabras de SILVA en el prólogo) pretensión de «reducción de la complejidad». Pero no sólo se ocupa, con rigor, claridad y brillantez de muchos de esos problemas, sino que dedica además —como banco de pruebas de las concepciones sobre el conocimiento de la antijuridicidad y el error de prohibición— un capítulo al problema, tan debatido en Alemania, de los guardianes o tiradores del muro, es decir, de la posible responsabilidad penal por las muertes de personas que querían abandonar el país producidas en las fronteras de la antigua RDA por quienes tenían la tarea de vigilar esas fronteras. Y, como colofón, ofrece una propuesta de interpretación del art. 14.3 CP.

El libro destaca por su claridad expositiva (sobre todo teniendo en cuenta la complejidad de lo que explica), por una estructura y una metodología adecuadas, por el carácter ponderado de la valoración de los problemas y de las opiniones ajenas, por una atención constante a la conexión entre la discusión teórica y los problemas de la aplicación práctica del Derecho, por unas citas que, si bien no son exhaustivas, sí parecen muy bien seleccionadas en cada momento (lo que sí es bastante exhaustivo es la bibliografía manejada y citada en el conjunto del libro). Destacaré más adelante el excelente análisis jurisprudencial que el autor de la obra realiza, al que acompaña una relación final de las SSTs sobre la materia entre 1979 y 1998 (con indicación del ponente de cada sentencia), que resulta muy útil.

Si acaso, observo una cierta descompensación entre la extensión dedicada al proceso de reconocimiento de efectos al error de prohibición en Alemania, en Italia y en España (aproximadamente un tercio de la obra) y el dedicado al resto, donde se estudian muchos de los problemas antes citados, se analiza la jurisprudencia, se exponen las conclusiones del trabajo y se realiza la propuesta interpretativa del art. 14.3 CP. La proporcionalmente excesiva dedicación de páginas a la primera cuestión citada da la impresión de que la obra se proyectó como más extensa y se cerró antes de lo previsto. Sin embargo, esta observación (en buena medida subjetiva) no afecta en absoluto a la calidad del contenido de la obra, ni significa que el primero de los bloques temáticos citados carezca de interés, sino simplemente que la relación entre el número de páginas dedicadas y el interés de las cuestiones no está perfectamente equilibrado, si bien personalmente lo que desearía no es un recorte del primer bloque temático, sino una ampliación del segundo (por ejemplo, entrando más a fondo en el problema de la vencibilidad y la invencibilidad del error de prohibición). Pero todos conocemos y comprendemos los múltiples condicionantes de la elaboración de una obra científica en la universidad y en el marco de la carrera académica. Por tanto, la objeción que planteo puede considerarse meramente formal o estética.

II. El reconocimiento de la relevancia del error de prohibición en Alemania, Italia y España

Como se ha dicho, a la exposición del proceso de reconocimiento de relevancia al error de prohibición en los tres países citados dedica FELIP una buena parte de su obra, concretamente el Capítulo I (pp. 27-97).

1. Alemania

Expone FELIP detalladamente las principales fases por las que atraviesa la cuestión del reconocimiento de efectos al error de prohibición en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación alemana, hasta la situación actual.

a) El límite de la primera fase lo marcarían las nuevas tendencias doctrinales tras la II Guerra Mundial y la sentencia del BGH 18-3-1952. Anteriormente, la situación en la doctrina desde comienzos del siglo XX, en que se concibe el dolo como parte de la culpabilidad y como comprensivo de la contrariedad a Derecho de la conducta (eso sí, con diferencias en cuanto al objeto de referencia de esta comprensión), es la del reconocimiento generalizado de efectos a lo que denominamos error de prohibición como excluyente del dolo (por tanto, unidad de tratamiento del «error de hecho» y el «error de Derecho» —distinción que no se realizaba nítidamente en muchos autores, al entender que el carácter antijurídico era una propiedad inescindible del propio hecho—, potenciado por la regulación única del § 59.1 del StGB de la época), lo que, dada la excepcionalidad de la tipicidad de hechos imprudentes en el StGB, conduciría, en la mayoría de los casos, a la impunidad y sólo en algunos supuestos de error «culpable» a la sanción por un hecho imprudente típico (origen de la teoría del dolo). No obstante, un sector minoritario consideraba que el dolo subsistía no sólo en los casos de conocimiento efectivo de la antijuridicidad, sino también en los de conocimiento posible, en los que, a lo sumo y en su caso, podría haber una atenuación de la pena del delito doloso, con lo que se evitaban las consecuencias políticocriminalmente indeseables de la excepcionalidad de la tipificación de delitos imprudentes en el StGB y se asentaba el germen de la teoría de la culpabilidad.

Por su parte, la jurisprudencia, en un sentido contrario al de la doctrina, partía de la distinción entre error de hecho y error de Derecho, negando cualquier relevancia a éste (*error iuris nocet*), si bien pronto, al igual que la jurisprudencia de otros países europeos, como el nuestro, matizó esta posición, admitiendo efectos, como error de hecho, al error

de Derecho extrapenal, mientras que el llamado error de Derecho penal seguía considerándose irrelevante. Tal distinción resulta absolutamente problemática, en cuanto a su practicabilidad y por la falta de una fundamentación material sólida. Sin embargo, al igual que otros autores, FELIP reconoce algo positivo en la distinción jurisprudencial, en cuanto atiende no sólo al fundamento psicológico del error, sino también al origen y fundamento del mismo. Señala FELIP además que, como la doctrina del RG se centró básicamente en el Derecho penal nuclear, no es de extrañar que una buena parte de la jurisprudencia menor y la legislación penal especial se apartaran de ella y se aproximaran a la teoría del dolo.

Todavía en esta fase, observa FELIP que la doctrina defensora de la teoría del dolo realizó, procurando no renunciar sustancialmente a sus propios postulados, intentos de aproximación a la jurisprudencia (que avanzaba cada vez más hacia la teoría de la culpabilidad), intentando superar el temor de ésta a que el pleno reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como presupuesto del dolo condujera a una autoliquidación del ordenamiento jurídico al dejar a disposición de sus destinatarios la vigencia de las normas penales, pensando sobre todo en las personas despreocupadas por el Derecho o para las cuales éste no es un factor que tengan en cuenta en la adopción de sus decisiones.

Este intento de aproximación y de conciliación entre los principios dogmáticos y las exigencias políticocriminales, señala FELIP, se orientó básicamente en tres direcciones (no excluyentes entre sí y con suerte diversa): 1°. Precizando el contenido y los contornos psicológicos de la conciencia del injusto para hacerla más manejable en la práctica (no subsunción exacta, sino «valoración paralela en la esfera del profano», suficiencia de la conciencia del contenido material de injusto o de la lesividad social del hecho, no reducción del dolo y la conciencia de la antijuridicidad a una clara representación intelectual en el momento de la comisión, que rara vez se da en la práctica). 2°. Propuestas *de lege ferenda* para solucionar el problema del escaso número de delitos imprudentes tipificados (solución del «Proyecto Gürnert» de 1936, y otras en el sentido del castigo generalizado de la *imprudencia iuris*, si bien con ello se rompía con uno de los postulados básicos de los partidarios más radicales de la teoría del dolo: el tratamiento unitario del error). 3°. Mayor normativización de la responsabilidad, atendiendo al fundamento de la culpabilidad dolosa para poder castigar con la pena del delito doloso supuestos que no cumplieran los presupuestos psicológicos del dolo (básicamente la teoría limitada del dolo en la versión de MEZGER, defendiendo la irrelevancia del error sobre la significación

antijurídica del hecho cuando dicho error no fuera conciliable con una concepción popular sana del Derecho y del injusto —supuestos de ceguera jurídica u hostilidad hacia el Derecho—, interesante planteamiento, pero sospechoso por el catálogo de *crimina odiosa* que ofrecía el propio MEZGER y con poco éxito, según FELIP, debido a su incoherencia sistemática) y, desde el punto de vista políticocriminal, a sus raíces autoritarias).

b) Después de la II Guerra Mundial, en el dilema entre la posición jurisprudencial, que parecía insostenible, de mantener la irrelevancia del error no culpable de prohibición y las dificultades que planteaba a la teoría del dolo la restringida punición de hechos imprudentes en el StGB y quizá potenciado por algunos casos límite de error de prohibición en la etapa nacionalsocialista que no se resolvían satisfactoriamente desde la teoría del dolo, surge con fuerza y éxito (aunque, naturalmente las premisas del finalismo las había sentado ya antes su fundador) la teoría de la culpabilidad, de la mano del finalismo propugnado por WELZEL. La concepción de WELZEL, que FELIP sintetiza correctamente, es de sobra conocida en sus líneas fundamentales. El dolo (natural) pasa a formar parte esencial del tipo de injusto y no de la culpabilidad, mientras que el conocimiento del injusto (o mejor, el juicio sobre su posibilidad) forma parte de la culpabilidad. Su ausencia se denomina error de prohibición, que, al contrario que el error de tipo excluyente del dolo, no afecta en nada al dolo y excluye la culpabilidad (en el hecho doloso o imprudente) cuando es inevitable o invencible, atenuándola cuando es evitable o vencible. De este modo, frente a la teoría del dolo, los supuestos de error de prohibición vencible en un hecho doloso resultan punibles también en los supuestos en que no se castiga la comisión imprudente, y, frente a la solución jurisprudencial, se ofrecía una alternativa para dotar de relevancia a todo error de prohibición.

Pero, señala acertadamente FELIP, estas novedades no eran consecuencia sin más de la reordenación sistemática del delito, sino que la desvinculación respecto del dolo de la conciencia de la antijuridicidad y el error de prohibición hicieron perder a éstos gran parte de su carácter subjetivo-psicológico, para pasar a depender mucho más de los elementos valorativos de la culpabilidad, concebida ésta como categoría normativa, como juicio de reproche al sujeto por haber adoptado una resolución de voluntad contraria a Derecho pudiendo haber adoptado una resolución conforme a él. Así, la mera posibilidad de haber conocido la antijuridicidad (en un hecho doloso) permite la reprochabilidad por el hecho doloso, si bien condiciona la medida de ese reproche. Si no existe esa posibilidad de conocimiento, no hay capacidad de actuar

conforme a Derecho y, por tanto, desaparece la culpabilidad y, con ello, la pena.

La adopción desde múltiples perspectivas doctrinales, también desde fuera del finalismo, de concepciones personales-subjetivas del injusto, conllevó un extendido éxito de la teoría de la culpabilidad en Alemania y, poco a poco, en otros países europeos, si bien subsistió (y subsiste) la discrepancia, sobre todo, acerca del ámbito del error de tipo y el de prohibición en relación con el error sobre el supuesto de hecho de la situación justificante (el comúnmente denominado error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación), dando lugar a las dos conocidas versiones de la teoría de la culpabilidad (estricta y restringida), con sus distintas variantes.

A este éxito, explica FELIP, contribuyó decisivamente la rápida recepción de la doctrina citada por parte de la jurisprudencia alemana. El giro se produce en la famosa sentencia del BGH de 18 de marzo de 1952, influyente en la jurisprudencia hasta el presente. Esta sentencia descarta abiertamente la posición del RG, máxime cuando a esas alturas de siglo el Derecho penal se había expandido ya en una medida que no permitía sostener que todas sus normas se apoyaran en convicciones morales generalizadas. También descarta la teoría del dolo, admite la distinción entre error de tipo y error de prohibición y adopta la teoría de la culpabilidad. No veía problema el BGH para apreciar las consecuencias del error de prohibición, a través del Derecho judicial: apelando directamente al principio de culpabilidad y admitiendo el error de prohibición invencible como causa supralegal de exclusión de la culpabilidad, y apelando a la disminución de la culpabilidad en el caso del error de prohibición vencible para atenuar la pena, llegando incluso a una pena inferior al mínimo del marco legal del delito doloso, aunque siempre dentro de los límites previstos en el StGB para las causas generales de atenuación de la pena, como la tentativa o la imputabilidad disminuida. No obstante, alude SABORIT a la opinión de diversos autores de que las consecuencias de la nueva doctrina del BGH no están tan alejadas de las que se derivaban de la tesis del RG como pudiera parecer, en tanto en cuanto se sigue manteniendo un tratamiento más riguroso para el error de prohibición que para el de tipo y se sancionan los supuestos de error de prohibición vencible, es decir, de ausencia de conocimiento efectivo de la prohibición.

c) La doctrina señalada acaba por consagrarse, a partir de 1975, en el § 17 StGB. Pero, como señala FELIP, la entrada en vigor de este precepto no acabó con toda disputa, sino que los argumentos de la teoría del dolo quisieron hacerse valer contra la nueva regulación. Así, se repasa la cuestión de inconstitucionalidad que respecto del nuevo párrafo planteó un

juez penal, la resolución del BVerfG en ese asunto, en el sentido de declarar la constitucionalidad del precepto (sin entrar a considerar si era el más adecuado de los posibles) y la crítica que recibió esta resolución por parte de algunos partidarios de la teoría del dolo, si bien, como FELIP pone de manifiesto, la mayoría de la doctrina entendió que la resolución del BVerfG daba el espaldarazo definitivo a la teoría de la culpabilidad. Destaca FELIP que la teoría del dolo fue perdiendo adeptos, destacando posteriormente en su defensa SCHMIDHAUSER y OTTO, éste último con su esforzada teoría modificada del dolo, que intenta hacer compatible lo esencial de la teoría del dolo con la regulación legal del error de prohibición.

d) Por fin, FELIP sintetiza las líneas fundamentales de la situación doctrinal actual en Alemania. Conseguido un consenso importante sobre la ubicación sistemática del dolo, la doctrina y la jurisprudencia alemanas han podido centrarse en otras cuestiones básicas relativas al conocimiento de la antijuridicidad y el error de prohibición, como las diferencias de éste con el error de tipo, el objeto de la conciencia del injusto o la evitabilidad del error de prohibición. La renuncia a exigir un conocimiento efectivo de la antijuridicidad para la atribución de un hecho y el carácter facultativo de la rebaja de pena en el § 17 StGB habrían abierto la puerta a nuevas divisiones doctrinales, en torno a los polos de un mayor o menor psicologismo o un mayor o menor normativismo en la solución de los mencionados problemas, tensión especialmente perceptible en la cuestión de la evitabilidad del error de prohibición, pero también en otras, como el establecimiento de la frontera mínima de punibilidad, repasando FELIP autores significativos en posturas extremas (HORN o ZACZYK del lado del psicologismo y Jakobs en el normativismo) y más moderadas e intermedias (RUDOLPHI). Y señalando que las construcciones normativizadoras no suponen necesariamente una ampliación sistemática de la punibilidad, sino que precisamente son utilizadas en ocasiones en sentido contrario, es decir, como limitadoras de la atribución de responsabilidad (cita el ejemplo de ROXIN).

E incluso en cuanto a la propia conciencia del injusto, mayoritariamente tratada como estructura básicamente psicológica, comenzarían a notarse las tensiones señaladas, por ejemplo al plantearse si hay situaciones que no son de efectivo conocimiento, pero podrían equipararse valorativamente a éstas. Así, por ejemplo, JAKOBS propone la distinción entre modelos rígidos (anclados totalmente en datos psíquicos) y elásticos (que permiten la toma en consideración de datos axiológicos, como lo sería la teoría de la culpabilidad consagrada en el § 17 StGB, al permitir una rebaja sólo facultativa de la pena en el supuesto de error de prohibición vencible; la misma distinción cabría hacer entre la teoría del dolo del RG —elástica— y la de la doctrina —rígida, en líneas generales—).

2. Italia

FELIP advierte que hasta la SCCos 384/1988, en el Derecho penal italiano la ignorancia de la ilicitud del hecho era, por imperativo legal, irrelevante, pero que incluso tras esa sentencia, al menos en apariencia, los efectos del error de prohibición serían inferiores a los previstos en el Derecho español. Ello explicaría la nula incidencia en España en los últimos años del tratamiento del error de prohibición en Italia, pese a la cercanía de ambos ordenamientos jurídicos. Además, esta separación se vería acrecentada por partir la jurisprudencia y posiblemente la doctrina mayoritaria italiana de un modelo bipartito en la teoría del delito que no coincide con el tripartito que se sostiene minoritariamente en aquel país y que se asemeja más al usual en Alemania y en España.

a) Repasa FELIP en primer lugar el estado de la cuestión anterior a la citada sentencia. El régimen de los arts. 5 y 47 CP italiano supondría la relevancia del error de hecho, excluyente del dolo, y la irrelevancia del error sobre la norma, salvo cuando se trate de una ley extrapenal y conduzca a un error sobre un hecho constitutivo del delito, lo que recuerda a la ya mencionada jurisprudencia del RG y de otros tribunales superiores europeos. Este duro régimen legal en relación con el error de prohibición se vio aún más endurecido por el concepto muy amplio de ley penal que manejaría la jurisprudencia (abarcando la mayoría de los supuestos de error sobre elementos normativos del tipo).

Por su parte, la doctrina científica rechazaría, de forma unánime y acertada, esta interpretación doctrinal y apoya un ámbito más amplio del error sobre la norma extrapenal. Sin embargo, en la doctrina pueden observarse dos grandes líneas. La primera coincidiría en clasificar los errores por su origen, como la jurisprudencia, en error de hecho y de Derecho, sólo que admitiendo más generosamente que aquélla el error de Derecho extrapenal. La segunda, que cree FELIP que es la que va imponiéndose, centra la distinción entre error sobre el hecho y error sobre el precepto no tanto en el origen del error como en el efecto psicológico del mismo, en la suficiencia o insuficiencia de la percepción y comprensión de los elementos esenciales del hecho, acercando las posiciones bastante a las que en Alemania y en España se sostienen en torno al error sobre elementos normativos del tipo (el dolo requiere captación del sentido social del hecho desde una valoración paralela en la esfera del profano).

Repasa a continuación FELIP los intentos de morigerar el rigor del art. 5 CP (doctrina de la buena fe, consideración de lo dispuesto en ese artículo como mera presunción *iuris tantum*, conciencia de la *offesa* como elemento del dolo), señalando que, como vino a reconocer la Corte Constitucional, todos estos intentos carecían de apoyo legislativo. De

igual modo, los intentos de fundamentación de lo dispuesto en el art. 5 CP tampoco resultaban convincentes, y la doctrina unánimemente consideraba imposible seguir manteniendo esta situación, poco compatible con la «administrativización» de sectores del Derecho penal sin contenido de desvalor social evidente y con el principio de culpabilidad. Pese a ello, la Corte Constitucional italiana rechazó la inconstitucionalidad del art. 5 CP en los años setenta, por entender que la publicación e irretroactividad de las leyes penales garantizaban suficientemente las exigencias derivadas del principio de legalidad y de la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos. Pero no se planteó la compatibilidad del precepto en relación con el principio de culpabilidad consagrado en el art. 27 de la Constitución italiana.

b) Precisamente en la vulneración parcial de este último principio se basaría la declaración de inconstitucionalidad parcial del art. 5 CP que realiza la SCCos 384/1988 (cuyos supuestos de hecho expone FELIP), considerando que sólo sería admisible en los siguientes términos: «La ignorancia de la ley penal no excusa salvo que se trate de ignorancia inevitable».

FELIP explica los pormenores de la sentencia, destacando de ella que plantea el problema del conocimiento del Derecho (en el marco del principio de culpabilidad) en el contexto de la tensión entre fuerzas o intereses opuestos en el seno del pacto constitucional: obligación del Estado de garantizar al individuo un máximo de libertad y certeza en la actuación cuando prohíbe conductas, y deberes del individuo de fidelidad al ordenamiento jurídico y solidaridad con sus conciudadanos, siendo preciso un acercamiento entre ley e individuo en perspectiva contractualista: sólo quien cumple puede exigir. Este aspecto es, en mi opinión, ciertamente interesante (y creo que está en la base de la solución actual y futura de ciertos problemas básicos del conocimiento de la antijuridicidad y del error de prohibición) y FELIP lo analiza con detenimiento. Por fin expone FELIP los argumentos de la sentencia en relación con otros principios como el de igualdad y el de obligación del Estado de remover los obstáculos sociales y económicos que limitan la igualdad y la libertad de los ciudadanos.

De este modo, el error de prohibición invencible excluiría la responsabilidad penal, mientras que, en principio, el vencible sería irrelevante. En todo ello habría que tener en cuenta que la particular distinción de la jurisprudencia entre error de hecho y de Derecho haría que en Italia el campo del error de prohibición fuera más amplio que en España.

FELIP señala que la sentencia fue acogida con entusiasmo en Italia, por su contenido garantístico, mientras que el propio FELIP, mirando la cuestión desde fuera entiende que, por el contrario, lo reseñable es lo

contrario, los límites que la sentencia introduce a la subjetivización de la responsabilidad, al no considerar imprescindible la misma un tratamiento específico del error de prohibición vencible, aun reconociendo FELIP lo interesante del normativismo que se desprende de la sentencia (la tensión entre obligaciones antes citadas), al que considera no se le extrae el suficiente fruto. Analiza además FELIP los pros y los contras de otras consideraciones de la sentencia (baremos de inevitabilidad, obligaciones del Estado posteriores a la creación de las normas).

Explica a continuación FELIP la incidencia de la sentencia en la jurisprudencia (no tan notable como cabría esperar) y en la doctrina (adhesión a la teoría de la culpabilidad, con diverso alcance) italianas, para concluir con un balance, en el que me parece destacable, el que el aspecto normativo antes citado no haya dado todavía frutos suficientes en relación con el error de prohibición vencible o evitable.

3. España

No reseñaré aquí la exposición que de la evolución de la situación en España realiza FELIP, por ser mucho más conocida entre nosotros, si bien ha de destacarse la corrección y claridad de esa exposición y la introducción de algunos datos menos manejados en las explicaciones al uso.

Me limitaré, por tanto, a exponer brevemente la valoración que el autor de la obra realiza de esa evolución. Señala, con razón, que lo único que impone claramente la regulación española (hoy el art. 14 CP) es la distinción entre error de tipo y error de prohibición, tratando más severamente el segundo (aunque sobre este trato más severo incluye FELIP ciertas matizaciones que considero plenamente compartibles). Así, quedaría excluida de la compatibilidad con la regulación española la versión más estricta de la teoría del dolo (que unifica el tratamiento de todo error), pero nada más.

En consecuencia, cualquier otra teoría puede ser sostenida, teniendo en cuenta, eso sí, que todas han de respetar las consecuencias que el art. 14 CP establece para cada clase de error, por lo que deduce que las ventajas de una u otra teoría deberían referirse a los efectos de cada una en la construcción del régimen concreto de aplicación del error de prohibición vencible, constatando que, sin embargo, las discrepancias se han manifestado básicamente sólo en dos puntos: 1. La clase de conocimiento exigible para descartar el error: la teoría del dolo exigiría el conocimiento efectivo —si bien aquí introduce FELIP interesantes matizaciones—, mientras que la teoría de la culpabilidad gozaría de un más

amplio campo de maniobra, si bien son constatables entre sus defensores notables diferencias, centradas sobre todo en la valoración como acertada o no de la cláusula de atenuación obligatoria para el error de prohibición vencible contenida en el art. 14.3 CP, si bien FELIP advierte con razón que la cuestión del conocimiento y de la atenuación, si bien pueden solaparse, no coinciden necesariamente. Y 2. El ámbito de aplicación del error de prohibición: si se entiende que el error de prohibición vencible constituye una *imprudencia iuris*, podría intentarse una restricción del castigo de alguno de los supuestos de la misma, de modo similar al que se llevaba a cabo con la imprudencia cuando regía el sistema de cláusulas generales de castigo, sobre todo cuando lo aconsejaran razones políticocriminales. Sin embargo, cree FELIP que la trascendencia práctica sería limitada y observa además que también desde posturas alejadas de la teoría del dolo se realizan propuestas de no castigar algunos casos menos graves de error de prohibición vencible.

Tampoco observa grandes diferencias en las repercusiones de las distintas teorías en materias externas ya al error, como la tentativa, la participación o las causas de justificación (si acaso sólo repercusiones menores en materias tales como suspensión de la pena, comiso y responsabilidad disciplinaria en la función pública derivada de condena por hechos dolosos).

Señala FELIP que, pese a todo, el legislador deja traslucir al menos un programa políticocriminal más cercano a la teoría de la culpabilidad que a la del dolo, que necesita esforzarse bastante más para conciliar sus postulados con las disposiciones legales (apreciación en la que estoy plenamente de acuerdo). Pero, en cualquier caso, la regulación legal resta importancia a la pugna de teorías (como puede observarse, por ejemplo, en materia de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación) y cree FELIP (de nuevo considero que con razón) que la discusión debe cambiar de sentido y centrarse en otros aspectos, como los que señalábamos al principio de este comentario.

III. Contexto legal del conocimiento de la antijuridicidad en Alemania y en España

A algunos de esos problemas dedica FELIP las siguientes páginas de su excelente obra, señalando previamente, a modo de introducción (pp. 99-108), que en la ley española el conocimiento de la antijuridicidad es condición necesaria de la culpabilidad plena, que la noción de error y su vencibilidad se hacen por referencia a ese concepto, que, en la práctica, la apreciación de un error de prohibición es absolutamente excep-

cional, que los principales problemas los plantea el objeto del conocimiento, el grado de certeza necesario para apreciar conocimiento (conocimiento eventual de la antijuridicidad) y el momento y nivel de conciencia necesario (actualidad del conocimiento). También en esa introducción realiza unas interesantes precisiones terminológicas y, sobre todo, explica cuál es el contexto legal de la conciencia del injusto o conocimiento de la antijuridicidad en el modelo alemán y en el español.

FELIP señala cómo en el modelo del § 17 StGB, se producen dos diferenciaciones: una, la que separa conciencia del injusto de error de prohibición, que transcurre básicamente en el plano ontológico y tiene un punto de referencia sobre todo psicológico, y en la que el error se caracteriza negativamente, como ausencia de conocimiento, por lo que queda claro que no sólo los supuestos de error con representación positiva, sino también los de pura ignorancia encajan en ese concepto. Y otra, la delimitación entre error evitable e inevitable, que, salvo excepciones, se considera básicamente normativa, no existiendo psicológicamente diferencias entre ambos errores.

Las dos diferenciaciones tienen, en atención a las consecuencias jurídicas, muy distinta trascendencia. La segunda es cualitativa, puesto que el carácter inevitable o evitable del error marca la frontera entre conducta no culpable y culpable, mientras que la primera carece de ese carácter y ni siquiera es estrictamente cuantitativa, pues el error vencible da lugar a lo sumo a una atenuación, es decir, que, al ser facultativa esta atenuación puede haber supuestos de conocimiento y error en que la culpabilidad y la pena sean idénticas, por mucho que esta situación sea excepcional. Ello supone un claro reconocimiento del StGB a la necesidad de utilizar valoraciones y no sólo datos subjetivos en la atribución de culpabilidad plena. Advierte no obstante FELIP que, por diversas razones, la atenuación en caso de error de prohibición vencible es la regla general, por lo que, de hecho, la doctrina alemana se aproxima a lo que algunos han denominado una teoría de la culpabilidad rígida, en la que sólo se ofrecen muy vagos criterios para caracterizar supuestos residuales de equiparación de error y conocimiento bajo la etiqueta de la «hostilidad al Derecho». De hecho, todos los esfuerzos por delimitar los supuestos de culpabilidad plena se concretan en el trazado de los límites psicológicos de la conciencia del injusto. En consecuencia, aunque el modelo legal alemán se separa bastante del español en cuanto a la función de la conciencia de la antijuridicidad, de hecho las diferencias no son tantas y dotan de utilidad a las elaboraciones doctrinales alemanas también para el modelo español.

En el modelo del art. 6 bis a, párrafo tercero, del CP español anterior (el artículo 16 bis a se introdujo en 1983), se definía positivamente

los límites del error de prohibición: se hablaba de la creencia de estar obrando lícitamente, es decir, la efectiva representación de que lo que se realiza no está prohibido. Aquí existiría una gran diferencia con el StGB, que se refiere a la ausencia de creencia de estar obrando lícitamente (y una similitud con el criticado § 21 del Proyecto alemán de 1962, más restrictivo en materia de error de prohibición para excluir de él situaciones explicables sólo por la indiferencia reflexiva del sujeto). De este modo, en España se podían plantear problemas con la mera ignorancia sin representación positiva de estar obrando lícitamente. No obstante, la doctrina «dio la vuelta» al art. 6 bis a, párrafo tercero, del anterior CP, entendiendo que se actuaba en la creencia de estar obrando lícitamente en todos los casos en que faltara la conciencia positiva de la antijuridicidad, incluyendo así la ignorancia en el error, acercándose así al modelo del StGB en este punto, si bien en el CP español la atenuación de la pena para el error de prohibición vencible era obligatoria (mayor rigidez en la diferencia entre conocimiento y error).

Estimo muy interesantes las reflexiones de FELIP en este punto, pero quizá podría añadirse que la formulación positiva (creencia) contenida en el CP anterior desde luego no debió de ser buscada con ningún fin específico o, al menos, no con el de diferenciarla del error; pues, al señalar a continuación la ley: «si el error fuere vencible» parece equiparar totalmente creencia errónea y error. Otra cuestión es si ciertamente la palabra error equivale sin más a ausencia de conocimiento (expresión del StGB) e incluye sin mayor problema la ignorancia o si esta inclusión no es tan evidente, al menos en el lenguaje ordinario.

Aunque hasta el momento en que FELIP escribe haya pasado desapercibido a la doctrina y la jurisprudencia, el art. 14.3 del vigente CP introduce un cambio respecto de su antecesor, pues el actual precepto habría perdido carga subjetivista, al no hacerse referencia a la conciencia del injusto o a la creencia de estar obrando lícitamente (a ninguna representación positiva), sino simplemente al «error sobre la ilicitud del hecho», expresión que más claramente comprendería toda situación (también la ignorancia) en que el sujeto no es consciente del carácter antijurídico del hecho (aunque creo personalmente, como acabo de expresar, que ello tampoco es tan evidente en el lenguaje ordinario). Por tanto, la situación no habría cambiado prácticamente respecto de la interpretación de la doctrina anterior y se puede interpretar que el conocimiento de la antijuridicidad opera como requisito de la responsabilidad penal plena, no habiéndose producido cambios tampoco respecto de la rigidez anterior (el error de prohibición vencible siempre atenúa). Acepta FELIP, por tanto, como hipótesis de trabajo, que estaríamos ante una simple mejora de la redacción anterior.

IV. Objeto y contenido del conocimiento de la antijuridicidad

Se plantea aquí (pp. 108-129) qué debe ignorar el sujeto para incurrir en un error de prohibición o cuál es el objeto del conocimiento de la antijuridicidad.

Repasa FELIP las principales posiciones mantenidas al respecto, con las respectivas críticas recibidas por las mismas: rechaza ya de modo prácticamente unánime las que consideran que el objeto de ese conocimiento es la contrariedad a los principios ético-morales o la dañosidad social del hecho, las mayoritarias en Alemania y en España que — a veces con matices notables— lo centran en la prohibición general (no específicamente penal de la conducta) y las minoritarias en ambos países que consideran que el objeto lo constituye la sancionabilidad o incluso la prohibición penal de la conducta. La exposición es muy completa y perfectamente sintetizada.

Antes de tomar partido, advierte con razón FELIP que las diferencias entre la postura mayoritaria y la minoritaria no son tan grandes como a primera vista pudiera parecer, puesto que ambas están de acuerdo en que para que haya conocimiento de la antijuridicidad debe aprehenderse el contenido específico de injusto del correspondiente tipo realizado (de lo que se deduce la llamada divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad, utilizada sobre todo en supuestos de concurso y de tipos cualificados). Señala, de nuevo acertadamente en mi opinión, FELIP que a menudo la comprensión del auténtico contenido de lesividad de una conducta sólo será posible si el sujeto se representa la posibilidad de que el hecho esté penalmente prohibido, por lo que llama la atención que la doctrina mayoritaria siga sin dar valor alguno (o muy limitado) al error sobre la prohibición penal de la conducta.

Además, el objeto de la conciencia de la antijuridicidad no debe confundirse con la cuestión de la representación mínima que el sujeto debe tener sobre él (problema sobre todo del conocimiento eventual de la antijuridicidad).

Apuntando ya su opción por concretar el objeto en la prohibición penal de la conducta, señala FELIP como, si bien es verdad que el ciudadano tiende a no distinguir entre ilícitos civiles, administrativos o penales y además suele ampliar el ámbito de lo que considera ilícito penal, lo que en la práctica hará que en múltiples casos no se produzcan diferencias entre las dos posturas en liza (el sujeto actuará al menos con conciencia eventual de la antijuridicidad penal), también hay casos en que el sujeto se plantea claramente la ilicitud de su conducta en el ámbito civil o administrativo, pero descarta que pueda constituir una infracción

penal; aquí las diferencias entre los dos grupos de teorías no desaparecen por obra de la exigencia del conocimiento específicamente típico ni de la conciencia eventual de la antijuridicidad.

Se pronuncia FELIP, en la línea de otros penalistas de la escuela a que pertenece (especialmente MIR PUIG y SILVA SÁNCHEZ), en favor de la postura minoritaria, señalando que el desconocimiento del carácter penal de la conducta no sólo puede ser un reflejo o indicio de que no se ha captado correctamente el contenido de injusto del hecho, sino que puede ser la causa de ese error, sobre todo porque determinadas conductas adquieren parte de su sentido social de gravedad cualificada (que no resulta evidentemente antijurídico sin más) de la propia prohibición penal (lo que sólo a la larga pasará a formar parte del sentido social sin necesidad de conocer su carácter penal). Además, no es posible ignorar el distinto contenido motivacional de la decisión de prohibir una conducta y de la (también muy importante) de prohibirla bajo pena. Cree además que conformarse con el conocimiento de la ilicitud general como requisito de la responsabilidad penal es exigir demasiado al ciudadano, mientras que anudar la responsabilidad penal al conocimiento de la prohibición penal supone dar al ciudadano preocupado por obtener orientación en un ordenamiento jurídico de complejidad creciente un mayor margen de maniobra y trasladar a las instancias pertinentes (asesores legales, legislador y jueces) parte de los costes de la confusión. Señala por último FELIP que esta solución no conduce a graves lagunas de punición, por razones en parte apuntadas anteriormente (en la mayoría de los casos el sujeto se plantea el carácter penal de su conducta, siquiera sea de forma eventual).

Como he manifestado en otro lugar, la argumentación de FELIP me parece convincente en todos sus aspectos (diferencias motivacionales, distribución de cargas entre ciudadano y Estado y no producción de graves lagunas de punición). Sin embargo, todo ello me parece que conduce necesariamente a admitir la posible relevancia del error de prohibición penal, pero no de manera forzosa a considerar ésta como único objeto del conocimiento de la antijuridicidad. En cierto modo (aunque en menor medida) la propuesta de FELIP peca del defecto de falta de matización que el autor achaca a la de la doctrina mayoritaria. Pues el que el carácter penal de la prohibición pueda dotar a su conocimiento de mayor fuerza motivacional no evita el hecho de que el conocimiento de la prohibición general (aun sin conocimiento de la penal) puede producir y de hecho produce un importante efecto de motivación en la actuación del sujeto, el cual me parece suficiente normalmente para hacerle cargar con ciertos riesgos, incluso el de responder penalmente por su conducta.

Ahora bien, creo que postura intermedia como la que defendemos LUZÓN PEÑA y yo mismo (con matices entre ambos), de la que FELIP se

hace eco, supone una ponderación más matizada de todos los factores y permite atenuar (en su caso, según mi concepción) la responsabilidad de quien, siendo consciente de la prohibición general de la conducta, no ha aprehendido su carácter penal y, por lo tanto (en mi opinión no necesariamente siempre), ha poseído una menor capacidad de motivación por la norma y ha actuado en consecuencia con menor culpabilidad. Por otro lado, esta solución probablemente sea mejor entendida hoy por hoy por quienes aplican el Derecho que la más radical propuesta por FELIP, con lo cual sería más adecuada para facilitar un avance en la distribución de cargas en el sentido pretendido por este autor. No obstante, habrá que considerar seriamente la propuesta a la que se suma FELIP, al igual que otras en cierto modo intermedias (la idea de NEUMANN de que el objeto del conocimiento lo constituye la sancionabilidad es también muy sugerente). Creo que el debate está abierto y la discusión no ha hecho más que comenzar.

Se plantea FELIP si su propuesta es conciliable con las disposiciones legales. Tras reconocer las dificultades que a ella planteaba el art. 6 bis a, párrafo tercero, del CP anterior, señala que el actual art. 14.3 CP permite superar esos obstáculos, pues quien conoce el carácter generalmente prohibido de su hecho sin conocer su carácter de infracción penal seguramente no actúa en la creencia de hacerlo lícitamente, pero sí puede afirmarse que incurre en un error sobre la ilicitud del mismo, por no ser el término ilícito lo suficientemente unívoco, aunque en primer término refiera a la contrariedad al ordenamiento jurídico general. Personalmente admito que las dificultades para sustentar la posición de FELIP en el CP vigente son menores que en el anterior, pese a que me sigue pareciendo más plausible la interpretación de que «ilicitud» se refiere a «ilicitud general», pues, de lo contrario, se habría elegido una redacción más precisa (ilicitud penal, contrariedad al Derecho penal, carácter de delito o falta del hecho o, incluso, la no recomendable de punibilidad). No obstante, parece positivo que el precepto no zanje absolutamente la cuestión. En cuanto a la solución de LUZÓN que comparto en líneas generales, no veo problemas para la apreciación, en su caso, de una atenuante analógica, que podría llegar a ser muy cualificada en algunos casos, cuando nos hallemos ante un error sobre la prohibición penal con conocimiento de la general.

V. El conocimiento eventual de la antijuridicidad y las dudas irresolubles

A las cuestiones mencionadas en el título de este apartado dedica FELIP las pp. 129 a 153. Se trata del supuesto frecuente en que el ciuda-

dano no está seguro de si realiza un hecho ilícito, sino que sólo lo cree posible y duda de la antijuridicidad de su conducta.

En lo que reina acuerdo general es en que el conocimiento de la antijuridicidad no se reduce a los casos de certeza, sino que abarca también supuestos de duda. Las discrepancias existen a la hora de fijar la frontera entre conocimiento eventual de la antijuridicidad y error de prohibición. Además, se plantea y discute cada vez más sobre si algunos supuestos de conocimiento eventual de la antijuridicidad merecerían un tratamiento penológico parecido al del error de prohibición.

Repasa FELIP las diferentes posiciones acerca del conocimiento eventual de la antijuridicidad, que suelen coincidir con las que se mantienen en materia de dolo eventual, con la clásica dualidad entre teorías cognitivas y volitivas, si bien advierte FELIP, como ya han hecho otros autores, que en la materia que nos ocupa no tiene demasiado sentido hablar de que el sujeto (bajo la fórmula que se prefiera) quiere o acepta que su hecho sea antijurídico, pues el hecho lo es o no lo es con independencia de las apreciaciones del sujeto, por lo que se impone una teoría cognitiva. Por cierto que lo mismo sucede en realidad en materia de dolo cuando el elemento típico a que se refiere éste no es un elemento futuro y en cierta medida controlable por el sujeto (como sí lo es, por ejemplo, el resultado), cosa que con frecuencia olvidan los partidarios de tesis volitivas. Personalmente considero acertada una teoría volitiva del dolo eventual, aunque matizada normativamente (en concreto, la teoría modificada del consentimiento que entre nosotros defiende LUZÓN PEÑA), si bien considero que en realidad muchas de las posturas que se clasifican en uno u otro grupo de teorías están tan próximas que a menudo la diferencia es puramente nominal. Ello no impide dar la razón a FELIP en lo que se refiere a las dificultades de las teorías volitivas en materia de conocimiento eventual de la antijuridicidad (y de algunos elementos típicos); no obstante, quizá desde la postura que sustento podría decirse que sólo existe confianza racional del sujeto en que la conducta no sea antijurídica o no se dé el elemento típico en esos casos cuando su no admisión de esas circunstancias se base en datos externos distintos a sus posibilidades de control. El tema es demasiado complicado como para pronunciarme aquí de un modo firme y tampoco estoy seguro de si la tesis que propongo sigue poseyendo algún carácter volitivo.

Pero sea como fuere lo anterior, tiene razón FELIP cuando señala que las diferencias de posición se producen sobre todo ante el problema de las dudas irresolubles o indisipables. Antes de analizarlo, FELIP repasa las distintas tesis sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad, que se resumen en tres: la mayoritaria, que vendría a propug-

nar que, «ante la duda, abstención» (y, si se actúa, conocimiento y no error), la minoritaria, que sostiene que, por regla general, los casos de conocimiento eventual deben tratarse como error de prohibición, normalmente vencible, y la en buena medida intermedia propugnada propugnada por DIMAKIS, según el cual, sólo hay claro conocimiento o error cuando el sujeto haya llegado a una conclusión definitiva respecto de la antijuridicidad o licitud de su conducta; si no se eliminan las dudas, habrá que estar a la probabilidad preponderante según el sujeto; por fin, si no se llega ni siquiera a eso y estamos ante una duda definitiva, no existe conocimiento y deben aplicarse las reglas del error de prohibición.

Se ocupa a continuación el autor de la obra de los supuestos que la doctrina agrupa bajo la denominación de dudas irresolubles o indisipables. Explica los tres supuestos que suelen plantearse: 1. El sujeto no puede disipar sus dudas porque la calificación jurídica de los hechos no está sólidamente asentada. 2. No es posible esperar a la obtención de información que disipe las dudas antes de decidir. 3. Existen deberes que se excluyen mutuamente, de modo que la antijuridicidad de una conducta condiciona la punibilidad de su omisión y viceversa.

FELIP expone las principales posturas al respecto en la doctrina alemana: las mayoritarias más tradicionales que, por lo general afirman el conocimiento y la plena culpabilidad en esos casos (con la excepción frecuente del tercero); la del creciente sector doctrinal que busca la solución desde los parámetros de la exigibilidad y la inexigibilidad, y la de quienes, con múltiples variantes y desde perspectivas más o menos psicologicistas o normativistas, intentan resolver el problema en el ámbito del conocimiento de la antijuridicidad y el error de prohibición, entendiendo que no todo supuesto de duda debe tratarse como conocimiento (FELIP destaca las posiciones de ROXIN, DIMAKIS, JAKOBS y LESCH, exponiendo sus postulados y las principales críticas a cada una de ellas). También repasa los escasos pronunciamientos al respecto de la doctrina española (en concreto las de BACIGALUPO, MUÑOZ CONDE, SILVA SÁNCHEZ y PÉREZ ALONSO, todos los cuales, aunque por distintas vías, proponen un tratamiento privilegiado de los supuestos de dudas irresolubles).

Valora finalmente FELIP los pros y los contras de las diferentes posiciones en torno al conocimiento eventual de la antijuridicidad y las dudas irresolubles, para concluir que los criterios puramente psicológicos no sirven en este terreno para delimitar los campos del conocimiento y el error. Cree que sólo la certeza es un dato psicológicamente estable, mientras que la divisoria entre conocimiento eventual de la antijuridicidad y error de prohibición no es una línea recta definida por el dato

psíquico de las probabilidades que se representa el sujeto, sino que, a partir de dicho dato, la frontera es zigzagueante, admitiendo como acertada la definición de conocimiento eventual de la antijuridicidad como representación seria de la probabilidad de que el hecho esté (para él, penalmente) prohibido, si «seria» implica una ponderación, desde los criterios específicos de la vencibilidad del error de prohibición, del déficit cognitivo del sujeto que le separa de una situación de motivación efectiva óptima. Así, quien, pudiendo hacerlo, no hace lo suficiente para salir de la duda, debe asumir el riesgo de la posibilidad de la prohibición y ha de considerarse que existe conocimiento. Quien, por el contrario, se ha informado suficientemente sin poder conseguir salir de la duda no puede considerarse —normativamente— que obra con conocimiento. En una zona intermedia se hallaría quien no se ha informado suficientemente, pero se guía por elementos que razonablemente (según los criterios de vencibilidad del error de prohibición) apuntan a la legalidad de su actuación, aquí sería precisa una ponderación caso por caso.

En cuanto a las dudas irresolubles, realiza FELIP interesantes precisiones, como que el caso no se resuelva en algún escalón anterior a la culpabilidad (cita la vulneración del principio de legalidad, el dolo eventual y las causas de justificación incompletas), el que haya que deslindar los auténticos problemas del conocimiento de la antijuridicidad y el error de prohibición de otros atinentes a la exigibilidad en el caso concreto (o valorar la asociación de ambos), distinguir los casos de situación jurídica objetivamente incierta de aquellos en que la situación jurídica es razonablemente clara, pero el sujeto, por las circunstancias, debe decidir rápidamente con información incompleta, y que, si bien el carácter irresoluble de la duda se basa en los mismos criterios que la invencibilidad del error de prohibición, no siempre es cierto que en todo caso de duda irresoluble, de haber existido error éste sería invencible: si existen dudas es porque en la situación hay indicios de antijuridicidad suficientes para que un posible error fuera vencible. Es más, los casos de duda en que, de existir error, éste habría sido invencible, son más que dudas irresolubles, dudas irrazonables que no deben ser consideradas conocimiento de la antijuridicidad. Para calificar la duda irresoluble como conocimiento eventual de la antijuridicidad no basta el dato psicológico de la incertidumbre subjetiva, sino que es precisa una ponderación sobre la evitabilidad de la situación.

Así, cree que desde una perspectiva estática podría decirse que, una vez que se determina el punto a partir del cual el sujeto ha recibido una motivación suficiente, no cabe hablar de error de prohibición; la duda, en virtud de lo que eventualmente se conoce, ya sería conocimiento (y

el problema de las dudas irresolubles habría de tratarse fuera del ámbito del error de prohibición); pero entonces se estaría negando casi siempre la situación de incertidumbre, pues el sujeto siempre tendría como pauta de actuación el que el hecho está prohibido.

Pero, desde una perspectiva dinámica, las cosas serían distintas en cuanto que habría que valorar la suficiencia de la motivación no sólo por la información que se posee, sino también por la valoración del factor de incertidumbre. Así, en los supuestos normales de conocimiento eventual, el sujeto se encuentra en una situación equiparable a la del conocimiento seguro, no sólo por lo que sabe, sino también por ser completamente responsable del factor de incertidumbre. Sin embargo, cuando la situación jurídica es objetivamente confusa, la responsabilidad de la incertidumbre no es del ciudadano, sino del propio ordenamiento jurídico y, por tanto, el factor de incertidumbre no puede valorarse en contra del ciudadano; la representación de la posible antijuridicidad en estos casos, no apoyada por factores razonables de confirmación, constituye una falta de conocimiento suficiente, o sea, de error, normalmente invencible. Por fin, los supuestos más complejos serían aquellos en que la situación objetivamente es clara, pero las circunstancias del sujeto le impiden alcanzar el conocimiento seguro: aquí la antijuridicidad del hecho sigue siendo para el sujeto una posibilidad racionalmente determinable y hay claros indicios de antijuridicidad, por lo que la motivación recibida por el sujeto parece suficiente, pero, a diferencia de los casos de conocimiento eventual equiparable al seguro, aquí no está en la mano del sujeto la obtención del conocimiento, por lo que FELIP propone la vía de la atenuante analógica, sin excluir que, según la situación, puedan haber además aspectos de inexigibilidad.

No es posible tomar postura aquí sobre tan difíciles problemas, aunque anticipo que estoy convencido de que no es razonable equiparar toda situación de conocimiento eventual y duda al conocimiento seguro. Tampoco puedo valorar ahora los pormenores de la posición de Felip, pero diré que la misma es altamente sugerente y que creo que en su base está un pensamiento correcto de ponderación que se presenta una y otra vez en múltiples cuestiones relativas al conocimiento de la antijuridicidad y al error de prohibición (así, por ejemplo, también en la cuestión del objeto del conocimiento y de la vencibilidad o invencibilidad del error): el reparto de cargas y costes entre el Estado y el ciudadano en relación con las obligaciones de conocimiento del Derecho. El ponerlo constantemente de relieve y ofrecer pautas para ese reparto me parece un mérito muy importante de la obra de FELIP, más allá de la coincidencia o la discrepancia en las concretas soluciones.

VI. Las formas de conocimiento de la antijuridicidad

En la obra que comentamos se analiza a continuación (pp. 153-161) la actualidad del conocimiento de la antijuridicidad y la delimitación entre conocimiento actual, potencial y eventual.

En cuanto a la primera de estas cuestiones, señala FELIP que hay acuerdo (e incluso se plasma en preceptos legales como el § 17 StGB) en que, para que exista verdadero conocimiento de la antijuridicidad, éste debe ser actual, es decir, que el sujeto debe ser efectivamente consciente en el momento del hecho de que realiza algo prohibido, injusto, sin que ello signifique que se exija un proceso de reflexión o nítida representación, bastando, por el contrario, una co-consciencia de realizar algo injusto. Explica también el autor que el establecimiento de estos límites mínimos de conciencia era vital para la teoría del dolo, pero no tanto para la de la culpabilidad; sin embargo hoy la cuestión se habría desligado de la pugna de teorías y existiría un amplio consenso en la admisión de conciencia actual en los supuestos que se engloban bajo la fórmula de la co-consciencia, si bien algún autor insiste en que hay situaciones en que no se da psicológicamente el mínimo de actualidad y, sin embargo, se afirma su existencia para evitar problemas (estados pasionales y ciertos delitos cometidos con habitualidad o con nulas perspectivas de ser descubiertos: malos tratos familiares, incumplimiento de deberes de asistencia familiar, injurias, rufianismo, etc.).

Especialmente problemática le parece a FELIP la afirmación de la actualidad del conocimiento en supuestos de anomalías o alteraciones psíquicas y ciertos estados pasionales, sobre todo cuando no poseen entidad suficiente para excluir o atenuar la culpabilidad pero sí impiden que se haga presente, siquiera a nivel de co-consciencia, el conocimiento de la antijuridicidad, lo que conduciría a apreciar un error de prohibición, en muchos casos personalmente inevitable. Aquí FELIP se hace eco (aunque sin aceptarla expresamente), sobre todo, de la propuesta de RUDOLPHI de que, cuando los impedimentos a la actualización del conocimiento tengan como causa única alteraciones píquicas vinculadas a las causas de inimputabilidad, sólo sea de aplicación la regulación legal de éstas.

Advierte también FELIP que no siempre la información e indicios latentes sobre el carácter prohibido del hecho que posee una persona afloran en la conciencia del sujeto en el momento de cometer el hecho; a este conocimiento que podía haber aflorado, pero no lo hizo, se le denomina a veces conocimiento inactual y se considera mayoritariamente como supuesto de error de prohibición.

Por fin, FELIP hace una breve referencia a la (escasa) discusión de la cuestión en la doctrina española, resaltando como única voz discrepante la de BUSTOS RAMÍREZ, en relación con el art. 6 bis a, párrafo tercero, del CP anterior, respecto del cual, como es sabido, este autor mantenía una peculiar interpretación que desdota de sentido a la cuestión de la actualidad del conocimiento, que, por otra parte, considera indemostrable en un proceso penal y no existente en la mayoría de los delitos imprudentes.

Por fin, dedica FELIP un apartado a aclarar la utilización de los términos conocimiento actual, potencial y eventual de la antijuridicidad, que a veces resulta confusa o indicadora de ciertas tendencias vinculadas a la pugna de teorías. Como señala el propio FELIP, al comienzo de su interesante exposición, esas precisiones son tal vez más conceptuales que prácticas, y no las comentaré aquí, si bien destacaré mi acuerdo con FELIP cuando resalta que la expresión «conocimiento potencial del injusto» no debe entenderse como una forma especial de existencia de conciencia del injusto, puesto que es precisamente la ausencia (evitable) de la misma, o sea, el error de prohibición.

VII. El conocimiento de la antijuridicidad en la doctrina del Tribunal Supremo

FELIP dedica un buen número de páginas (163-207) al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de conocimiento de la antijuridicidad y error de prohibición. He de señalar que personalmente me parece una de las partes más brillantes de la obra (dentro de la brillantez de toda ella), por su rigor en la utilización del material jurisprudencial, la ponderación en su valoración, el tacto al poner de relieve los avances, pero, desgraciadamente, sobre todo los déficits de esa jurisprudencia, y, en definitiva, por constituir una pieza de gran valor también práctico sobre todo a la hora de intentar que, con ánimo constructivo, se superen esos déficits. Destaca también, en mi opinión, la profusión con que FELIP reproduce el supuesto de hecho de diferentes sentencias, con lo que aporta también un excelente material para la solución de casos similares.

Dicho esto, para dar cuenta del trabajo de FELIP sería preciso prácticamente una reproducción completa del mismo, que siempre perdería respecto del original. Por ello me limitaré aquí a extraer las conclusiones (por otra parte, perfectamente sintetizadas por el propio autor en las pp. 258 s.) generales que extrae de su completo estudio, conclusiones con las que difícilmente se puede no estar de acuerdo.

Así, dentro de la infrecuencia relativa con que se trata en la jurisprudencia española la falta de conocimiento de la antijuridicidad, señala FELIP que a la misma le ha costado «digerir» la pugna entre teoría del dolo y de la culpabilidad y sus repercusiones dogmáticas, si bien se observa una lenta penetración de la última de las teorías citadas, aunque sin la adopción de posiciones sistemáticas claras en la estructuración de los elementos del delito.

La jurisprudencia suele utilizar los mismos o similares criterios para determinar la existencia de conocimiento de la antijuridicidad o error de prohibición que los que usa para decidir sobre la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición, con lo que es frecuente que, cuando se admite la existencia de error, éste sea declarado invencible y, de igual modo, los criterios que se usan para rechazar el carácter invencible de un error se utilizan para fundamentar la existencia de conocimiento de la antijuridicidad.

Los criterios materiales en la delimitación del conocimiento de la antijuridicidad tienen poco peso en la jurisprudencia, resultando determinantes los problemas de prueba (por ello serían poco significativos los pronunciamientos en distinto sentido sobre cuestiones como la duda o la trascendencia del conocimiento de la prohibición penal).

Se observa, por fin, una alteración de los límites psicológicos entre conocimiento y error, por vía procesal, tanto mediante la inversión de la carga de la prueba del error, como mediante la utilización de ciertas máximas de experiencia en el juicio de inferencia para deducir la existencia de conocimiento, máximas que apenas se diferencian de los criterios de vencibilidad del error. Y, cito literalmente (p. 259): «En definitiva, la renuncia de la jurisprudencia a un enfoque más sustantivo de la problemática del conocimiento de la antijuridicidad desemboca en una reducción esquematizada y empobrecedora de las situaciones reales y en una normativización encubierta e inconsciente de sus límites con el error».

VIII. El caso de los tiradores del muro en la antigua RDA

Utiliza finalmente FELIP el caso de los «tiradores del muro» (*Mauerschützen*), también denominado a veces en España de los «guardianes o guardias del muro» como banco de prueba en materia de conocimiento de la antijuridicidad y error de prohibición (pp. 209-253). Se trata, como es sabido, de los miembros del ejército de la antigua República Democrática Alemana, pertenecientes al cuerpo de la Guardia de Fronteras, apodados en Berlín «tiradores del muro», cuya principal mi-

sión consistía en impedir el intento de cualquiera de cruzar la frontera (hacia occidente), disparando a matar si resultaba necesario. De hecho, como es conocido, se produjeron muchos muertos y heridos por esos disparos (los *Mauerschützen* eran al principio soldados profesionales, pero posteriormente se seleccionaba también a algunos jóvenes que cumplían el servicio militar obligatorio).

Tras la reunificación de Alemania se iniciaron procesos judiciales contra mandatarios responsables de las principales decisiones en cuanto al régimen fronterizo, y contra guardias protagonistas de hechos concretos (en estos últimos casos se centran las reflexiones de FELIP). Se produjeron condenas por homicidio y asesinato, confirmadas posteriormente por el BGH, que rechaza como causa de justificación la existencia de preceptos legales de la RDA que, al menos formalmente, autorizaban el uso de armas en esas circunstancias, desestimando también cualquier exclusión de la culpabilidad basada en que se actuaba cumpliendo órdenes y en error de prohibición invencible. Los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional (BVerfG) por posible vulneración de la prohibición de retroactividad de las leyes penales o del principio de culpabilidad han sido rechazadas en la sentencia del BVerfG de 24 de noviembre de 1996.

FELIP trasciende en esta parte del trabajo con mucho del objeto general de su obra (si bien lo hace para explicar cómo se ha fundamentado la antijuridicidad de la conducta de los tiradores, presupuesto evidente para empezar a hablar siquiera de conocimiento de la antijuridicidad y error de prohibición), explicando, de manera sumamente interesante, los puntos de partida del Derecho en un ordenamiento marxista-leninista como era el de la RDA, el régimen fronterizo «legal y real» de ese Estado, y el tratamiento jurisprudencial, las posiciones doctrinales y la intervención del BVerfG en relación con la antijuridicidad de las muertes en el muro. Concluye FELIP, seguramente con razón, que se ha producido un proceso, culminado en la citada sentencia del BVerfG, de doble afectación o remodelación del principio de legalidad, que afecta por un lado a la prohibición de retroactividad y, por otro, al principio de ley escrita, habiéndose otorgado al Juez competencias que, en todo caso, corresponderían al legislador. Una valoración que es, como puede verse, muy negativa.

En cuanto a la cuestión del conocimiento de la antijuridicidad (afirmada ésta —de modo cuestionable— respecto de las conductas de los tiradores), también lleva a cabo el autor de la obra una concienzuda exposición del tratamiento jurisprudencial (admitiendo un error de prohibición vencible) y doctrinal (generalmente en el sentido —contrario a la jurisprudencia— de negar la culpabilidad de los tiradores del muro). Advierte FELIP que en el análisis de esta cuestión hay que tener

en cuenta no sólo el § 17 StGB, sino también el § 5.1 del CP militar alemán (WStGB), similar al que existía en la RDA, según el cual sólo puede hacerse culpable al soldado que actúa en cumplimiento de una orden «si el sujeto reconoce que se trata de un hecho antijurídico o si ello es manifiesto a tenor de las circunstancias conocidas por él», lo que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia alemanas entiende que se trata de una regulación especial y menos severa que la general del error de prohibición. Tampoco me detendré aquí a resumir esta exposición.

Simplemente señalaré que el BGH rechaza la exculpación por la vía del § 5.1 WStGB, aludiendo al carácter manifiesto de la antijuridicidad de la orden (salvo cuando la misma tuviera por objeto el lesionar y se excluyera la eventualidad de matar al fugitivo, cosa que, como señala FELIP, contrasta con la consideración de las conductas dolosas contra la integridad física como conductas no justificadas —*extremes Unrecht*—, pero sí disculpables por la vía señalada; con razón se sorprende FELIP —p. 239—: «existen injustos legales extremos cuya antijuridicidad no es manifiesta o evidente para toda persona penalmente imputable»). En cuanto al error de prohibición del § 17 StGB, la mayoría de los tribunales alemanes lo han admitido, basándose sencillamente en la imposibilidad de refutar con los hechos probados la alegación de error por parte del acusado (casi siempre un error consistente en la creencia de los tiradores en la validez de los preceptos y órdenes orientados a evitar por cualquier medio la vulneración de la frontera, aunque a veces se ha apreciado que el error consistía en la creencia del tirador de que una orden siempre es vinculante, aunque sea claramente antijurídica). Pero siempre se ha considerado vencible ese error de prohibición, por existir más que suficientes motivos para dudar de la validez de la orden recibida, apelando a las mismas razones que esos tribunales utilizan para afirmar el carácter manifiesto de la antijuridicidad de esas conductas. FELIP cree que, además, los tribunales alemanes no han hecho uso de la posibilidad de atenuación que el § 17 StGB establece para los casos de error de prohibición vencible. Todo esto (tras una ponderación detallada de estas y otras cuestiones) conduce a FELIP a una valoración negativa de la solución que los tribunales alemanes han dado al supuesto, que no reproduciré por no alargar este ya demasiado extenso comentario.

IX. Propuesta de interpretación del art. 14.3 CP

Tras resumir brevemente las conclusiones principales del trabajo (pp. 255-260) y realizar un sintético balance (pp. 260 s.), FELIP realiza, a modo de epílogo (261-266) una propuesta de interpretación

del art. 14.3 CP (aunque en el epígrafe correspondiente se refiera a una propuesta de interpretación del art. 14 CP). En ella intenta demostrar que sus propuestas de flexibilización de los límites del conocimiento de la antijuricidad tienen cabida en el art. 14.3 CP que, recordemos, considera «pivota únicamente en torno a la noción de error», conformándose el resto de conceptos secundariamente sobre la base de éste.

Para FELIP, el art. 14.3 CP trazaría la línea entre el error (siempre relevante para la responsabilidad del sujeto) y «ausencia de error» (sin efecto sobre la responsabilidad penal), que no debe identificarse con la conciencia de la antijuricidad u otra representación o dato psicológico que predetermine directamente el concepto de error; al contrario que en el StGB, el error es en el CP un concepto primario. Esta distinción es rígida en cuanto que el error (al contrario que en el StGB) siempre es relevante para la pena (atenuación o exclusión de la responsabilidad); por tanto, en España, ninguna situación de plena responsabilidad puede incluirse en el error. El art. 14.3 CP no determina taxativamente además si en el supuesto de error de prohibición vencible hay una responsabilidad cualitativamente distinta (imprudencia) o sólo de relevancia cuantitativa (culpabilidad de distinto grado en caso de ausencia de error y de error de prohibición vencible).

Con la regulación española sería perfectamente defendible una concepción psicologicista del error de prohibición, pero parecería más difícil conciliarla con una concepción más normativista, que incluyera, junto al dato psicológico, la ponderación de los motivos que determinan la creencia del sujeto, de modo que el desconocimiento no pueda ser alegado siempre en descargo del sujeto, pues esto estaría impedido por la atenuación obligatoria en cualquier caso de error. Sin embargo, señala FELIP que ello sólo es así si se identifica error con cualquier falta de conciencia. Y cree que cabe otra interpretación distinta, pues el art. 14.3 CP se refiere sólo al error, sin establecer que la única alternativa posible sea la conciencia de la ilicitud. Por tanto, podría entenderse que la responsabilidad plena corresponde no sólo a la conciencia, sino a otros supuestos que pudieran contemplarse como ausencia de error, esto es, que no fueran definibles como error: «todo error sobre la ilicitud, pero no toda falta de conciencia, merece una atenuación» (p. 262).

A la cuestión de qué debería entonces entenderse como error, contesta FELIP que ello depende del concepto de culpabilidad que se defiende, cabiendo en el art. 14.3 CP mantener ligados conciencia y error a datos empírico-psicológicos, pero también posiciones como la que él

sustenta en el trabajo, que conduciría a definir como error sólo la situación en que el desconocimiento sea factor determinante de la desatención a las directrices del ordenamiento. En las situaciones de desinterés absoluto estaríamos psicológicamente más cerca del error, pero su contenido de sentido y el grado de oposición al ordenamiento jurídico las aproximan mucho más a la conciencia actual de la antijuridicidad (para él, penal). Gráficamente invoca (p. 263) a ARISTÓTELES (a través de JAKOBS): «Obrar por ignorancia parece cosa distinta del obrar con ignorancia». De este modo cree que son compatibles con la legislación vigente las diferentes soluciones de tinte normativo que ha ido proponiendo a lo largo de la obra. Además, considera preferible, por diversos motivos, esta puerta que dejaría abierta el art. 14.3 CP a que algunos supuestos de desconocimiento no sean considerados error, frente a la solución de la atenuación facultativa en supuestos de evitabilidad del error que sustenta el § 17 StGB. Y tampoco cree que la neutralidad que en materia de conocimiento preconiza el art. 14.3 CP contradiga la configuración constitucional del principio de culpabilidad en el sentido de que la pena ha de ajustarse al grado de responsabilidad subjetiva (que cree que sólo impone la exigencia de reconocer relevancia al error de prohibición invencible). Pero, sobre todo, alaba que el art. 14.3 CP deje las puertas abiertas a la discusión de cuestiones polémicas y no zanjadas.

Aunque es evidente que la interpretación que FELIP propone del art. 14.3 CP intenta «llevar el agua a su molino» o, mejor, que no se excluya a su molino de la traída del agua, me parece una interpretación aceptable por varias razones. En primer lugar, porque se trata de una interpretación que dota de un carácter abierto a todas las tendencias (psicologicistas y normativistas) al art. 14.3, cosa muy deseable, cuando no lo impiden los términos legales, y coincido con FELIP en que en nuestro caso no lo impiden (aunque hagan preciso un mayor esfuerzo de argumentación para unas tendencias que para otras), sobre todo cuando la discusión de problemas básicos del conocimiento de la antijuridicidad y del error de prohibición está aún tan abierta. En segundo lugar, porque comparto con FELIP la idea general de que planteamientos puramente psicologicistas y puramente normativistas (que también cabrían en la interpretación del precepto, aunque con distinta facilidad) no son satisfactorios en la solución de los problemas señalados, sino que conviene combinar elementos de ambas perspectivas. Y, en tercer lugar (aunque podría citar más razones) porque sería una pena que consideraciones tan sugerentes y, a menudo tan convincentes, como las que realiza FELIP a lo largo de su obra quedaran relegadas al carácter de propuestas *de lege ferenda* por una redacción legal o una interpretación de la misma demasiado rígidas.

X. Consideración final

El presente comentario, naturalmente, no da idea completa de la riqueza del trabajo comentado (entre otras muchas cosas, no se citan los múltiples ejemplos con que FELIP ilustra certeramente su análisis), pero espero que, al menos, anime a quien aún no lo haya hecho, a leer el libro.

La obra de David FELIP I SABORIT va a convertirse, con plena justificación, en pieza clave en la discusión de los arduos problemas teóricos y prácticos que plantean el conocimiento de la antijuridicidad y el error de prohibición. Esta discusión se está animando en España con algunas otras aportaciones recientes de interés (como la monografía de Adán NIETO MARTÍN sobre *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, ed. Atelier, Barcelona, 1999), de lo que debemos congratularnos y esperar que dé lugar a una mejor aplicación del Derecho por parte de los tribunales en esta materia.

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de León