

REFLEXIONES SOBRE LA COAUTORÍA EN LOS SUPUESTOS DEL TIRÓN. A PROPÓSITO DE LA STS 8-7-1998 (A 5816).

ISABEL DURÁN SECO
Universidad de Alcalá
Profesora CEU Luis Vives.

SUMARIO

I. Resumen de los hechos probados. II. Introducción III. El llamado «caso del tirón». IV. Algunas cuestiones sobre coautoría.

I

La STS 8-7-1998 objeto de este comentario señala como hechos probados los siguientes:

Sobre las 21:30 horas del día 14 de diciembre de 1995, se encontraron en el bar «Las Vegas» los acusados: Jesús M.C., Francisco C.J. y David M. M., y decidieron marchar a la Plaza Mayor no antes sin sustraer en el centro de esta capital un bolso de señora por el procedimiento del tirón.

Previamente concertados a tal fin, se montaron en el vehículo propiedad de Jesús, y sobre las 22:00 lo aparcaron en la calle Doctor Marañón de Cáceres, quedándose Jesús en la acera, en tanto que sus compañeros se apostaban en las escaleras de acceso del inmueble situado en el número 2 de la referida calle, permaneciendo Francisco en la parte inferior y David en el tramo superior de dichas escaleras.

En ese momento apareció por la acera de la calle Elvira A. M., que llevaba el bolso colgado al hombro, y de acuerdo con el plan establecido, Jesús hizo una señal previamente acordada a Francisco, quien a su vez la transmitió a David, y una vez que Elvira estaba en el último pedáneo, de forma súbita, Francisco salió de detrás de la garita del portero y de una forma brusca tiró del bolso que portaba Elvira, haciéndola girar 180 grados, colocándola de cara a las escaleras y perdiendo el equilibrio rodó por ellas hasta llegar al rellano del portal. Los acusados emprendieron una veloz huida, haciéndolo Jesús en su vehículo mientras sus compañeros lo hacían por las calles próximas.

A consecuencia de la caída Elvira sufrió lesiones graves.

La Audiencia de instancia condenó a los tres acusados como autores criminalmente responsables de un delito de robo. Recurrieron en casación los procesados David M.M. y Francisco C. J.

II

En el siguiente comentario analizaremos dos de las cuestiones abordadas en esta sentencia. En primer lugar vamos a referirnos a qué ocurre con los llamados supuestos del tirón, si son casos de hurto o de robo con violencia o intimidación¹, y en el caso de que lo sean de robo, cuándo es aplicable el subtipo privilegiado del artículo 242.3² CP. Y en segundo lugar analizaremos algunas cuestiones relativas al grado de participación en sentido amplio en el delito, especialmente la distinción entre coautoría y cooperación necesaria, prestando atención a la teoría del dominio funcional del hecho, cada vez más aplicada en la jurisprudencia española, y su compatibilidad o incompatibilidad con el sistema español.

III

Los llamados supuestos del tirón son aquellos en los que un sujeto, bien aprovechando un descuido de la víctima, bien forcejeando con ella, consigue apoderarse de un bolso, de pulseras, de cadenas o cualquier otro objeto que el sujeto pasivo del delito lleva consigo en la ma-

¹ También nos vamos a referir a un sector que manifiesta que cabe la posibilidad de que nos encontremos ante un caso de robo con fuerza en las cosas.

² Art. 242.3 CP: «En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo».

no, colgado del brazo o del hombro, o en el cuello. En estos casos la fuerza se ejerce sobre la cosa objeto del apoderamiento, incidiendo de manera indirecta en la persona, transformándose de este modo en violencia. La cuestión que aquí se debate es cuál es la calificación jurídica que le hemos de dar a esos supuestos: hurto o robo con violencia o intimidación en las personas o incluso robo con fuerza en las cosas. Por ello hemos de hablar en primer lugar de esa fuerza ejercida sobre la cosa. El CP habla de robo violento en el art. 237 y señala que: «Son reos de delito de robo los que, con ánimo de lucro se apoderaren de las cosas muebles ajenas...empleando...violencia...en las personas». ¿Qué ocurre cuando la violencia se ejerce sobre las cosas?. ¿En qué supuestos hemos de aplicar el tipo atenuado del art. 242.3?. Pues bien, la violencia que se precisa en el robo con violencia o intimidación es la que consiste en un acometimiento físico agresivo aplicado directamente sobre las personas³.

a) La jurisprudencia ha admitido con carácter general la calificación de robo violento⁴, aunque en alguna ocasión ha considerado que estábamos ante un hurto, en casos en que prepondera la habilidad sobre la fuerza⁵. Así ha señalado que «constituye violencia toda acción o

³ GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), Curso de DP Español, PE, I, Madrid, 1996, pág. 616.

⁴ Así, entre otras muchas, SSTS 22-6-1998 (A 6851); 4-7-1998 (A 5811); 25-5-1998 (A 4435 ó 3600); 5-3-1998 (A 1763); 5-2-1998 (A 656); 11-6-1997 (A 4674).

Con anterioridad a la entrada en vigor del CP 1995 la situación era la misma; así, por ejemplo, la STS 5-3-1998 (A 1763) señala que: «El tirón consistente en acción o efecto de tirar con violencia o golpe, violencia ejercida sobre la persona, ha sido inculcado en el art. 501.5 del Texto Penal de 1973 (RCL 1973/2255 y NDL 5670), como constitutivo de robo con violencia o intimidación» y las sentencias que allí se citan; SSTS 18-2-1981 (A 661), 29-9-1981 (A 3409), 15-1-1982 (A 99), 6-11-1982 (A 7080), 6-4-1983 (A 2248), 27-4-1983 (A 2310), 11-5-1983 (A 2697) 20-10-1983 (A 4810), 24-4-1984 (A 2378), 16-12-1986 (A 7937), 23-1-1987 (A 456), 1-2-1988 (A 830), 9-6-1988 (A 4581), 8-2-1989 (A 2741), 27-3-1989 (A 1506), 19-1-1990 (A 449), 23-1-1990 (A 479), 13-4-1992 (A 3042) y 15-10-1992 (A 8010).

⁵ Así por ejemplo la STS 13-4-1992 (A 3042) en un supuesto en el que «el proceado observó que la víctima se encontraba sentada en un bar se acercó al mismo y con el pretexto de ponerle bien una cadena de plata con crucifijo que llevaba al cuello, valorada en 2.000 ptas., le dio un tirón sacándosela por la cabeza sin llegar a romperla, negándose a devolvérsela pese a los requerimientos que su dueño le hizo». En este caso señaló el TS: «Ciertamente es que una reiteradísima doctrina jurisprudencial de esta Sala [...] viene declarando que con carácter general el apoderamiento mediante el denominado 'tirón' supone el ejercicio de violencia sobre las personas previsto para la tipificación del delito de robo en los arts. 500 y 501 del Código Penal; pero no menos exacto es que tal doctrina general ha sido matizada en ocasiones por la misma jurisprudencia, que excepcionalmente califica como hurto tales conductas [...] si prepondera la habilidad sobre la fuerza, pues en tales casos no existe el 'tirón' propiamente dicho, es decir, el asimiento violento del objeto, de modo que el apoderamiento se realiza 'sin' la voluntad del despojado (hurto) más que 'contra' (robo) la voluntad del mismo»

ímpetu de fuerza que se ejerza sobre la persona poseedora del objeto delictivo para vencer la natural resistencia que pueda oponer al acto de desapoderamiento, decidiéndose los supuestos fronterizos en favor del hurto sólo cuando en el apoderamiento predomine la habilidad sobre la fuerza física, por ser esta última inexistente o apenas perceptible; y quedando excluidos en todo caso de la calificación más leve de hurto los supuestos en que exista un tirón propiamente dicho, entendido como asimiento violento del objeto, por poca que fuera la presión que hacía la víctima para sujetarlo, puesto que el forcejeo no es elemento de hecho necesario de la figura del robo con violencia»⁶. Lo que se aplica en los supuestos del tirón es la fuerza directamente sobre la cosa para arrebatársela al sujeto pasivo. Dependiendo de cómo incida esa fuerza sobre la persona se podrá decir que se está ante un hurto o ante un robo. La jurisprudencia señala que «el procedimiento depredatorio consistente en arrebatar a la víctima más o menos desprevenida el objeto del delito mediante un tirón supone ya el empleo de la *vis physica* constitutiva del robo violento, pues aunque la energía corporal se ejerza en principio sobre la cosa apetecida por el delincuente, esa fuerza repercute directamente sobre el sujeto pasivo, y se dirige a quebrantar su resistencia, aun pasiva e involuntaria, a la sustracción, sin importarle al agente las eventuales consecuencias lesivas de su conducta»⁷.

La doctrina, por su parte, se encuentra dividida. Se pueden distinguir tres posturas:

1.^a) Niega que haya violencia. En este sector podemos incluir a Rodríguez Devesa, quien, al analizar si el arrancar un objeto a la víctima desprevenida, por ejemplo, un bolso de señora, es o no violencia, estimaba que «en nuestro derecho estos supuestos no pueden considerarse, en principio, incluidos en el concepto de violencia. Porque falta el ataque a la libertad de la voluntad y, por otra parte la psicología del descuidero, característica de estos casos, no es la del ladrón violento, pues aprovecha el descuido para dar el tirón. No fuerza la voluntad del sujeto pasivo, aprovecha el momento en que no piensa en la defensa de la cosa»⁸.

2.^a) Es el sector mayoritario, que considera que «hemos de distinguir dos grupos de casos. En primer lugar, aquellos en los que la cosa se obtiene con habilidad, al estilo del carterista, en los que...destaca la

⁶ STS 15-1-1998 (A 550).

⁷ En este sentido, entre otras, SSTS: 14-11-1988 (A 9156); 10-2-1989 (A 1533); 19-1-1990 (A449) 23-1-1990 (A 479); 3-12-1992 (A 9919); 15-1-1998 (A 550).

⁸ RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP español, PE, 17.^a ed., Madrid, 1994, pág. 431.

habilidad frente a la fuerza y que se calificarían de hurto...; y en segundo lugar aquellos en los que el autor del hecho tiene que utilizar la fuerza para desprender el bolso que de un modo más o menos seguro lleva agarrado el sujeto pasivo. En estos casos y siempre que la fuerza del tirón se utilice para vencer la oposición del sujeto pasivo, aunque sea una oposición involuntaria, debemos calificar el hecho de delito de robo»⁹. Así parece que la doctrina está de acuerdo en que en los casos en que concurra el factor sorpresa, es decir, en los que el sujeto activo, aprovechando un descuido de la víctima y cogiendo a ésta por sorpresa, le arrebatara la cosa mueble ajena, la cuestión es cuando menos discutible; y que en la mayoría de estos casos en que la fuerza aplicada no incide en la persona estamos ante un hurto¹⁰. Cuando la fuerza ejercida sobre la cosa repercute en la persona estaremos ante un robo violento.

3.^a) Por último, podemos hablar de un tercer sector doctrinal, que considera que en estos casos podemos encontrarnos ante un robo con fuerza; así señala Queralt Jiménez¹¹: «...la mayoría de los hechos que cabe subsumir bajo la modalidad comisiva del tirón: no sería delito de robo con violencia sobre las personas...De esta suerte, al no producirse lesión alguna, pese al maltrato, ni ser la fuerza física la violencia típica del robo con violencia sobre las personas, la infracción en juego sería, como se ha propuesto...el del robo con fuerza en las cosas —fractura interna: de una cartera cerrada, por ejemplo (art. 238.3.º...)— o el hurto».

b) Por otra parte, en la regulación actual nos encontramos dentro del robo violento con un tipo básico¹², un tipo agravado¹³ y un tipo pri-

⁹ Así PÉREZ MANZANO, en: Bajo Fernández (dir.), Compendio de DP, PE, II, Madrid, 1998. pág. 398. También encuadrado en este grupo VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSAC, (VIVES ANTÓN/BOIX/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSAC, DP, PE, pág. 404), para quien «no sería correcto entender que los casos de sustracción mediante tirón son, sin más hurtos; pero, parece que, de entre ellos, ha de reservarse la calificación de robo para los que impliquen el empleo de una auténtica violencia personal. Todo lo que exceda del ámbito delimitado por ella queda fuera del tipo. Aplicar, más allá de ese margen, la figura del robo violento implica el recurso de una analogía in malam partem, a una analogía prohibida, que no puede justificarse, como hace la jurisprudencia, en consideraciones político-criminales más o menos certeras; pero que, en cualquier caso, competen al legislador».

¹⁰ En este sentido, GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), Curso de DP Español, PE, I, Madrid págs. 618 ss.; MUÑOZ CONDE, DP, PE, 11.ª ed., 1996, pág. 340.

¹¹ QUERALT JIMÉNEZ, DP Español, PE, 3.ª ed., Barcelona, 1996, pág. 357.

¹² Art. 242.1 CP: «El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase».

¹³ Art. 242.2 CP: «La pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevare, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren».

vilegiado¹⁴. A continuación haremos referencia al subtipo privilegiado y su posibilidad de aplicación al caso que comentamos del tirón.

El tipo de robo privilegiado del apartado tercero del art. 242 ha sido creado por el legislador en el CP 1995 para casos en que la violencia o intimidación ejercida sean de escasa entidad¹⁵. En estos supuestos la pena a imponer es inferior a la del robo violento básico, pero superior a la del hurto. La jurisprudencia ha manifestado que este tipo privilegiado ha sido creado por el legislador precisamente para resolver los supuestos del tirón. Así señala que: «... la aplicación del subtipo atenuado del art. 242.3 del Código Penal, cuya finalidad no es sino paliar el notable endurecimiento que en el nuevo Código experimenta la pena mínima del robo en casos fronterizos, que por ser la violencia o intimidación insignificantes, se aproximan al hurto»¹⁶. En sentido similar aclara el TS que la norma contenida en el art. 242.3 CP «tiene una doble utilidad: permite adaptar la pena a la menor antijuridicidad del hecho a fin de conseguir la necesaria proporcionalidad y, además, nos aclara que también son delito de robo (y no delito o falta de hurto) los hechos en que la violencia o intimidación son de menor entidad, como pueden ser los casos de amenazas leves o los de sustracción de bolso por el procedimiento del tirón, con la salvedad de que pueden existir tirones de esta clase con violencia no menor, como son los casos en que se arrastra el cuerpo de la víctima que se sujeta el objeto que se le quiere sustraer. Del texto del artículo 242.3 se deduce que la facultad de bajar un grado la pena viene determinada por dos criterios, uno principal, la menor entidad de la violencia y otro secundario (carácter que se revela por la palabra además) que son las restantes circunstancias del hecho»¹⁷.

Por su parte la doctrina también se ha pronunciado sobre el art. 242.3 CP. Así para Muñoz Conde, el precepto «está pensado para casos límite, como por ejemplo, el apoderamiento de un bolso por el procedimiento del tirón, en los que siempre se discute la diferencia entre el hurto y el robo», aunque este autor considera que el precepto es superfluo «porque con la calificación de hurto agravado del art. 235.4, puede con-

¹⁴ Art. 242.3 CP: «En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo».

¹⁵ El Proyecto de Código penal de 1992 fue el que introdujo esta idea aunque utilizando una expresión distinta: «violencia o intimidación insignificantes».

¹⁶ Así, STS 15-1-1998 (A 550).

¹⁷ STS 10-12-1998 (A 9664). En sentido similar se pronuncian también las Audiencias Provinciales a la hora de aplicar el tipo atenuado del art. 242.3 CP; así por ejemplo SAP Zaragoza 3-3-1998 (ARJ 1998\1181) señala: «porque aunque el tirón implique violencia en las personas, la misma puede ser objeto de graduación en función sobre todo de las consecuencias producidas».

seguirse el mismo efecto atenuatorio»¹⁸. Para González Rus¹⁹ «la atenuación debe apreciarse cuando la violencia integra el maltrato de obra del art. 617.2 o la amenaza leve del 620.1... dentro de las restantes circunstancias del hecho podrán considerarse las relativas, por ejemplo, a la reducida cuantía de la cosa robada. No obstante su consideración es además de la relativa a la entidad de la violencia que resulta preferente, por lo que la atenuación no procederá, por escasa que sea la cuantía, cuando la violencia sea grave». En opinión de Benéitez Merino²⁰, «el apartado tercero del art. 242 es una concesión al ámbito judicial para reducir la pena, con fundamento en una minusvaloración del hecho y sus circunstancias. Debe tomarse en consideración a estos efectos no solamente la acción instrumental, sino también la acción final y su resultado. Un robo por el procedimiento del tirón de un bolso con contenido de escaso valor puede ser el paradigma de esta clase de hechos».

No comparto la opinión de Muñoz Conde respecto de la superfluidad del tipo atenuado, ya que a pesar de que efectivamente se puede conseguir el mismo efecto atenuatorio aplicando el art. 235.4, no alcanzo a comprender en qué medida puede resultar aplicable a los supuestos del tirón el subtipo cualificado²¹. En mi opinión no se puede establecer un criterio general y apriorístico al respecto, es decir, no se ha de aplicar en todos los supuestos del tirón el robo violento, ni el subtipo privilegiado, ni el hurto, porque «hay tirones y tirones»²². Aunque entiendo que en ningún caso cabe aplicar a estos casos el robo con fuerza en las cosas, como opina Queralt²³, y ello porque el hurto dejaría de tener significado, pues, si como el mencionado autor opina, los casos del tirón lo fueran de robo con fuerza en las cosas concurriendo la circunstancia de fractura interna, todos los apoderamientos subrepticios

¹⁸ MUÑOZ CONDE, DP, PG, 11.ª ed., Valencia, 1996, pág. 344.

¹⁹ GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), Curso de DP Español, PE, I, Madrid, pág. 621.

²⁰ BENÉITEZ MERINO, Comentario al art. 242, en: CONDE PUMPIDO (dir.), Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia, II, 1997, arts 138 a 385, pág. 2622.

²¹ Esta circunstancia, como el propio MUÑOZ CONDE (DP, PG 11.ª ed., 1996, pág. 326) considera, se refiere a situaciones similares de desequilibrio entre el sujeto activo y el pasivo. Quizá sea ahí donde este autor vea la posibilidad de aplicación del hurto agravado al caso del tirón, es decir, el sujeto pasivo del delito está colocado en una situación de inferioridad respecto al sujeto activo, que precisamente aprovecha esa situación de inferioridad. Sin embargo no veo en qué puede consistir esa situación de superioridad que aprovecha el sujeto activo, pues lo que normalmente se viene alegando por doctrina y jurisprudencia para apreciar esa circunstancia, son situaciones como la minusvalía, la ceguera etc.

²² En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), Curso de DP Español, PE, I, 1996, pág. 617.

²³ QUERALT JIMÉNEZ, DP Español, PE, 3.ª ed., 1996, pág. 357.

de objetos «cerrados» pasarían a constituir robo con fuerza en las cosas. Por ejemplo, A se apodera al descuido en un supermercado de una cinta de cassette, y cuando llega a su casa rompe el precinto y abre la caja para poder tener acceso a la cinta: ¿es esa conducta constitutiva de robo con fuerza en las cosas?. Creo que no. En el mismo sentido se pronuncia el TS en la sentencia objeto del presente comentario respecto de si cabe o no delito de robo con fuerza en las cosas en supuestos del tirón, señalando que «el artículo 238, que especifica supuestos especiales equivalentes a la fuerza en las cosas, por otra parte, refiere casos en los que se percibe, en principio la misma idea, dado que todos los supuestos conciernen a la fuerza (real o ficticia) utilizada para acceder al lugar en que las cosas se encuentran. Consecuentemente, en la medida en la que en este caso no se ha ejercido fuerza para acceder al objeto de la apropiación, se debe descartar la aplicación del tipo penal del robo con fuerza en las cosas».

Por tanto, habrá casos en que se deba aplicar el hurto, en otros casos el robo violento en su modalidad de tipo básico y en otras ocasiones se aplicará el tipo privilegiado de robo violento. No hemos de olvidar que, para encontrarnos ante el robo, la violencia ejercida sobre la cosa ha de repercutir en la persona. Para saber si la entidad de la violencia en un determinado supuesto es o no de escasa entidad, se tiene que realizar —en mi opinión— un juicio *ex ante*²⁴, es decir, se ha de atender al momento en que se ejerció la violencia, independientemente del resultado que se produzca después, aunque ese resultado sí que ha de ser tenido en cuenta al valorarse las restantes circunstancias del hecho; y de ese modo, teniendo en cuenta los dos aspectos a los que se refiere el precepto —la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y las restantes circunstancias del hecho—, sabremos si nos encontramos o no ante el tipo privilegiado. Por ejemplo, si A camina por una acera cuando se le acerca B en un vehículo a motor que circula a una velocidad considerable y le da un tirón de gran entidad, estamos ante el tipo básico (ya que no se puede considerar que la violencia ejercida haya sido de escasa entidad), y ello independientemente de cuál haya sido el resultado posteriormente producido: puede ocurrir que caiga al suelo y sea arrastrada unos metros y se produzcan así lesiones graves o incluso la muerte, o por el contrario puede ocurrir que la víctima no sufra ninguna lesión, pero en ambos casos se está ante el tipo básico. Y lo mismo ocurre si el sujeto activo del delito se acerca a su víctima de una manera subrepticia y le propina un tirón con tan mala suerte que la víctima cae al suelo y sufre lesiones graves; en este su-

²⁴ Indudablemente se produce también a la hora de aplicar este tipo privilegiado del art. 242.3 un juicio *ex post*, y ello se hará al valorar las demás circunstancias del hecho.

puesto no cabe considerar —en mi opinión— que la violencia ejercida entre en el tipo privilegiado del art. 242 CP, sino que por el contrario, aunque la violencia ejercida ha sido de escasa entidad, como el resultado producido ha sido grave, no cabe aplicar el subtipo privilegiado, ya que lo que nos dice el CP es que tengamos en cuenta la escasa entidad de la violencia o intimidación ejercida valorando además las restantes circunstancias del hecho²⁵. En definitiva, la escasa entidad de la violencia (dato a valorar *ex ante* y con independencia del resultado) no es el único dato a tener en cuenta: la gravedad del resultado puede y debe valorarse también entre «las restantes circunstancias del hecho».

La sentencia que comentamos me parece acertada en este punto, ya que establece, por una parte, que estamos ante un robo violento: «La jurisprudencia de esta Sala ha apreciado la concurrencia de violencia en las personas cuando es necesario el empleo de fuerza física para vencer la resistencia anterior o concomitante de la víctima desapoderada del objeto del robo. Sólo excepcionalmente, cuando sobre el empleo de fuerza física ha predominado manifiestamente el factor sorpresa sería posible pensar en la inexistencia de violencia. La cuestión debe ser analizada con especial cuidado en los casos de la modalidad comisiva del tirón. El hecho probado de la sentencia recurrida revela, sin embargo, que en el presente caso no se da una excepción de estas características, dado que la víctima evidentemente retuvo el bolso todo lo que pudo, hasta el punto que ésa ha sido la causa que explica la caída que le produjo las lesiones. En los casos en los que, como el presente, el tirón produce la caída del sujeto pasivo, la exclusión de la violencia es prácticamente imposible». Y, por otra parte, rechaza la aplicación del tipo privilegiado. Frente a la alegación de la defensa de uno de los procesados, de aplicación del artículo 242, tercer párrafo, CP, basándose en que la violencia no ha sido ejercida sobre la víctima sino sobre el objeto que portaba, el TS no admite la cuestión considerando que «que si bien el autor ejerció la fuerza sobre el objeto al apoderarse de él en primer término, no es posible soslayar que también tuvo que vencer la resistencia física del sujeto pasivo para alcanzar su objetivo».

IV

Antes de entrar en el análisis del supuesto concreto que vamos a comentar, haré referencia a algunas cuestiones básicas de coautoría y de su distinción respecto de la cooperación necesaria.

²⁵ En el mismo sentido, PÉREZ MANZANO, en: BAJO FERNÁNDEZ (dir.), Compendio de DP, PE, II, 1998, pág. 416.

a) En la vida cotidiana, el ser humano no suele actuar solo, sino junto con otros. Esto mismo ocurre en los supuestos delictivos, el sujeto interviene en hechos delictivos en compañía de otros. Y es ahí donde se plantean numerosas cuestiones sobre codelicuencia. Se ha de determinar quién, de todos los que intervienen en un hecho, es autor y quién es un mero partícipe²⁶, o si puede haber varios intervinientes en un mismo hecho que sean autores²⁷ o coautores. Cuando varias personas realicen un hecho delictivo conjuntamente y exista además acuerdo mutuo se podrá hablar de coautoría.

El concepto de coautoría depende del concepto de autor del que se parta. La doctrina actual define a los coautores en función de la teoría que se admita en torno a la autoría: así, algunos la definen como los que de mutuo acuerdo realizan conjuntamente un hecho o como pluralidad de sujetos que se reparten funcionalmente la ejecución de un hecho, y se está partiendo en este caso del dominio funcional del hecho²⁸. Otros hablan de la presencia de varios autores inmediatos en el mismo hecho y señalan que lo relevante será decidir cuándo cabe apreciar que alguien ha intervenido en la ejecución conjunta del hecho²⁹. Otra opinión doctrinal sostiene que la coautoría supone la realización compartida por varios sujetos de la acción típica, la determinación objetiva y positiva conjunta del hecho³⁰. Para otros, lo acertado es considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo,

²⁶ Ello porque se parte de un sistema diferenciador.

²⁷ Autores accesorios para el caso en que no se cumpla el requisito subjetivo de la coautoría: el acuerdo común.

²⁸ La teoría del dominio funcional del hecho es compartida por un amplio sector en la doctrina española. Así, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del delito*, DP, PG, Madrid, 1984, págs. 128 ss; CHOCLÁN MONTALVO, *La autoría y la participación*, LL, 1996-1, pág. 1644; GÓMEZ RIVERO, *Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y la participación*, LL, 1996-1, pág. 1627; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y la participación*, 1996, págs. 64 ss; MORENO Y BRAVO, *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, Madrid, 1997, págs. 53 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en la coautoría*, AP, 1997, nm. 43, si bien este autor señala que no tomará partido, pero parece inclinarse por el dominio funcional; BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, PG, Madrid, 4.ª ed., 1997, págs. 365 ss., PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Granada, 1998, pág. 138.

²⁹ QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho Penal*, PG, 1996, pág. 481.

³⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, 1991, págs. 625 ss., siguiendo la construcción de LUZÓN PEÑA, *La «determinación objetiva del hecho»*. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP, 1989, págs. 889 ss., = *Estudios Penales*, Barcelona, 1991, págs. 197 ss., si bien DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO hace la precisión adicional de que los coautores tienen que realizar la acción típica nuclear. Admite la determinación objetiva y positiva del hecho, siguiendo a estos autores, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, págs. 397 ss.

sino a todos los que aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. A todos ellos pertenece el hecho, que es obra inmediata de todos, los cuales comparten su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar³¹.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha acudido durante una larga etapa a la teoría del acuerdo previo, si bien esta teoría está siendo superada³² y actualmente acude a la teoría del dominio del hecho³³.

Lo primero que hay que destacar es que la autoría se manifiesta de tres formas distintas: como autoría directa, como autoría mediata y co-

³¹ MIR PUIG, Derecho Penal, PG, 5.ª ed., 1998, pág. 389.

³² Un análisis sobre la evolución jurisprudencial de la teoría del acuerdo previo puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, págs. 361 ss.

³³ Al análisis jurisprudencial realizado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, desde la publicación de la obra de GIMBERNAT (Autor y cómplice en DP, Madrid, 1966), añade PÉREZ ALONSO, La coautoría y la complicidad (necesaria), 1998, págs. 126 ss., una cuarta línea jurisprudencial, la línea seguidora del dominio del hecho. Baste como ejemplo citar una reciente STS 14-12-1998 (A 10345) en la que se analiza la responsabilidad del «cerebro» del golpe, es decir, el llamado «jefe de la banda», quien planifica, organiza, prepara, dirige a distancia, gestiona el aprovechamiento del botín y se beneficia de un atraco. En este caso el TS consideró que estábamos ante un coautor y señala que: «La realización conjunta del hecho implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del pactum scaeleris y del co-dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución.». Hace una referencia a esta sentencia SOTO NIETO, Coautoría. Plurales intervinientes en la realización del delito. Funciones de planificación, organización y dirección, LL, 1999-2, págs. 1788 s., quien considera que «la idea del dominio funcional del hecho representa una fórmula que, aun no perfecta, sintoniza con la apreciación del desvalor de las conductas en conjunta movilización y desarrollo. Ello permite valorar determinadas funciones en las que el interviniente no ejecuta ningún elemento típico pero asume tareas organizativas y de dirección básicas para el éxito del proyecto criminal». Acepta también la teoría del dominio funcional del hecho la STS 5-3-1999 (A 1295) que señala: «Una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho. Serán, pues, coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho». En el mismo sentido SSTS 7-11-1997 (A 7845), 6-4-1998 (A 4017), 9-10-1998 (A 8053), 18-2-1999 (A 1175). Señala también la penetración de la teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia española en los últimos años DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria, EJB, 2.ª ed., en prensa.

mo coautoría; los coautores son, por lo tanto, autores. Luego para determinar si se está ante un coautor, lo primero que se tiene que saber es si su conducta puede o no englobarse dentro de la autoría. Esta es la premisa de la que se ha de partir. Es fundamental aceptar un concepto de autor y ser lo más respetuoso posible con él.

El art. 28 del CP hace referencia por primera vez a los supuestos de coautoría, y establece: «Son autores quienes realizan el hecho...conjuntamente». Para una gran parte de la doctrina este artículo se inspira directamente en la doctrina del dominio del hecho³⁴. Aunque, como señala JUANES PECES, «de aceptarse esta última solución habría que redefinir los conceptos de cooperador necesario y cómplice, sobre bases parcialmente distintas a las mantenidas en la actualidad por la doctrina y la jurisprudencia»³⁵. Para determinar quién realiza el hecho hemos de acudir —en mi opinión— a los tipos de la parte especial³⁶. El sujeto que realice la conducta típica será autor. En los delitos puramente resultativos se plantea la difícil cuestión de determinar cuáles son las acciones típicas, cuáles de las acciones que se han realizado son las que «realizan el hecho conjuntamente», es decir, cuáles de las acciones son de auténtica autoría y cuáles son de mera participación. Sin embargo, en el delito que nos ocupa, el robo violento, la cuestión es más sencilla, pues las acciones típicas son claramente dos: el ejercicio de la violencia o intimidación³⁷ y el apoderamiento de la cosa mueble ajena. Es decir, estamos ante un tipo complejo, un delito que se integra por diversas acciones que pueden constituir varios delitos. Por ello, deberemos analizar si la con-

³⁴ Vid. PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria)*, 1998, págs. 389 ss., señala que «la interpretación más convincente de la nueva legalidad sobre la autoría y participación la ofrece al teoría del dominio del hecho» (pág. 391). Reconoce además este autor (págs. 392 s.) que la coautoría plasmada legalmente, como «realización conjunta del hecho» (art. 28, 1.º CP), se define por el criterio del dominio (positivo y material) funcional (acordado y final) del hecho (punible), poseyendo además las características personales y especiales de la autoría (idónea). Para PÉREZ ALONSO (pág. 390, nota 51), el término «conjuntamente» del art. 28.1 CP, con el que se define la coautoría —como dominio funcional del hecho— se ha tomado del «*gemeinschaftlich*» del § 25.2 StGB. No estoy de acuerdo con este autor, y ello porque aunque ambos términos signifiquen lo mismo, eso no quiere decir que en el art. 28 CP se esté haciendo referencia a la teoría de dominio funcional del hecho, porque entonces deberíamos preguntarnos dónde está en la legislación alemana el «*notwediger Gehilfe*» (cooperador necesario).

³⁵ JUANES PECES, *La autoría y la participación, a la luz de la doctrina de la teoría del dominio del hecho*, LL, 1997-2, pág. 1677.

³⁶ Véase, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, 1991, págs. 708 ss. y las notas bibliográficas que allí se citan.

³⁷ Cosa distinta es que la violencia o intimidación sea ejercida entre varios; ahí deberemos delimitar si todas las actuaciones lo son de autoría o por el contrario hay alguna de participación.

ducta de cada uno de los sujetos puede quedar integrada dentro de la violencia o la intimidación o dentro del apoderamiento.

En el caso objeto de este comentario, el TS califica a los tres intervinientes en el hecho como coautores, aplicando la teoría del dominio del hecho tal y como se ha entendido por un sector doctrinal en Alemania a supuestos ocurridos en España. Sin embargo, en mi opinión no podemos sin más trasladar las soluciones de la doctrina alemana a la española, sobre todo en materia de autoría y participación, dado que la regulación legal es diferente y ello porque nosotros tenemos una figura de la que ellos carecen: la cooperación necesaria³⁸. Y aunque un sector en la doctrina española aboga por su supresión³⁹, lo cierto es que está en el

³⁸ En este sentido se han manifestado diferentes autores; así, entre otros, haciendo referencia al anterior Código penal, GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia, PJ, 27, 1992, págs. 193 ss., quienes señalan «la inadecuación de extrapolar a un ordenamiento jurídico una construcción doctrinal nacida para interpretar otro muy distinto, pasando por encima de su tradición jurídica [...] la teoría del dominio funcional del hecho sólo aporta una imagen de la autoría, y no un criterio certero y seguro acerca de la misma [...] conduce a una ampliación de la autoría a comportamientos de mera participación»; LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad en el delito, 1997, págs. 393 ss., quien señala que: «Los problemas que plantea la aplicación del dominio funcional del hecho provienen de la pretensión de trasladar directamente a nuestra legislación una teoría desarrollada en Alemania para una regulación legal diferente, caracterizada precisamente por no disponer de una figura similar a la del cooperador necesario»; DIEZ RIPOLLÉS, Una interpretación provisional, del concepto de autor en el nuevo código penal, RDPCr, 2.ª época, 1, 1998, pág. 43, señalando que «El dominio funcional del hecho es un concepto cuyo surgimiento sólo se explica en el marco de legislaciones carentes de una figura como la cooperación necesaria».

³⁹ En este sentido, entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, prólogo a Pérez Alonso, La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal, 1998, pág. XVI, quien califica la figura del cooperador necesario de «rancia, desfasada y prescindible (aunque legislativamente incombustible e inmortal)». También PÉREZ ALONSO, La coautoría y la complicidad (necesaria), 1998, pág. 411, siguiendo a CEREZO MIR, Autoría y participación en el Borrador de Anteproyecto de Código penal. Parte General, de octubre de 1990, en Estudios sobre la moderna reforma penal española, 1993 pág. 190, señalando como el más grave defecto de la regulación de la autoría y la participación en el Borrador de 1990 el mantenimiento de la figura del cooperador necesario; BACIGALUPO, Notas sobre la propuesta de anteproyecto de nuevo código penal, RFDUC, 6, 1983, pág. 59; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TÓCILDO, Derecho Penal, Parte General, 2.ª ed., 1986, pág. 546. En contra de la desaparición de esta figura, entre otros autores, GÓMEZ RIVERO, Regulación de las formas de participación. intentada y de la autoría y la participación, LL.1996-1 pág. 1627; LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad, 1997, pág. 431 ss. Vid sobre propuestas de *lege ferenda* y de *lege data* respecto de la figura del cooperador necesario, PÉREZ ALONSO, La coautoría y la complicidad (necesaria), 1998, págs. 409 ss. En un sentido intermedio, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría y participación, LL, 1996-2, pág. 1287, quien pone de relieve que el legislador ha hecho bien en ser cauto y mantener la figura de la cooperación necesaria con la rebaja obligatoria de la pena, pero que debería reflexionarse sobre la mencionada figura para una posible revisión futura del texto legal.

Código y no podemos prescindir de ella; y mucho menos cuando esa figura está ahí para resolver problemas como el que nos ocupa, en el que no podemos considerar coautores a los tres intervinientes y en el que sin embargo observamos que los tres son merecedores de igual pena.

Además el TS, en este caso, alude expresamente al condominio, pero no hace referencia a nada más, se limita a decir que «los acusados han tenido el condominio del hecho y, por lo tanto, han ejecutado el hecho como coautores». Lo cierto es que los tres sujetos se pusieron de acuerdo para dar «algún tirón». Hasta ahí, lo único que podemos decir es que se cumple el primer requisito para que podamos hablar de coautoría: el acuerdo común. Es algo comúnmente admitido que este requisito es necesario pero no suficiente⁴⁰. Sin embargo, parece que al TS le basta con este acuerdo común para afirmar la coautoría.

Intentaré demostrar a lo largo de la presente exposición que la teoría del dominio funcional del hecho⁴¹ aplicada por nuestro más alto Tribunal no es la más adecuada en una legislación como la nuestra⁴². Y ello, además, porque en algunas ocasiones parece que se retorna a la te-

⁴⁰ De la corriente general de exigir un acuerdo recíproco o común discrepan fundamentalmente autores alemanes: JAKOBS (AT, 1983, pág. 511) y sus discípulos LESCH (Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105. 1993, págs. 271 ss.) y DERKSEN (Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft, GA, 1993, págs. 163 ss.), quienes desarrollando la construcción de su maestro rechazan también la necesidad de exigir la resolución conjunta al hecho para fundamentar la coautoría, todos desde la teoría del dominio del hecho.

⁴¹ Sobre los elementos del dominio funcional del hecho: plan común (aunque algunos autores no lo exigen), la esencialidad en la contribución y la contribución en la fase ejecutiva, puede verse DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en Derecho Penal, 1991, págs. 653 ss., quien rechaza dicho dominio funcional del hecho. Véase igualmente, ROXIN, Kommentar zum § 25, LK, 11.ª ed., 1993, nm. 173 ss.

⁴² Sobre la aplicación de la teoría del dominio funcional del hecho a la coautoría ha habido ya importantes comentarios por parte de la doctrina española. La teoría del dominio funcional del hecho aplicada en España no es admitida por toda la doctrina y ha sido objeto de críticas; así por ejemplo los comentarios a la STS 21-2-1989, si bien con arreglo a la legislación anterior, BALDÓ LAVILLA y otros, Autoría y participación en determinados supuestos de vigilancia, PJ, 1992, 27, págs. 189 ss. En este supuesto se fundamentó la coautoría del vigilante en un robo en la teoría del dominio funcional del hecho. Esta sentencia, que rechaza expresamente los postulados de la teoría formal objetiva y que considera los actos de vigilancia como actos de coautoría, afirma que la teoría del condominio funcional del hecho es un concepto que presupone una división de tareas mediante la cual cada uno de los partícipes ejerce parcialmente el dominio del hecho en el estadio de la ejecución y que el que espera en un coche dispuesto para alejar a los autores del atraco del lugar del hecho realiza un aporte esencial para la consumación y que al haber tenido en sus manos la conducción del automóvil, el recurrente tuvo el dominio de una parte del plan común y, por tanto, un

oría del acuerdo previo, a pesar de que el propio TS considere que el acuerdo previo no es suficiente para fundamentar la coautoría, sino que constituye un requisito, pero no el único, de la coautoría. Por ello, estoy de acuerdo con las opiniones vertidas por González Cussac/Mira Benavent cuando señalan que «la teoría del dominio funcional del hecho no difiere de la elaboración jurisprudencial del acuerdo previo, que parece seguir todavía guiando la mano del Tribunal Supremo»⁴³.

En concreto, trataré la admisión de la teoría del dominio funcional del hecho para caracterizar la coautoría o el rechazo a dicha teoría, considerando más válida la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho⁴⁴.

dominio funcional de todo el hecho. Frente a estas afirmaciones del TS, las posturas doctrinales fueron diversas; así GÓNZALEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, Autoría y participación en determinados supuestos de vigilancia, PJ, 1992, 27, pág. 193, señalan muy acertadamente en mi opinión que «la teoría del dominio del hecho, surgida en el seno del finalismo para explicar el derecho positivo alemán, se quiere implantar a un Derecho, como el español, que no sólo contiene una regulación distinta de la coautoría, sino que además ofrece literalmente en el artículo 14.1 una definición restringida de autor sobre la base de tomar parte directa en la ejecución del hecho»; para estos autores la conducta del que vigila es de participación. PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, Autoría y participación en determinados supuestos de vigilancia, PJ, 1992, 27, págs. 196 ss., reconocen que con la teoría del dominio funcional del hecho se amplía el concepto de autor a conductas que no constituyen una propia realización del tipo, sin embargo; ello no les parece criticable. Señalan también que el criterio objetivo-formal sí puede explicar adecuadamente la consideración como coautores de quienes realizan actos típicos o, al menos, ejecutivos, señalando que si la conducta del sujeto consiste en conducir el vehículo hasta alejarse de lugar de los hechos, el acto del sujeto forma parte directa de la ejecución del apoderamiento en virtud de la doctrina jurisprudencial de la disponibilidad como criterio de la consumación en los delitos contra la propiedad; sin embargo, si el sujeto se limita a conductas como la de vigilar, situar el automóvil en las inmediaciones de la joyería y proporcionárselo en el momento oportuno a los compinches, pero sin conducirlo, habría que negar la existencia de un acto de ejecución, mientras que la tesis del dominio funcional del hecho permite admitir también la coautoría. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, Autoría y participación en determinados supuestos de vigilancia, PJ, 1992, 27, págs. 203 ss., rechazan que el vigilante sea coautor, pues para ellos la idea del dominio funcional para fundamentar la coautoría es rechazable, al suponer una extensión del concepto de autor más allá del tipo; BALDÓ LAVILLA/SILVA SÁNCHEZ, Autoría y participación en determinados supuestos de vigilancia, PJ, 1992, 27, págs. 212 ss., consideran que la conducta del vigilante es este caso es efectivamente de coautoría, pero ello es así porque estamos ante una vigilancia cualificada, y en los casos de vigilancia cualificada el sujeto sí realiza una acción ejecutiva del hecho típico: la de apoderamiento. A estas opiniones realiza una réplica el ponente de la sentencia, BACIGALUPO, Notas sobre el fundamento de la coautoría en Derecho penal, PJ, 1993, 31, págs. 31 ss.

⁴³ GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia, PJ, 1992, 27, pág. 195.

⁴⁴ No estudiaré, por tanto, otras concepciones, igualmente importantes, de la autoría. Véase sobre ello, por todos, la excelente exposición de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, *passim*.

b) El gran problema, al menos desde el punto de vista del que aquí se parte⁴⁵, es la *delimitación entre coautoría y cooperación necesaria*. Sin embargo, la cuestión puede ser distinta dependiendo del concepto de autoría del que se parta. Según la opinión de un sector doctrinal el cooperador necesario es siempre un coautor; para otros será a veces coautor y a veces partícipe; por fin, para otro sector doctrinal, el cooperador necesario es siempre partícipe⁴⁶.

Un sector doctrinal considera que el coautor no es otro que el que aporta una contribución esencial al hecho en la fase ejecutiva y con acuerdo común; sin embargo, si ese mismo sujeto aporta también una contribución igualmente necesaria pero lo hace en la fase preparatoria entonces es cooperador necesario⁴⁷. Así lo esencial para estimar que estamos o no ante una conducta de autoría es que el sujeto haya o no intervenido en la fase ejecutiva.

Especial consideración merece la opinión de PÉREZ ALONSO, por ser el estudio más completo realizado en España sobre la coautoría. Este autor llega desde la teoría del dominio del hecho⁴⁸, a la conclusión de que «el cooperador necesario a veces es coautor, porque tiene el dominio funcional del hecho, y a veces es partícipe que contribuye a un hecho ajeno dominado por el autor principal⁴⁹». Es decir, que si existe acuerdo común y se realiza una aportación esencial en la fase ejecutiva, se es coautor y sin embargo, si no hay acuerdo común, aunque se realice una aportación esencial ya no se tiene dominio del hecho, sino que el sujeto contribuye a un hecho ajeno dominado por otro, por el autor principal, y entonces ya no es coautor sino partícipe.

Para este autor «el cooperador necesario al que se refiere el art. 28,2.º b) CP es siempre partícipe en un hecho injusto dominado por el autor. Con carácter general podría decirse que es cooperador necesario todo aquel que presta una contribución esencial durante la fase preparatoria del hecho ajeno, o bien durante su ejecución, faltando el acuerdo mutuo o careciendo, en su caso, de las cualidades especiales exigidas por el correspondiente tipo para ser autor idóneo». Es decir, que

⁴⁵ La coautoría es una forma de autoría y la cooperación necesaria lo es de participación.

⁴⁶ Vid., PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria)*, 1998, págs. 22 ss., que expone perfectamente estas tres corrientes.

⁴⁷ En este sentido BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, PG, 4.ª ed, 1997, pág. 366 ss.; le sigue MORENO Y BRAVO, *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, Madrid, 1997, pág. 51.

⁴⁸ PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria)*, 1998, págs. 138, 165 s., y en general a lo largo de toda su obra.

⁴⁹ PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria)*, 1998, pág. 87.

para Pérez Alonso caben las siguientes posibilidades para entender que estamos ante una conducta de cooperación necesaria.

1. Realización de contribución esencial en fase preparatoria.
2. Realización de contribución esencial en fase ejecutiva y sin acuerdo mutuo.
3. Realización de contribución esencial en fase ejecutiva faltando alguna cualidad especial exigida por el tipo.

Centrándome en la segunda posibilidad, entiendo que según Pérez Alonso será cooperador necesario el que realice una contribución esencial en fase ejecutiva y sin acuerdo mutuo. Ahora bien, si ese mismo sujeto realiza esa misma aportación, pero lo hace con acuerdo mutuo entonces será un coautor. Luego parece que lo que le interesa no es la aportación que se realice, sino si hubo o no acuerdo común. ¿No se está concediendo de este modo un papel excesivo al acuerdo común?. Considero que Pérez Alonso⁵⁰ debería haber concluido, fiel a sus presupuestos, que estamos ante una autoría accesoria, pues si esa conducta iba a ser, objetivamente, constitutiva de una forma de autoría como es la coautoría, si falta el acuerdo no puede pasar a ser constitutiva de participación; por ello discrepo del mencionado autor, y estimo que «con carácter general» nunca se podrá decir que un cooperador necesario es aquel que realiza una contribución esencial en fase ejecutiva sin acuerdo común⁵¹. En mi opinión, no podemos hacer depender la ca-

⁵⁰ PÉREZ ALONSO, La coautoría y la complicidad (necesaria), 1998, *passim*. Este autor en una parte de su obra llega a la siguiente conclusión: «Cualquier aporte prestado sin acuerdo recíproco, por muy importante que sea, no permite el acceso al dominio funcional del hecho, debiendo considerarse como otra forma de autoría —si se dan sus presupuestos— o, normalmente, como participación en el hecho ajeno: cooperación necesaria o innecesaria (art. 28,2.ª,b) o art. 29 CP)» (pág. 311). En otra parte de su obra, al referirse al acuerdo común señala: «Este acuerdo o conexión de voluntades constituye el segundo elemento esencial del tipo (subjetivo) de la coautoría, sin el cual no es posible su existencia, sino que puede darse otra forma de autoría o bien de participación» (pág. 281). Entiendo, que si el aporte es esencial pero falta el acuerdo común, debemos estar ante una conducta de autoría y no de participación. Sin embargo, no alcanzo a comprender por qué se empeña PÉREZ ALONSO en pensar que normalmente estaremos ante una conducta de participación, pues si una conducta objetivamente puede ser considerada de coautoría, aunque subjetivamente falte el acuerdo común y no podamos ya estar ante una conducta de coautoría, estaremos ante otra forma de autoría, pero nunca de participación.

⁵¹ He de mencionar aquí que PÉREZ ALONSO, La coautoría y la complicidad (necesaria), 1998, pág. 311, llega a la siguiente conclusión: «Por tanto, cualquier aporte prestado sin acuerdo recíproco, por muy importante que sea, no permite el acceso al dominio funcional del hecho, debiendo considerarse como otra forma de autoría —si se dan sus presupuestos— o, normalmente, como participación en el hecho ajeno: cooperación necesaria o innecesaria (art. 28,2.ª, b) o art. 29 CP)» Es decir, que reconoce

lificación de un sujeto de que haya o no existido acuerdo común, pues como ya he señalado el acuerdo común es un requisito necesario pero no suficiente, hace falta además una aportación al hecho que constituya una conducta de autoría inmediata (al menos ha de ser constitutiva de tentativa de autoría⁵²) y sin esa aportación de «autoría» estaremos ante una conducta de participación haya existido o no acuerdo común.

No estoy de acuerdo, por lo tanto, con este carácter residual que algunos dejan a la cooperación necesaria. Es decir, distinguen la figura de la cooperación necesaria únicamente por el momento en que el sujeto interviene y por la existencia o no del acuerdo. La posición que me parece más correcta es la de los que mantienen que los cooperadores necesarios son siempre partícipes⁵³.

La cuestión es distinguir la cooperación necesaria (una forma de participación) de la (co)autoría (una forma de autoría). Así, en la sentencia que comentamos, lo que nos interesa es conocer si la conducta del sujeto que está en la acera y la del sujeto que está bajo las escaleras puede ser constitutiva de cooperación necesaria (o incluso no necesaria) o de coautoría. Si partimos de la teoría del dominio funcional del hecho, como ha hecho el TS, la conducta de los tres sujetos es de coautoría, porque ha habido un acuerdo común, una contribución esencial y una actuación en la fase ejecutiva. Partiendo de la teoría del dominio objetivo y positivo del hecho la cuestión es distinta. Y la pregunta es: ¿sirve la teoría del dominio funcional del hecho para distinguir la autoría de las formas de cooperación o por el contrario, es más válida para distinguir la cooperación necesaria de la complicidad? En mi opinión, ese criterio es válido para distinguir la cooperación necesaria de la no necesaria.

Partidarios de la teoría del dominio funcional del hecho señalan como criterio válido para la distinción entre la cooperación necesaria y la

que podemos estar, cuando nos encontremos ante un aporte esencial sin acuerdo, ante una forma de autoría si se cumplen sus presupuestos. Pero para él lo normal será encontrarnos ante una forma de participación. Considero, por el contrario, que lo normal será encontrarnos ante una forma de autoría.

⁵² A este criterio me referiré posteriormente en otra parte de la presente exposición (Vid. apartado IV d).

⁵³ En este sentido, y desde la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, págs. 600 ss., 669 ss., 743 ss.; LUZÓN PEÑA, *El Anteproyecto del CP 1992: observaciones de urgencia*, *Jueces para la Democracia*, 14 (3/1991), págs. 54 s.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, págs. 397 ss., 488. A la misma conclusión puede llegarse desde las teorías objetivo-formales (GIMBERNAT Y RODRÍGUEZ MOURULLO), y desde algunas construcciones doctrinales derivadas de la teoría del dominio del hecho (MIR PUIG): vid. PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria)*, 1998, págs. 22 ss.

complicidad el de la esencialidad en la contribución; éste es, dicen sus adeptos, un criterio extraído de la teoría del dominio del hecho y sacado totalmente del ámbito de la coautoría⁵⁴.

No comparto esta opinión y ello porque se utiliza, en su esencia, el mismo criterio para distinguir la autoría y la cooperación necesaria que para distinguir la cooperación necesaria de la no necesaria. Aunque señalen que el criterio de la esencialidad lo extraemos del ámbito de la teoría del dominio del hecho, lo cierto es que lo que se está haciendo es utilizar el mismo criterio añadiendo para que se trate de coautoría el acuerdo común⁵⁵ y la actuación en fase ejecutiva⁵⁶. Otros autores seña-

⁵⁴ En este sentido, PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria)*, 1998, pág. 346, que señala al referirse a la distinción entre la cooperación necesaria y la complicidad, (momento y esencialidad de la contribución): «En realidad, el criterio más convincente para resolver esta problemática se puede extraer de la propia teoría del dominio del hecho, tomando también como punto de referencia sus presupuestos de partida, aunque desvinculado totalmente de los elementos del tipo de la coautoría como dominio funcional del hecho. La diferencia punitiva del cómplice necesario y no necesario sólo puede hallarse y fundamentarse en la relevancia objetivo-material de la contribución, que favorece la realización del hecho ajeno en distinta medida y que, por ello, ataca mediata e indirectamente en distinto grado el bien jurídico protegido. Se trata de un principio tomado del dominio funcional del hecho, pero sacado éste totalmente fuera del ámbito de la (co-) autoría: el criterio de la esencialidad de la contribución.

No juega aquí el principio de la independencia de las contribuciones, que constituye el aspecto (objetivo) más directamente vinculado al de la esencialidad en el dominio funcional del hecho. Y ello porque el mismo presupone la intervención configurativa en la fase de ejecución y en el marco del plan delictivo conjunto (acuerdo o decisión conjunta), aspectos que conjunta o alternativamente faltan en la cooperación necesaria, o bien, existiendo, el sujeto no es autor idóneo. Dicho de otra forma, en cualquier caso el sujeto no es coautor (art. 28,1.º CP), sino partícipe (art. 28,2.º, b) CP). Por ello, el principio de la importancia esencial de la contribución hay que adoptarlo como un criterio autónomo y separado del dominio funcional del hecho (coautoría), dado exclusivamente para delimitar las dos formas de complicidad legalmente reconocidas, aunque enjuiciado con los mismos parámetros valorativos. Pero, insisto —para evitar malos entendidos— este criterio tiene que ser sacado totalmente fuera del ámbito de la autoría, desvinculándolo absolutamente del tipo de la coautoría como dominio funcional del hecho». Emplea el mismo término, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, Madrid, 1996, págs. 81 s.

⁵⁵ Lo que significa que realmente para este sector doctrinal la coautoría no es una forma de autoría; de ahí que, por ejemplo, PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria)*, 1998, págs. 261 ss., rechace que la acción de coautoría sea la misma que la de autoría individual y, por el contrario, admita que la forma de estructuración del comportamiento humano con relevancia jurídico-penal en la coautoría es distinta a la autoría inmediata y, por ello, requiere una valoración y criterios propios para obtener su concepto con significado jurídico y critique a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, considerando que éste tiene muy presente la autoría individual cuando analiza la coautoría.

Así, que por lo que alcanzo a ver, la principal discrepancia doctrinal estriba en la propia esencia de la coautoría, en definitiva, en su concepto.

⁵⁶ Tampoco todos los partidarios de la teoría del dominio del hecho mantienen esta posición. Este es uno de los puntos más discutidos entre los defensores alemanes

lan, desde fuera de la teoría del dominio del hecho, que el criterio de la esencialidad en la contribución es el idóneo para distinguir la cooperación necesaria de la complicidad, pero éstos son más coherentes con su razonamiento, ya que para la distinción entre coautoría y cooperación necesaria emplean otro criterio.

Así, una opinión doctrinal española, que comparto, señala que el dominio funcional del hecho sirve para caracterizar los supuestos de cooperación necesaria. El dominio funcional es sólo un dominio negativo, un dominio negativo que no es suficiente para ser coautor. En este sentido se manifiestan LUZÓN PEÑA⁵⁷, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁵⁸, LÓPEZ PEREGRÍN⁵⁹ y ROSO CAÑADILLAS⁶⁰, quienes están a favor de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, y entienden la teoría del dominio del hecho como un dominio negativo que puede caracterizar la coope-

de la teoría del dominio del hecho, siendo mayoritaria la postura de quienes no exigen este requisito. Como sabemos, ROXIN exige este requisito y la mayoría de autores españoles que defienden la teoría del dominio del hecho le siguen. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, págs. 672 ss. y nota 444. ROXIN, *Comentario al § 25*, nm. 181, 189, en *LK*, 11.ª ed., 1993, señala: «Quien solo co-realiza en la fase preparatoria puede ciertamente influir en el acontecimiento pero no dominar». «También si fuese producida una contribución al hecho en la fase ejecutiva fundamentaría la coautoría si fuese esencial, es decir cuando en el marco de una ejecución con división del trabajo produce una contribución esencial». A esto realiza DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO una objeción señalando que una contribución necesaria en el estadio de preparación podría ser decisiva para el éxito del plan. Frente a ello, replica ROXIN que «el que interviene en la fase preparatoria, incluso cuando realiza una contribución insustituible, suelta de sus manos el suceso y no puede codominar, mientras él deje a otro la ejecución. Un codominio de la realización del tipo es solo posible a través de una división del trabajo en el estadio de ejecución». Para ROXIN el concepto de coautoría de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO es demasiado limitado, «porque la co-realización positiva en las acciones típicas, como él las entiende, es la mayoría de las veces una autoría inmediata» (Las objeciones de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y las réplicas que realiza ROXIN aparecen en una Ponencia inédita titulada «Las formas de intervención en el delito: un punto de discusión» y expuesta en el verano de 1998 por ROXIN en la Universidad de Barcelona). Sin embargo, no estoy de acuerdo con la posición de ROXIN, porque no puede tampoco codominar el que realiza una aportación al hecho, el que realiza una acción ejecutiva aunque sea con división del trabajo y acuerdo mutuo, si su aportación aunque esencial no determina el si y el cómo del acontecimiento.

⁵⁷ LUZÓN PEÑA, *La «determinación objetiva del hecho»*. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado», *ADPCP*, 1989, págs. 889 ss., = *DPCir*, 2.ª ed, 1990, págs. 105 ss., = *Estudios Penales*, Barcelona 1991, págs. 197 ss.

⁵⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, págs. 625 ss., quien expresa que la caracterización de autoría que realiza LUZÓN PEÑA le parece la más convincente. La postura de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO puede verse a lo largo de toda su obra.

⁵⁹ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, págs. 397 ss., quien señala expresamente que acepta el criterio del dominio objetivo y positivo desarrollado por LUZÓN PEÑA y su discípulo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

⁶⁰ ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación en el delito imprudente*, tesis doctoral, Univ. Alcalá, 1999, *passim*.

ración necesaria pero no la coautoría. Para LUZÓN PEÑA, en la determinación objetiva del hecho es donde «se encuentra el sustrato o base objetiva de la autoría, es decir de la auténtica realización del hecho típico, tanto en el delito doloso como en el imprudente. En el doloso ese sustrato pasa a denominarse dominio del hecho cuando al mismo se le añade una decisión y dirección consciente y final»⁶¹. «Puede encontrarse un fundamento material suficientemente explicativo de que la determinación objetiva del hecho pueda constituir el criterio delimitador de la autoría en los delitos puros de causación o de resultado, a saber: la autonomía o no dependencia de otras acciones o factores para la producción del resultado...La conducta que, sola o a través de otra, determina objetivamente el curso del acontecer típico, o que, unida a otra, ya lo co-determina objetivamente, no depende de otros factores para provocar o configurar el curso causante del resultado; o, si ha habido una cooperación necesaria, ha dependido parcialmente: negativamente de ella para la concreta forma de producción, pero, si la consigue, la acción determinante ya no depende de nada para producir el resultado. Frente a esto, las acciones que meramente favorecen o facilitan el curso del hecho son totalmente dependientes de otras acciones o sucesos para que se pueda producir el resultado»⁶². DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO destaca que la teoría del dominio de hecho ofrece formulas vagas y difíciles de concretar, que permiten justificar casi cualquier calificación de los intervinientes. El criterio del dominio funcional no es apto para caracterizar la coautoría; y mucho menos otras concepciones del dominio del hecho en la coautoría que caracterizan ésta de forma todavía más amplia. La coautoría tiene, para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, un ámbito de existencia más reducido de lo que pretenden los partidarios de la teoría del dominio del hecho. La coautoría sólo se da cuando varios sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan en conjunto la acción que determina positivamente el sí y el cómo del hecho. Esta acción no puede ser otra que la que sirve para decidir quién es autor individual inmediato y quién es autor mediato por realizar esa acción a través del otro. La acción es siempre la misma, aunque la estructura de su realización varía en cada caso: unas veces se realiza inmediatamente, otras a través de otra persona, y otras junto con otra u otras personas⁶³. Para este autor «en la coautoría ...habrá que determinar cuándo se puede decir que estructuralmente varios realizan un hecho conjunto (no varios hechos individuales), es decir actúan conjuntamente, a cuyo respecto la idea de la división acorda-

⁶¹ LUZÓN PEÑA, La «determinación objetiva del hecho», ADPCP, 1989, pág. 894, = DP Cir, 2.^a ed., 1990, págs. 112 s., = Estudios Penales, Barcelona, 1991, pág. 204.

⁶² LUZÓN PEÑA, La «determinación objetiva del hecho», ADPCP, 1989, pág. 907, = DP Cir, 2.^a ed., 1990, pág. 126, = Estudios Penales, Barcelona, 1991, págs. 217 s.

⁶³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, págs. 675 ss.

da (en sentido amplio) del trabajo o la de la conjunción acordada de esfuerzos proporcionan un buen fundamento; pero por otro lado, habrá que precisar si lo realizado entre varios realmente domina el hecho, es decir lo determina objetiva y positivamente; sólo la acción conjunta... que posea la característica de la determinación objetiva y positiva del hecho fundamenta la coautoría, y hace que quienes la realizan sean auténticos coautores. El criterio válido de la determinación positiva conjunta restringe bastante el campo propio de la coautoría»⁶⁴.

c) Centrándonos en *el supuesto que nos ocupa*, lo que sí parece claro es que hacer una señal a otro sujeto para que a su vez la transmita a un tercero, que a partir de ahí sabe cuándo la víctima va a pasar por su lado y de ese modo conoce cuándo ha de realizar la conducta típica, puede ser quizá un acto necesario constitutivo de cooperación necesaria, pero no de coautoría⁶⁵. El que exista un acuerdo común y se intervenga en fase ejecutiva no implica, como parece entender el sector doctrinal señalado, que estemos ante un caso de coautoría. La cooperación necesaria no puede sin más quedar reducida a los casos en que se intervenga en la fase preparatoria o falte algún requisito o cualidad personal o no haya existido acuerdo común, y se intervenga en la fase ejecutiva. La cooperación necesaria no es, como ya he señalado, una forma residual de intervención en el delito. La cooperación necesaria será también aplicable a todos aquellos supuestos en los que exista un acuerdo común y se intervenga en la fase ejecutiva, pero no se tenga un dominio objetivo y positivo del hecho, sino simplemente un dominio negativo. Y el dominio objetivo y positivo del hecho exige que se realicen actos típicos, o conductas que puedan englobarse en los actos típicos, que en el robo violento consisten en ejercer la violencia o la intimidación y el apoderamiento, conductas ambas que no han realizado ni el primer sujeto que da la señal apostado en la acera, ni el que permanece en la parte inferior de las escaleras y que recibe la señal y a su vez avisa a quien realiza el apoderamiento y la violencia. El dominio objetivo y positivo del hecho es el mismo que se exige para el autor directo. Sólo el último sujeto es el que realiza la violencia y además el apoderamiento, y sólo él es el autor del delito de robo con violencia. Considerar coautores a los otros dos intervinientes es, por una parte, una herencia de la tan criticada teoría del acuerdo previo, que como sabemos ha sido rechazada y objeto de muy duras críticas⁶⁶, y por otra parte, una aplicación de la teoría del dominio

⁶⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, pág. 690.

⁶⁵ Podría plantearse incluso, la cuestión de si la mencionada conducta es constitutiva de cooperación necesaria o de complicidad. Para la delimitación entre ambas figuras puede verse LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, *passim*.

⁶⁶ Una exposición y crítica a esta teoría puede verse en GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, págs. 57 ss.

funcional de hecho que, como ya he señalado, no debe ser trasladada sin más al Derecho español⁶⁷.

Sólo el que realice alguna de las conductas que el tipo describe, en este caso la violencia o la intimidación ó el apoderamiento, podrá ser considerado autor. Si uno de los intervinientes ejerce la violencia y el otro el apoderamiento, ambos son coautores, y si varios ejercen actos de violencia y otro, por ejemplo, se apodera de la cosa, serán todos coautores. Pero si, como ocurre en este caso, el mismo sujeto ejerce la violencia y el apoderamiento mientras los otros hacen señales, sólo el primero es autor. Considerar a los tres coautores es, en mi opinión, no respetar el concepto restrictivo de autor⁶⁸.

d) En la coautoría rige el principio de *imputación recíproca*, de acuerdo con el cual lo que haga cualquiera de los coautores es imputable a los demás: cada uno responde de la totalidad del hecho, como si lo hubiera llevado a cabo por sí; supone, en definitiva, la aceptación de todos de lo que va a hacer cada uno de ellos. Este principio marca la diferencia última entre la coautoría y la participación, regida por el principio de accesoriedad, de acuerdo con el cual el partícipe sólo responde en la medida de su participación, cuando existe un hecho

⁶⁷ No dejaría de ser problemático (por mucho que sea conceptualmente correcta para delimitar autoría y participación) que en Alemania tomasen, por ejemplo, la teoría del dominio objetivo y positivo del hecho, exigiendo que se determine el si y el cómo del acontecer típico para poder hablar de coautoría y la trasladasen sin más a su legislación, porque esto llevaría a soluciones injustas a efectos de pena (aunque sean satisfactorias desde el punto de vista de la accesoriedad de la participación), teniendo que considerar cómplices a personas que merecen la pena del autor, y teniéndoles que rebajar la pena por haberlas considerado cómplices. Si algún autor alemán hiciera esto, probablemente alguien diría que la teoría del dominio objetivo y positivo del hecho puede ser válida para una legislación en la que podemos decir que si un sujeto no determina objetiva y positivamente el hecho, sino que simplemente tiene un dominio negativo, pero realiza una aportación al hecho esencial, que le hace merecedor de la misma pena que el autor, se le puede imputar el hecho como cooperador necesario; pero que en una legislación como la alemana esa teoría no es penológicamente satisfactoria. Nosotros podemos aplicar esta teoría, porque tenemos una figura de la que ellos carecen. Por eso no entiendo la traslación de doctrinas alemanas a nuestro ámbito cuando las premisas de las que se parte en una legislación y en la otra son distintas.

⁶⁸ En este sentido, señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, VOZ «Autoría», EJB 2.^a ed., en prensa, con razón, que: «El concepto de coautoría no debe ser ampliado excesivamente (como con frecuencia se hace), si es que se quieren mantener las ventajas de un concepto verdaderamente restrictivo de autor. Creo que, en un CP como el español (más difícilmente en otros ordenamientos, como el alemán) pueden conciliarse sin excesivos problemas el mantenimiento de un concepto restrictivo de coautoría con las exigencias materiales de punición de conductas que, sin ser de autoría, suponen una participación esencial en el hecho (la figura de la cooperación necesaria, castigada en el CP español con la misma pena que la autoría —e inexistente en el StGB—, permite no forzar el concepto estricto de coautoría para incluir esas conductas)».

antijurídico del autor⁶⁹. La cuestión estriba en determinar hasta dónde llega la imputación recíproca, es decir, a quiénes de los que intervienen en un hecho punible alcanza dicha imputación y a quiénes de ellos hemos de aplicarles el principio de accesoriadad limitada. Y cuándo y por qué comienza a entrar en juego el principio de imputación recíproca. Para poder aplicar este principio necesitamos que se cumplan los requisitos de la coautoría, tanto el elemento subjetivo (acuerdo común), como el elemento objetivo (realización de una acción constitutiva de autoría)⁷⁰. En la sentencia que comentamos, el TS aplica automáticamente la imputación recíproca por la existencia del acuerdo: hay acuerdo, luego se imputa recíprocamente lo que hace un sujeto a otro, y creo que esto es incorrecto. Además —en mi opinión— imputación recíproca significa imputar a un sujeto lo que otro hace y *viceversa*, es decir, a cada sujeto que interviene en el hecho hemos de imputarle la parte del hecho realizada por otro, para así poder hacerle responder como coautor. Pero en el caso de que de entre todos los intervinientes en un hecho a uno de ellos no haga falta imputarle lo que otro realizó, ello es porque él ha llevado a cabo el hecho por sí, y sólo él será autor; por esta razón, se habla de *reciprocidad*. Es decir, que cada uno de ellos necesita para ser coautor que se le impute la parte del otro u otros, ya que únicamente con lo que él ha realizado no podría ser coautor.

Considero que para determinar si un sujeto es coautor o no de un determinado delito podríamos aplicar el *criterio de la tentativa*⁷¹, y ello enlazado con el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, es decir, de aquel sujeto del que no se pueda decir que domina objetiva y positivamente el hecho no se podrá decir que es autor, ni por tanto coautor. ¿Qué es realmente la coautoría? La realización conjunta de un tipo penal. Puede tener distintas combinaciones: puede consistir en que A realiza una parte del tipo y B realiza otra parte del mismo, cuando se trate de un tipo con una sola acción típica; o la realización de una acción típica por parte de un sujeto y la realización de otra acción típica por parte de otro en el caso en que estemos ante tipos que describen más de una acción típica, o puede también darse

⁶⁹ GONZÁLEZ RUS, Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría, CuadDJ, 1994, pág. 121.

⁷⁰ Lo único que ocurre es que esa conducta no se realiza totalmente por un único sujeto, sino que sólo se realiza una parte de ella, es decir, se realiza conjuntamente.

⁷¹ No pretendo con este criterio solucionar todos los casos de coautoría, sino únicamente esbozar un criterio que está aún por desarrollar. Por esta razón no tomaré partido, por el momento, sobre las posturas existentes en torno al inicio de la tentativa: el comienzo de la tentativa se fija con el inicio de actos típicos o el inicio de la tentativa comienza con los actos ejecutivos anteriores a los típicos pero irremediamente unidos a éstos.

el caso de que en un tipo en el que se describen distintas conductas típicas un sujeto realice una de ellas y la otra sea realizada por otros dos; pero para realizar el tipo se necesitan las dos contribuciones, la de A y la de B (en el primer y segundo casos descritos), o las de A, B y C (en el tercer caso); por tanto, si uno de ellos no realizase su contribución al hecho, el otro sujeto sería autor, al menos, de una tentativa de delito. ¿Por qué?. Porque le falta la parte de contribución del otro sujeto, pero, sin olvidar que ha llevado a cabo una acción típica o ha comenzado a determinar el hecho, como ya he explicado⁷². En la medida en que no se pueda decir que un sujeto es como mínimo autor de una tentativa inacabada⁷³ de un delito determinado no se podrá decir nunca que es coautor de un delito: es decir, si A y B se conciertan para la ejecución de un robo con fuerza en las cosas, de tal forma que A va a realizar la fuerza en las cosas y B el apoderamiento, la conducta de A por sí sola sería una tentativa inacabada de un delito de robo con fuerza en las cosas y la conducta de B, en el caso en que A no actuase, le convertiría en autor de un delito o falta de hurto consumado si hubiera logrado la disponibilidad de la cosa o autor de una tentativa de delito o falta de hurto para el caso en que no se hubiera logrado la disponibilidad, porque A, a través de la fuerza en las cosas, domina positiva y objetivamente el hecho y B, a través del apoderamiento, también.

En el caso que manejamos de robo con violencia o intimidación en las personas ocurre lo mismo. Si, por ejemplo, el sujeto A ejerce la violencia o la intimidación y el sujeto B no se apodera de la cosa, A por sí sólo será autor de una tentativa inacabada de robo con violencia o intimidación en las personas⁷⁴. En el caso en que B se apodere de la cosa, pero A no ejerza violencia o intimidación en las personas, podremos decir que su conducta es constitutiva de delito o falta de hurto consumado o en grado de tentativa dependiendo de que haya o no tenido la disponibilidad de la cosa. La cuestión podrá ser dudosa en algunos casos, porque no pueda determinarse si una determinada conducta es de apoderamiento o no, o si es o no de violencia o intimidación, pero eliminando mentalmente y *ex ante* la conducta del otro sujeto, la conducta del sujeto que analizamos ha de ser constitu-

⁷² Ello no impide que su conducta pueda ser constitutiva de otro tipo penal.

⁷³ Como me sugiere RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, deberíamos hablar de tentativa inacabada, ya que si de cada sujeto pudiera decir que es autor de una tentativa acabada estaríamos ante un supuesto de pluriautoría y no de coautoría. Y si sólo de uno de los sujetos que intervienen se puede decir que es autor de una tentativa acabada, entonces estamos ante un caso de autoría inmediata única.

⁷⁴ Cosa distinta es que finalmente y por problemas de prueba sea castigado por lesiones.

tiva de tentativa de delito⁷⁵; por ello es fundamental estudiar la tentativa en los supuestos de codeinfluencia. Ahí donde la cuestión sea dudosa, es decir, donde no se pueda saber si una determinada acción es o no típica, es donde entra la determinación objetiva y positiva del hecho.

e) Volviendo al supuesto de hecho que nos ocupa, lo que aquí hemos de analizar es si la actividad de realizar una señal Jesús a Francisco, para que a su vez éste realice una señal a David, que será el que con su conducta realice el apoderamiento y la violencia o intimidación, es constitutiva de coautoría, y así sabremos si le podemos imputar a David la conducta realizada por Jesús y Francisco, a Jesús la conducta que realizaron David y Francisco, y a Francisco la realizada por Jesús y David.

¿Se puede decir que la señal que realiza Jesús a Francisco es constitutiva *ex ante* por sí sola de tentativa de delito de robo con violencia o intimidación en las personas? Yo creo que no. La conducta de Jesús es sólo una actividad subordinada de la que se podrá discutir si es constitutiva de cooperación necesaria o de complicidad, según se considere que su aportación al hecho es o no esencial, pero en mi opinión la señal de Francisco no puede ser nunca constitutiva de tentativa de autoría de un robo con violencia o intimidación en las personas, porque si aplicamos esto parece que nos estemos remontando a la, ya afortunadamente superada, teoría del acuerdo previo. Es decir, simplemente por la existencia del acuerdo no se puede decir que estamos ante conductas de coautoría, ya que acuerdo común puede existir en la mera complicidad. Si analizamos la conducta de Francisco (que recibe la señal de Jesús y se la transmite a David), llegamos —en mi opinión— a la misma conclusión que al analizar la de Jesús, es decir, su conducta no puede por sí sola ser constitutiva de tentativa de delito de robo con violencia o intimidación en las personas; y, en tercer lugar, si analizamos la conducta de David, es decir, el realizar el apoderamiento y la violencia o intimidación en las personas, esta conducta por sí sola podría ser constitutiva no solo de tentativa inacabada de robo con violencia o intimidación en las personas, sino de delito consumado de robo con violencia o intimidación en las personas. Y si alguien alegase que su conducta no podría ser constitutiva de autoría consumada de robo con violencia o intimidación en las personas, porque hubiera fracasado sin la señal de los otros dos intervinientes, se le podría contestar que *ex post*

⁷⁵ Es decir, la conducta, al menos, ha de ser constitutiva de tentativa inacabada del delito que estudiamos. Lo que no impide que en determinados delitos, delitos de dos actos en el que el primero de ellos ha de preceder al segundo, teniendo significado el segundo sólo con la intervención del primero, la conducta de los sujetos pueda ser constitutiva de algún otro tipo penal.

por supuesto que no, que su conducta por sí sola probablemente no hubiera podido producir el tipo de robo con violencia o intimidación en las personas, ya que necesitaba de la conducta de los otros dos sujetos, es decir, de la señal, para saber cuándo pasaba por ahí la víctima; por eso se puede decir que la conducta de Jesús y Francisco es constitutiva de cooperación necesaria, pero no de autoría. Además, como ya he señalado, a la conducta de cada sujeto se le ha de imputar la que realizan los otros, pero no tiene mucho sentido imputar a Jesús la violencia o intimidación y el apoderamiento ejercidos por David, y a éste ¿qué se le imputa? ¿una señal?; ¿sería la señal constitutiva de violencia o de intimidación? ¿de apoderamiento?; o ¿es que acaso realizar una señal determina objetiva y positivamente el si y el cómo del hecho, el si y el cómo del robo violento?. El que realiza la señal tiene, sin duda, un dominio, pero éste es un dominio negativo: sin su intervención probablemente no se hubiera producido el hecho o quizá sí. Sea como fuere, las señales realizadas por los dos primeros intervinientes pueden hacer que el hecho no se produzca, y por eso hablo de dominio negativo. Sin duda favorecen el hecho, pero no lo determinan. Lo que ocurre en la coautoría es que el acto típico se realiza parcialmente⁷⁶.

Además se plantea también la cuestión de hasta dónde llegan las señales. ¿Qué ocurriría si hubiere una cadena de diez personas?. Imaginemos que A desea darle una paliza a P porque quiere vengarse de él por cualquier motivo. P visita todos los días el centro comercial de su barrio, donde A tiene muchos amigos que además se ofrecen a ayudarle; de ahí que acuerden con él que cuando P pase por la puerta del centro comercial, el guarda jurado hará una señal a la señora de la limpieza, que a su vez hará una señal al encargado del quiosco, que hará una señal al de la tienda de comestibles, que hará una señal a otro y así sucesivamente, hasta que A sepa que va a entrar en su establecimiento y le golpee produciéndole lesiones constitutivas de delito o incluso la muerte. En ese caso, ¿se puede decir que toda la cadena de sujetos que han realizado señales son coautores de un delito de lesiones, o de un homicidio?. Si mantenemos esta afirmación, estaríamos diciendo que todos han golpeado, que todos han causado lesiones o que todos han matado. Quizá alguien pueda decir que este ejemplo lleva las cosas al absurdo y que los sujetos en cadena para lo que se concertaron fue sim-

⁷⁶ En este sentido, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pág. 434, con quien estoy totalmente de acuerdo, señala: «Si entendemos que autor es sólo quien realiza (total o parcialmente, mediata o inmediatamente) los actos típicos, la cooperación necesaria se convierte en la posibilidad de reservar el marco penal del autor para aquellas aportaciones que, por haberse demostrado en juicio que eran esenciales, no merecen la atenuación del cómplice, sin que por ella tengan que ser consideradas de verdadera autoría».

plemente para hacer una señal a A y que éste realizase el tipo de delito de lesiones o el tipo del homicidio, mientras que en el caso que nos ocupa los sujetos se habían concertado para sustraer un bolso de señora por el procedimiento del tirón: Entonces se me estaría dando la razón de que el mero acuerdo común le bastó al TS para considerar coautores a todos los sujetos. Sin embargo, el mero acuerdo común no basta, como ya he reiterado, para estimar que estamos ante conductas de coautoría. A puede acordar, por ejemplo, con B matar a C y después no realizar ninguna conducta de matar, y por mucho que ese haya sido el acuerdo, no se le podrá castigar nunca como coautor de un homicidio, porque A no ha matado; simplemente acordó con otro sujeto que lo iba a hacer, pero no lo hizo. Si lo que ha hecho ha sido contribuir con un acto necesario, será cooperador necesario y si su aportación no fue esencial, entonces será cómplice. Y lo mismo ocurre aquí. Se conciertan para realizar algún tirón, pero el tirón únicamente lo realiza uno de ellos, por lo tanto, ahí entra en juego el principio de accesoriedad de la participación y se excluye el principio de imputación recíproca, pudiéndose castigar a Jesús y a Francisco con la misma pena que a David en el caso de que consideremos que Jesús y Francisco son cooperadores necesarios; por eso, mi solución en este caso, me parece totalmente justa⁷⁷. Es ésta —en mi opinión— la solución más adecuada con arreglo a nuestra legislación, que contempla la figura de la cooperación necesaria. Se puede entender el punto de vista de la doctrina alemana⁷⁸, en cuya legislación no existe una figura como la cooperación necesaria, y quizá desde el punto de vista de merecimiento de la pena, que es la cuestión que late en estos casos, parezca más adecuado calificar la conducta de estos sujetos de autoría, ya que si se los considera cómplices, se les ha de atenuar obligatoriamente la pena⁷⁹. De ahí que Roxin probablemente dijese que ha existido acuerdo común entre los tres sujetos, que los tres actúan en fase ejecutiva y que la contribución es esencial, y por lo tanto los tres son coautores. Pero es que —en mi opinión y, como he venido diciendo a lo largo de la presente exposición— esta teoría, que en Derecho alemán resultará preferible a efectos penológicos (para que la pena de los cooperadores sea igual a la del autor), pero conceptualmente (a efectos de delimitar quién es autor, por lo que su responsabilidad no está vinculada al principio de accesoriedad) sigue

⁷⁷ Sin descartar la posibilidad de que sean considerados cómplices. Esto exigiría un análisis detallado de la distinción entre la cooperación necesaria y la complicidad, que no voy ahora a desarrollar.

⁷⁸ Aunque aquí se me plantea la misma cuestión mencionada más arriba, que a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO de que también pueden ser esenciales contribuciones realizadas en el estadio de ejecución.

⁷⁹ Así el § 27 en relación con § 49 StGB.

siendo incorrecta, y en el Derecho español puede servir para caracterizar la cooperación necesaria que se realice en fase ejecutiva, pero no para definir la coautoría. Sólo si de nuestro Código penal desapareciera la cooperación necesaria podríamos aplicar la cada vez más extendida teoría del dominio funcional del hecho, pero ello será más bien por razones de justicia material, y no porque un sujeto que realiza una contribución esencial al hecho, pero que no lo domina objetiva y positivamente, pueda ser coautor. Por ello, considero —contrariamente a la opinión de relevantes autores en la doctrina española⁸⁰— que no es procedente la desaparición de la figura del cooperador necesario en nuestro Código penal.

Otro ejemplo para entender el criterio de la tentativa inacabada puede ser el ya comentado supuesto de vigilancia⁸¹. Si V espera en la puerta y vigila para que nadie interrumpa el apoderamiento que A y B están cometiendo, si se suprime mentalmente *ex ante* la conducta de A y de B y nos quedamos con la de V, nunca se podrá decir que V es autor de un robo en grado de tentativa, y por esa razón tampoco se puede decir que sea coautor.

Intentando expresar en una fórmula matemática la coautoría podríamos decir que coautoría = autoría en grado de tentativa inacabada + acuerdo mutuo.

Señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO algo que me parece muy interesante al hilo del presente comentario: «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 de delito?». DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO cree que no⁸². A esta objeción contesta

⁸⁰ Vid. nota 39.

⁸¹ Así, señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, pág. 670, que «por mucho que el sujeto vigile y vigile, si nadie toma la cosa, no habrá robo, es decir, está en manos de otro u otros la realización del tipo; es decir, supuesto que nadie haya interrumpido el hecho anteriormente, el vigilante, al realizar su acción, no roba, porque roba quien toma las cosas —a esto me atrevería a añadir que también roba el que realiza la fuerza en las cosas— sea uno o varios; en cambio, en el caso de éstos, supuesto que nadie haya interrumpido el hecho de 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, dependen en cuanto que, para poder actuar, precisan de la actuación del cooperador necesario, pero, supuesta ésta, el hecho queda totalmente en sus manos».

⁸² La respuesta a la pregunta de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO es efectivamente no. Así, por ejemplo, para PÉREZ ALONSO, como ya he señalado en otro lugar del presente

PÉREZ ALONSO⁸³ que «denota que Díaz y García Conlledo tiene muy presente la autoría individual cuando analiza la coautoría. De su cuestionamiento parece deducirse que la coautoría es la resultante de varias autorías inmediatas más acuerdo recíproco. Pero, la coautoría en Derecho Penal no es una cuestión de suma o resta, sino que la forma de estructuración del comportamiento humano con relevancia jurídico-penal en coautoría es distinta a la autoría inmediata y, por ello, requiere una valoración y criterios propios para obtener su concepto con significado jurídico».

En mi opinión, no resulta criticable el que la coautoría sea una forma de varias autorías inmediatas más acuerdo recíproco. Estoy de acuerdo con ello, aunque eso sí, matizando que la coautoría sí que es una forma de autorías inmediatas en grado de tentativa inacabada más un acuerdo común. En mi opinión, contraria a la de PÉREZ ALONSO, la coautoría no necesita criterios propios, sino los mismos criterios que la autoría; lo que ocurre, como ya he explicado anteriormente, es que individualmente y por separado cada conducta nunca podrá llegar a ser una autoría consumada. Y si pudiésemos decir de una determinada conducta que analizada individualmente y *ex ante* da lugar a una autoría consumada no estaríamos ante una conducta de coautoría, sino ante una autoría individual o pluriautoría. No son coautores los que intervienen conjuntamente en un hecho, sino los que lo realizan conjuntamente. La coautoría precisa, pues, de los mismos elementos que la coautoría individual a los que se ha de sumar el acuerdo mutuo.

Por lo tanto, cuando estamos ante una conducta que sería de coautoría, porque existe acuerdo mutuo como requisito subjetivo y se cumple también el requisito objetivo (sea este el que sea, es decir, puede ser la determinación objetiva del hecho o la esencialidad en la contribución junto con la intervención en fase ejecutiva), si falta el requisito del acuerdo común, no se podrá decir que la conducta es de coautoría sino autoría accesoria⁸⁴. La autoría accesoria se trata como tentativa de delito, precisamente porque la conducta de coautoría es

comentario, los cooperadores necesarios son —siempre que actúen en fase ejecutiva— coautores como regla general y excepcionalmente pueden existir cooperadores necesarios que actúen en fase ejecutiva. Ello ocurrirá, según este autor en dos ocasiones: bien cuando no haya existido acuerdo común o bien cuando no se sea autor idóneo por no reunir los elementos personales y especiales exigidos por el correspondiente tipo penal. Respecto de la primera posibilidad, véase supra 13-14.

⁸³ PÉREZ ALONSO, La coautoría y la complicidad (necesaria), 1998, pág. 266.

⁸⁴ Por ello no comparto la posición de PÉREZ ALONSO, La coautoría y la complicidad (necesaria), 1998, pág. 266, quien considera que si falta el acuerdo o decisión conjunta al hecho no puede haber coautoría y «la conducta del sujeto, que sigue teniendo relevancia jurídico-penal, deberá ser valorada conforme a otros criterios: es posible

una conducta de autoría, pero en la correlativa conducta de autoría accesoria, al faltar el acuerdo común, se queda simplemente en tentativa de autoría. Es decir, que lo que se ha de hacer es analizar sólo la parte de conducta que cada uno de ellos ha realizado. Y esto mismo es lo que ha de hacerse con los supuestos normales de coautoría: intentar averiguar si una conducta por sí sola podría dar lugar a la tentativa de autoría de tal o cual delito. El problema no es tanto averiguar si una conducta determinada es constitutiva de coautoría, sino averiguar si esa conducta podría ser constitutiva de tentativa de autoría. Si la conducta no puede ser constitutiva por sí sola de tentativa de autoría, tampoco lo podrá ser de coautoría. Esta idea ha sido ya expresada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, cuando señala respecto del vigilante que «la acción del vigilante no es ejecutiva sino preparatoria o concomitante a la actuación (creo yo que a nadie se le castigaría, en caso de actuación individual, como autor de una tentativa de robo por andar merodeando en las cercanías de un banco, por mucho que lo hiciera con la intención de ver si era el momento oportuno, por la gente que había por allí, para atracar, como tenía pensado, el banco)»⁸⁵. Tomando como base este ejemplo del citado autor y aplicándolo al caso que ahora nos ocupa, si se tratase de autoría individual tampoco creo que a nadie se le castigara como autor de una tentativa de robo por estar apostado en la acera haciendo señales a otro sujeto; por eso mismo, pienso que no se le puede castigar como coautor de un delito de robo, sino que es mero partícipe.

Y en el supuesto de que la conducta por sí sola pueda ser constitutiva de tentativa de autoría y además exista acuerdo mutuo y se pueda decir lo mismo de otros sujetos intervinientes en el mismo hecho, estamos ante una conducta de coautoría. Esto es exactamente lo que ocurre con la autoría accesoria. La autoría accesoria la comprenden casos en que la producción del resultado la determina el conjunto de acciones de dos o más personas que, sin embargo, no son coautores por faltar el acuerdo entre ellos; es decir, se cumple el requisito objetivo pero

que sea autor inmediato, mediato o partícipe». Yo pienso que sólo puede ser autor accesorio. Nunca autor mediato ni partícipe. Y ello, además, porque comparto la opinión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Voz*. «Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria», *EJB* 2.^a ed., en prensa, de que de la autoría accesoria habría que excluir los casos en que uno de los actuantes conoce la actuación de los demás (y no a la inversa), pues en ellos se puede construir a menudo una autoría mediata o inmediata de ese actuante respecto del delito consumado.

⁸⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, 1991, pág. 682. Señala el citado autor que éste sería un ejemplo de vigilancia preparatoria; parece muy difícil encontrar la forma de construir un ejemplo de vigilancia concomitante cuando sólo actúa una persona.

no subjetivo. En la autoría directa se cumple el requisito objetivo. Y en la coautoría se debe cumplir el requisito objetivo, entiendo que en el mismo sentido que en la autoría directa, porque si lo que se hace es relajar el requisito objetivo precisamente porque existe el subjetivo, lo que se está haciendo es castigar más duramente a los que actúan conjuntamente simplemente porque existe acuerdo mutuo.