

## **RECENSIONES DE LIBROS**

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998.

«¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad? (I)»

## I. Consideraciones generales

La obra que me corresponde comentar es, en mi opinión, una buena monografía, que está siendo objeto ya de la atención de cuantos trabajos científicos (en número creciente en los últimos años) se ocupan de problemas de autoría y participación<sup>1</sup>, y, sin duda, lo será aún más en el futuro, pasando a constituir una pieza importante en esa materia. Destacan la cantidad de información manejada (que se refleja también en la lista bibliográfica final<sup>2</sup>: 433 ss.), la claridad expositiva, la ponderación en los juicios y las tomas de posición, que nunca se rehúyen y siempre son bien definidas, y la no desvinculación entre (utilizando una expresión al uso, que sin embargo es muy imprecisa) “teoría y práctica”<sup>3</sup>. El comentario que sigue no pretende en absoluto ser una recensión al uso. Aparte de resumir de modo amplio los aspectos principales del trabajo de Pérez Alonso, pretende una valoración crítica de las opiniones más relevantes vertidas por el autor en el libro, desde mi discrepancia (parcial) con varias de ellas y sin que ello suponga en ningún ca-

---

<sup>1</sup> Además se le ha dedicado ya una recensión, mucho más breve que el presente comentario, de la que es autora DURÁN SECO, *Revista de Ciencias Penales 2-1*, 1999, 322 ss. Esta autora expone sintéticamente y de modo correcto las principales líneas de la obra de Pérez Alonso (322-324), y discrepa de algunas de sus opiniones (aunque sin desarrollar su crítica) (324 s.), reconociendo no obstante el valor y mérito del libro comentado (325).

<sup>2</sup> Aunque la forma de citar en un listado bibliográfico final es muy variada y no existe entre los penalistas un sistema único y homologado, en mi opinión la de Pérez Alonso adolece sobre todo de un defecto (y goza de muchas virtudes): en los artículos, trabajos en libros colectivos y similares, no cita las pp. de la revista o el libro en que se encuentra el trabajo, como creo que sería conveniente. Naturalmente, se trata de una observación sin mayor importancia y ese defecto no empaña lo más mínimo el valor general del trabajo.

<sup>3</sup> Destaca este aspecto de la obra de Pérez Alonso, en el prólogo a la misma (XVII), ZUGALDÍA ESPINAR.

so menospreciar, sino todo lo contrario, las aportaciones, siempre muy bien fundamentadas, del autor. Más bien me anima el mismo o similar propósito que manifiesta Pérez Alonso en la introducción a su obra (12): "... abrir la posibilidad al debate de las ideas, a la polémica doctrinal, en la creencia de que el estilo discursivo, con argumentos científico-jurídicos, permite alcanzar soluciones que nazcan del consenso tras una discusión libre y racional. En definitiva, no cabe duda que con ello se favorece y promueve el desarrollo y progreso de la teoría sobre la autoría y participación en Derecho Penal"<sup>4</sup>. Pretendo, en suma, realizar un trabajo científico amplio y que posea interés más allá de la concreta exposición y valoración de la obra de Pérez Alonso; dado que éste, en lo que se refiere a la distinción entre coautoría y cooperación (necesaria o no) sigue muy fielmente el modelo roxiniano de coautoría basado en el dominio funcional del hecho, y que toma especialmente en consideración (casi siempre para rebatirlas, en un tono siempre científico y fundamentado) mis críticas a ese criterio, a la vez que critica en profundidad el que yo propongo (la determinación positiva conjunta del hecho), creo que es una buena ocasión para proseguir el debate científico y explicar algunos aspectos de mis críticas y de mi construcción que requieren seguramente de ulteriores precisiones. Puede que se observe una reiteración en algunos de los razonamientos que se contienen en este trabajo, pero he preferido hacerlo así para no romper la estructura del libro de Pérez Alonso, en que los argumentos se reiteran también con bastante profusión.

El objeto de la investigación de Pérez Alonso "se limita, fundamentalmente, a los delitos comunes de comisión dolosos que, por ser los más numerosos en nuestro Código Penal, los más frecuentes en la realidad criminal y los que mayor atención han recibido por parte de los estudiosos sobre la materia, no dejan de plantear multitud de cuestiones controvertidas" (4); ésta sería la esfera de aplicación propia del dominio del hecho (son generalmente delitos de dominio), criterio decisivo para Pérez Alonso, por lo que deja fuera de su estudio los delitos consistentes en la infracción de un deber (y "al margen la discutida y discutible categoría de los delitos de propia mano") (7, 7 n. 16)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> En más de una ocasión he manifestado en mis trabajos un objetivo similar; así, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, 40.

<sup>5</sup> V. también pp. 171 s. En la n. 16 de la p. 7 señala Pérez Alonso que "en los delitos infracción (*sic*) del deber se incluyen fundamentalmente los delitos especiales y los delitos de omisión". Sin pronunciarme aquí sobre los delitos de omisión, señalaré que la inclusión de *todos* los delitos especiales entre los delitos de infracción de deber, y fuera de los delitos de dominio por tanto, me parece exagerada, por excesivamente amplia, incluso si se acepta con carácter general la categoría propugnada en primer lugar por ROXIN, cosa que tampoco me parece correcta (como he manifestado en diversos lugares: por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 728 ss.,

En cuanto a la perspectiva metodológica que adopta el autor de la obra, rechaza el “positivismo metodológico y teórico que todavía existe en un considerable sector de la doctrina española”, que ha hecho que, más que una “dogmática sobre la autoría y participación”, haya habido “una auténtica dogmática sobre el art. 14 CP-73”, y el que “el concepto de autor y partícipe normalmente se ha(ya) pretendido deducir sin más del texto legal correspondiente”. A cambio, propone otra metodología en que estén presentes criterios valorativos meta-normativos: “En la actualidad, la ciencia jurídica (penal) opera con parámetros valorativos distintos, considerando básicamente que la interpretación de la ley y la determinación de los conceptos jurídico-dogmáticos requieren la toma en consideración de los criterios meta-normativos de los que parte el intérprete, es decir de las valoraciones y tomas de decisión últimas, que permitan una mejor interpretación racional y fundada de la ley y, por tanto, del concepto jurídico-dogmático: la definición del concepto (autoría y participación) en el sentido de la ley (arts. 28 y 29 CP)” (5). En principio, la perspectiva de una dogmática valorativa o, si se prefiere, de una labor dogmática en que se tengan continuamente en cuenta valoraciones, me parece acertada (siempre y cuando no se exagere el desapego al tenor de los preceptos legales, cosa que no sucede en el caso de la monografía que se comenta). Simplemente me parece que las palabras de Pérez Alonso pueden dar la impresión equivocada de que la doctrina española actual sobre la autoría y la participación sigue anclada en un absoluto positivismo decimonónico, lo que creo que no es verdad en absoluto, especialmente en los trabajos monográficos sobre el tema de los últimos años, que adoptan una perspectiva muy similar a la del autor del libro comentado<sup>6</sup>.

La introducción del trabajo (1 ss.) incluye aspectos relativos al método y al objeto de estudio, de los que ya he dado cuenta, pero es más que (o algo distinto a) una introducción. Constituye en realidad un resumen, muy bueno y muy claro por cierto, que da perfecta cuenta de todo lo que viene a continuación (es más bien, por tanto, en buena medida una recapitulación o relación de conclusiones del trabajo),

---

728 s. n. 54; *Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria*, en: Enciclopedia Jurídica Básica I, 1995, 704 s.).

<sup>6</sup> V. también especialmente pp. 143 s. Más adelante (189) llega a decir Pérez Alonso que utiliza el método propio de la tópica jurídica, si bien a continuación (190) matiza esta afirmación señalando que “hay que adoptar una metodología pluralista y flexible, sistemática, pero sometida a un fuerte contenido tópico” y, eso sí, apartada del positivismo decimonónico. En su prólogo al libro de Pérez Alonso, XV s., ZUGALDÍA aplaude también la opción metodológica de su discípulo, pero incurre en mi opinión (quizá de forma más radical aún: excluye del defecto positivista sólo a “contadas, conocidas y honrosas excepciones”) en la excesiva generalización de la crítica metodológica a la doctrina española.

naturalmente con menor riqueza que la que se encuentra en el desarrollo extenso de cada uno de los temas.

Por lo demás, en una sistemática bastante clara (lo que es de agradecer), el libro se divide en cuatro partes, dedicadas respectivamente a “la figura del cooperador necesario en la doctrina y jurisprudencia española” (13 ss.), al “modelo adoptado de autoría y participación en Derecho penal” (131 ss.), a “la cooperación necesaria en el modelo adoptado” [197 ss.; el título de esta parte, que es la más extensa y seguramente la central del trabajo, es algo engañoso, pues está sobre todo dedicada a la “delimitación entre coautoría y complicidad”, 199 ss., si bien se trata además la “delimitación entre cooperación necesaria y (complicidad) no necesaria”, 327 ss.], y al “modelo de autoría y participación en el Código Penal” (365 ss.). La obra concluye con una relación de la amplia bibliografía española y alemana manejada (433 ss.).

Como se verá, la tesis central del libro la constituye una defensa del criterio del dominio funcional del hecho como caracterizador de la autoría, alguno de cuyos elementos le sirve también al autor (extraído del ámbito de la autoría) para distinguir la cooperación necesaria (que considera siempre una forma de participación en sentido estricto) de la no necesaria o complicidad.

## **II. La distinción entre coautoría, cooperación necesaria y complicidad en la doctrina y jurisprudencia españolas**

1. La primera parte del libro de Pérez Alonso se dedica, como ya he señalado, a “la figura del cooperador necesario en la doctrina y jurisprudencia españolas y posee básicamente carácter expositivo, sin tomar partido por unas u otras posturas todavía.

2. El primer capítulo se dedica a la exposición de la doctrina española. Advierte el autor que, para analizar el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la cooperación necesaria, hoy regulada en el art. 28, párrafo 2º b) CP, es preciso referirse a las opiniones vertidas respecto del antecedente legal más próximo de este precepto, es decir el art. 14.3 CP 1944/73 (e incluso respecto de los predecesores de éste en Códigos anteriores), y señala que prácticamente todos los criterios aplicados para caracterizar la figura y, más en general, casi todos los utilizados para distinguir entre autoría y participación bajo la vigencia del CP 1944/73 (y anteriores) pueden seguir defendiéndose en el CP vigente sin excesiva dificultad (15 s.). Realiza Pérez Alonso a continuación un análisis del origen histórico de la figura del cooperador necesario, desta-

cando el mérito de CERESO de haberlo puesto de relieve, conectándolo con el CP bávaro de 1813, influido por las ideas de FEUERBACH, pasando al CP español de 1848 por obra de PACHECO, quien habría recibido las ideas del autor alemán a través de ROSSI (17). No obstante, Pérez Alonso destaca la opinión de RUIZ ANTÓN de que en el esquema de autoría y participación adoptado por el CP 1848 habría estado fuertemente influenciado por la obra *Febrero o librería de jueces ...*, tomo VIII, 1841 (2ª, 1845), de GARCÍA GOYENA/AGUIRRE/MONTALBÁN, teniendo en cuenta además que GARCÍA GOYENA fue uno de los vocales de la Comisión redactora del anteproyecto de 1848". Si bien Pérez Alonso no toma partido tajante en la polémica sobre cuál de estos autores tuvo mayor influencia, parece inclinarse más bien por que fue decisiva la de PACHECO (17 ss.).

Destaca también el autor de la obra que comentamos el que la figura de la cooperación necesaria siempre ha sido objeto de polémica doctrinal, lo cual cree que se debe a tres razones: la formulación hipotética de la figura en la ley (por influencia del enfoque causal de la época), su carácter de figura de participación criminal a caballo entre la coautoría y la complicidad (lo que ha obligado a aplicar las distintas teorías delimitadoras de la autoría y la participación) y el empleo de distintos criterios doctrinales para diferenciar la cooperación necesaria de la complicidad (19).

El esquema adoptado por el autor en la exposición de las diversas posturas doctrinales (y que él mismo explica en pp. 20 s.) es el siguiente: primero se ha de fijar el límite "por arriba" de la cooperación necesaria, es decir, decidir si el cooperador es o puede llegar a ser o no coautor, para, en un segundo momento, fijar el límite mínimo de la cooperación necesaria, deslindándola de la complicidad (no necesaria o secundaria).

3. De acuerdo con ese esquema, expone Pérez Alonso las posiciones de la doctrina española respecto del primero de los problemas citados. Al hilo de la clasificación doctrinal que lleva a cabo, va el autor exponiendo los criterios que cada tendencia doctrinal defiende para caracterizar la autoría y, más en concreto, la coautoría, con la consecuencia derivada de ello de considerar (siempre o a veces) coautor o no al cooperador necesario. Así, realiza una clasificación en tres grupos (en relación con las posiciones doctrinales bajo la vigencia del CP 1944/73):

a) *La cooperación necesaria nunca es coautoría.* Incluye entre los representantes de esta tesis a los defensores españoles de la teoría objetivo-formal (22 ss.), tanto en su versión clásica (25 ss.), cuyo principal representante actual es VIVES ANTÓN, como en la modificada, revisa-

da o moderna, que él denomina “teoría de la subsunción típica” (38 ss.), en la que destaca como máximos representantes a GIMBERNAT ORDEIG y RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>7</sup>, y en la sostenida por RUIZ ANTÓN, que llama “teoría objetivo-formal mixta” (47 ss.), a los escasos defensores de teorías subjetivas, entre quienes destaca a LUZÓN DOMINGO (52 ss.), y a los defensores de lo que llama “construcciones doctrinales derivadas de la teoría del dominio del hecho” (56 ss.), en concreto de la de la pertenencia del hecho de MIR PUIG (57 ss.), a la que considera una “versión heterodoxa” de la del dominio del hecho<sup>8</sup>, por llegar prácticamente a las mismas conclusiones que ésta (56), y la de la determinación objetiva del hecho que hemos propugnado sobre todo LUZÓN PEÑA y, siguiéndole y desarrollando el criterio, yo mismo (59 ss.), si bien cree que esta construcción termina por separarse tanto de la del dominio del hecho que difícilmente puede considerarse una versión de la misma (57).

b) *El cooperador necesario es siempre (co-)autor*. Representarían esta postura los escasos defensores españoles de teorías objetivo-materiales causales (64 ss.), y, desde la teoría del dominio (funcional) del hecho, GÓMEZ BENÍTEZ (74 ss.).

c) *El cooperador necesario es a veces (co-)autor y a veces partícipe*. Esta posición sería la sostenida por los defensores españoles de la teoría del dominio (funcional) del hecho (con la excepción de GÓMEZ BENÍTEZ), destacando, entre otras, las explicaciones de CERESO y BACIGALUPO. Como es sabido, según esta posición el cooperador necesario será coautor cuando intervenga durante la ejecución (sólo entonces posee dominio funcional del hecho) y partícipe cuando lo haga con anterioridad a ella (ello se deriva de la concepción del dominio del hecho en la coautoría propia sobre todo de ROXIN y sus seguidores, pero que no es unánime en Alemania).

4. A continuación, Pérez Alonso aborda la exposición de las posturas de la doctrina española en relación con el segundo de los problemas planteados, es decir, el del límite mínimo de la cooperación necesaria o,

<sup>7</sup> Aunque en pp. 24 s. n. 26, si bien reconoce lo trascendental de la obra de GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, para la ciencia española en materia de autoría y participación, considera menos claro que todas las teorías objetivo-formales defendidas en España con anterioridad a este autor sean “clásicas” y que todas, salvo excepciones, las posteriores hayan de calificarse de “modernas o revisadas”.

<sup>8</sup> Expresión que yo utilicé para calificar (señalando el cierto contenido de arbitrariedad de esa denominación) las posiciones sostenidas por BLOY (las formas de intervención como tipos de imputación), MIR PUIG (pertenencia del hecho) y LUZÓN PEÑA (determinación objetiva y positiva del hecho); v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 603 ss.

lo que es lo mismo, la delimitación de ésta (art. 28, párrafo 2º b CP, art. 14.3 CP 1944/73) respecto de la complicidad o cooperación no necesaria o secundaria (art. 29 CP, art. 16 CP 1944/73) (87 ss.), advirtiendo que tal problema de delimitación sólo se planteará para quienes no creen que el cooperador necesario es siempre coautor (es decir, para los defensores de posiciones encuadradas en las letras a y c –en este último caso, para los supuestos en que el cooperador necesario sea partícipe del número anterior, lo que significa decir, por tanto, que el problema se plantea para la inmensa mayoría de la doctrina) (87). Señala además que la mayoría de los intentos doctrinales de delimitación están próximos a la teoría de la necesidad, lo que se explica por la formulación hipotético-causal del precepto en que se recoge la figura de la cooperación necesaria, reminiscencia de la teoría objetivo-material que por obra de FEUERBACH se plasmó ya en el CP bávaro de 1813 (87 s.). Destaca además, que, en cualquier caso, los criterios manejados por la doctrina española son de manera absolutamente mayoritaria objetivo-materiales, y no se emplea la referencia formal al tipo (como le parece lógico al autor de la obra por tratarse de dos formas de participación y no de autoría, por lo que la referencia al formalismo de los tipos, que serviría para poco en materia de autoría, es totalmente inidóneo para distinguir entre formas de participación en sentido estricto) y sólo muy minoritariamente criterios subjetivo-psicológicos, que, además, según Pérez Alonso, deben rechazarse porque el subjetivismo (psicológico) conduce a resultados técnicamente incorrectos, además de injustos e inseguros, por lo que cree que el criterio diferenciador debe ser efectivamente de carácter objetivo-material (88). Así, expone los criterios manejados por la doctrina, agrupándolos del siguiente modo:

a) *La teoría de la necesidad* (88 ss.). Se defendió históricamente alguna vez como criterio general de distinción del autor *en sentido legal* respecto del cómplice (89 s.) y posteriormente ya para distinguir la cooperación necesaria de la complicidad (91 ss.). Si bien en un principio la necesidad de la contribución se analizaba en sentido abstracto (92 s.), desde mediados del siglo XX la doctrina (con especial claridad ya ANTÓN ONECA: 92) detecta que si la necesidad se analiza en abstracto o de modo genérico, nunca se podrá apreciar, mientras que si se analiza muy en concreto (en el caso concreto y con las circunstancias del mismo) el problema será que la contribución será siempre necesaria (pues, sin ella, el hecho ya no habría sido el mismo). Por ello, buena parte de la doctrina española tiende a abandonar el juicio de necesidad en abstracto para proponer un juicio de necesidad en concreto, si bien no en una concreción hasta los últimos detalles del hecho, es decir, fundamentalmente concreto o, como señala GIMBERNAT, menos abstracto (93 ss.), destacándose en este sentido los criterios propuestos por



RODRÍGUEZ DEVESA (grado de eficacia de la contribución en relación con el resultado concreto tal y como ha sido producido por el autor, y perspectiva intermedia entre lo abstracto y lo concreto, en el sentido de considerar necesaria o imprescindible la aportación cuando no hubiera podido ser sustituible realizándola otro de los intervinientes, 95), RODRÍGUEZ MOURULLO (cuyo planteamiento considera el más completo y definido en esta línea: entre la referencia de la necesidad al “si” de la realización de la infracción o el resultado típico o al “cómo” de la ejecución en el caso concreto es determinante el “si” –si fuera el “cómo” habría que apreciar siempre necesidad-, de modo que lo que procede es un “juicio hipotético que versa sobre las posibilidades del autor principal en un momento histórico concreto” –combinación de planos abstracto y concreto o histórico-, 95 s.), o RUIZ ANTÓN (“existirá cooperación necesaria cuando contando con la relatividad de circunstancias y factores concurrentes en el tiempo y en el espacio, la contribución prestada guarda una relación de necesidad con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y en este sentido hace posible o intensifica su verificación”, mientras que si no se da esa necesidad, pero la contribución facilita la realización de esa lesión o puesta en peligro, habrá complicidad, 97 s.).

b) *La teoría de los bienes (o actividades) escasos* (98 ss.), propuesta, con bastante éxito, por GIMBERNAT. Según ella, ante la incapacidad de la teoría de la necesidad –abstracta o concreta- para determinar cuándo existe cooperación necesaria (del art. 14.3º CP 1944/73), hay que acudir al sentido de “imprescindibilidad” en el lenguaje corriente. Según este lenguaje, una aportación es necesaria para un resultado cuando supone un medio (bien o actividad) escasa, todo ello con los matices y requisitos que, como es conocido, establece GIMBERNAT para determinar cuándo se da la escasez en la entrega de cosas y en la aportación de actividades, y que Pérez Alonso resume (101 ss.).

c) *Criterio intermedio* (104 ss.), defendido por MIR PUIG, conjugando la teoría de la necesidad referida al “si” de la ejecución en el caso concreto (es decir, la propuesta por R. MOURULLO) y la de los bienes escasos (de GIMBERNAT): lo primero (siempre que por “si” del hecho se entienda la realización de los elementos típicos dentro del tiempo en que persiste la resolución criminal originaria) acertaría al determinar los aspectos del hecho para los que debe ser necesaria la contribución, mientras que la escasez sería un criterio auxiliar (que no tiene por qué ser el único) para decidir si la aportación se presentaba *ex ante* a los ojos del espectador objetivo, atendido el plan del autor, como *conditio sine qua non* de la realización del tipo.

d) *Criterio subjetivo-psicológico* (106 s.), cuyos más significados representantes serían COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN<sup>9</sup>. Según esta tesis, las diferencias entre cooperador necesario y cómplice no se darían en el plano objetivo, no se trataría de evaluar las posibilidades objetivas del autor del realizar el hecho sin la aportación del sujeto, sino de si el autor lo hubiera efectuado o no sin ellas, como pide el texto legal, lo cuál requiere un juicio sobre el proceso motivacional del autor. Como señalan GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, la cooperación necesaria sería una figura cercana a la inducción, si bien en la primera el sujeto no hace nacer en el autor la idea de cometer el hecho, sino que, con su contribución, lo motiva a realizarlo en el sentido de que contribuye a que el autor tome la firme decisión de delinquir.

e) Se ocupa por fin Pérez Alonso de algunos autores (que, a veces, como mal menor aceptan otras posiciones de *lege lata*) que, dada la constatación de muchos estudiosos de que los criterios anteriores no conducen a una delimitación satisfactoria, de *lege ferenda* realizan una *propuesta de derogación* del precepto relativo a la cooperación necesaria (107 ss.). Cita a OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO y a CEREZO como representantes de esta postura, quienes proponen (con distintos matices) una única figura de complicidad con una atenuación facultativa de la pena para el cómplice dependiendo de la importancia de su cooperación.

5. La parte del libro dedicada por Pérez Alonso a la exposición de la doctrina española en torno a las dos facetas del problema señalado no constituye algo novedoso o plenamente original, pues pueden encontrarse otros trabajos que también realizan esa exposición. Sin embargo, al contrario de lo que pasa con algunas partes expositivas de otros trabajos, creo que no puede decirse que la exposición de Pérez Alonso sea superflua. Ello por varias razones, algunas de las cuales paso a enumerar. En primer lugar resulta bastante completa y es muy clara, lo que siempre es de agradecer. En segundo lugar, su exposición está muy bien orientada a los puntos que van a constituir la discusión y la toma de postura personal de las restantes partes del libro, por lo que centra bien el debate. Además, en su exposición el autor introduce matices interesantes a la hora de incluir tal o cual autor en una u otra postura (inde-

---

<sup>9</sup> En p. 106 n. 290, Pérez Alonso incluye como defensores de esta tesis también a GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, y añade que también yo (y, en un trabajo conjunto conmigo DE VICENTE REMESAL), aun partiendo de una posición distinta sobre la autoría, acepto “este criterio subjetivo-psicológico”. Más adelante explicaré cómo desde luego al menos no lo defiendo con carácter exclusivo ni prioritario (cosa que, aunque en la citada nota pudiera parecerlo, no me atribuye Pérez Alonso, como se ve claramente en otras partes de su obra), y, desde luego, no defiendo “este” criterio.

pendientemente de que algunos de esos matices resulten a veces, en mi opinión, discutibles). Y especialmente valiosa y meritoria me parece su atención a los autores clásicos (o, si se prefiere, antiguos, especialmente los comentaristas) españoles; esta atención falta en bastantes trabajos científicos recientes y, como se comprueba en la obra de Pérez Alonso, resulta sin embargo muy interesante e importante, no sólo en perspectiva de pura erudición histórica, sino para entender algunas de las razones del actual debate en torno a (las dos facetas en que se plantea la discusión de) la cooperación necesaria.

6. El capítulo segundo de esta primera parte del libro (111 ss.) se dedica al estudio de la jurisprudencia española en torno a la coautoría y la cooperación necesaria. Señala el autor que la jurisprudencia se ha ido poco a poco clarificando en esta materia, seguramente como reacción a la certera crítica de la teoría jurisprudencial del acuerdo previo que en su día llevo a cabo GIMBERNAT<sup>10</sup> (111). No obstante, señala Pérez Alonso que este avance se ha centrado sobre todo en el primero de los problemas anteriormente señalados, esto es, en el de la delimitación entre coautoría y complicidad, resultando sin embargo que el segundo de los problemas, o sea, la distinción entre cooperador necesario y cómplice, sigue sin estar tratado con claridad en la jurisprudencia española, manejándose criterios de distinción entre autoría y participación en esta materia, considerando al cooperador autor y partícipe en una misma sentencia, sosteniendo que todas las figuras del art. 14 CP 1944/73 son de autoría e intercambiables entre sí, manejando arbitrariamente criterios de distinción, no señalando el criterio que se maneja o manejando varios de manera confusa e incluso manejando criterios contradictorios entre sí para “fundamentar” el fallo; todo ello con la repercusión práctica de que muchos partícipes se consideran autores (legales) y son tratados como autores reales (111 s.). Ante esta situación (con cuya descripción estoy de acuerdo), Pérez Alonso decide adoptar un esquema expositivo distinto al seguido respecto de la exposición de la doctrina española, para que pueda comprenderse mejor (112). Su análisis jurisprudencial se ciñe a las SSTS a partir de 1990, pues cree que la jurisprudencia hasta 1966 está exhaustiva y correctamente estudiada por GIMBERNAT<sup>11</sup>, y la comprendida entre 1966 y 1989 por mí<sup>12</sup>, resultando además que a partir de esta última fecha han dado comienzo los importantes cambios jurisprudenciales reseñados (113).

---

<sup>10</sup> GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, 1966, 57 ss.

<sup>11</sup> GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, 1966, 54 ss.

<sup>12</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 349 ss.

7. Para exponer la evolución reciente de la jurisprudencia en materia de autoría y participación, Pérez Alonso se apoya expresamente (113 s.) en el análisis realizado por mí en mi principal trabajo sobre la autoría<sup>13</sup>, en el que observaba tres líneas jurisprudenciales en el TS: la continuista con la teoría del acuerdo previo, la negadora de validez a esa teoría y la que considera al mal llamado acuerdo previo como un requisito más de la coautoría (abandonando así la antigua teoría del acuerdo previo). Según Pérez Alonso, en la actualidad ésta última es la absolutamente mayoritaria y cree que hay que subdividirla para hacer mención especial, como cuarta línea jurisprudencial, a la teoría del dominio del hecho, utilizada de modo creciente por el TS a partir de los años sesenta y convertida en la más utilizada ya en los años noventa, mientras que la teoría del acuerdo previo experimenta una tendencia decreciente inversamente proporcional a la creciente del dominio del hecho (114). Tras observar que a menudo la adscripción de una SSTS a una de las líneas es compleja por la falta de claridad de muchas de esas SSTS (debido, según Pérez Alonso a la imprecisión, mezcolanza de criterios y falta de argumentación denunciadas por mí hace años<sup>14</sup>) (114), aborda el autor la breve exposición de cada una de las líneas señaladas:

a) En cuanto a la *línea continuista de la teoría del acuerdo previo* (114 ss.), al margen de repasar algunas características de esta línea ya destacadas por otros autores y adherirse a las críticas que varios de ellos realizan a esta teoría (el primero y destacado, GIMBERNAT<sup>15</sup>), pone de manifiesto que la teoría del acuerdo previo sigue teniendo vigencia hoy en la jurisprudencia del TS, “aunque en un claro y frenético declive”, cita las resoluciones recientes en esa línea y señala además como prueba de su franco retroceso el que en los años 1991, 1994 y 1996 no se haya dictado resolución alguna que responda plenamente a la doctrina del acuerdo previo.

b) *La línea negadora de la teoría del acuerdo previo* (117 ss.), se seguiría presentando, según Pérez Alonso, en los dos sentidos indicados por mí<sup>16</sup>, es decir, en el de las SSTS que señalan que esa teoría va siendo superada y en el de las que observan que el acuerdo es un requisito común a toda forma de participación (en sentido amplio), tendencias a las que ahora se habría unido una compuesta por SSTS en que se halla un expreso rechazo de la teoría del acuerdo previo. De todas ellas ofrece multitud de referencias jurisprudenciales Pérez Alonso.

<sup>13</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 362 ss.

<sup>14</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 363.

<sup>15</sup> GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, 1966, 57 ss., 73 ss., 77 ss.

<sup>16</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 375.

c) *El acuerdo previo como un elemento más de la coautoría* (119 ss.). Esta sería la línea absolutamente mayoritaria en las SSTS recientes que analiza Pérez Alonso, ofreciendo también aquí una amplísima cita de SSTS. Dentro de ella, tras señalar el autor que aquí se encuentran todavía SSTS que consideran intercambiables las categorías de “autoría” del art. 14 CP 1944/73 (especialmente las de los números 1º y 3º, pero también las del 2º), realiza una clasificación de estas SSTS según el criterio o criterios objetivos que manejan junto al acuerdo. Así, una corriente minoritaria (120 ss.) aplica la teoría objetivo-formal (clásica sobre todo, pero alguna vez también la moderna o modificada) para distinguir entre coautoría y participación, si bien, como es lógico, en la distinción entre cooperador necesario y cómplice recurre al criterio (objetivo-material) de la necesidad. Una segunda corriente (122) aplica la teoría de la necesidad tanto para delimitar coautoría y participación como para distinguir entre cooperación necesaria y complicidad. Otras veces (122 ss.) se acude a la teoría de los bienes escasos, en ocasiones de manera adecuada (y considerando al cooperador necesario más “autor legal” que “real”) y en otras mezclando indebidamente ese criterio con el de la necesidad. Y por último, encuentra Pérez Alonso (123 ss.) un número considerable de SSTS, de las que da cumplida referencia, en que “la mezcla de teorías y criterios puede resultar explosiva” y respecto de las cuales sigue valiendo la crítica por mí realizada a la que antes se ha hecho referencia.

d) *Línea seguidora del dominio del hecho* (126 ss.). Insiste Pérez Alonso en que se trata de la línea jurisprudencial actualmente mayoritaria (aplicando esa teoría expresa o implícitamente) y señala que algunas de las SSTS agrupadas en la línea anterior podrían adscribirse a ésta, si bien falta en ellas claridad por la mezcla de criterios. En la línea que ahora nos ocupa, descubre el autor diversas corrientes, de todas las cuales ofrece numerosos ejemplos de SSTS. Así, en algunas resoluciones (126) se hace referencia más o menos clara a elementos considerados esenciales para la coautoría por la tesis del dominio funcional del hecho, aplicando tanto el art. 14.1º como el 14.3º CP 1944/73. En otras (126 s.) se alude con carácter general al dominio del hecho como criterio de la coautoría y la autoría mediata. Por fin otras (127 s.) se refieren expresamente y en ocasiones con buena fundamentación al criterio del dominio funcional del hecho o condominio como criterio fundamentador de la coautoría, si bien todavía falta a menudo mayor fundamentación y a veces se atribuye de forma automática e incorrecta la condición de autor al cooperador necesario. Señala además Pérez Alonso (128 s.) que, en aplicación de la teoría del dominio del hecho, algunas SSTS mantienen la interpretación de los

números 1º y 3º del art. 14 CP 1944/73 propuesta por MIR PUIG<sup>17</sup>, en el sentido de que las conductas de cooperación necesaria constitutivas de coautoría (en la aplicación del TS de la idea del dominio funcional del hecho, las prestadas en fase ejecutiva) encajarían en el número 1º del citado artículo, mientras que el resto (o sea, las constitutivas de participación por prestarse en la fase previa) tendrían acomodo en el número 3º de ese artículo.

Concluye su análisis jurisprudencial Pérez Alonso señalando (129) que el TS está todavía recorriendo un tortuoso camino, que poco a poco le llevará a lo que podríamos llamar (es expresión mía y no del autor) “buen puerto” para distinguir, por un lado, coautoría de participación (para él la línea mayoritaria que aplica la teoría del dominio del hecho es la más prometidora) y, por otro, cooperación necesaria y complicidad. Pero aún no ha llegado a él y por eso no ha podido Pérez Alonso seguir el esquema trazado para la exposición de la doctrina española, pues sólo la línea jurisprudencial minoritaria que utiliza la teoría objetivo-formal para distinguir entre autoría y participación y la de la necesidad para delimitar la cooperación necesaria y la complicidad se adapta a este esquema (en coincidencia con un sector doctrinal, del que, aunque aquí no lo dice expresamente, discrepa Pérez Alonso), mientras que incluso la línea mayoritaria (que parece, aunque no lo diga tampoco expresamente, que es la que mayores simpatías suscita al autor del libro comentado) que utiliza la teoría del dominio del hecho “no parece haber comprendido correcta y claramente la problemática que plantea la figura del cooperador necesario en su verdadera dimensión”.

8. El análisis de la jurisprudencia española llevado a cabo por Pérez Alonso me parece certero, tanto en su forma de llevarlo a cabo como en su diagnóstico de la situación. No recurre a repeticiones innecesarias, sino que toma el trabajo donde otros estudios exhaustivos lo dejaron, informa ampliamente e incluso con exhaustividad de las SSTs de los últimos años, agrupándolas de modo correcto y seleccionando bien las que utiliza para ejemplificar las posturas jurisprudenciales reprodu-

---

<sup>17</sup> MIR PUIG, *PG*, 3ª, 1990, 417 s., 439. En la actualidad, su posición en este punto viene a ser la misma (aunque parece que, por la clara alusión a la realización conjunta en la primera parte del art. 28 CP, no necesita explicar tanto dónde encajan los supuestos de coautoría: los que resulten coautores estarán comprendidos en la primera parte del art. 28 (entre quienes “son autores”), por realizar conjuntamente el hecho, mientras que el resto de cooperadores necesarios (los que son partícipes) encajarán en la letra b de la segunda parte del art. 28 (entre quienes “también serán considerados autores”): v. MIR PUIG, *PG*, 5ª, 1998, 389 ss., 409 s. Ésta es también la posición que adoptan en la actualidad la mayoría de los defensores españoles de la teoría del dominio del hecho.

ciendo parte de su contenido. Las consecuencias a las que llega son bastante ponderadas, poniendo de relieve que la jurisprudencia española en materia de autoría ha avanzado en un sentido positivo en los últimos años, pero que aún le queda un buen camino que recorrer en la clarificación de los criterios que utiliza. Quizá se eche de menos en su análisis el que ponga de relieve el papel, en mi opinión fundamental (con independencia de que se esté acuerdo o no con esta tesis), desempeñado en la implantación de la teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del TS por BACIGALUPO (autor al que, por otro lado y como es lógico, Pérez Alonso presta especial atención a lo largo de su trabajo), en especial respecto del criterio del dominio funcional del hecho para caracterizar la coautoría, máxime cuando Pérez Alonso considera (con razón) la adopción de esta teoría por el TS digna de destacarse como una línea aparte y con entidad propia en la evolución reciente de la jurisprudencia. Creo de justicia reconocer que la teoría del dominio del hecho, a la que ya el TS recurría en ocasiones con anterioridad, ha cobrado especial relieve y claridad (aunque esto no sea así en todas las SSTS que apelan a esa teoría) a partir de las SSTS en que BACIGALUPO ha actuado como ponente y el efecto de “contagio” que ello ha producido en otros miembros de la Sala 2<sup>a</sup>. Es sabido que no comparto la tesis del dominio funcional del hecho, pero, sin embargo, hoy éste es al menos un criterio aplicado con claridad y precisión en muchas SSTS, frente a la confusión de épocas anteriores, lo que supone un mérito que me parece de justicia reconocer a BACIGALUPO<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> En esta parte del análisis jurisprudencial, Pérez Alonso destaca en el texto dos SSTS en las que es ponente BACIGALUPO, para señalar de una de ellas (9-5-1990, A 3882) que utiliza el criterio del dominio funcional del hecho “de forma bien fundamentada” (127 s.), y, sin embargo, de otra (8-2-1991, A 915) que BACIGALUPO, “apartándose de la interpretación ortodoxa de dicho precepto de conformidad con la teoría del dominio del hecho y de lo defendido en sus escritos científicos”, mantiene “la interpretación de los núms. 1º y 3º del art. 14 CP-73 propuesta por MIR PUIG” (128 s.). En cualquier caso, aunque he señalado que hubiera sido bueno que Pérez Alonso destacara el papel desempeñado por BACIGALUPO en la consolidación de la teoría del acuerdo previo en la jurisprudencia del TS, esta omisión no significa que el autor del libro no aprecie dicha labor ni las aportaciones de BACIGALUPO, a veces incluso con reacciones que considero algo exageradas frente a sus críticos: así, en pp. 6 s. n. 15 cita la SSTS 21-2-1989 (A 1619), en la que BACIGALUPO actuó como ponente, y que fue objeto de un comentario crítico por parte de GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, y BALDÓ LAVILLA/SILVA SÁNCHEZ, *Autoría o participación en determinados supuestos de “vigilancia”*, en *Poder Judicial* (PJ) 27 (1992), 189 ss. Al respecto, señala Pérez Alonso: “No deja de ser *inaudito* que la novedosa y loable aplicación de la teoría del dominio del hecho por parte del Tribunal Supremo, en un claro intento de superar la tradicional y constante teoría subjetivante del acuerdo previo, haya concertado a tantos críticos en la ciencia penal española y, sin embargo, hasta ahora no se ha conjuntado tanto penalista para realizar un comentario crítico a la línea ju-

### III. La autoría como dominio del hecho

1. Pérez Alonso dedica la segunda parte de su libro al “modelo adoptado de autoría y participación en Derecho penal” (131 ss.), definiendo en su capítulo primero los “presupuestos metodológicos y teóricos sobre la autoría y participación” (133 ss.) y comenzado por un “planteamiento general” en el que lo más destacable es su opción por

---

risprudencial que ha dominado en el TS sobre la autoría y la participación” (subrayado mío). Creo efectivamente que el tono crítico de la observación de Pérez Alonso es, como mínimo, exagerado. En primer lugar, “tantos” penalistas no nos hemos conjuntado (¿o “conjurado”?) para criticar la SSTS comentada y menos aún la tendencia jurisprudencial favorable a la teoría del dominio del hecho, sino que, en una iniciativa (que, por cierto, esperamos en breve retomar con carácter abierto a quien desee participar en ella) que considero provechosa, varios (al menos entonces, jóvenes) penalistas españoles decidimos que sería bueno realizar comentarios desde distintas perspectivas a concretas SSTS que nos parecieran especialmente interesantes; es decir, que la elección de la SSTS comentada no se debió a que su contenido nos pareciera especialmente criticable en comparación con el de la jurisprudencia tradicional del TS, sino precisamente a lo contrario, es decir a que era un ejemplo de una forma de fundamentar creciente en la jurisprudencia del TS y que suponía un importante paso adelante frente a la jurisprudencia tradicional. Por otra parte, como bien sabe y cita Pérez Alonso, bastantes autores españoles hemos realizado estudios críticos (bastante más amplios, profundos y unánime y duramente críticos que los de un comentario de sentencia) de la jurisprudencia española tradicional en materia de autoría y participación, en especial de la teoría del acuerdo previo. Por mi parte, ofrezco dos pruebas de que no hubo el “ensañamiento” que parece apuntar Pérez Alonso con la citada SSTS, sino que (al margen de mi desacuerdo con ella) pongo de relieve expresamente su mérito: en la parte que nos corresponde a mí y a DE VICENTE en el mentado comentario, se lee expresamente (p. 207): “De entrada, conviene poner de manifiesto el mérito de esta y otras sentencias del Tribunal Supremo al ofrecer un criterio claro y controlable, que además coincide con el que es (matices aparte) casi unánime en la doctrina alemana y que defiende un sector cada vez más importante de la española; esta tendencia jurisprudencial, a la que no es ajena la influencia de Bacigalupo (claramente en las SSTS en que es ponente, pero también en las SSTS de otros ponentes) contrasta con el panorama de la jurisprudencia en materia de autoría y participación hasta hace poco (y en parte aún hoy), que, con honrosas excepciones, era el reino de la imprecisión, cuando no de la confusión”. En un trabajo mío posterior (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Coautoría” *alternativa* y “coautoría” *aditiva: ¿autoría o participación?*, en: SILVA SÁNCHEZ, ed.: Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, 1997), que Pérez Alonso no maneja en su libro (seguramente por razones de cierre de la redacción de éste antes de la publicación de mi trabajo) y que aproveché (marginally, pues no era el objeto del trabajo) para matizar e incluso rectificar parcialmente algunas de las opiniones manifestadas en el comentario citado y para replicar a las críticas a mi posición (y de DE VICENTE) que, en respuesta al comentario a la SSTS, había realizado BACIGALUPO, *Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho penal*, en: PJ 31 (1993), 31 ss., reiteraré expresamente (308 n. 82): “Para continuar el diálogo científico entablado con BACIGALUPO a raíz del comentario que diversos autores realizamos a la SSTS 21-2-1989, de la que fue ponente el citado catedrático y magistrado del TS (cuya labor en relación con la jurisprudencia del TS en materia de autoría y participación resulta muy meritoria), señalaré ...”.



un concepto restrictivo de autoría y su rechazo tanto de un concepto unitario (aun reconociendo que podría ser compatible, en su versión funcional, con la regulación del CP español) como de uno extensivo. Se alinea así el autor del libro con la opinión general de la doctrina española, utilizando argumentos iguales o similares a los que diversos autores hemos venido utilizando. Por mi parte, evidentemente, no puedo sino mostrar mi acuerdo. Concluye este apartado Pérez Alonso anticipando (138 s.) que el criterio que le parece más adecuado para fundamentar ese concepto es el del dominio del hecho en su versión más depurada, esto es, en la sostenida por ROXIN, descartando tanto otras teorías objetivo-materiales, ya en desuso, como las teorías objetivo-formales, que aún cuentan con predicamento entre parte de la doctrina española, dejando el autor el desarrollo de su concepción del dominio del hecho para más adelante. Es notorio que no comparto ni esas otras teorías objetivo-materiales antiguas<sup>19</sup>, ni las teorías objetivo-formales (pese a reconocerles importantes méritos)<sup>20</sup>, pero tampoco plenamente la del dominio del hecho (ni siquiera en su mejor versión que, efectivamente, me parece la de ROXIN y quienes le siguen)<sup>21</sup>.

2. A continuación intenta Pérez Alonso sentar las “bases para alcanzar un concepto restrictivo de autor” (139 ss.). En esta tarea, señala el autor que el problema de la participación criminal en sentido amplio, como el de las demás categorías de la teoría del delito, es, en buena medida y como señalan diversos autores, un problema universal, en el sentido de que constituye un problema que se plantea a toda formación social, sin perjuicio de que las peculiaridades de cada país y las decisiones valorativas de sus legisladores puedan conducir a soluciones diferenciadas, de modo que en la determinación de la autoría “se debe partir de los fenómenos sociales participativos, de las propias situaciones vitales conflictivas (socialmente dañosas), pero delimitadas por lo injusto típico, es decir, por la desvaloración jurídico-penal de tales conductas en los tipos penales, y guiadas por la finalidad (político-criminal) que persigue el sistema penal” (141). Hasta aquí, se puede estar de acuerdo.

Más discutible me parece (aunque se trata más bien de una cuestión terminológica) la afirmación siguiente de que “la conjunción de todos estos elementos permitirá obtener un concepto ontológico o teórico de autor, que permita resolver en el sentido y fin de la ley penal la problemática suscitada en cada caso” (141, referencia que se repite en las pp. 144 y 163). Pues creo que difícilmente se puede denominar en puridad

---

<sup>19</sup> Ampliamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 411 ss.

<sup>20</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 535 ss.

<sup>21</sup> Ampliamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 545 ss.

*ontológico* a un concepto de autor en el que se tienen en cuenta las situaciones conflictivas *delimitadas por lo injusto típico*, por la desvaloración *jurídico-penal* de tales conductas en los *tipos penales*. Por definición, la selección de conductas típicas la lleva a cabo el legislador sobre la base (quizá entre otras) de criterios valorativos, de criterios (aunque sólo sea por tratarse de los de la propia ley) normativos, que, evidentemente, no pueden ignorar ciertas realidades ontológicas y ciertas valoraciones, por así decirlo, pretípicas. Como resulta claro, esto no es ignorado por Pérez Alonso, como se desprende de sus propias palabras, reforzadas por otras, como, por ejemplo, cuando (en la p. 143) indica que “el concepto de autor en sentido estricto, a nuestro juicio, debe ser delimitado en el ámbito pre-jurídico y valorativo”, si bien puede reiterarse aquí que si en ese concepto de autor influye también (como a mí me parece evidente) la delimitación de conductas realizada por los tipos penales, difícilmente se puede hablar de un concepto puramente “prejurídico”. Por ello, no me parece muy acertado hablar de concepto ontológico de autor. Pero a lo que se refiere Pérez Alonso en realidad es que el concepto de autor no puede deducirse *sin más* de la letra de la ley, en una suerte de “ingenuidad positivista” (la expresión es mía y no del autor del libro), pues, la ley puede decir quiénes son autores (y quiénes partícipes o quiénes se consideran a determinados efectos autores, etc.), como hace el art. 28, primera parte, de nuestro CP, al señalar que “son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”, pero no dice qué es realizar el hecho ni cuándo se realiza conjuntamente ni cuándo debe entenderse que alguien utiliza a otro como instrumento (claramente en este sentido, 142 s.), sino que para determinar éstas y otras cuestiones habrá que acudir a diversas consideraciones ontológicas y teleológicas (así, expresamente, 144). Todo esto es correcto, pero no tanto el que en esa tarea nos movamos en un plano pre-jurídico y ni siquiera meta-positivo, pues la regulación positiva no sólo de las formas de autoría y participación, sino de las concretas figuras típicas y de otras categorías del delito, han de ser tenidas en cuenta (aunque no como dato exclusivo) a la hora de fijar un concepto de autor y de analizar los problemas de la autoría y la participación (como sin duda ninguna hace también Pérez Alonso). Disociar al extremo lo jurídico y lo prejurídico en este terreno (en el que nos preguntamos por figuras con relevancia jurídica) para decidir qué se debe tener en cuenta o, más bien, qué se debe tener en cuenta *primero*, es tanto como, si se me permite un símil desenfadado, intentar descubrir qué fue antes, si el huevo o la gallina.

3. Sus consideraciones anteriores llevan a Pérez Alonso a adoptar como punto de partida el “*principio rector* para determinar el concepto de autor, que no circunscribe todavía su contenido, sino que se trata

simplemente de un concepto formal, de un punto de partida metodológico: ‘*el autor es la figura central de los sucesos de actuación*’” (144), siguiendo por tanto fielmente la conocida idea de ROXIN<sup>22</sup> (a la que Pérez Alonso se adhiere expresamente: 144 ss.), de sobra conocido. Y también son conocidas mis reservas respecto del valor de la idea de figura central de ROXIN<sup>23</sup>, que, si bien puede poseer expresividad plástica, ha de conectarse necesariamente (como en definitiva hacen ROXIN y Pérez Alonso) también a la configuración de los tipos penales, es decir, ha de ser menos “prejurídica” de lo que se pretende para poseer algún valor. Pero más interesantes son las consecuencias que Pérez Alonso extrae de todas estas reflexiones y que paso a comentar:

a) Dado que “la discusión debe circunscribirse fundamentalmente a los criterios meta-normativos de partida, es decir, a las teorías generales de autoría y participación por las que se opte para la definición del autor, no parece conveniente adoptar como criterio único y decisivo *consideraciones de carácter normativo*” (146 s. y desarrollo en las pp. ss.). Estoy de acuerdo en la última parte: los criterios normativos no pueden ser los únicos decisivos, pero me parece inevitable tenerlos en cuenta en toda discusión jurídica, porque, para empezar y aunque no sea el caso del CP español, la configuración legal de un sistema de autoría en el sentido, por ejemplo, de un concepto unitario de autor, ha de marcar toda la elaboración de *lege lata* de los problemas de autoría y participación (como sin duda reconoce Pérez Alonso: por ejemplo, cuando en p. 148 señala que “el concepto de autor no se puede establecer en modo alguno al margen de la ley”). Pero no sólo es esto. En la discusión penal reciente se ha vuelto un punto central el dilema entre ontologismo (psicologismo, etc.) y normativismo (a nadie se le oculta que el detonante está en buena medida en la obra de JAKOBS y sus seguidores). Desde luego, una visión puramente normativista de los problemas penales que prescindiera de otros datos de la realidad (natural, psicológica, social, etc.) no me parece compartible, pero tampoco un ontologismo extremo me parece aceptable para el análisis y la resolución de los problemas jurídicopenales, sino que creo que ambas perspectivas deben ser combinadas (por ejemplo, al modo en que lo hace precisamente ROXIN, pero también otros muchos autores)<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª, 2000 (1ª, 1963), 25 ss., 527, entre otras pp. y lugares.

<sup>23</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 585 ss.

<sup>24</sup> No es éste el lugar adecuado para debatir a fondo la polémica entre ontologismo y normativismo. Quizá lo primero que se habría de aclarar es qué se entiende por tales términos, pues la apelación a ellos es normalmente bastante confusa, hasta el punto de que a veces –sólo a veces– parece confundirse normativismo con puro positivismo, lo que no es acertado. Tomando los términos en sentido amplio, parece difícil

Así, en total sintonía con lo defendido por ROXIN, pero citando acertadamente ya a un clásico español como RUEDA, cree Pérez Alonso que “*las consideraciones (normativas) de merecimiento y necesidad de pena* no pueden ser determinantes para la definición del autor en sentido estricto” (148 ss.). Nuevamente he de decir que considero que el autor cuya obra nos ocupa tiene razón en que no pueden ser determinantes, si por ello se entiende que son las únicas o las que principalmente se tienen en cuenta. Sin embargo, Pérez Alonso me cita (150 ss.) como aparente defensor de una postura distinta, al haber afirmado yo<sup>25</sup> que el merecimiento y necesidad de pena son criterios muy importantes en la determinación del concepto de autor. No obstante, haciendo una revisión bastante correcta de lo que yo entiendo por merecimiento y necesidad de pena y del papel que desempeñan en la teoría de la autoría y la participación, llega a la conclusión de que vinculo esos conceptos respectivamente a lo injusto penal y a los fines de la pena y les concedo relevancia en cuanto a la accesoriedad de la participación y a la magnitud de pena que se establece para cada forma de intervención, por lo que se trataría de “nuevas etiquetas para viejas y conocidas cuestiones penales” (150 s.). Efectivamente, no es desacertado el análisis de Pérez Alonso, aunque más que vincular estrictamente los conceptos a las categorías citadas, lo que yo pretendía, como acaba señalando el pro-

---

hallar autores que prescindan de un cierto normativismo en su enfoque de las cuestiones jurídicopenales, como no puede ser de otra manera, si en la discusión se introducen criterios valorativos, lo que es inevitable y deseable; pero creo además que las valoraciones no son sólo prejurídicas, como pretende Pérez Alonso, sino a menudo jurídicas (y jurídicopenales), como no podría ser menos (así, la obra de Pérez Alonso está plagada de consideraciones valorativas jurídicas en su búsqueda del concepto de autor, lo que, en mi opinión, no es un defecto). Si a un enfoque teleológico (y el de Pérez Alonso lo es confesada y acertadamente en buena medida) no se le quiere denominar normativo, entonces sí podremos aceptar una mayor distancia con ese “normativismo”. En cualquier caso, me parece que Pérez Alonso adopta (etiquetas al margen) una perspectiva intermedia compatible. Por lo demás, este autor (147 s.), en un ejercicio de respeto científico que le honra, señala que un enfoque (entiendo yo, puramente) normativo es una opción que no es correcta ni incorrecta y no puede rechazarse tajantemente como opción metodológica, sólo que no le parece “necesario ni conveniente” para determinar el concepto de autor, considerando preferible la “opción contraria, que parte de consideraciones ontológicas y teleológicas”. Y, lo que es importante, aclara que “el recurso a criterios metanormativos, que consideramos necesarios y adecuados, para definir la autoría, no supone en absoluto el abandono de los criterios legales establecidos en nuestro Código, aunque no son definitivos *per se*, sino que la ley está necesitada de concreción. Desde una perspectiva metodológica garantista –y respetuosa con el principio de legalidad– el concepto de autor no se puede establecer en modo alguno al margen de la ley. Por ello, hay que tener presente las valoraciones y decisiones de nuestro legislador, que podrán ser muy indicativas para concretar dicho concepto y que, en cualquier caso, debe ser respetuoso con ellas”.

<sup>25</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 78 ss., 454 ss., 531, 532, 611 s., entre otras pp. y lugares.

pio Pérez Alonso, era contemplar el merecimiento y la necesidad de pena en el modo en que posteriormente ha puesto de manifiesto LUZÓN PEÑA<sup>26</sup>, es decir, en el sentido de que “son principios materiales que operan tanto en la fundamentación como en la limitación y exclusión de todos los elementos del delito, pero también en la de otros requisitos de la pena no referidos al hecho. No deben entenderse, sin embargo, como categorías sistemáticas autónomas. Se comportan entre sí como círculos secantes, es decir, que ambos tienen puntos comunes con influencia recíproca, pero también es cierto que cada principio expresa criterios diferentes y propios” y que, desde luego, “necesitan todavía de una concreción mucho mayor de su contenido, si es que se pretende aplicarlos de forma más precisa y clara de como se viene haciendo habitualmente”. Reconociendo que esto es así, Pérez Alonso acaba por señalar que “hasta aquí, por tanto, no parece haber diferencias significativas con los presupuestos metodológicos y teóricos de que hemos partido” (152), lo cual me parece correcto<sup>27</sup>. Pero entonces, ¿por qué yo me refería al merecimiento y necesidad de pena, esas “nuevas etiquetas para viejas y conocidas cuestiones penales”, cuando ni siquiera las considero categorías independientes y es evidente (se deduce de la lectura de cualquiera de mis trabajos) que no renuncio a las categorías y denominaciones tradicionales y asentadas? Pues precisamente para poner de relieve que, al estar presentes los principios materiales del merecimiento y necesidad de pena en esas categorías, no es cierto (porque es imposible) que la determinación del concepto de autor se realice al margen de esas categorías, como muy mayoritariamente se sostiene.

Pero, más allá de esto, Pérez Alonso cree encontrar en mi construcción, “un momento normativo callado, que se hace más explícito al referirse al fundamento de la autoría”, con mis constantes referencias a “criterios (normativos) tales como el grado de urgencia de las normas de comportamiento prohibidas (sic), el grado de evitabilidad (del peligro) de las normas de comportamiento prohibidas (sic) (para el bien jurídico), etc., coincidiendo, al menos, terminológicamente con STEIN”, deduciendo de ello que entonces ya estamos ante un concepto normativo de autor que necesariamente ha de acudir a criterios de merecimiento y necesidad de pena, situándose ya en una perspectiva distinta

---

<sup>26</sup> LUZÓN PEÑA, *La relación del merecimiento y de la necesidad de pena con la estructura del delito*, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), 1993, 25 s. y *passim*.

<sup>27</sup> Ello es claro, si leemos algunos pasajes anteriores de la obra de Pérez Alonso, como, por ejemplo, éste (144): “En la línea propuesta por ROXIN, se defiende un ‘concepto de autor como síntesis de modos de consideración comprensivos de valor y que fijan finalidades’, en el sentido de que hay que aprehender el valor del hecho (injusto) realizado y adecuarlo a la idea del fin (preventivo-penal)”.

(por normativista) a la de ROXIN y el propio Pérez Alonso, lo cual, como señaló anteriormente, es inobjetable, pero explica las divergencias que conducen necesariamente a diferentes conceptos de autor. (153). Aparte de matizar que yo nunca he hablado de “norma ... prohibida” y de confirmar que he reconocido siempre abiertamente que se trata de una fundamentación normativa y de sus concomitancias con la construcción de STEIN<sup>28</sup> (aunque también de otros autores), conviene precisar algunas cosas, porque Pérez Alonso cree que, una vez aplicado el término “normativo” a mi construcción, ya se explica por sí solo que lleguemos a diferentes conceptos de autor. Sin embargo, como vimos anteriormente, por normativo pueden entenderse diferentes cosas y la etiqueta me parece lo de menos. Así, la fundamentación normativa que propongo parte de consideraciones diversas, como el análisis previo de si en el CP español se establece un concepto unitario o restrictivo de autor y, visto que ambos son compatibles con nuestro CP (con el de 1944/73 sobre todo, pero seguramente también con el vigente), por lo que realizo una decisión, en buena medida valorativa y con referencia a normas jurídicas (como la constitucional que consagra a España como un Estado de Derecho) de qué sistema de autoría es preferible, optando (como luego Pérez Alonso, por similares razones) por el restrictivo, pero eso sí, intentando desarrollar un concepto de autoría que mantenga al máximo las ventajas de ese sistema, sobre dos premisas fundamentales: la adscripción de la autoría al tipo legal y la existencia en nuestro Derecho (dato del Derecho positivo y, por tanto, supongo que normativo) de figuras de intervención que pueden ser interpretadas como de participación en sentido estricto, es decir, sometidas al principio de accesoriedad, pero conminadas con la misma pena de la autoría, figuras no siempre contempladas en otros Derechos, como el alemán (me refiero a la discutida cooperación ejecutiva del CP 1944/73 y a la cooperación necesaria de ese CP y del vigente, además de a la inducción que sí contempla el StGB). Desde esta perspectiva que combina elementos valorativos (desde luego no sólo ni principalmente prejurídicos) y datos del Derecho positivo español es desde la que propongo un fundamento de la autoría que, en definitiva no incluye más aspectos del merecimiento y necesidad de pena que los ya señalados anteriormente por Pérez Alonso y que no le parecían tan mal salvo en cuanto a la supuesta utilización (ahora la expresión es mía) de nuevos collares para los mismos perros. Discrepo por tanto del autor del libro comentado en que partamos de presupuestos tan diferentes (normativo el mío, mientras el suyo no) que, eso sí, desde el máximo respeto por el otro, impi-

---

<sup>28</sup> Con la cual, desde luego, discrepo en diversos aspectos: v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 700 ss.; LH-Roxin (ed. por Silva), 1997, 319 ss.

dan llegar a un mismo concepto de autor, pues entiendo que (etiquetas al margen) los presupuestos de que partimos (como “hasta aquí” reconocía Pérez Alonso, son muy similares. Ello también se demuestra en que Pérez Alonso no tiene dificultad alguna, a lo largo de su obra, en apoyar o discutir mis posiciones en concretos problemas materiales de la autoría sin tener que realizar esfuerzos de comunicación, pese al supuesto “muro normativista” (la expresión vuelve a ser mía) fundamental que cree que nos separa.

Sin embargo, sigo creyendo que se debe en buena medida a razones de merecimiento y necesidad de pena, bastante desconectadas del entendimiento de la autoría como realización del tipo, la extensión del concepto de autor que la doctrina alemana lleva a cabo en materia de coautoría (incluso los autores que defienden la idea del dominio funcional del hecho siguiendo a ROXIN, que son los menos extensivos): como no existe en el Derecho alemán una forma de cooperación (entendida como participación en sentido estricto) conminada con la misma pena que la autoría, la doctrina y la jurisprudencia alemana fuerzan el concepto de la coautoría para incluir en él (sacándolos de la complicidad, que se castiga siempre con una pena inferior a la de la autoría) a ciertos cooperadores cuya contribución al hecho se considera de gran importancia y por tanto merecedora y necesitada de una pena equivalente a la del autor. Claro que ello implica que esos cooperadores, convertidos en coautores, no están sometidos al principio de accesoriedad limitada de la participación. Seguramente esa extensión de la coautoría es comprensible, si bien hace que se difuminen en parte las ventajas de un concepto verdaderamente restrictivo de autor y que la distinción entre (co)autor y partícipe se torne más borrosa e insegura. Que, dadas las peculiaridades del Derecho alemán, ello sea explicable, no quiere decir que sea lo más deseable para el Derecho español, y, sin embargo, la construcción alemana se importa a nuestro país.

b) Deben *excluirse los criterios causales* para la determinación del concepto de autor y su delimitación de la participación, debiendo resolverse estos problemas adoptando siempre una perspectiva *ex ante* (153 ss.). Esta observación (que no sé si necesariamente se deriva del “modo de consideración ontológico y teleológico” y del principio rector de que el autor es la “figura central de los sucesos de actuación”, o de la propia naturaleza de la causalidad, por un lado, y de la necesidad de excluir juicios hipotéticos *ex post* en la solución de muchos problemas penales) me parece en líneas generales acertada, por lo que no me detendré en ella.

c) Los *criterios socio-culturales, como el lenguaje cotidiano y las concepciones populares* desempeñan un papel muy limitado en la de-

terminación del concepto de autor (156 ss.), pues nunca son determinantes y no van más allá de la evidencia de que no deben construirse teorías al margen de la realidad social y de que el teórico y el legislador no deben apartarse demasiado del lenguaje cotidiano y las concepciones populares si quieren lograr un aceptable grado de interconexión entre la ley y sus destinatarios y satisfacer las exigencias del principio de legalidad material y seguridad jurídica. También con esta idea de la escasa relevancia de estos criterios en la determinación del concepto de autor estoy básicamente de acuerdo<sup>29</sup>, por lo que tampoco me detendré aquí. Sólo quiero destacar las interesantes (aunque puedan ser discutibles) observaciones (especialmente en lo referente al trasfondo jurídico-político de la tesis) que Pérez Alonso realiza (159 ss.) respecto de la apelación al lenguaje cotidiano (en diversos países europeos) por parte de BOTTKE para fundamentar su concepto (restrictivo) de autoría (que, por lo demás, no se diferencia apenas del de su maestro, ROXIN)<sup>30</sup>; por lo demás, aunque Pérez Alonso considera que las argumentaciones lingüísticas de BOTTKE poseen un carácter “instructivo y clarificador”, con “valor indicativo” y cree que no deben obviarse, las considera insuficientes para determinar el concepto de autor y para fundamentar la tesis del dominio (en BOTTKE, configurador o de configuración) del hecho, debiendo buscarse criterios más firmes y seguros. Sin duda estoy de acuerdo con esto último, pero me gustaría añadir, sin restar valor (que creo que lo tiene) a la obra de BOTTKE, que, en mi opinión, su apelación al lenguaje cotidiano me parece una de las piezas más débiles (aunque es fundamental en ella) de la construcción de BOTTKE, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de una apelación a distintas lenguas europeas -¡en ocasiones de distinto origen próximo!-, respecto de alguna de las cuales BOTTKE demuestra en su obra sólo un conocimiento superficial<sup>31</sup>.

d) Por fin, a modo de conclusión provisional, afirma Pérez Alonso que la perspectiva de consideración ontológica y teleológica que adopta conduce a un concepto restrictivo de autor, en el que éste es la figura central o clave del transcurso de los sucesos vitales, frente a los partícipes, que ocuparían una posición marginal. Pero la obra del autor no es cualquier situación vital, “sino tan sólo aquel fragmento de la realidad que se considera (valora) socialmente dañoso, cuyo ámbito está *de-*

<sup>29</sup> V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 145 ss., 459 ss.

<sup>30</sup> V. BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystem*, 1992.

<sup>31</sup> Algunas observaciones críticas sobre la construcción de BOTTKE en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Roxin* (ed. por Silva), 1997, 317 s., con alguna ulterior referencia.



*limitado y sancionado por lo injusto penal ...* Por lo tanto, en un Derecho Penal basado en el *principio del hecho (típico)* y en el *principio de necesidad y utilidad de la intervención penal (fin de la pena)*, el autor es la figura clave o el centro de imputación personal del *hecho injusto y punible* (subrayados míos). En definitiva, de acuerdo con el principio de legalidad, *“autor es quien realiza el tipo penal”*, quedando por determinar el criterio definidor de la autoría (163). Como es notorio, estoy plenamente de acuerdo con este concepto de autor, si bien cabe anotar que, siendo cierto que en él confluyen consideraciones ontológicas y, más aún, teleológicas, desde luego no se puede decir que se trate de un concepto prejurídico y metanormativo (como parecía pretender Pérez Alonso): basta una mirada a los subrayados anteriores para observar el contenido jurídicopenal de tal concepto (como no podía ser menos<sup>32</sup>).

4. El capítulo segundo (165 ss.) de esta segunda parte del libro se dedica a exponer el sistema de autoría adoptado, adhiriéndose el autor plenamente a la teoría del dominio del hecho con gran fidelidad a la construcción de ésta llevada a cabo por ROXIN (y que de manera casi unánime se considera la más depurada de todas, consideración con la que estoy plenamente de acuerdo). Así Pérez Alonso (165 ss.) reitera que es básica la referencia al tipo del concepto de autor (y de cualquiera de las clases de autoría), por lo que cualquier criterio de autoría debe estar referido siempre a la realización del tipo penal (destacar esto habría sido la principal aportación de la teoría objetivo-formal, como generalmente se reconoce<sup>33</sup>) y que la autoría pertenece a la teoría del injusto. Por ello, la teoría del dominio del hecho servirá para determinar la autoría en la mayoría de los tipos (los llamados delitos de dominio), pero en ocasiones (que habrá que deducir del análisis de los propios tipos legales) habrá que acudir a criterios adicionales; ello ocurrirá en los que ROXIN denomina delitos de infracción del deber y delitos de propia mano (171 s.), de los que Pérez Alonso no se ocupará.

---

<sup>32</sup> Por si quedara alguna duda, podemos extraer alguna otra frase del libro de Pérez Alonso, como cuando en p. 171 cita literalmente a ROXIN (*Täterschaft*, 7ª, 2000 - 1ª, 1963- 337) en relación con el ámbito de aplicación de la teoría del dominio del hecho: “el concepto de autor debe ser extraído de la materia jurídica, no le debe ser impuesto a ésta”.

<sup>33</sup> Pérez Alonso (168) cree que, sin embargo, más allá de la autoría inmediata no cabe defender la teoría objetivo-formal, que no explicaría la autoría mediata ni la coautoría. Creo más bien que esta crítica se debe en parte a un entendimiento demasiado estrecho de la teoría objetivo-formal (incluso en ocasiones por sus propios defensores) y también a un especie de “prejuicio” (pre-juicio) de lo que es la coautoría, si bien estoy de acuerdo es que la teoría objetivo-formal no es la idónea, a veces por incorrecta y a veces por incompleta, para caracterizar la autoría (v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, especialmente 464 ss.).

5. Partiendo de este concepto de autor, el autor del libro realiza un sucinto repaso al origen de la teoría del dominio del hecho y destaca la importancia de la obra de ROXIN para el impulso y generalización de la aceptación de esa teoría (174 ss.). Considera que se caracteriza por ser una síntesis de criterios objetivos y subjetivos, si bien no puede tildársela de subjetiva o mixta en el sentido de las clásicas teorías subjetivas, por no atender a la disposición o actitud interna del sujeto respecto a su forma de intervención, sino que posee un elemento objetivo, consistente en el poder de configuración del acontecer típico y uno subjetivo, consistente en el conocimiento por el sujeto de las circunstancias fácticas que fundamentan el dominio; en definitiva, para evitar los equívocos a que conduce el término “subjetivo” en la teoría de la autoría y la participación, prefiere calificarla de *objetiva y material* (176 ss.). Estoy de acuerdo en que la teoría del dominio del hecho es material y también en que no es subjetiva en el sentido en que dicho término se aplica a las clásicas teorías subjetivas, aunque también es de sobra conocida mi discrepancia en cuanto a la necesidad de elementos subjetivos para fundamentar el dominio (o determinación) del hecho<sup>34</sup>.

6. Siguiendo con gran fidelidad a ROXIN<sup>35</sup>, cree Pérez Alonso (181 ss.) que el dominio del hecho ha de concebirse como un *concepto abierto*, alejado tanto de los conceptos indeterminados que favorecen la inseguridad jurídica, como de los conceptos fijos o fijados que pretenden la explicación a partir de elementos individuales comprensibles mediante un acto de subsunción objetivamente comprobable y con ayuda de los cuales se puede resolver cualquier caso concreto mediante un proceso deductivo sin más. El concepto abierto no pretende subsunciones automáticas ni fijaciones matemáticamente exactas, sino una descripción adaptable a situaciones cambiantes y un regulativo o indicador de la dirección o tendencia a seguir en la valoración del caso individual. Me he mostrado conforme con esta idea y he creído que el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho que mantengo responde también a las características de un concepto abierto<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Ampliamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 573 ss., 582 s.

<sup>35</sup> ROXIN, *Täterschaft*, 7<sup>a</sup>, 2000 (1<sup>a</sup>, 1963), 108 ss.

<sup>36</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 592. Pérez Alonso (181 ss. n. 59) me adscribe sólo “en principio” al grupo de autores que admiten la idea del concepto abierto, pues mi explicación de por qué mi definición de la autoría supone un concepto abierto en realidad se refiere al procedimiento por el que alcanzo el concepto y no a las características de éste; quizá en esto tenga razón (al menos, en parte). Pero él cree que mi concepto de autoría no es abierto, sino fijo y cerrado (como lo es el de GIMBERNAT, que yo considero indeterminado). Pues bien, al margen de que quizá mis apreciaciones anteriores puedan ser discutibles en cuanto a su orientación a determinar si mi concepto de autoría o el criterio que manejo para determinarla es abierto o no (crítica que admito, al menos parcialmente), no veo tan claro como Pérez Alon-

7. Tras advertir (189 ss.) que la metodología seguida es la de la *tópica jurídica*, lo que más bien queda reducido luego a “una metodología pluralista y flexible, sistemática, pero sometida a un fuerte correctivo tópico”, y a un nuevo rechazo del “positivismo decimonónico”<sup>37</sup>, ofrece Pérez Alonso (190 ss.) una muy sucinta descripción de las *modalidades del dominio del hecho y la autoría*, también con fidelidad a la construcción de ROXIN, aunque admitiendo en ocasiones otras expresiones: *dominio de la acción* en la autoría inmediata (que cree que es la forma de autoría que menos problemas plantea, si bien reconoce que algunas cuestiones todavía poco claras deberían recibir mayor atención doctrinal), *dominio de la voluntad* en la autoría mediata y *dominio funcional del hecho* en la coautoría, siendo este último el que ocupará buena parte del resto de la obra.

8. La resumida exposición de las bases de la teoría del dominio del hecho llevada a cabo por Pérez Alonso en esta parte del trabajo me parece correcta. Sin embargo, se echa de menos una conexión más estricta entre su conclusión anterior en favor de un concepto restrictivo de autor adscrito al tipo penal y el concepto de autor que se deriva de la concepción roxiniana del dominio del hecho. Dado que el propio autor conecta en esta parte del libro ambas cuestiones, debería haber explicado más detenida y expresamente por qué es la teoría del dominio del hecho la que mejor responde a ese concepto de autor, pues, al menos en esta parte del trabajo (la dedicada precisamente a sentar bases),

---

so el carácter de fijo o cerrado del criterio que propongo, pues nunca he pretendido que con un acto de mera subsunción pueda determinarse en cada caso concreto quién es autor y no veo por qué mi concepto de autor no puede ser lo suficientemente flexible para adaptarse a situaciones nuevas. Lo que sí puede que suceda es que mi concepto no sea tan abierto como el dominio del hecho en su parte de principio regulativo (que creo que también lo es), pues la aplicación de la idea del dominio del hecho que muchos autores (no digo que sea el caso de ROXIN ni de Pérez Alonso) realizan a casos concretos de “coautoría” se basa, más que en un principio regulativo, en una mera “intuición” o “aproximación intuitiva”, que esconde en realidad apreciaciones de merecimiento y necesidad de pena (y no siempre en el sentido que le parece aceptable, aunque innecesario, a Pérez Alonso) que no se explican con claridad al encubrirse con el “manto mágico” del dominio del hecho. Pero creo que entonces, más que de un concepto abierto, se trata de una mera imagen borrosa y, en realidad poco regulativa (indicativa), sino más bien indeterminada e insegura. Sin pretender una exactitud matemática (absolutamente imposible), lo que sí hemos pretendido quienes manejamos el criterio más restrictivo de la determinación objetiva y positiva del hecho es una mayor seguridad en la aplicación al caso concreto.

<sup>37</sup> Creo que no merece la pena aquí entrar a discutir si el método utilizado por Pérez Alonso es el propio de la *tópica jurídica* (desde luego, en pureza, no), dada la mayor amplitud en la definición de su método que después utiliza el autor y que, desde luego, me parece compartible, como ya se señaló al comentar los aspectos introductorios y generales del trabajo.

no lo hace claramente y pasa de explicar la conveniencia de un concepto restrictivo de autor adscrito al tipo penal a explicar las características fundamentales del dominio del hecho (en su más desarrollada versión, la de ROXIN), dando aparentemente por supuesto que es el criterio que mejor se adapta a tal concepto y no diciendo (más allá de algunas muy sucintas referencias críticas a las teorías objetivo-formales, subjetivas y otras objetivo-materiales) por qué otros no lo hacen. Quizá ello se pueda deducir en parte de otros pasajes de la obra, pero habría sido bueno destacarlo aquí.

#### **IV. El dominio funcional del hecho y sus elementos como criterios de delimitación de la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad**

La tercera parte (197 ss.) de la obra de Pérez Alonso es la más importante y se titula, como sabemos, “La cooperación necesaria en el modelo adoptado”. En ella se aborda la doble tarea que ya se anunció al exponer la posición de la doctrina española: por un lado, se trata de delimitar la cooperación necesaria “por arriba” y, para ello, se dedica un primer capítulo a la “delimitación entre coautoría y complicidad” (200 ss.), y, por otro, de delimitar cooperación necesaria y complicidad o cooperación no necesaria, a lo que se dedica el capítulo segundo (327 ss.). Como veremos, para ambas tareas se considera útil la idea del dominio funcional del hecho: para la primera, porque éste será el criterio caracterizador de la coautoría; para la segunda, porque uno de los elementos del dominio funcional del hecho, extraído ya del ámbito de la autoría, servirá de forma fundamental para distinguir cooperación necesaria y complicidad.

##### **A. La distinción entre coautoría y cooperación (participación)**

1. Pérez Alonso comienza con una aproximación al *concepto y estructura de la coautoría* (200 ss.), entendiendo que en el campo empírico de las formas de intervención criminal y en lo que respecta a la autoría, junto a la realización de la conducta típica de modo individual e

---

<sup>38</sup> A lo largo de su obra, Pérez Alonso reitera que la cooperación necesaria es una forma de intervención que está o parece estar en un punto intermedio entre la autoría y la participación o entre la coautoría y la complicidad (así, por ejemplo, 3, 19, 20, 199, 327). Como veremos, sin embargo, Pérez Alonso toma postura sobre la naturaleza de la cooperación necesaria, en el sentido de que siempre es una forma de participación y no de autoría.

inmediato (autoría inmediata) y a la realización del tipo a través de otra persona que actúa como instrumento (autoría mediata), aparece otra consistente en la realización de la conducta típica conjuntamente por varias personas, de forma inmediata o mediata (coautoría). Pero a diferencia de lo que sucede en la autoría mediata, en que es más fácil operar con casos bastante definidos y en que suelen actuar sólo dos personas<sup>39</sup>, en el ámbito de la coautoría y la complicidad las constelaciones de casos son más diversas e inabarcables, por lo que deben ofrecerse regulativos o directrices para la delimitación de coautoría y complicidad, resultando ésta el problema principal y más complejo de la teoría de la codelinquencia. El art. 28 CP reconocería expresamente la coautoría al señalar que “son autores quienes realizan el hecho ... conjuntamente”, sancionando explícitamente algo que hoy en día es ya unánimemente aceptado: la coautoría es autoría. Ciertamente es difícil no estar de acuerdo con lo acabado de señalar, si bien creo que conviene hacer alguna precisión. En primer lugar, parece claro que la primera parte del art. 28 CP se refiere a las tres formas generalmente aceptadas de autoría y que, por tanto, la referencia a la realización conjunta del hecho hay que relacionarla con la coautoría; sin embargo, el art. 28, al contrario de lo que sucede en el § 25.2 StGB no habla de coautoría (ni tampoco de autoría inmediata y mediata, como no lo hace el § 25.1 StGB); probablemente esta falta de denominación no posea especial trascendencia práctica, pero quizá ayude al permitir incluir en la realización conjunta algunos supuestos límite cuyo encaje en la tradicional autoría mediata o en la coautoría resulte discutible (quizá algún supuesto de autor tras el autor). En segundo lugar, es cierto que hoy se declara unánimemente que la coautoría es una forma de autoría en sentido estricto, pero sigo pensando que en muchos defensores de la teoría del dominio del hecho (y de otras) se hallan referencias que indican que conciben la coautoría como una forma de extensión de la tipicidad (como lo son también las formas de participación en un concepto restric-

---

<sup>39</sup> La idea que refleja aquí Pérez Alonso se entiende bien y vale para mostrar las especiales dificultades que la distinción entre coautoría y complicidad plantea, pero conviene matizarla: en mi opinión, los agrupaciones al uso en materia de autoría mediata resultan más claras porque se centran en los diversos criterios en virtud de los cuales se puede decir que alguien realiza una conducta a través de otro que actúa como instrumento; pero debe tenerse en cuenta que esos mismos criterios son los que pueden servir para comprobar cuándo se puede hablar de participación mediata; es decir que la relativamente fácil agrupación de casos se refiere a toda la intervención mediata y no particularmente a la autoría mediata. En segundo lugar, es cierto que en la autoría mediata suelen intervenir dos personas, pero no cabe duda de que caben supuestos de coautoría mediata, como reconoce Pérez Alonso (varios realizan conjuntamente el hecho típico a través de otro que actúa como instrumento) o de autoría mediata individual mediante varios instrumentos humanos o una combinación de ambas formas.

tivo de autor) y, por tanto, de extensión del concepto (que se ha reivindicado como restrictivo) de autor<sup>40</sup>, lo cual es lógico dado el concepto de coautoría que manejan, pero me parece que debilita las ventajas de un concepto restrictivo de autor. E incluso cabe pensar que algunos autores la conciben como una forma de intervención intermedia entre la autoría y la participación<sup>41</sup>, cosa que tampoco es de extrañar pues la coautoría comparte algunos caracteres con la participación (y la imputación recíproca con la accesoriedad), en el sentido de que cada coautor responde de modo autónomo en cuanto (co)autor del hecho conjunto, pero a la vez participa en el hecho (conjunto) de los otros coautores; lo fundamental es destacar que lo peculiar de la coautoría es precisamente que la realización conjunta del hecho típico convierte en verdadero autor a cada coautor, quedando en un segundo plano su faceta de cooperador (partícipe), en una especie de solución del concurso de calificaciones o leyes en favor de la (co)autoría, salvo en circunstancias especiales en las que puede prevalecer la de cooperador<sup>42</sup>.

La coautoría, explica Pérez Alonso (203 ss.), como forma de autoría, debe conectarse con la realización del tipo penal (como vendría a reconocer el propio art. 28 CP), consistiendo en la realización conjunta del mismo con base en una decisión común mediante la que se vinculan las aportaciones de varias personas que se dividen el trabajo conforme a un plan global, produciéndose una interdependencia funcional entre las distintas aportaciones al hecho típico, pues ninguna lo realiza por sí sola<sup>43</sup>. En la coautoría se daría una “imputación recíproca y horizontal”

---

<sup>40</sup> Pueden verse algunos ejemplos al respecto en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 676 s.

<sup>41</sup> Por no citar ejemplos más antiguos y menos relevantes, resulta significativo que un autor de tanta solvencia como MIR PUIG divida en su *PG*, 5ª, 1998, su exposición de la codelinuencia en dos lecciones que llevan como título común “Tipos de autoría y tipos de participación” y dedique la primera (355 ss.) al “Concepto de autor y autoría mediata”, y la segunda (383 ss.) a la “Coautoría y participación”. Digo simplemente que resulta significativo, pero no pretendo extraer de esta sistemática ninguna conclusión absoluta, pues la agrupación de los temas que se tratan en cada lección puede responder sin duda a razones de diversa índole.

<sup>42</sup> V. mis observaciones respecto a la “coautoría” de un *intra-neus* y un *extra-neus* en un delito especial en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 512 ss. n. 316.

<sup>43</sup> En su planteamiento general de la coautoría y antes de entrar a fondo en ella, emplea Pérez Alonso algunos ejemplos que, en ocasiones, no me parecen afortunados por no ser pacíficos: así (204) el de quien sujeta a la víctima mientras otro le clava el puñal, supuesto en que, como es sabido, bastantes autores (y no uno aislado) estimamos que quien sujeta no es coautor. La utilización tan temprana de este ejemplo supone, en mi opinión, un prejuicio (pre-juicio) al tomar como claro caso de coautoría para extraer de él características de esa figura precisamente un supuesto discutido. Incurrir así Pérez Alonso en un defecto de argumentación en el que ya incurría ROXIN (al que sigue con fidelidad) cuando utilizaba de manera similar el mismo ejemplo en

(esto vale, según Pérez Alonso, para la forma más habitual de coautoría, la “clásica”, “correlativa o cumulativa”, pero no para formas especiales de coautoría, como la aditiva y la alternativa –que, como veremos, para mí no son coautoría-), frente a la “imputación directa y vertical” que se daría en la autoría mediata. También se puede estar de acuerdo con esta caracterización general de la coautoría que realiza Pérez Alonso, si bien conviene añadir algún matiz: si hay formas de coautoría que no responden al esquema de imputación horizontal, será que éste no es un rasgo imprescindible (aunque sea frecuente) de la coautoría, y quizá tampoco sea tan evidente la “verticalidad” en la imputación en todos los casos de autoría mediata; probablemente lo que sucede es que hay supuestos de autoría (seguramente algunos incluíbles o cercanos a los denominados de “autor tras el autor”) en que la relación entre varios autores se presenta como intermedia entre la instrumentalización de uno por otro y la realización conjunta, por lo que comparten caracteres de las autoría mediata y la coautoría clásicas. Esta idea me parece aprovechable para el análisis de algunos de los fenómenos de codelinuencia compleja que preocupan cada vez más, como por ejemplo el de la delincuencia en estructuras empresariales complejas, cuestión de la que no me puedo ocupar aquí<sup>44</sup>.

2. Sin embargo, cree con razón Pérez Alonso que la anterior caracterización de la coautoría es insuficiente, pues también los cómplices pueden actuar en una división del trabajo acordada previamente, por lo que hace falta un ulterior criterio delimitador que permita ulteriores precisiones, pasando a analizar cómo no puede concebirse la coautoría y cuál es ese criterio (206 ss.). También acierta al señalar que la coautoría no puede entenderse ni como una “*autoría inmediatea yuxtapuesta*” (lo que otros hemos llamado pluriautoría)<sup>45</sup> ni como una “*autoría mediata*

---

*Täterschaft*, 7<sup>a</sup>, 2000 (1<sup>a</sup>, 1963), 278; el que el máximo especialista mundial incurra en lo que yo considero un defecto de argumentación es desde luego un dato para plantearse que quizá yo no tenga razón, pero, como denuncié abiertamente el “prejuicio” de ROXIN en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 670 s., seguramente habría sido bueno que Pérez Alonso hubiera intentado superarlo utilizando otros ejemplos o, al menos, discutiendo que se trate de un prejuicio (algo que seguramente no le habría costado demasiado al autor del libro, pues, en una actitud verdaderamente científica que le honra –y, de paso, me halaga-, no rehúye casi nunca el debate con mis opiniones más polémicas). Sin embargo, como veremos más, Pérez Alonso se limita a destacar más adelante (256 n. 197) la valentía de ROXIN al utilizar el ejemplo.

<sup>44</sup> Aunque he apuntado alguna de mis opiniones en diversas reuniones científicas y en algunos trabajos que serán publicados en breve, pues se hallan ya en prensa en el momento de redactar estas líneas.

<sup>45</sup> Aunque todavía no abierta y detalladamente, al hilo de este razonamiento, acaba señalando el autor de la obra (208) que cada coautor tiene que realizar menos que un autor individual y de ahí deduce (en contra –al menos veladamente– de las teorías

*recíproca*”, pues estas construcciones ignoran la característica estructural de la coautoría y, además, harían innecesaria o superflua esta forma de autoría, ni tampoco es adecuado conformarse con que cada sujeto domine su propia contribución al hecho, pues ese dominio también lo poseen los cómplices, sino que los coautores, a través de su contribución han de dominar conjuntamente el hecho global (si atomizáramos las contribuciones nadie dominaría el conjunto). Por tanto, la coautoría debe caracterizarse como “*dominio del hecho conjunto y unitario*”, que no es ni dominio individual ni dominio parcial, sino dominio del hecho común o codominio. En concreto, la idea de codominio debe desligarse del tinte subjetivo (en el sentido de las teorías subjetivas) que poseyó en un principio, siendo una síntesis indisoluble de momentos objetivos y subjetivos (distintos de la actitud interna o disposición anímica del sujeto) exteriorizados a través de la acción de cada sujeto; se trata de una realización conjunta con decisión conjunta, siendo el criterio decisivo para definir la coautoría el *dominio funcional del hecho*, en la conocida fórmula de ROXIN<sup>46</sup> (que aquí no me detendré a explicar, por ser suficientemente conocida), cuyos elementos anticipa, citando literalmente a ROXIN<sup>47</sup>: coautor es “todo interviniente, cuya contribución en el estadio de ejecución constituye un presupuesto imprescindible para la realización del resultado perseguido, por tanto, aquel con cuyo comportamiento funcionalmente adecuado la empresa total existe o fracasa. En ello nada depende de su posición subjetiva al respecto”. Señala sucintamente Pérez Alonso los elementos del dominio funcional que se derivan de esa definición e insiste en que con la idea del dominio funcional no se ha hallado una solución unánime para todas las posibles constelaciones de casos, sino un *concepto abierto*, ni demasiado fijo o rígido ni demasiado vago, en el sentido anteriormente señalado.

Creo que en su definición de la coautoría como codominio (o code-terminación) del hecho típico puedo estar perfectamente de acuerdo

---

objetivo formales, pero también en contra de mi idea de que toda autoría supone la realización de la acción típica nuclear) que “para ser coautor no hay que realizar la acción ejecutiva típica de propia mano, es decir, la que se puede conjugar con el verbo típico, ni menos aún la que constituye el núcleo de dicho verbo”. Pues bien, todo ello es cierto, pero ni todas las teorías objetivo-formales exigen la realización de propia mano de esa acción ejecutiva, ni desde luego yo exijo que el coautor realice por sí solo, es decir como un autor inmediato individual, la acción típica nuclear, sino que la realicen *conjuntamente* los coautores y no por completo cada uno de los sujetos (en tal caso estaríamos ante un supuesto de pluriautoría o autorías individuales inmediatas –o, en su caso, mediatas- yuxtapuestas).

<sup>46</sup> Y volviendo a citar (212) alguno de los ejemplos de ROXIN que he considerado que constituyen un prejuicio (pre-juicio). Sobre el dominio funcional del hecho en ROXIN, v. de este autor, *Täterschaft*, 7<sup>a</sup>, 2000 (1<sup>a</sup>, 1963), 275 ss.

<sup>47</sup> ROXIN, *Täterschaft*, 7<sup>a</sup>, 2000 (1<sup>a</sup>, 1963), 280.



con Pérez Alonso, si bien es de sobra conocido que no lo estoy en cuanto a que el criterio del dominio funcional, con los elementos propugnados por ROXIN, sea el que defina ese codominio (o codeterminación). Por ser conocida mi posición frente a la tesis del dominio funcional y mi propia construcción de la coautoría<sup>48</sup>, y para evitar repeticiones innecesarias, prescindiré aquí de una fundamentación de mi rechazo a ese criterio y mi preferencia de otro, reservando mi valoración de la postura de ROXIN, seguida por Pérez Alonso (y por otros muchos autores), para el desarrollo de la misma que éste realiza en las páginas siguientes, en confrontación con otras tesis y muy frecuentemente con la que yo defiendo.

3. El “*tipo de la coautoría*” (218 s.) se compondría de dos elementos esenciales, uno objetivo, consistente en la ejecución conjunta del hecho, y uno subjetivo, la decisión conjunta al hecho, a los que habría que añadir la concurrencia de las cualidades especiales que se puedan exigir en algún tipo para ser (co)autor idóneo, así como los elementos subjetivos de lo injusto<sup>49</sup>. Si se dan los requisitos, habrá coautoría e imputación recíproca; si no, participación y accesoriedad. Dicho lo cual, pasa Pérez Alonso a estudiar el elemento objetivo de la *ejecución conjunta del hecho* (219 ss.), que, a su vez, divide correctamente en dos requisitos: división del trabajo *en la ejecución* del hecho (o sea, actuación en fase ejecutiva) y que la contribución sea *presupuesto imprescindible* para la co-realización del tipo (o sea, esencialidad de la contribución), siendo ambos requisitos igual de importantes, aunque operando a niveles típicos distintos: el primero, determinando la referencia jurídico-penal del dominio (el hecho punible) y el segundo la relevancia de las distintas contribuciones al hecho, esto es, el contenido del dominio funcional del hecho.

4. El primero de los elementos objetivos lo constituye la “*intervención configurativa en la fase de ejecución*” (220 ss.). Sólo la fase ejecutiva (en el sentido de los arts. 15 y 16.1 CP, desde el comienzo de la tentativa hasta la ejecución del hecho) comprende el “segmento de los sucesos de actuación que supone ya la realización propia del tipo” y, por tanto, en consecuencia con el concepto restrictivo de autor adoptado, sólo en esa fase puede tener lugar la coautoría, cuando ese hecho se domine y configure “poderosa y plenamente”. Como vemos, Pérez Alon-

---

<sup>48</sup> V., entre otros trabajos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 651 ss., 677 ss.

<sup>49</sup> Prescindiré de valorar estos últimos requisitos, pues no son específicos de la coautoría, sino comunes a cualquier forma de autoría en delitos especiales y en delitos que exijan especiales elementos subjetivos típicos, resultando además en cualquier clase de autoría requisitos añadidos a la realización de la acción típica (como quiera que se defina ésta).

so se alinea con la postura roxiniana (la más restrictiva dentro de la teoría del dominio del hecho) que exige intervención en fase ejecutiva para ser coautor. Se ocupa el autor del trabajo a continuación de diversas cuestiones relacionadas con este elemento objetivo:

a) En la *delimitación entre fase preparatoria y ejecutiva* (221 ss.), rechaza la teoría objetivo-formal, conecta esta delimitación con la idea de concepto abierto renunciando a la fijación matemática del comienzo de la ejecución, y se pronuncia por el criterio de la inmediatez, reflejado bien en la fórmula de FRANK (“hay comienzo de ejecución en todas aquellas actividades que, por su necesaria conexión con la acción típica, aparezcan, según la concepción natural, como partes integrantes de aquella acción”), o bien en la teoría individual-objetiva (“criterio de la inmediatez espacio-temporal para realizar la acción del tipo”). Al margen de la trascendencia para la cuestión de la coautoría (en que los defensores de la idea del dominio funcional pueden encontrar alguna dificultad, por ejemplo, en casos como los de la, para mí, mal llamada “coautoría” alternativa, y en algunos otros), creo que se puede estar de acuerdo con estos criterios de delimitación.

b) Rechaza (225 ss.) las posiciones que, desde la teoría del dominio del hecho (y, según él, por influencia en algunos autores de la teoría subjetiva) mantienen que cabe la coautoría en supuestos de *intervención en fase preparatoria*, ocupándose sobre todo de las concepciones de WELZEL y JAKOBS.

b<sub>1</sub>) En concreto (229 ss.), el rechazo se produce por dos razones: por un lado, si el autor es la figura central y el concepto de autor está vinculado al tipo, la coautoría sólo puede ser condominio en la realización de la acción del tipo, o sea, en la fase de ejecución (sólo entonces hay codominio del *hecho punible*); por otro lado (aunque en realidad creo que se trata de otra forma de explicar la misma idea), si la acción se entiende con unidad de sentido jurídico, en la fase preparatoria “falta precisamente el objeto de pertenencia con significado jurídico: *en ese estadio todavía no hay hecho (punible) a dominar*<sup>50</sup>”, y, como advierte

---

<sup>50</sup> Aquí ya se podría realizar alguna observación a la argumentación de Pérez Alonso: tampoco en la autoría mediata, cuando el autor mediato está todavía en fase de instrumentalización de otro existe todavía hecho punible que dominar. Sin embargo, no quiero utilizar esta línea crítica, básicamente por dos razones que la hacen débil: en primer lugar, como reiteradamente señala Pérez Alonso, la autoría mediata y la coautoría responden a estructuras diferentes; y, en segundo lugar, el comienzo de la tentativa (fase ejecutiva) del autor mediato es discutido y es defendible que se produce antes de la actuación del instrumento (aunque también es verdad que los defensores de que cabe coautoría en fase preparatoria podrían alegar que para los autores que intervienen en ella la tentativa –la fase ejecutiva, por tanto– comienza con su actuación;

ROXIN<sup>51</sup>, al contrario de lo que ocurre en la cooperación con división del trabajo en fase ejecutiva, en que las prestaciones parciales están interrelacionadas, de modo que cada uno requiere de su compañero y la ausencia de uno hace fracasar el plan global, quien colabora sólo en fase preparatoria tendrá que “soltar de su mano” en algún momento el hecho y fiarse enteramente desde entonces de otro.

En dos notas a pie de página (229 n. 81, 230 s. n. 82), Pérez Alonso se ocupa de la crítica a estas ideas que formula GIMBERNAT<sup>52</sup>, a quien dice sigo en esto<sup>53</sup>. Para empezar, achaca a GIMBERNAT el no dar argumentos que lo apoyen cuando dice “haber demostrado” que tampoco el que participa en la etapa ejecutiva (el que sujeta, el vigilante) es figura central, cosa que sí hace ROXIN para sostener lo contrario, sino que GIMBERNAT “da un veredicto de marginalidad de aquellos sujetos que no deben ser considerados coautores”. No intentaré aquí dilucidar si GIMBERNAT y ROXIN dan suficientes argumentos para apoyar sus opiniones (aunque me parece exagerada la crítica a GIMBERNAT en este sentido), pero creo que lo que sucede (a ROXIN, a GIMBERNAT, a mí o a cualquiera, si es que nos quedáramos en esto) es que, cuando los argumentos se refieren sin más al carácter marginal o central de la contribución que una persona presta al delito, poco se puede avanzar, porque la idea de “centralidad”, aparte de ser una nota meramente orientativa, es variable, en el sentido de que se pueden exigir distinguir distintos grados de “centralidad”. Así, por utilizar un ejemplo extrajudicial y físico, podemos decir que un jugador de fútbol ocupa el centro del campo cuando se halla en la zona media, aunque lateral, del mismo, lo que no empecerá para afirmar que otro está más en el centro por hallarse dentro del círculo central; e incluso podremos decir que todos los jugadores y el árbitro ocupan una posición central, mientras que los linieros, masajistas, reservas, entrenadores, etc., están en los márgenes. Ciertamente, no pretendo que esta ubicación física se corresponda con lo que por figura central se entiende en materia de coautoría, pero bien puede decirse que todos los que realizan una aportación esencial al hecho en cualquier fase ocupan una posición más central que los que realizan aportaciones inesenciales, que por su proximidad al hecho los que intervienen en fase ejecutiva ocupan, entre ellos, una posición más central, que, entre estos últimos, es más central la posición de quienes

---

esto lleva a razonamientos circulares y quizá la mejor forma de enfocar el problema es decir que se entiende en este contexto por fase ejecutiva la que lo sería para el autor individual).

<sup>51</sup> ROXIN, *Täterschaft*, 7ª, 2000 (1ª, 1963), 294 s.

<sup>52</sup> GIMBERNAT, *Autor*, 1966, 148 ss.

<sup>53</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 672 ss.

realizan acciones estrictamente ejecutivas y, entre éstos, la de quienes realizan acciones claramente descritas en el tipo (o típicas nucleares). Lo mismo sucede con los grados de dominio: todos los intervinientes tendrán un cierto dominio sobre el hecho, pues todos aportan algo a su configuración, pero los que actúen con dominio funcional dominarán (configurarán el hecho) más que otros y, entre éstos, los que tengan un dominio positivo lo configurarán más aún; la cuestión es decidir cuáles de estas diferencias son relevantes para la (co)autoría y por qué.

Por otro lado, parece que a modo de crítica velada, Pérez Alonso nos “recremina” a GIMBERNAT y a mí que critiquemos la exigencia de actuación en fase ejecutiva cuando nuestras posiciones exigen aún más que eso (y, desde luego, como mínimo, intervención en fase ejecutiva). Esta “recreminación” (que nosotros exijamos aún más, seamos más restrictivos) me parece inconsistente en sí misma, pues lo que GIMBERNAT y yo tratamos de dilucidar en nuestras críticas a la idea del dominio funcional es si precisamente si es suficiente la contribución (esencial) en fase ejecutiva, a la par que analizamos la coherencia de este requisito dentro de la concepción de la coautoría dentro de la teoría del dominio del hecho (y, por cierto y como se verá, al menos mi crítica es matizada, porque, pese a todo, considero loable la restricción que supone exigir intervención en fase ejecutiva).

Pero la recreminación fundamental que nos dirige Pérez Alonso es que mezclamos la crítica a la exigencia de intervención en fase ejecutiva con el principio de esencialidad de la contribución que también exigen los defensores de la tesis del dominio funcional del hecho, sin percatarnos de que ambos (y no sólo el segundo) son elementos esenciales del tipo objetivo de la coautoría, pero que operan en niveles distintos: el primero determinando el objeto del dominio (el hecho punible) y el segundo su contenido (configuración del hecho). Así, estaríamos ofreciendo una “visión cortante” del dominio del hecho y de la coautoría, cuyo significado jurídico quebraría en nuestras respectivas construcciones. Para demostrarlo, realiza una cita literal extraída de mi obra<sup>54</sup>: “más bien estas conductas guardan una distinta relación con el tipo, como vengo explicando a lo largo de este capítulo, pues quien sujeta o quien vigila depende totalmente de quien (o quienes) realiza(n) la acción típica nuclear, de quien (o quienes) ejerce(n) el dominio o determinación positiva del hecho”. Según Pérez Alonso, “en efecto, quien sujeta o quien vigila depende de quien realiza la ‘acción típica nuclear’, pero con el mismo grado de dependencia material que éste último respecto de los anteriores. La dependencia no es vertical y accesoria (complicidad), sino horizontal y recíproca (coauto-

---

<sup>54</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 675.

ría). Hay una interdependencia funcional de las contribuciones, es decir, un dominio funcional del hecho, pues sin la intervención de todos estos sujetos no hay forma de realizar el plan acordado. Si no se acepta la mutua dependencia y la imputación recíproca de las contribuciones, no hay forma de construir con significado jurídico la coautoría, pues en tal caso sólo serían autores los que ejecutan el hecho de propia mano, careciendo de sentido la coautoría en contra de lo que establece el art. 28,1º CP”, y ello supondría una vuelta a la teoría objetivo-formal que precisamente no ha sido capaz de comprender (entre otras muchas cosas) la estructura de la coautoría. “Quizá por ello, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO no difiere mucho en las consecuencias de GIMBERNAT”. El que GIMBERNAT y yo lleguemos a consecuencias parecidas (no siempre idénticas) no puede suponer, desde luego, una crítica a la construcción de GIMBERNAT ni a la mía, pues esa coincidencia ni apoya ni invalida ninguna de las dos tesis. Pero la alusión a estas coincidencias lo que pretende, como se ve en la argumentación de Pérez Alonso citada y resulta recurrente en las múltiples alusiones a mi postura a lo largo de la obra, es apoyar la idea de que mi concepción del dominio o determinación del hecho es formal y supone, en definitiva, una vuelta a la teoría objetivo-formal (supongo que en su versión moderna o modificada, pues he negado expresamente que la realización de cualquier acción ejecutiva fundamente la coautoría de un interviniente<sup>55</sup>). Pues bien, al margen de la posible coincidencia (no total) en los resultados de mi posición con la que mantiene la teoría objetivo-formal, creo que no existe tal vuelta. Desde luego, estoy absolutamente de acuerdo, como dicen estarlo Pérez Alonso y prácticamente toda la doctrina defensora de un concepto restrictivo de autor (aunque también hablan de realización típica los defensores de conceptos funcionales autor recientes), y como parece desprenderse del primer párrafo del art. 28 CP, en que autor es quien realiza el tipo (de injusto de cada delito). Pero precisamente lo que creemos muchos es que a la teoría objetivo-formal (incluso en su versión moderna) le falta algo de fundamentación y, sobre todo, concreción material. En cuanto a la fundamentación, he procurado dar a mi tesis una, en la que se tiene en cuenta el punto de partida: el concepto restrictivo de autor y las ventajas que representa frente a uno unitario, dato (valorativo) que procuro tener presente a lo largo de toda mi concepción de la autoría. En cuanto al contenido material, siguiendo y desarrollando ideas de LUZÓN PEÑA<sup>56</sup>, he ofrecido uno, el dominio o determinación (objetiva y positiva) del hecho, con el que se podrá estar de

---

<sup>55</sup> Así, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 485 ss.

<sup>56</sup> Sobre todo en LUZÓN PEÑA, *La “determinación objetiva del hecho”*. *Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, en: Estudios Penales, 1991, 197 ss. (publicado por primera vez en: ADPCP 1989, 889 ss., y también en: Derecho Penal de la Circulación, 2ª, 1990, 105 ss.

acuerdo o no, pero que se fija en diferencias materiales en las contribuciones al hecho de los distintos intervinientes (como enseguida se verá) y que desde luego está más cerca en su contenido de la teoría del dominio del hecho que de la objetivo-formal (aunque coincide con ésta en su premisa básica de ligar la autoría a la realización del tipo).

Pero vayamos a la crítica central de Pérez Alonso. Para empezar, cuando nos critica a GIMBERNAT y a mí el mezclar en nuestra crítica la exigencia de cooperación en fase ejecutiva con la de esencialidad de la contribución y para ello aporta la cita textual mía que he reproducido más arriba y la responde criticándola, he de decir que me parece que Pérez Alonso argumenta de un modo un tanto confuso, al acudir a la idea de la dependencia funcional de las contribuciones, a la mutua dependencia y a la imputación recíproca (dependencia horizontal y recíproca, no vertical y accesoria), a la imposibilidad de realizar el plan acordado sin la intervención de todos esos sujetos (el que vigila, el que sujeta), pues todas estas apelaciones (que enseguida discutiré) se refieren (a lo sumo) más a la esencialidad de las contribuciones (en palabras de Pérez Alonso, al contenido del dominio y no al objeto del mismo) que a la exigencia de intervención en fase ejecutiva (por eso, parece que contesta a nuestro “error” incidiendo en él).

Pero lo cierto es que Pérez Alonso sí ofrece una clara explicación de por qué sólo pueden ser coautores quienes intervienen en fase ejecutiva (la ofrece, como hemos visto, varias veces a lo largo de su argumentación en el texto, no de modo tan completo en las notas críticas que nos dirige): la exigencia de la actuación en fase ejecutiva determina el objeto del dominio, que no es otro que el hecho punible; y éste objeto simplemente no existe antes de comenzada la fase ejecutiva. Esta exigencia estaría vinculada por tanto a la propia esencia y referencia al tipo de un concepto restrictivo de autor. Me parece muy meritorio que Pérez Alonso haya expresado claramente esta idea, con más claridad que algunos otros defensores de la tesis del dominio funcional (aunque hay quien también lo ha hecho<sup>57</sup>). Y yo he destacado como mérito de

---

<sup>57</sup> En mi opinión, especialmente RUDOLPHI, *Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriff bei der Mittäterschaft*, en: FS-Bockelmann, 1979, 369 ss., quien resulta todavía más restrictivo que ROXIN. En realidad, ROXIN no hace una cesura tan grande entre el objeto y el contenido del dominio (en realidad, por seguir a ROXIN, en algunas argumentaciones tampoco la hace tan clara Pérez Alonso), pues refiere, como hemos visto, la imposibilidad de que haya dominio y coautoría mediante la actuación en fase preparatoria, a la dependencia de quien actúa en tal fase de las decisiones y la configuración del hecho de quien(es) actúa(n) inmediatamente (de ahí quizá la “confusión” de GIMBERNAT y mía). Sin embargo, creo que la razón última -latente-por la que ROXIN formuló la exigencia de actuación en fase ejecutiva era también la de la adscripción al tipo (v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 674).

quienes, desde la tesis del dominio funcional, exigen la intervención en fase ejecutiva, ese intento de adscripción al tipo de la conducta de los coautores, en cuanto que no se aparta tanto de un concepto restrictivo de autor como las versiones más extensivas que mantienen otros defensores de la teoría del dominio del hecho<sup>58</sup>. Y, sin embargo, la exigencia sigue sin convencerme, porque, por un lado, muestra cierta incoherencia con la propia configuración del contenido del dominio funcional del hecho por sus partidarios, y, por otro, me parece insuficiente para fundamentar un concepto de coautoría verdaderamente restrictivo que mantenga las ventajas que se pregonan del concepto restrictivo de autor. Si esto fuera así, y sobre todo si se desvincula la exigencia de intervención en fase ejecutiva del propio contenido del dominio del hecho, podríamos decir que la restricción que opera este requisito es más bien formal<sup>59</sup>, en el sentido en que se entiende “formal” la teoría objetivo-formal, que no lo es tanto, en cuanto que remite a los tipos legales (y sus valoraciones)<sup>60</sup>.

Suponiendo que efectivamente el requisito de actuación en fase ejecutiva se refiriera sólo al objeto del dominio (el hecho típico) y no al contenido del mismo (esencialidad), podemos hacer algunas observaciones. La idea señalada significaría que las contribuciones esenciales en fase preparatoria cumplen el contenido del dominio funcional, pero

---

<sup>58</sup> Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 675.

<sup>59</sup> Lo apuntaba en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 675.

<sup>60</sup> Al respecto, ya BELING, *Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre*, en: *Der Gerichtssaal* 101 (1932), 12; también ROXIN, *Täterchaft*, 7ª 2000 (1ª, 1963), 36; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 444 s. Por lo demás, las coincidencias de la tesis del dominio funcional del hecho con la teoría objetivo-formal no van más allá: respecto de la versión clásica de esta última, la del dominio funcional es, por una parte, más restrictiva, en cuanto que rechaza que la realización de cualquier acción ejecutiva fundamente coautoría (sólo las que, además, supongan una contribución esencial en el marco de un acuerdo común serán de coautoría, si bien esta restricción es más bien teórica, pues parece difícil concebir acciones estrictamente ejecutivas que no resulten esenciales) y, por otra, más amplia, en cuanto que admite que constituyen coautoría acciones prestadas en fase ejecutiva (no estrictamente ejecutivas, por tanto) esenciales en el marco de un acuerdo común. Sin embargo, algunos defensores españoles de la teoría del dominio funcional del hecho son más “formales” aún: así, significadamente entre nosotros, CEREZO MIR, *Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal*, en: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, 338, cuando afirma que “en los delitos dolosos es autor todo el que realiza en todo o en parte la acción típica aunque no tenga el dominio del hecho” [aunque es menos “formal” cuando unas líneas más abajo señala: “El que tenga el dominio del hecho será autor aunque no realice un elemento del tipo (autor mediato o coautor) ...”, con lo que viene a reconocer, por cierto, que la coautoría, aun entendida de un modo bastante restrictivo, como él lo hace, supone una extensión del concepto de autor estrictamente vinculado a la realización típica].

carecen del objeto de referencia idóneo, el hecho típico, para poder hablar de coautoría, sencillamente porque ese objeto aún no existe al no haber comenzado la fase ejecutiva. ¿Es eso cierto? Pues más bien me parece dudoso: quien, en fase preparatoria, aporta una contribución esencial para el plan común (una máquina complicadísima que sólo él puede construir, por ejemplo), retirando su contribución aborta o hace fracasar, precisamente todo el plan común, es decir, no permite que llegue a producirse precisamente *el hecho típico* (un asesinato terrorista masivo, por ejemplo) y, por ello, en una contemplación *ex ante* domina funcionalmente el hecho típico que se realiza conjuntamente (todos dependen funcionalmente de su aportación), y en ello se diferenciará de intervinientes de menor importancia. Otra cosa es que, por la cercanía a la ejecución, por ejemplo, se pueda llegar a estimar que el grado de dominio de quienes intervienen en fase ejecutiva es mayor, pero esto ya sería otra forma de argumentar (la de los grados de dominio de los diversos intervinientes o la de los grados de interdependencia entre ellos, de la que me ocuparé más adelante), pero el que aporta algo esencial en fase preparatoria domina (porque cumple el contenido de dominio según lo define Pérez Alonso: esencialidad, que pone en sus manos) precisamente *ex ante* la ejecución (incluso la posibilidad de la ejecución). Por tanto, si se niega que este sujeto sea coautor no será porque no domine (en el sentido del contenido del dominio) ni tampoco, como pretende Pérez Alonso, porque el objeto del dominio no sea el hecho típico (como hemos visto, con razón señala MIR PUIG, en la parte en que acoge el criterio de RODRÍGUEZ MOURULLO, que el “si” del hecho para que el debe ser necesaria la cooperación de cualquier cooperador necesario, aunque no sea autor –y suponiendo que no siempre no lo sea- es el hecho típico, la realización de los elementos del tipo; y nadie defenderá que la cooperación, para ser necesaria, pueda serlo para cualquier otra cosa que la realización típica; el art. 28, segundo párrafo b CP, mayoritariamente interpretado como figura de participación, pide que la cooperación necesaria lo sea a *su* ejecución, esto es, a la ejecución del *hecho*). En realidad, lo que trasluce esta postura es que (no por las razones que señalan sus defensores) la actuación en fase preparatoria podrá ser todo lo esencial que se quiera (para el hecho típico: ¿para qué sí no?), pero no es realización del tipo. Pero esto nada tiene que ver con el dominio del hecho (aunque sí podría –no es claro- tener que ver con el grado de dominio, como veremos).

Pero, por otro lado, dando otra vez por buena a efectos discursivos la tesis de Pérez Alonso de que la exigencia de actuación en fase ejecutiva se refiere al objeto del dominio, queda por discutir una cuestión que no aparece clara en los defensores del criterio del dominio funcional. Centrándonos en Pérez Alonso, pese a que señala (220) que la exi-



gencia de intervención en fase ejecutiva “es una garantía y exigencia básica del principio de legalidad penal, en el sentido de que sólo se pueden castigar las acciones u omisiones previstas como delito o falta por la ley en los tipos penales (art. 25.1 CE y arts. 1.1 y 10 CP), es decir aquellas que supongan ya dar principio a la ejecución del delito (arts. 15 y 16.1 CP)”, lo que daría a entender que las contribuciones esenciales que presta el coautor han de ser siempre acciones ejecutivas (todas las cuales son para él típicas: 224), resulta sin embargo (220 s.) que “sólo puede ser coautor, y castigado como tal, quien intervenga al menos en la *fase de ejecución del delito*, o sea, desde el comienzo de la tentativa hasta la consumación del hecho”, con lo que no se exige una acción ejecutiva esencial, sino una acción esencial, ejecutiva o no, prestada en fase ejecutiva<sup>61</sup>. Con ello, además de esencialidad, lo que se está requiriendo es *simultaneidad* a la ejecución en la actuación del coautor<sup>62</sup>. Y podrá discutirse si las actuaciones esenciales no ejecutivas en fase ejecutiva suponen un grado de dominio mayor que las prestadas en fase preparatoria, pero no parece que formen parte de la realización del tipo, en el sentido referido por Pérez Alonso (en el de los arts. 15 y 16.1 CP), por lo que respecto de ellas no tendría validez su argumentación. Más allá de la coincidencia temporal, estas acciones (por ejemplo, la vigilancia en un homicidio o un robo, suponiendo que se trate de una aportación esencial) no guardan con la realización típica una relación distinta a la que poseen las aportaciones esenciales en fase preparatoria: precisamente la que les confiere el ser esenciales para la realización del hecho injusto. De aquí procede en parte la razón de la crítica de una cierta incoherencia de la exigencia de actuación en fase ejecutiva por parte de los defensores del criterio del dominio funcional del hecho como caracterizador de la coautoría: si el contenido de dominio lo marca la esencialidad de la contribución, ésta puede darse en fase preparatoria y en fase ejecutiva; y si la exigencia de actuación en fase ejecutiva tiene menos que ver con el contenido del dominio y más con el objeto del dominio (el hecho típico), es decir, supone una adscripción del dominio y de la coautoría al tipo, ello podría tal vez valer para sustentar que sólo constituyen coautoría

---

<sup>61</sup> Así lo señala Pérez Alonso expresamente más adelante (239, aunque habla, para referirse a las acciones ejecutivas en sentido estricto, de acciones ejecutivas “en sentido objetivo-formal”, frente a las otras).

<sup>62</sup> En esto (y sólo en esto, pues pide más que ella para la coautoría y requisitos distintos en las otras formas de autoría) recuerda la tesis del dominio funcional a la antigua teoría de la simultaneidad (sobre ella, críticamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 538 s.). Además, algo más adelante (239) precisa Pérez Alonso que no trata de una simultaneidad temporal absoluta (que todos actúen a la vez), sino que basta con que la contribución se preste durante la fase ejecutiva (desde su comienzo hasta la consumación), y que no es precisa una simultaneidad espacial.

las acciones ejecutivas que resulten esenciales (¿no lo sería además cualquiera de ellas?), pero no para sustentar que cualquier acción esencial (incluso las no ejecutivas, que no encajarían siquiera en los arts. 15 y 16.1 CP) concomitante o simultánea a la ejecución constituye coautoría. Pero, claro está, si los partidarios del dominio funcional negaran la coautoría de quien realiza acciones no ejecutivas esenciales en fase ejecutiva, llegarían a resultados coincidentes con o muy cercanos a los de la teoría objetivo-formal clásica (aunque con una fundamentación material algo mayor), cosa que rechazan.

En realidad, como se ve, la exigencia de actuación en fase ejecutiva supone una restricción de la coautoría en un loable intento (en mi opinión, no plenamente logrado) de aproximarla a la realización del tipo legal, pero sigue produciéndose una ampliación de éste en lo que se refiere a las acciones no ejecutivas esenciales prestadas en fase ejecutiva (por lo que, a la postre, las ideas de esencialidad y de actuación en fase ejecutiva no operan en niveles distintos de una forma tan nítida como pretende Pérez Alonso). Por ello, aunque no es éste el lugar en que Pérez Alonso haya concretado el requisito de la esencialidad, como en su explicación de la exigencia de actuación en fase ejecutiva y en su réplica a mi crítica ya incluye ideas de dependencia y de (contenido del) dominio, conviene ya entrar en algunas consideraciones respecto a la esencialidad y los distintos grados de dependencia y dominio de los intervinientes en un hecho.

Creo que no es fácil negar que todos los intervinientes en un hecho (es decir, todos los que ejercen alguna influencia en él) lo configuran en alguna medida y, en este sentido, ejercen algún tipo de dominio sobre él (el hecho no sería el mismo, ni siquiera *ex ante*, sin la contribución de todos ellos). Sin embargo, esta idea no puede fundamentar, si se parte de las premisas de un concepto restrictivo de autor, que todos los intervinientes en un hecho sean autores del mismo. Parece claro que el grado de dominio ejercido por unos y otros es diferente. Así, quienes realizan aportaciones esenciales al hecho (dejemos por el momento sin concretar del todo qué es esencial y qué no) poseen un mayor dominio que quienes aportan contribuciones no esenciales. El éxito de la empresa común depende de cada uno de los que realiza una aportación esencial, pues, retirándola, la empresa se desmorona, decae (por eso, LUZÓN y yo hemos defendido que tales sujetos poseen un dominio *negativo*). Pero tiene razón ROXIN cuando señala que, pese a ello, quienes actúan en fase preparatoria con contribuciones esenciales, en algún momento tendrán que “soltar de su mano” el hecho y fiarse enteramente a partir de ese momento de otros, por lo que podría decirse que su dominio (negativo) del hecho es menor. Sin embargo entre quienes realizan

aportaciones esenciales en fase ejecutiva, también pueden reconocerse diversos grados de dependencia y dominio o, al menos, de forma de dominio. Para empezar, hay diferencias entre quienes aportan una acción estrictamente ejecutiva y quienes aportan durante la ejecución una contribución esencial, pero no estrictamente ejecutiva: los primeros abordan ya directamente (aunque de modo conjunto y en división del trabajo) la realización de actos muy cercanos al tipo legal (los que suponen, en el caso del autor individual, el comienzo de la tentativa), mientras que los segundos siguen realizando actos necesarios para esa realización, pero no propiamente de comienzo de su ejecución, moviéndose por tanto todavía claramente en los márgenes del tipo, y teniendo que “soltar de su mano” el plan para dejarlo en las de quienes ejecutan (aquí el “soltar” no es cronológico, pues pueden actuar la vez, pero sí material). Se trata por tanto de formas de dominio distintas, aunque quizá no está tan clara la diferencia de grado de dominio (sí la cercanía al tipo: podría quizá decirse que la esencialidad de las acciones ejecutivas aparece *ex lege* por esta cercanía<sup>63</sup>). Más dudosa es la diferencia de dominio entre quienes aportan contribuciones esenciales en fase preparatoria y quienes las aportan en fase ejecutiva, sin tratarse de acciones ejecutivas en sentido estricto, pues no es claro si la mayor proximidad temporal (no necesariamente espacial, según el propio Pérez Alonso: 239, aunque podría estudiarse también si la presencia en el lugar de los hechos supone alguna diferencia de dominio) de los segundos a la ejecución incrementa el poder de control de éstos sobre el hecho.

Pero (y aquí empezarían mis mayores discrepancias con la tesis del dominio funcional) tampoco es cierto que entre todos los que intervienen de modo esencial en fase ejecutiva (ni siquiera entre todos los que intervienen con acciones ejecutivas) se dé un mismo grado de dominio del hecho y, en palabras de Pérez Alonso, una dependencia sólo “horizontal y recíproca” y no “vertical y accesoria” (como en la cooperación o complicidad). Los términos “horizontal” y “vertical” resultan ambiguos si no se explica qué ha de entenderse por ellos, pero, en definitiva, aluden a la igualdad (horizontal) o desigualdad (verticalidad) del nivel de dependencia entre los sujetos. Pues bien, entre quienes realizan acciones esenciales en fase ejecutiva (incluso estrictamente ejecutivas) y quienes realizan la acción típica en sentido estricto o la acción típica

---

<sup>63</sup> Por ello consideré acertado (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 455 s., 486, 533) que el CP 1944/73 conminara con la misma pena del autor en su art. 14.1º a quienes realizan acciones ejecutivas, aun considerando que no se trataba de una figura de autoría, sino de participación (cooperación ejecutiva) y por eso creo que en el vigente CP quienes realizan acciones ejecutivas podrán comprenderse, como partícipes, en la cooperación necesaria del art. 28, segundo párrafo b) (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1286).

nuclear existe una relación de dependencia (desigual) y con ello un distinto grado de dominio: quien sujeta o vigila, en algún momento tiene que “soltar de su mano” el hecho y fiarse (por utilizar las expresiones de ROXIN) de quien(es) clava(n) el puñal o toma(n) la cosa. O dicho de otra manera, por más que sujete o vigile, deja en las manos de otro(s) el hecho (no puede determinarlo por sí mismo). Por tanto, el grado de dependencia y de dominio es materialmente distinto<sup>64</sup> (LUZÓN PEÑA y yo hablamos de dominio negativo en unos y dominio positivo en otros, pero los términos son lo de menos; a ellos volveremos más adelante).

El que esta diferencia materialmente exista no implica que necesariamente haya que considerar sólo (co)autores a quienes poseen el más alto grado de dominio (el que nosotros denominamos positivo), sino que es posible conformarse con el dominio que nosotros denominamos negativo (con o sin exigencia de actuación en fase ejecutiva) para fundamentar la coautoría. Aquí se trata ya de una apreciación valorativa, en la que entran en juego diferentes consideraciones. Yo creo que en la doctrina alemana no se tiene en cuenta este diferente grado de dominio seguramente porque obligaría a castigar con la pena del cómplice, siempre inferior a la del autor (§ 27 StGB) a intervinientes (quienes poseen dominio funcional negativo) cuya cooperación al hecho es de tanta importancia que resulta insatisfactoria esa rebaja obligatoria de pena. Pero ello no ocurre en el Derecho penal español, cuyo CP (art. 28, segundo párrafo b) prevé la figura de la cooperación necesaria (distinta de la de la coautoría –realización conjunta- del primer párrafo de ese artículo), conminada con la pena del autor. De este modo, puede optarse en el Derecho penal español por un concepto de coautoría (sólo son coautores los que dominan o determinan positivamente el hecho), de cuya adscripción al tipo no cabe la más mínima duda y que respeta al máximo las exigencias de un concepto auténticamente restrictivo de autor que conserve sus ventajas.

Sin duda este concepto de coautoría es más restrictivo que el que se deriva de la tesis del dominio funcional, pero no es verdad que, como opina Pérez Alonso, desconozca la mutua dependencia e imputación re-

---

<sup>64</sup> Contra lo que opina Pérez Alonso, como sabemos, pero también ROXIN, *Täterschaft*, 7<sup>a</sup>, 2000, 686, en la crítica que me dirige, negando que unos posean dominio negativo y otros positivo. Sin embargo, una partidaria de la tesis del dominio funcional que sigue en esto fielmente a ROXIN, como es VALDÁGUA, *Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten*, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 98 (1986), 871, reconoce que el dominio del que hablan los defensores de esta tesis es meramente negativo, aunque lo considera suficiente para fundamentar la coautoría.

cíproca de las contribuciones de los coautores, no siendo en definitiva capaz de construir con significado jurídico la coautoría, pues sólo serían autores los que ejecutan el hecho de propia mano, careciendo de sentido la coautoría, contra lo establecido por el párrafo primero del art. 28 CP, y suponiendo en definitiva una vuelta a la teoría objetivo-formal<sup>65</sup>. Nuestro concepto de coautor es más restrictivo, pero no superfluo, y atiende también a la idea de la interdependencia funcional en plano de igualdad (interpretada de modo estricto) y a la de imputación recíproca de las contribuciones: así, por ejemplo, sin el recurso a la coautoría (a la ejecución conjunta que menciona el primer párrafo del art. 28 CP), no es posible fundamentar la autoría de un delito (consumado) de homicidio de cada uno de los dos sujetos que matan habiéndose puesto de acuerdo y dividiéndose el trabajo a un tercero, siendo así que la muerte sólo se produce (y sólo se puede prever *ex ante* su producción) por la conjunción de las heridas que cada uno de ellos infiere. O no podría comprenderse la autoría de un hurto por valor de 100.000 pts. de cada uno de los tres sujetos que se ponen de acuerdo para sustraerlas, de modo que uno tomará 30.000 pts., otro la misma cantidad y el tercero 40.000 pts. (la cuantía es en este caso claramente relevante en el Derecho español, pues cada sujeto sólo es autor individual de una falta de hurto del art. 623.1 CP, mientras que, apreciando coautoría, los tres serían coautores de un delito de hurto del art. 234 CP). Por tanto, sí que se aprecia con significado jurídico la coautoría, que no resulta superflua (aunque sí más restringida). No se exige que la herida o la sustracción se realice de propia mano (nunca lo hemos exigido), y desde luego, por las razones antes vistas, no se trata de una vuelta a la teoría objetivo-formal. Se trata de combinar criterios materiales (apreciar las diferencias de dominio que se producen entre los distintos intervinientes en un hecho) con la estricta vinculación al tipo que debe poseer la coautoría en un concepto restrictivo de autor que conserve sus ventajas. Además, la figura de la cooperación necesaria, entendida como participación en sentido estricto conminada con la pena del autor, evita las consecuencias insatisfactorias a que nuestra tesis podría llevar en el Derecho alemán<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Parcialmente coincidente con esta crítica a mi concepción, ROXIN, *Täterschaft*, 7ª, 2000, 686, quien señala que la mayoría de las veces nuestros coautores ya estarían comprendidos en la autoría inmediata.

<sup>66</sup> Es más, este concepto estricto de coautoría encaja con mayor facilidad en el CP español, interpretado desde la perspectiva del concepto restrictivo de autor, que el que se deriva de la tesis del dominio funcional: lo cierto es que el segundo párrafo b) art. 28 CP caracteriza al cooperador necesario como todo aquel que contribuya "a su ejecución" (la del hecho) con un acto necesario (esencial, imprescindible) y no precisa que esa contribución tenga que realizarse antes de la fase ejecutiva (ni tampoco durante ella, aunque quizá habría quien incluso considerara –aunque a mí no me pare-

b<sub>2</sub>) Desde la perspectiva que ha adoptado, se enfrenta Pérez Alonso (231 ss.) al discutido caso del “jefe de la banda” o cerebro del grupo (separando acertadamente este supuesto del de los aparatos o estructuras organizados de poder), repasando distintas soluciones doctrinales cuando ese jefe sólo planifica o prepara el hecho, y defendiendo, de un modo que me parece coherente con los principios de que parte y que coincide con la solución de un sector de la doctrina alemana y con casi toda la española, que en tal caso el jefe de la banda no es coautor (le falta el dominio funcional en fase ejecutiva), sino que generalmente será cooperador o cómplice, casi siempre necesario, y en los casos en que, por otras razones se den las características de estas formas de intervención, inductor o autor mediato (esto último en casos extremos). Es claro que estoy de acuerdo con esta solución, que se deriva también, si cabe con mayor rotundidad, de la tesis que defiendo<sup>67</sup>.

c) Pérez Alonso termina (236 ss.) el apartado dedicado a la exigencia de actuación en fase ejecutiva, aludiendo a la posición de algunos autores que desde la teoría del dominio del hecho o desde fuera de ella también exigen actuación en fase ejecutiva para que haya coautoría,

---

ce convincente- que el “a su ejecución” recuerda más a “en” o “durante” la ejecución, lo que pondría más difícil la interpretación a los defensores de la tesis del dominio funcional, aunque no imposible: por ejemplo, seguirían pudiendo encajar aquí quienes aportando contribuciones esenciales en fase ejecutiva, no reúnan las características exigidas al autor de un delito especial, o quienes no actúen en el marco de una cuerdo común), por lo que, en principio, parece que tanto quienes actúan (con contribuciones esenciales) en fase preparatoria como en fase ejecutiva son algo distinto de quienes realizan conjuntamente el hecho (del primer párrafo del art. 28 CP), de los únicos (con el autor inmediato individual y el autor mediato) que dice el art. 28 CP sin rodeos que “son” autores. Naturalmente, no se trata de un argumento concluyente, pues son perfectamente posibles otras interpretaciones: que hay dos formas de coautoría, una en el primer párrafo y otra en el segundo b) del art. 28 CP (esta interpretación es posible, pero me parece más forzada, porque no se explica el sentido de esa doble regulación y la diferente calificación de unos y otros “coautores”: “son” y “también serán considerados” autores), o, mejor aún, como hace la mayoría de los partidarios españoles de la tesis del dominio funcional, señalando que los que aportan contribuciones esenciales en fase ejecutiva ya no se limitan a “cooperar” a la ejecución, sino que realizan conjuntamente el hecho, por lo que son (los únicos) coautores del primer párrafo del art. 28 CP, mientras que el resto de quienes prestan contribuciones esenciales serían cooperadores necesarios (partícipes en sentido estricto) del segundo párrafo b) del citado artículo, argumentación más convincente. Lo único que quiero poner de manifiesto por tanto (sin hacer de ello un argumento central en absoluto) es que, dado que el art. 28, segundo párrafo b) no especifica que la contribución del cooperador necesario tenga que producirse en fase preparatoria o ejecutiva del delito, la delimitación de coautoría (del primer párrafo del art. 28) y cooperación necesaria conforme a los preceptos legales (su ubicación en la ley, si se quiere) no requiere tantas explicaciones en nuestra concepción.

<sup>67</sup> V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 683, entre otros lugares.

precisando el alcance de esta exigencia en el sentido de que la intervención esencial en fase ejecutiva no es necesario que se preste mediante acciones ejecutivas en sentido estricto (que él considera “objetivo-formal”), ni que, en sentido temporal, se trate de acciones totalmente simultáneas (basta con que se presten, aunque sea de forma sucesiva, en el lapso entre el comienzo de la ejecución y la consumación), ni que, en el aspecto espacial, sea necesario que todos los que prestan contribuciones esenciales en el marco de una decisión conjunta estén presentes a la vez en el lugar de los hechos (comprende así entre los coautores, como ya hiciera ROXIN<sup>68</sup>, al jefe de la banda que actualiza su función dirigente y organizativa en fase de ejecución, por ejemplo, coordinando telefónicamente desde la central de control a quienes realizan acciones ejecutivas). Reitera algunos razonamientos ya explicados en apartados anteriores, para concluir que es “un presupuesto mínimo e indispensable” para dominar funcionalmente el hecho y ser coautor la actuación en fase ejecutiva, no permitiendo el acceso al dominio funcional del hecho ninguna aportación en fase preparatoria, por importante que sea. Mi opinión al respecto ya ha quedado suficientemente explicada con anterioridad.

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

---

<sup>68</sup> ROXIN, *Täterschaft*, 7<sup>a</sup>, 2000 (1<sup>a</sup>, 1963), 280, 299.

NIETO MARTÍN, Adán: *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*. Editorial Atelier. Barcelona 1999.

Se afronta en esta obra —prologada por el profesor Muñoz Conde— el reto de desarrollar un criterio original en la determinación de la vencibilidad del error de prohibición para su aplicación a aquellas regulaciones, como la española, la alemana, o el proyecto de *Corpus Iuris* europeo, que además de reconocer relevancia al error de prohibición, contemplan un tratamiento diferente a partir de la vencibilidad o invencibilidad del mismo. El autor parte de la reformulación del principio de culpabilidad en base a la inclusión en el mismo de principios constitucionales —que tienden a asegurar la función garantista del Derecho penal— y de criterios objetivos, que responden a su función de prevención. Este sistema *mixto* será trasladado al resto de las categorías que intervienen en un supuesto de error de prohibición en atención a determinar la existencia del conocimiento de la antijuridicidad (también a los supuestos de conocimiento eventual de la antijuridicidad), como delimitación negativa del error; la evitabilidad, así como el tratamiento que han de tener los casos de indiferencia hacia el Derecho. De esta manera, el autor pretende alcanzar un equilibrio entre los intereses individuales del sujeto y los intereses de la colectividad que encuentre su reflejo en el tratamiento del error de prohibición y, más específicamente, en la evitabilidad de éste.

En el Capítulo I de este trabajo se parte, por tanto, de una reformulación del principio de culpabilidad enmarcada dentro de la corriente teleológica funcional, en que la Constitución supone la referencia básica en relación a los valores y principios que han de informar las construcciones dogmáticas del Derecho penal. La culpabilidad se divide en dos niveles superpuestos: el primer nivel viene dado por las condiciones de atribución personal del hecho, que constituyen la vertiente subjetiva de la culpabilidad y que se encarna en garantías constitucionales tales como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad o la presunción de inocencia. En un segundo nivel, se en-



cuentran las condiciones de imposición de la pena que suponen la representación de los intereses preventivos. Éstas tienen su reflejo en la necesidad y el merecimiento de la pena, como expresión del principio constitucional de proporcionalidad, y tienen un papel limitador (no fundamentador) de la culpabilidad una vez que se determina que el hecho resulta atribuible personalmente al autor.

En lo que respecta a la vertiente subjetiva de la culpabilidad, el principio de respeto a la dignidad de la persona fundamenta la necesidad de otorgar relevancia al error de prohibición, así como la necesidad de imposición de la sanción exclusivamente en aquellos supuestos en los que el sujeto sea responsable. La cuestión básica que se plantea en este punto, en relación a la evitabilidad del error de prohibición, es la determinación del momento en que ha de considerarse que existe comunicación entre el ciudadano y la norma, de manera que el error pueda considerarse como evitable (Capítulos III y IV). El principio de libre desarrollo de la personalidad impone la necesidad de la existencia de una correspondencia temporal entre la capacidad de culpabilidad del autor y el injusto, quedando excluida toda responsabilidad que tiene su origen en la forma de ser del mismo. Esta cuestión adquiere especial relevancia en relación a autores despreocupados, en la medida en que su error será, por lo general, inevitable en el momento de comisión (u omisión) del hecho, conduciendo a resultados político criminalmente indeseables. En este sentido *Nieto Martín* articula un sistema de culpabilidad previa en atención a determinar la vencibilidad del error (Capítulo VI). El principio de igualdad supone la necesidad de la máxima individualización en el juicio de atribución personal del hecho y, en estrecha relación con éste, la presunción de inocencia obliga a la prueba de tal atribución personal. En este sentido, el autor defiende la bondad de la prueba de indicios llevada a cabo en los tribunales —si bien suele desembocar en la aplicación de criterios generalizadores y reglas de la experiencia— siempre que se encuentre sujeta a los requisitos constitucionales previstos.

El principio de proporcionalidad, en el segundo nivel de la culpabilidad, juega un papel limitador a la imposición de la pena cuando, aún resultando el hecho atribuible personalmente al sujeto, las necesidades preventivas decaen a su favor. En este sentido se considera que no existe necesidad de pena cuando ésta no puede ya tutelar el bien jurídico o cuando puede menoscabar otros intereses que, como la seguridad jurídica, son dignos de protección. Asimismo, no existe merecimiento de pena cuando el grado de atribución personal es bajo (el sujeto ha descargado su competencia en otro sistema como el Estado, una autoridad o un experto).

El criterio de culpabilidad desarrollado por el autor determina el conjunto de la interpretación que haya de hacerse del error de prohibición. Así, se procede en el trabajo al análisis de los dos niveles que adquieren relevancia en este ámbito: el conocimiento de la antijuridicidad (Capítulos II y V) y la evitabilidad del error (Capítulos III, IV y VI).

En el Capítulo II el autor procede a la determinación del momento en que puede afirmarse que el sujeto conoce la antijuridicidad de la conducta —como aproximación en negativo a un supuesto de error— y en él se establece la forma, el modo y el objeto de ha de tener tal conocimiento. La obligada referencia, en este punto, al conocimiento eventual de la antijuridicidad se relega al Capítulo V, ya que su tratamiento entronca con la teoría de la evitabilidad propuesta por el autor (Capítulo IV).

En lo que respecta a la forma del conocimiento de la antijuridicidad, *Nieto Martín* llega a la conclusión (a partir de las teorías desarrolladas por *Welzel*, *Platzgummer*, *Schmidhäuser* y *Schewe*) de que existe tal conocimiento cuando el autor puede actualizar su saber inmanente sobre la antijuridicidad sin esfuerzo, esto es, cuando existe una co—conciencia de la antijuridicidad; y ello con independencia de que se siga la teoría del dolo o de la culpabilidad. En cuanto al modo, se considera unánimemente por la doctrina que el autor conocía la antijuridicidad cuando, a partir de su interpretación personal (esto es, a partir de una valoración paralela en la esfera del profano, según la terminología de *Mezger*) podía llegar a conocer la antijuridicidad de la conducta que lleva a cabo. El objeto del conocimiento ha de ser, según *Nieto Martín*, el propio ordenamiento jurídico. Se rechaza, por tanto, expresamente, la concepción según la cual tal objeto pueda ser la ética social o la norma de cultura (*Arthur Kaufmann*, *E. M. Mayer*), y ello pese al arraigo que ésta encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con los considerados delitos “naturales” —esto es, aquellas figuras delictivas que se identifican con valores de amplia tradición en una sociedad determinada y que resultan cognoscibles, por tanto, a partir de una socialización “normal”—. Tal rechazo se apoya en dos pilares fundamentales: la falta de identificación entre moral y Derecho en los ordenamientos contemporáneos de nuestra órbita cultural, así como la obligación de determinación de las normas impuesta al legislador, cuya razón de ser es, precisamente, facilitar el conocimiento del Derecho a los ciudadanos. En relación al alcance que ese conocimiento ha de tener respecto de la norma, las posiciones oscilan entre las que consideran que basta con que el autor conozca la antijuridicidad formal y material de la conducta, sin necesidad de conocer el sector del ordenamiento a que pertenece la norma vulnerada (*Rudolphi*) y las que propugna la necesidad del conocimiento de la punibilidad (*Schröder*, *E.*

*Bacigalupo*). *Nieto Martín* defiende una posición intermedia en la línea de *Jakobs*, *Neumann* y *Stratenwerth*, desde la que se afirma que lo que ha de conocerse para considerarse que existe conocimiento de la anti-juridicidad es que la conducta puede conducir a una respuesta represiva *ex officio* del Estado (penal o administrativa), distinguiéndose en este punto entre sanciones aflictivas y reparadoras, que suponen la diferencia valorativa esencial.

Sin embargo, *Nieto Martín* considera que la determinación de la frontera entre conocimiento de la antijuridicidad y error no puede llevarse a cabo de manera satisfactoria atendiendo, exclusivamente, a criterios subjetivos. Se reproduce, de esta manera, el esquema desarrollado para la culpabilidad. Ello es así, por ejemplo, en aquellos casos en que el error resulta vencible a partir del empleo de la capacidad intelectual. Por otra parte, la consideración de que el objeto del conocimiento haya de ser la posibilidad de actuación *ex officio* del Estado responde a razones de carácter normativo; parece que, en estos casos, el grado de merecimiento y necesidad de pena es similar al del conocimiento de la punibilidad.

En el Capítulo III el autor se centra en el análisis de los criterios recogidos por diversas corrientes doctrinales para determinar la vencibilidad del error de prohibición. Tales criterios se determinan a partir de la pregunta acerca del fundamento de la sanción del error de prohibición vencible. En este sentido, las construcciones doctrinales más tempranas parten de la base de que el reproche por el error se apoya en una obligación del autor de conocer el Derecho o de “esforzar la conciencia” para evitar la comisión del injusto (*Welzel*). En el extremo opuesto se encuentran aquellas concepciones, como la de *Jakobs* o *Roxin*, en que se considera que el fundamento de la penalización del error de prohibición evitable ha de responder, exclusivamente, a criterios preventivos tales como la competencia o el mantenimiento de un grado normal de fidelidad al Derecho, quedando los condicionamientos subjetivos del autor desplazados por completo. Sigue, a continuación, una breve referencia al criterio de evitabilidad del error empleado en Italia, y ello en la medida en que el Tribunal Constitucional italiano parte de valoraciones constitucionales tanto para propugnar la relevancia del error de prohibición como para la elaboración del criterio de la evitabilidad. La solución italiana concuerda, por tanto, con la orientación metodológica propuesta en el Capítulo I por el autor. El Capítulo IV contiene el núcleo de la argumentación del autor en relación al modelo de evitabilidad que se propone y que se basa en la ponderación de los intereses subjetivos y normativos —representados por el autor, la norma y las Instituciones estatales o los expertos—. Así, paralelamente respecto del

esquema esbozado en el ámbito de la culpabilidad se distinguen, en el ámbito de la vencibilidad, dos niveles: la atribución personal del error de prohibición evitable al autor, en un primer momento, y las condiciones para la imposición de la sanción como límite de aquella.

En lo que respecta a la esfera de la atribución personal del error, es necesario que concurran en el autor dudas o motivos para informarse, ya que sólo así puede asegurarse la existencia de la comunicación necesaria entre éste y la norma, de manera que pueda motivarse a favor de la conducta lícita. Se introduce en este punto, a su vez, un criterio preventivo: es preciso que el autor, a partir del comportamiento desplegado, hubiera llegado a conocer efectivamente la ilicitud de la conducta dado que, de otro modo, tampoco podía haber sido motivado por la norma. Una concepción (parcialmente) psicológica de la evitabilidad se considera fundamental por el autor, desde el punto de vista de las garantías, como contrapunto a la crisis del principio de determinación de las normas penales, así como para la salvaguardia de la autonomía moral y el pluralismo social. Por su parte, valoraciones constitucionales tales como el principio de igualdad o la presunción de inocencia obligan, según *Nieto Martín*, a que se lleve a cabo un juicio de imputación lo más individualizado posible. Las concepciones psicológicas de la evitabilidad plantean, sin embargo, serias dificultades en el caso de los indiferentes hacia el Derecho ya que, precisamente en estos casos, resultará difícil la apreciación de tales dudas o motivos en el sujeto infractor, debiendo considerarse, en coherencia, el error como inevitable. Una propuesta de solución para estos supuestos se ofrece en el Capítulo VI.

En un segundo momento, las condiciones de imposición de la pena entran en juego —cuando se cumplen las condiciones de atribución personal— como límite de la responsabilidad, en aquellos supuestos en que la pena no resulta útil socialmente en atención a criterios preventivos. Así, influye decisivamente en la determinación de la evitabilidad del error la relación existente entre el autor y el bien jurídico, sobre todo en el ámbito de lo que se ha dado en llamar “delitos artificiales”, que serían aquellos que no se identifican con una tradición de valores de la sociedad sino que puede considerarse que son de pura creación legislativa. En este sentido, *Nieto Martín* opta por la calificación de los errores en este ámbito como errores de prohibición, procediéndose a una exclusión o rebaja de la culpabilidad en la esfera de la evitabilidad en atención a las características profesionales del autor, moduladas por circunstancias externas tales como el principio de confianza, grado de determinación del precepto, etc. De esta manera, se evitarían, además, las indeseables consecuencias desde el punto de vista político-criminal que se producirían a partir de su calificación como error de tipo: la la-

guna de punibilidad, en los casos en que no se prevea la modalidad de comisión imprudente del delito, y la exclusión de la responsabilidad penal de los partícipes.

El principio de tolerancia —si bien su aplicación es restringida en materia de error— influye en la determinación de la evitabilidad del error, según el autor, y ello en la medida en que, en un Estado democrático con un pluralismo ideológico, la función preventiva ha de limitarse en relación con aquellas conductas cuya punibilidad resulta más polémica (aborto, eutanasia, etc.).

Asimismo, el principio de determinación de las normas penales impone al legislador la obligación de dictar normas claras, de manera que su conculcación debe conducir a la “sanción” de los intereses preventivos generales a través de la institución del error y, en concreto, a través del criterio de vencibilidad del mismo. Ello se plasma, fundamentalmente, en supuestos como los siguientes: cuando un precepto ofrece varias alternativas de interpretación razonables, sin que exista acuerdo respecto de cual es la válida; cuando la jurisprudencia aprecia una nueva forma de lesión al bien jurídico en que no pensó el legislador en el momento de creación de la norma o en el caso de materias de extrema complejidad (Derecho penal ambiental o tributario, por ejemplo).

Por su parte, la aplicación del principio de confianza y buena fe en su doble vertiente: estatal —en relación con las interpretaciones o comportamientos (activos o pasivos) de los órganos del Estado- y privada —en relación con las opiniones de los expertos-, hace decaer el merecimiento de pena. Ello tiene su razón de ser en la necesidad de que los ciudadanos puedan confiar las actuaciones llevadas a cabo por estos agentes externos, lo cual resulta fundamental para el desarrollo de la vida en las sociedades complejas. La aplicación de este principio en su vertiente estatal se relaciona con supuestos en que el autor actúa (u omite) siguiendo una línea jurisprudencial que es modificada en un momento posterior al de la comisión del hecho; supuestos en que existe jurisprudencia contradictoria en tribunales de igual rango; supuestos en que el autor goza de una licencia o autorización administrativa o supuestos de permisividad por parte de los órganos de persecución penal o administrativa en relación a conductas constitutivas de delito o sanción. En la vertiente privada *Nieto Martín* considera que el principio de confianza no opera cuando los conocimientos del autor superan los del experto, adquiriendo éstos una importancia vital en este ámbito. Ello se debe al hecho de que los expertos no están investidos —a diferencia de las Instituciones del Estado— de la potestad para hacer interpretaciones “oficiales” del Derecho.

Una vez expuesto su sistema de la evitabilidad del error de prohibición *Nieto Martín* refiere, en el Capítulo V, a la peculiar problemática del conocimiento eventual de la antijuridicidad y su límite con el error evitable. La determinación de cuando puede considerarse que existe un conocimiento eventual de la antijuridicidad (que excluye la concurrencia de error) no se produce a partir de los criterios genéricos establecidos en el Capítulo II —en que se determina cuándo puede considerarse que el sujeto conocía la antijuridicidad de la conducta—, sino que el autor aplica, en atención a establecer tal límite, el mismo esquema propuesto para determinar la culpabilidad del error y la evitabilidad del error de prohibición desarrollado en los Capítulos I y IV, respectivamente. Así, una vez constatada la existencia de dudas en el autor acerca de la antijuridicidad del comportamiento (sustrato psíquico), los criterios normativos inclinan la balanza, en el ámbito del conocimiento eventual de la antijuridicidad, hacia la protección de los intereses generales, forzando la consideración de la duda como conocimiento. Se aplica, de esta manera, el mecanismo opuesto al propugnado en el ámbito de la evitabilidad, en que se analizaron los criterios normativos que podían hacer inclinar la balanza hacia los intereses personales del autor y que propician la consideración el error como invencible. Así, la determinación del límite entre conocimiento y error se establece, atendiendo a la proporcionalidad de la pena, en función de criterios tales como la importancia del bien jurídico afectado, la importancia de la lesión, la relación existente entre éste y el autor; la certidumbre de la situación jurídica o la exigibilidad en relación a la existencia de intereses confluyentes (supuestos de dudas irresolubles o de alternativas de conducta aparentemente antijurídicas).

Con este planteamiento el autor se aleja de la línea doctrinal que intenta trazar el límite entre error y conocimiento eventual a partir de la aplicación de las teorías que pretenden delimitar la culpa consciente respecto del dolo eventual, y ello debido a las peculiaridades dogmáticas y político-criminales del dolo eventual. Asimismo, el autor se separa de las diferentes concepciones que se han ido barajando para la determinación de la concurrencia de un conocimiento eventual de la antijuridicidad, y que son objeto de análisis en su obra: desde las teorías volitivas, emocionales o cognoscitivas, —que tienen en cuenta, para determinar la concurrencia de un conocimiento eventual de la antijuridicidad, exclusivamente lo que ocurre en la cabeza del autor—, hasta las soluciones puramente normativas.

Por último, el Capítulo VI contiene una referencia al supuesto más conflictivo que se plantea cuando, como ocurre en este caso, el autor propugna una teoría (parcialmente) subjetiva de la evitabilidad del

error: la cuestión de los indiferentes hacia el derecho. El requisito de la existencia de dudas acerca de la antijuridicidad de la conducta para que pueda considerarse el error como evitable beneficiaría, *de facto*, a ciudadanos despreocupados o indiferentes hacia el derecho que, al no abrigar dudas acerca de la adecuación o no a derecho de su conducta, incurrirían siempre en un error de prohibición invencible. Para evitar esta situación, que conduciría a resultados político-criminalmente lamentables, Nieto Martín propone —previo análisis de los criterios doctrinales que han intentado dar solución a esta cuestión— un modelo de culpabilidad previa inspirado en el desarrollado por Stratenwerth. Este modelo se basa en la existencia de una equivalencia estructural entre la evitabilidad en el momento del hecho y la evitabilidad previa, que aseguraría el respeto del principio de culpabilidad. De esta manera quedaría justificada una excepción al principio de coincidencia entre el momento de comisión del hecho delictivo y la culpabilidad (derivado del principio de culpabilidad) sin que ello se identifique con una culpabilidad por el modo de vida (*Lebensführungsschuld*). Tal equivalencia estructural se produciría siempre que el sujeto hubiera anticipado mentalmente la conducta a realizar como estereotipo de conducta prohibida (el conocimiento de la antijuridicidad va referido a la norma concreta infringida). Nieto Martín añade, respecto de la tesis de Stratenwerth, el requisito de máxima individualización posible en el juicio de culpabilidad previa, así como la necesidad de que el autor considere como altamente probable la realización del comportamiento, a fin de que se produzca una correcta motivación en relación a la norma. La solución a la cuestión de los indiferentes hacia el derecho vendría dada, por tanto, a partir de la aplicación del principio de *venire contra factum proprium* (en sustitución de las dudas o motivos en el momento del hecho), entendido como una decisión consciente del autor de no conocer un grupo de normas determinado, juzgándosele por una decisión concreta de la que es responsable, y no a partir de su carácter descuidado o indiferente. Una vez constatada la concurrencia de una culpabilidad previa habría de procederse, siguiendo el esquema propuesto por el autor, a la ponderación de los criterios preventivos limitadores, en su caso, de la vencibilidad del error de prohibición.

Nieto Martín desarrolla en este trabajo una forma original de determinación de la vencibilidad del error de prohibición derivada de un concepto de culpabilidad basado en la conjugación de criterios subjetivos y normativos y a partir del juego de los principios y garantías constitucionales. El autor atribuye a la parte objetiva de la culpabilidad un papel limitador respecto del presupuesto de atribución personal del hecho, a fin de asegurar el respeto a las garantías del sujeto y evitar que éste acabe convirtiéndose en una especie de “chivo expiatorio” (instru-

mento) al servicio de la función preventiva del derecho penal. De esta manera se pretende asegurar, a su vez, su reinserción en la sociedad (p. 36). Sin embargo, la necesidad de la limitación de la intervención penal a partir de la inclusión de criterios subjetivos en el juicio de la culpabilidad puede resultar discutible en atención a dos razones principales:

Por una parte, cabe considerar que la culpabilidad puede encontrar su fundamento (y no únicamente su límite) a partir de criterios normativos. La culpabilidad así determinada tendría una finalidad preventiva general positiva, en sí misma. Por tanto, el límite impuesto a la responsabilidad a partir de la inclusión de elementos subjetivos puede ser que la pena pueda devenga inadecuada para la consecución de sus fines y, con ello, a la inutilidad de la misma. La pena carecería, en este caso, de legitimidad, ya que una pena inútil no puede encontrar justificación en un Estado democrático secularizado<sup>1</sup>. Por otra parte, a partir de la observación de la realidad cotidiana, puede concluirse que la función de resocialización no puede constituir el fin de la pena, de ser esto así el sistema penal tendría ante sí un reto prácticamente insalvable. La pena debe orientarse hacia el mantenimiento de un esquema social. En este sentido, la socialización del sujeto puede darse como efecto colateral derivado de la pena, pero no fundamenta el criterio de culpabilidad<sup>2</sup>.

En segundo lugar, parece posible imaginar una concepción estrictamente funcional de la culpabilidad —como la desarrollada por Jakobs, por ejemplo— que asegure la función de garantía asignada a la culpabilidad. La necesidad de pena, en el sistema de *Jakobs*, proviene de la imposibilidad de mantener la vigencia absoluta de las normas. En este sentido, cada uno tiene que procurarse al motivación para mantenerse dentro de lo establecido por el Derecho. Cuando se produce el incumplimiento se deriva, en circunstancias normales, la culpabilidad del sujeto y la imposición de una pena. Sin embargo, ello no sucede así en todos los casos: el sujeto cuya comunicación no resulta idónea para cuestionar la vigencia del Derecho es, en este sentido, “desigual”, y es eximido total o parcialmente de responsabilidad criminal (culpabilidad). Además el criterio de “comunicación personal” desarrollado por *Jakobs* se distancia de la consideración del sujeto como un mero “instrumento”. La pena se impone só-

---

<sup>1</sup> JAKOBS, “Das Schuldprinzip”. *Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften*. Vorträge G 319. 1993. pp. 7 y ss.

<sup>2</sup> JAKOBS, “Sobre la teoría de la pena” (trad. de Manuel Cancio Meliá). *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. Año IV. Número 8. pp. 51 y 52. *idem*. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente* (trad. de Teresa Manso Porto). Bogotá 2000. p. 28.; ROGALL, “Justizmord? Todesstrafe im Strafrecht”. *Zur Aktualität der Todesstrafe*. Berlin 1997, pp. 59 y ss.



lo a quien es capaz de emitir una expresión de sentido que cuestiona la vigencia de la norma, esto es, a una “persona” igual a las demás.<sup>3</sup>

A mayor abundamiento, *Nieto Martín* afirma que, en casos en que los elementos subjetivos no puedan probarse, la parte normativa de la culpabilidad juega un papel fundamentador (no limitador) de la culpabilidad (p. 58). El autor parte de la base de que, por regla general, los elementos subjetivos pueden considerarse probados a partir de la prueba indiciaria, siempre que se respete el principio de presunción de inocencia (p. 175). Sin embargo, existen dos factores que hacen pensar que la prueba de los elementos subjetivos no resulta fácilmente factible: al no constituir la prueba indiciaria una prueba científica sólo puede probarse que existe una (alta) probabilidad de que el elemento subjetivo concurra. Además, el hecho de que los elementos subjetivos objeto de prueba hayan de pasar por el prisma del juez, hace que la prueba dependa de su propia visión del mundo, incluso aunque intente ponerse en la situación del sujeto<sup>4</sup>. La aceptación de que pueda afirmarse la prueba del elemento subjetivo bajo estas premisas supone un choque frontal con la idea que animaba la introducción de elementos subjetivos en el criterio de la culpabilidad: la salvaguardia de las garantías del autor y la legitimidad de la pena impuesta. En este sentido, la aplicación del principio de la presunción de inocencia que propugna *Nieto Martín* llevaría a la imposibilidad de probar la concurrencia de elementos subjetivos en el proceso, no pudiendo pensarse en ningún caso o, únicamente, a partir de la consideración de que el elemento normativo pueda constituir el fundamento del juicio de culpabilidad.

El criterio de culpabilidad que se adopte determina, a su vez, el criterio de la evitabilidad del error de prohibición. En este sentido, *Nieto Martín* afirma que un criterio parcialmente subjetivo de la evitabilidad tiene la función de asegurar una correcta motivación del autor respecto de la norma penal, así como salvaguardar la autonomía moral y el pluralismo. Sin embargo, parece que estas funciones podrían arbitrarse igualmente a través de un sistema de competencia (*Jakobs*)<sup>5</sup>, o a partir de un grado normal de fidelidad al Derecho (*Roxin*)<sup>6</sup>, sin necesidad de concurrencia de dudas o motivos para informarse, difíciles de probar.

<sup>3</sup> JAKOBS, “Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern”. *Zeitschrift für das gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 101. Heft 3. 1989. pp. 519 y ss. PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ, CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema de Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. Lima. Septiembre 1998. pp. 68 y ss.

<sup>4</sup> RAGÜES I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona 1999. pp. 237 y ss.

<sup>5</sup> PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ, CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 75.

<sup>6</sup> *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. München 1992. § 21, n° marginal 38 y 39.

*Nieto Martín* se apoya en su argumentación en el principio constitucional de la igualdad —que exige dar relevancia a las características personales del autor en el juicio de culpabilidad así como en la determinación de la evitabilidad del error— desde una perspectiva garantista. Parece que de este modo se pretende evitar la “imputación por exceso” que puede derivarse de la desvinculación psíquica entre autor y norma que propugnan las concepciones normativas. Sin embargo, la contemplación de las circunstancias personales del autor no ha de conducir necesariamente a que éste salga beneficiado. Piénsese, por ejemplo, en el caso de los conocimientos especiales que pudiera tener el autor respecto del rol que desempeña y que, desde una visión normativa no serían tenidos en cuenta mientras que, desde una perspectiva subjetivista, perjudicarían al autor. Además, la subjetivación de los conceptos conduce a una desvalorización “global” del autor, que sobrepasa el ámbito de su rol social.<sup>7</sup>

*Nieto Martín* contrapone en su obra el modelo de evitabilidad de *Jakobs*, basado en criterios objetivos, al criterio de distinción entre dolo e imprudencia basado, según éste, en consideraciones de índole psicológica (p. 143). Sin embargo, parece importante destacar que esta afirmación no resulta del todo correcta. *Jakobs* distingue en atención a criterios subjetivos (conocimiento) sólo respecto de un tipo de imprudencia, la imprudencia no dirigida —en que el error del autor recae sobre las condiciones de aplicación cognitiva de la norma—. En estos supuestos es posible demostrar que la configuración del lado subjetivo del hecho es defectuosa (el autor será gravado, por regla general, con una *poena naturalis*), con lo que de ella no se desprende una expresión de sentido capaz de cuestionar la vigencia de la norma. En lo que respecta a la imprudencia dirigida hacia un fin (la que radica en un desinterés respecto de los bienes jurídicos ajenos), la distinción de ésta respecto del dolo a partir de criterios subjetivos (no conocimiento-conocimiento) lleva a resultados injustos, inexplicables desde una perspectiva valorativa. *Jakobs* propugna, en este sentido, una visión funcional del lado subjetivo del hecho: la respuesta penal sólo es necesaria cuando la necesidad de obediencia al Derecho no resulte demostrable, ya que de otro modo las normas no podrían imponerse.<sup>8</sup>

Por último, y en otro orden de cosas, parece que el juego del principio de determinación en la evitabilidad del error de prohibición no de-

---

<sup>7</sup> JAKOBS, “Über die Behandlung...”. art. cit. p. 518.

<sup>8</sup> JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª edición. § 8 n° marginal 5. *idem*, “Über die Behandlung...” art. cit. pp. 527 y ss. *idem*, “Das Schuldprinzip”. art. cit. pp. 12 y ss. *idem*, *La ciencia del derecho penal...*, op. cit., p. 14.

bería conducir a que la institución del error se acabe convirtiendo en “hostigadora” del legislador a fin de que dicte normas claras y precisas, y ello pese a que este resultado fuera político-criminalmente deseable<sup>9</sup>. En un Estado democrático se arbitran otras medidas para asegurar la corrección de las normas y sus interpretaciones (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad). Por otra parte, y en lo que respecta a los supuestos mencionados en el Capítulo IV, cuya inevitabilidad se determina a partir de la indeterminación de las normas —cuando existen varias alternativas de interpretación razonables de un precepto, sin que exista acuerdo respecto de cual es la válida; cuando la jurisprudencia aprecia una nueva forma de lesión al bien jurídico en que no pensó el legislador en el momento de creación de la norma o cuando la materia encierra una extrema complejidad— parece que tal ponderación puede efectuarse, además, a partir de criterios como la inexigibilidad o la prohibición de retroactividad de las normas desfavorables, por ejemplo, sin implicaciones directas “sancionatorias” para el legislador.

La obra de *Nieto Martín* denota un destacable conocimiento de la realidad social y de los factores concurrentes en un supuesto de error, a la vez que un amplio bagaje en relación a las teorías que han intentado dar solución, con anterioridad, a los múltiples problemas objeto de análisis. Por otra parte, el autor se hace eco de la situación imperante en la práctica de los tribunales, en que la efectiva aplicación del error de prohibición —de manera que se evite la irrupción *de facto* del antiguo “*error iuris nocet*”— depende del criterio de vencibilidad que se establezca. La obra que se presenta es un ejemplo de lógica interna y aborda de manera destacable cuestiones tan controvertidas como la determinación del conocimiento eventual de la antijuridicidad y la evitabilidad del error en los indiferentes hacia el derecho.

YAMILA FAKHOURI GÓMEZ  
Universidad Autónoma de Madrid

---

<sup>9</sup> En este sentido, pero en relación a la consideración como error de tipo de los errores sobre términos legales vagos o normativizados: DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”. *Cuestiones actuales de la teoría del delito* (Luzón Peña/Mir Puig). Madrid 1999. p. 100.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* (trad. M. Cancio Meliá), Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios n.º 7, Bogotá 1996.

## I

El breve pero enjundioso estudio que recensionamos tiene su historia. En las Jornadas Alemanas de Profesores de Derecho penal, celebradas en Rostock en 1995, se trató ante todo de discutir la situación de un Derecho penal supuestamente situado en la encrucijada entre el *viejo pensamiento europeo de principios* y el funcionalismo, sobre la base de las ponencias presentadas por Lüderssen y Jakobs<sup>1</sup>. Pues bien, la pretensión de Schünemann en estas páginas es mostrar la posibilidad —y el rendimiento— de una tercera vía distinta de las dos contrapuestas en aquellas Jornadas. Así, resulta, por un lado, que, a su juicio, desde el punto de vista metodológico la distancia entre los puntos de vista del funcionalismo y del viejo pensamiento europeo “à la Frankfurt” no es tal o al menos no tanta como se pretende. Se trata, entonces, de oponer al relativismo de unos y otros (pp. 42-43) la fuerza limitadora de la referencia a la realidad. Pero, por otro lado, también es erróneo, desde la perspectiva de Schünemann, plantear una disyuntiva entre aceptar una concepción personal del bien jurídico, como la que se han empeñado en difundir diversos representantes de la “*escuela de Frankfurt*” o bien prescindir de la idea de bien jurídico y reconducir la función del Derecho penal a la protección de la vigencia de las normas.

Más bien, a su juicio lo que debe hacerse es seguir profundizando en las posibilidades que ofrece el concepto de bien jurídico, sobre todo en lo relativo a los bienes jurídicos colectivos, distinguiendo

---

<sup>1</sup> LÜDERSEN, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken, ZStW 107 (1995), pp. 877 y ss.; JAKOBS, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” prinzipien Denken, Oder : Verabschiebung des “alteuropäischen” Strafrechts, ZStW 107 (1995), pp. 843 y ss (= Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional —trad. Cancio Meliá—, Madrid 1996).

los supuestos en los que sería admisible el recurso al Derecho penal de aquéllos en los que su intervención no es de recibo. En realidad, para el autor tanto el normativismo funcionalista radical de Jakobs como el individualismo monista de Frankfurt son “*dos callejones sin salida*” (p. 14). El primero, porque conduce a una “*capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia*” (ibídem); y el segundo, porque su unidimensionalidad acaba convirtiéndose en un obstáculo a la comprensión de la realidad actual del Derecho penal.

Así las cosas, el ensayo sobre la situación espiritual de la ciencia alemana del Derecho penal es el vehículo de exposición de la concepción que Schünemann propone acerca del método en Derecho penal, así como acerca de su función político-criminal; una concepción claramente diferenciada de las dos referidas, pero también de la corriente ecléctica dominante en la doctrina alemana (la que denomina “*dogmática sin consecuencias*”, p. 15) así como, en fin, matizadamente distinta de la que su maestro Roxin sostiene. En sus propias palabras, se trata de conformar un “*pensamiento dualista compuesto de lógica material y razón práctica*”.

## II

La discusión con el “*monismo individualista*” de Frankfurt es, ante todo, de naturaleza político-criminal. Sin negar la razón que pueda asistirle a Hassemer y sus discípulos en ciertos diagnósticos, ni tampoco siquiera en la elección de los presupuestos filosóficos contractualistas que se toman como punto de partida para el abordaje jurídico-penal de los problemas, se trata aquí de mostrar la inadecuación de un modelo de Derecho penal asentado en la lesión o puesta en peligro concreto de bienes individuales para afrontar los retos que suscita la sociedad actual.

Es éste un planteamiento que, con el paso de los años, Schünemann ha ido incluso radicalizando y que guarda una estrecha relación con sus investigaciones en materia de delitos socio-económicos. Ya en el propio año 1996 señalaba Schünemann literalmente que “*la criminalidad de empresa es, tanto cualitativa como cuantitativamente, el ámbito más grave de las acciones materialmente dañosas en toda la sociedad y con ello —esta es mi conclusión— el auténtico objeto del Derecho penal*”<sup>2</sup>. Últimamente, ha vuelto a insistir en esa

<sup>2</sup> SCHÜNEMANN, Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel, en Deutsche Wiedervereinigung. Die Rechtseinheit. Arbeitskreis Strafrecht. Band III. Un-

línea con un trabajo de título significativo: “*del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta*”<sup>3</sup>.

El punto de partida de todo ello es el rechazo del Derecho penal “clásico” como pura “quimera” y la apuesta por su amplia modernización. Dejando aparte lo que para Schünemann son algunas “*incorrecciones*” (p. 18) de Hassemer, P.A. Albrecht o Herzog en el tratamiento de las épocas históricas o en su afirmación de la existencia de evoluciones continuas, su crítica se dirige a la concepción individualista del bien jurídico (al concepto “*personal*”) y a la subsiguiente propuesta de que el Derecho penal se ciña a su protección dejando de constituir un instrumento de gestión política de riesgos mediante la protección de bienes universales definidos de modo vago. Seguramente, el punto central de discrepancia viene dado por los delitos contra el medio ambiente, que para Hassemer y sus discípulos deberían quedar reducidos a la mínima expresión (a los casos de afectación mediata de bienes individuales), mientras que para Schünemann constituyen un paradigma de la delincuencia más grave propia de nuestros tiempos.

### III

Al respecto, el primer error en que, según Schünemann, se incurre por parte de los autores del círculo de Frankfurt radica en circunscribir la participación en el contrato social a los ciudadanos que viven en un determinado momento. A su juicio, esto no puede admitirse pues “*con cada muerte y con cada nacimiento habría de concluirse un nuevo contrato social*”; de modo que debe considerarse “*parte del contrato a toda la humanidad, esto es, incluyendo también a las generaciones futuras*” (p. 20). El segundo error que imputa a aquel grupo de autores es no tener en cuenta “*las distintas potencialidades de lesión de una determinada sociedad en función de su estadio de desarrollo tecnológico*” (p. 21). La conclusión es que, dados los tiempos que corren, resulta “atávico” que los delitos patrimoniales clásicos pertenezcan al núcleo del Derecho penal, mientras que se pretende llevar las infracciones medioambientales, en su mayor parte, al Derecho administrativo sancionador.

---

ternehmenskriminalität (Hrsg. Schünemann), Köln/Berlin/Bonn/München 1996, pp. 129 y ss., 129, añadiendo que se trata de la “forma característica del comportamiento socialmente dañoso en la sociedad industrial desarrollada”.

<sup>3</sup> SCHÜNEMANN, Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?, en Kühne/ Miyazawa (Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, Berlin 2000, pp. 14 y ss.

Pues, en efecto, “*el despilfarro de los recursos de las generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo fabricado industrialmente (...) cumple con el concepto primigenio de delito*” (p. 25)<sup>4</sup>. En suma, el juicio que debe formularse sobre los bienes jurídicos colectivos, sobre los delitos económicos y contra el medio ambiente, ha de ser, a juicio de Schünemann, bastante más matizado que lo que el rechazo frontal de Frankfurt pretende<sup>5</sup>. Ello, dejando aparte que en muchos casos puede hablarse de la afectación de bienes realmente individuales. Y tampoco puede afirmarse, a su entender, que en ellos se trate de una imputación de problemas sistémicos a individuos concretos. En términos plásticos, afirma en otro texto que eso sería tanto como señalar que el tipo de hurto responde a una imputación individual de un fenómeno global como sería la desigual distribución de la riqueza<sup>6</sup>.

#### IV

En cuanto al recurso a los delitos de peligro abstracto, a su juicio éste se deriva prácticamente de la “*naturaleza de las cosas*”, atendidos dos factores. Por un lado, el extraordinario incremento de las interconexiones causales propio de la sociedad industrial, que hace imposible en muchos casos explicar la producción de daños a partir de una sola relación de causalidad. Y, por otro, la sustitución de los contextos de acción individuales por formas de comportamiento anónimas y estandarizadas, que son características de la sociedad de masas. En este contexto, el Derecho penal ha de centrarse en la “*acción de riesgo intolerable como tal*” y quien lo niega es que ignora “*las condiciones de actuación de la sociedad moderna*”, lo que resulta directamente “*reaccionario*” (pp. 32-33). Por el contrario, su acogida representa la “*necesaria modernización del Derecho penal, concretamente, su adaptación a los cambios de las relaciones sociales reales*”. Aunque,

<sup>4</sup> En el mismo sentido, SCHÜNEMANN, en Kühne/ Miyazawa (Hrsg.), *Alte Strafrechtsstrukturen*, p. 26-27, donde acentúa esta idea indicando que los delitos contra el medio ambiente son *delitos patrimoniales en sentido amplio*, en los que el bien jurídico, dado que no puede hablarse técnicamente de “propiedad” de las generaciones futuras, son los recursos ecológicos que deben permanecer indemnes, indisponibles al consumo de la generación actual. Dado que la destrucción de tales recursos redundaría en el robo y el asesinato de las generaciones futuras, el latrocinio ecológico constituye precisamente “*das Urgestein des Verbrechens, dessen Umwandlung in eine bloÙe Ordnungswidrigkeit in meinen Augen fast eine moral unsanity darstellen würde*”.

<sup>5</sup> SCHÜNEMANN, en Kühne/ Miyazawa (Hrsg.), *Alte Strafrechtsstrukturen*, p. 25, nota 41, remitiendo al escrito de habilitación de HEFENDEHL, *Grund und Grenzen des Schutzes kollektiver Rechtsgüter im Strafrecht* (1999).

<sup>6</sup> SCHÜNEMANN, en Kühne/ Miyazawa (Hrsg.), *Alte Strafrechtsstrukturen*, p. 29.

claro está, se trata de garantizar que las modalidades de comportamiento referidas no estén abarcadas por el legítimo ámbito de libertad del individuo; y, asimismo, que se respete el mandato de determinación al describirlas en los tipos legales.

Por lo demás, Schünemann también muestra su discrepancia de la línea de “*oposición fundamentalista*”, que atribuye a los autores de Frankfurt, frente a las nuevas instituciones procesales. Muchas de éstas son, a juicio del autor, imprescindibles para un Derecho penal que no sólo pretende combatir la criminalidad de la miseria, sino también, y precisamente, la criminalidad organizada.

En resumen, puede afirmarse lo siguiente. Para Schünemann, “*el hombre de la sociedad postmoderna típicamente no se rige por la religión ni por el imperativo categórico, tampoco se ha impuesto un utilitarismo de la regla y ni siquiera es defensor del puro utilitarismo del acto, sino que es un egoísta racional y así, en fin, un puro hedonista, para el que ya no significa nada la impregnación, característica del siglo XIX, de los niveles altos de la clase baja así como de la clase media y, con ello, de la mayor parte de la sociedad, con una moralidad en parte pequeño burguesa y clerical y en parte burguesa ilustrada*”<sup>7</sup>. En este marco, está claro que no puede combatirse una criminalidad en ascenso con un Derecho penal en retroceso; que no cabe hacer frente a la criminalidad del siglo XXI con los medios del Derecho penal del siglo XIX.

## V

Descrito el primero de los “*callejones sin salida*” del Derecho penal, la segunda parte del libro se dedica a una breve crítica del “*normativismo monista*” de Jakobs, en términos similares a los ya exhibidos en trabajos anteriores del propio Schünemann, así como de la “*dogmática sin consecuencias*” de la doctrina dominante. A Jakobs se le reprocha ante todo su pretensión de eludir cualquier delimitación descriptiva de los conceptos dogmáticos, cuyo contenido se obtiene exclusivamente a partir de las funciones del respectivo sistema social. Es cierto que ello se adapta a cualquier política criminal y por tanto puede asumir la modernización del Derecho penal (p. 46). Pero, a su juicio, incurre en argumentaciones circulares que encubren un puro decisionismo; ello, tanto en la culpabilidad, como en las restantes categorías sujetas a la normativización (así, en la omisión, por ejemplo).

<sup>7</sup> SCHÜNEMANN, en Kühne/ Miyazawa (Hrsg.), *Alte Strafrechtsstrukturen*, p. 31, 35.



Más novedoso resulta, en cambio, su análisis del eclecticismo, la dogmática como defensa de intereses y el tradicionalismo, que constituyen, a su juicio, las tres tendencias representativas de una dogmática sin consecuencias. El eclecticismo o “*convivencia desordenada de los más diversos puntos de vista valorativos y métodos, modas de argumentación y perspectivas problemáticas*” (p. 50) es, en opinión de Schünemann, el rasgo característico de gran parte de la ciencia penal alemana. Su desarrollo se explica por el incremento del número de participantes en la discusión, así como por otras características de la sociedad postmoderna, unidas al enorme aumento de las posibilidades de publicar. Dado, por lo demás, que la selección de las opiniones no tiene lugar al modo de las ciencias naturales, mediante su contrastación empírica, sino que la lleva a cabo la jurisprudencia, en función de la practicabilidad del resultado, el efecto es una justicia del “*cadí*”. En otras palabras, la acogida de determinadas soluciones separándolas del contexto argumentativo en que han surgido. El tradicionalismo se muestra, por su parte, ante todo en la discusión actual sobre la teoría de la pena, condicionado por los planteamientos del idealismo y carente por completo de repercusiones prácticas, lo que impide un análisis de la corrección del sistema legal de consecuencias jurídicas y de su aplicación por los tribunales.

Las últimas páginas del libro se dedican, por cierto en términos bastante duros, a los profesores que dejan condicionar su actividad investigadora por la asunción de posiciones de parte en la práctica jurídica, un tema, según parece, presente en la realidad jurídico-penal alemana. Si bien admite que la perspectiva práctica produce un efecto positivo para el desarrollo científico, menos generoso se muestra Schünemann con quienes publican sus dictámenes como artículos científicos sin informar al público de la razón de su elaboración. Y todavía menos con aquéllos que permiten que quienes les contratan les enmarquen en una determinada estrategia de formación de opinión. Como ejemplos, menciona los casos de las donaciones a los partidos políticos, la accesoriedad administrativa del Derecho penal ambiental e incluso la cuestión de la política en materia de SIDA.

El libro se cierra con la constatación de que en él ha predominado una visión negativa del estado de la ciencia penal alemana, que merecería ser compensado con una exposición de los aspectos positivos, lo que el autor, sin embargo, deja para otra ocasión.

## VI

En otros lugares ya me he pronunciado sobre casi todas las opiniones que Schünemann vierte en este texto<sup>8</sup>, de modo que me limitaré a

resumir muy brevemente, para finalizar esta recensión, cuál es mi punto de vista acerca de sus “consideraciones críticas”. Creo, desde luego, que el planteamiento minimalista del Derecho penal presente en no pocos de los autores de Frankfurt resulta difícilmente sostenible en el estado actual de desarrollo económico y social. Pero me parece, asimismo, arbitraria la identificación que efectúa Schünemann entre la opción ultraliberal y una toma de posición “clasista” contraria a que el Derecho penal afecte a los intereses de los poderosos.

Por lo demás, pese a los esfuerzos que Schünemann despliega para tratar de mostrar la identificación de los delitos contra el medio ambiente con los clásicos delitos contra la propiedad, lo cierto es que los mismos no me parecen suficientes para desmentir la impresión de que *un* concreto delito contra el medio ambiente (uno solo) que no tenga repercusión actual inmediata ni mediata sobre bienes individuales no podría verse en su caso más que como un “hurto de bagatela” con respecto a la “propiedad” de las generaciones futuras; lo que no sería suficiente para explicar su sanción penal. El otro ejemplo que propone, el de la difusión de un folleto inveraz en el caso de la estafa en la inversión de capital (como delito de peligro abstracto) puede que merezca sanción penal; por mi parte, sin embargo, tampoco situaría ahí el paradigma del delito. En suma, pues, mi escepticismo frente a las posturas minimalistas no implica, desde luego, el entusiasmo por la “modernización” que parece embargar a Schünemann. En cambio, me parecen ampliamente asumibles todas sus consideraciones sobre la “dogmática sin consecuencias”, así como sus críticas al “monismo normativista” de Jakobs, formuladas en este caso sin el sarcasmo o la acidez que en otros textos las hace, por no ir más allá, estéticamente desagradables. Nos hallamos, sin duda, ante uno de los textos básicos para comprender la discusión alemana de la última década, escrito con el vibrante estilo que caracteriza al vehemente colega muniqués. Su lectura, desde luego, no defrauda.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de León

---

<sup>8</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites, en Silva Sánchez (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona 1997, pp. 17 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, Madrid 1999, pp. 115 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Prólogo a la edición española, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.) / Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. esp.), La insostenible situación del Derecho penal, Granada 2000, pp. XI y ss.