

RECENSIONES DE LIBROS

¿SON EL DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO Y SUS ELEMENTOS CRITERIOS VÁLIDOS PARA DELIMITAR LA COAUTORÍA, LA COOPERACIÓN NECESARIA Y LA COMPLICIDAD? (y III)

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

c) Seguidamente se ocupa Pérez Alonso (292 ss.) de la llamada *coautoría sucesiva o adhesiva*. La caracterización del supuesto la toma Pérez Alonso de Rodríguez Mourullo¹⁵¹, según el cual, se produce «cuando una persona toma parte en un hecho cuya ‘ejecución se inició’ en régimen de autoría única por otro sujeto, a fin de, ensamblando su actuación con la de éste, lograr la consumación» (en lo que yo precisaría, como mínimo, que el supuesto puede darse también aunque la ejecución se iniciara en régimen de coautoría por otros sujetos). Y justifica su tratamiento aquí porque se relaciona con el momento del acuerdo, ya que, como se recordará, Pérez Alonso señaló que éste es posible durante toda la fase ejecutiva antes de la consumación y que puede ser expreso o tácito. El problema sería saber si el que actúa posteriormente puede ser responsabilizado por el hecho global o bien de forma fragmentaria. Pérez Alonso se pronuncia, en concordancia con la opinión restrictiva que se va imponiendo en la doctrina alemana, y, según él, con la teoría del dominio del hecho, en el sentido de que, con carácter general es admisible la coautoría sucesiva, siempre que el actuante posterior cumpla con los requisitos objetivos de la coautoría y no sólo con el subjetivo (acuerdo), como, por ejemplo, cuando un sujeto ve a un amigo suyo golpeando a otro y (digo yo, en un acuerdo tácito con el amigo) se suma a los golpes (coautoría). Desde mi perspectiva, esta idea general también es aceptable (aunque naturalmente

¹⁵¹ R. MOURULLO, en: *Comentarios al CP*, I, 1972, 837.

mis requisitos objetivos para la coautoría son más estrictos). Pero, con razón, sentada esta idea general, Pérez Alonso pasa a analizar algunos aspectos concretos problemáticos:

c₁) En primer lugar, se adentra en la discusión de *hasta qué momento* es posible intervenir (sucesivamente) como coautor: si, como empieza a opinarse de modo mayoritario, hasta la consumación formal del delito, o si cabe todavía intervenir posteriormente a esa consumación hasta el momento de la terminación o agotamiento material del delito. Pérez Alonso considera con razón incorrecta la segunda posición, pues entiende que si la lesión típica del bien jurídico «ya ha sido plenamente consumada, si ya se han realizado todos los elementos típicos, no parece materialmente posible realizar (dominar) lo que ya *ha sucedido*» (a lo que añade que tampoco en ese momento cabe ya participación).

c₂) Más problemático es decidir si el coautor sucesivo responde sólo por el injusto realizado desde su entrada en acción («*hecho parcial*») o también por el realizado antes de su intervención («*hecho global*»). Pérez Alonso cree que, como principio general, no es correcta la segunda solución, que fue mayoritaria, y que sí lo es la primera, que gana cada día más adeptos, pero, en cualquier caso, cree que la adopción genérica de una única solución resultaría simplificativa y que se impone una valoración y un tratamiento diferenciadores.

Así, partiendo de la base de que para que exista coautoría del hecho global tendrían que darse no sólo la conexión subjetiva del acuerdo, sino también los presupuestos objetivos de la coautoría, cree que lo decisivo es dilucidar si la parte ya realizada constituye, junto a la que queda por realizar, un injusto unitario o uno separable de la globalidad. Si ambas partes aparecen indisolublemente unidas y suponen la correalización de los elementos típicos conducentes a la conjunta lesión típica del bien jurídico, entonces habría coautoría en el hecho global del que interviene posteriormente. Así, sería coautor del hecho global quien, al oír los gritos de una reyerta y acercarse, comprueba que su socio intenta ajustar cuentas con una navaja a un traficante de drogas de la competencia y, viendo que aquél no puede doblegar su resistencia, sujeta fuertemente al traficante por la espalda, inmovilizándolo, para que su compañero le aseste la puñalada mortal (aunque pueda compartir la idea general de Pérez Alonso, evidentemente para mí quien sujeta no es coautor, pero no porque se haya incorporado más tarde a la ejecución, sino porque carece de dominio positivo del hecho); o quien, tras el engaño y provocación del error por parte de su socio inmobiliario al comprador de una vivienda, como éste se retrasa en realizar el pago, lleva a cabo (hay que entender que de acuerdo con el

socio) las gestiones necesarias para lograr la disposición patrimonial por parte de la víctima.

Si, por el contrario, el plan delictivo global está integrado por acciones independientes y temporalmente sucesivas, cada una de las cuales configura una unidad de injusto con significado jurídico, es decir, suponen la realización de varios tipos con lesión de varios bienes jurídicos, el que interviene posteriormente no será coautor del hecho global, sino del parcial constituido por la segunda fase, pues lo contrario sería otorgar efectos retroactivos al pacto de adhesión, admitir un *dolus subsequens*, dando relevancia exclusiva al acuerdo durante la ejecución e ignorando los elementos objetivos del dominio funcional del hecho. Así, quien oyendo cómo su compañero está dando una paliza a otro, aparece cuando las lesiones ya se han consumado, y sujeta a la víctima para doblegar su resistencia mientras el otro le sustrae la cartera, no sería coautor de las lesiones, pero sí de un robo con violencia (estoy de acuerdo en la solución, siempre que en el robo violento, la aplicación de la violencia —sujetar— sea considerada acción típica nuclear, lo que requeriría un estudio más profundo de ese delito, pero que me inclino a considerar acertado; las lesiones previas, en realidad constituyen otro hecho típico en el que el segundo sujeto no ha intervenido y que han sido realizadas por completo, en autoría individual, por el primero); y tampoco sería coautor de las primeras defraudaciones del contable que descubre la actividad defraudatoria de su superior jerárquico, llegando al acuerdo con él de seguir ambos con esa actividad en el futuro repartiéndose las ganancias (STS 15-6-1994, A 4960).

Pero, como señala Pérez Alonso, los casos más problemáticos se presentan en los *delitos compuestos de varias acciones* y en los *delitos o tipos agravados*, cuando el sujeto que interviene posteriormente realiza sólo una (o una parte) de las acciones o la parte del tipo agravado que se corresponde sólo con el tipo básico. En ambos casos se inclina Pérez Alonso también por una solución restrictiva: el que actúa posteriormente sólo será coautor del injusto parcial realizado (una de las acciones del delito compuesto por varias y siempre y cuando éste esté tipificado de forma autónoma como delito) o del tipo básico, pues todos estos casos no son sino supuestos específicos del segundo grupo de los mencionados, y admitir la coautoría en el hecho global del que interviene posteriormente supondría una subjetivización inadmisibles del dominio del hecho (basándolo en el acuerdo o, peor aún, en ocasiones, en el mero conocimiento de la actuación previa de otro). Sin embargo, cree que lo que sí es posible es la complicidad del segundo sujeto en el hecho global, porque el cómplice no responde por la realización de un «tipo principal (de autoría)», sino por la realización de

un «tipo de referencia» consistente en la cooperación a un hecho ajeno, y, por tanto, el momento de la contribución (mientras no sobrepase la consumación) no es decisivo, como vendría a reconocer el art. 29 CP. Pérez Alonso ilustra sus reflexiones con diversos ejemplos.

Aunque la cuestión es muy compleja y no es posible adoptar aquí una postura suficientemente fundamentada y firme al respecto, sí he de decir que la opinión de Pérez Alonso me suscita dudas en varios aspectos. Para empezar, los casos que ahora se analizan presentan peculiaridades respecto de los del segundo grupo anterior, tal y como los presentó Pérez Alonso. En los del segundo grupo, fijándonos en los ejemplos que citaba, resulta que quien, tras haber lesionado otro a la víctima, la sujeta para que el primero le sustraiga la cartera, la intervención como coautor del segundo sólo en el robo violento constitutivo de la segunda parte se basa en que él no intervino en absoluto en las lesiones, que ya estaban consumadas cuando llegó, y en la segunda parte del suceso se daban todos los elementos del tipo de robo con violencia, con lo que, a efectos de este delito (de esta segunda acción también global con unidad de sentido jurídico), las lesiones anteriores resultan absolutamente indiferentes, son un hecho conectado con la realización global (por el primero) de un plan que comprende la comisión de varios delitos distintos, en uno de los cuales (las lesiones) no ha intervenido el segundo. Dicho de otra manera, las lesiones no forman parte del delito de robo más allá de que comprenden la violencia exigida en el mismo. El ejemplo paralelo sería el de quien para vencer su resistencia y tener acceso carnal con ella, lesiona con arma blanca a una mujer, apareciendo en ese momento otro que no tenía nada que ver con el hecho hasta entonces y sujeta, intimidándola además con su navaja, a la mujer para que el otro tenga acceso carnal con ella: ya en la segunda etapa se dan todos los elementos de la violación y ambos son coautores de ella (suponiendo que el sujetar sea acción típica nuclear de la violación, pues, si no, el segundo sería cooperador necesario), sin que a estos efectos tenga ya relevancia (desde el punto de vista de la configuración legal de la violación y en referencia al segundo interviniente) la primera fase, por lo que ésta se puede considerar un hecho (con valoración jurídica autónoma) distinto (lesiones) en el que no ha tenido intervención alguna el segundo sujeto.

Pero aún se puede decir más: cuando ya nos encontramos ante hechos constitutivos de los ejemplos que utiliza Pérez Alonso para ilustrar el problema de la intervención sucesiva en delitos compuestos por más de una acción, como la violación o el robo, podemos modificarlos para que se parezcan más a los otros: un sujeto ha producido heridas constitutivas de lesiones a la mujer con la que pretende tener acce-

so carnal para reducir su oposición y después llega otro que aprovecha la situación de la mujer para tener acceso carnal (también) con ella, o un sujeto produce las mismas lesiones a otro para robarle unas pertenencias y después llega otro, cogiendo el primero la cartera y el segundo el reloj. Me parece claro que estos supuestos son idénticos a los anteriores en cuanto que en el hecho constitutivo de lesiones no interviene (ni objetiva ni subjetivamente) el segundo, por lo que las lesiones como tales son un hecho (con relevancia jurídica) acabado de las que el segundo no responderá ni como autor ni como partícipe. La diferencia es que aquí, en la segunda parte del suceso, ya no se realizan materialmente todos los elementos de la violación o el robo violento (al contrario de lo que sucedía en los ejemplos anteriores), sino sólo uno de ellos, el acceso carnal o la sustracción, siendo necesario para la calificación del segundo como interviniente en el delito de violación o robo el recurso a la actuación violenta del primero (en cuanto violencia, no en cuanto lesiones). El problema por tanto es si el segundo puede ser coautor de un hecho que el CP (acceso carnal o sustracción con violencia o intimidación) considera un conjunto, una unidad de valoración jurídica (violación, robo), y que no es un hecho global o unitario sólo desde el punto de vista del primer sujeto (como lo sería la violación o robo con lesiones graves, en la parte de éstas que exceda a la aplicación de violencia).

Según Pérez Alonso, el segundo interviniente no es coautor de la violación o el robo porque le falta (al menos) la parte objetiva del dominio funcional del hecho y admitir su coautoría supondría subjetivizar el dominio funcional (basado en un mero pacto de adhesión) y la admisión como válido para fundamentar la coautoría de un dolo *subsequens*, es decir, por las mismas razones que negábamos la coautoría de lesiones en los ejemplos del segundo grupo anterior (y los paralelos de delitos con dos acciones típicas que yo he puesto). Pero esto no está tan claro como a Pérez Alonso le parece. En primer lugar, en cuanto a los elementos objetivos del dominio, según Pérez Alonso éstos consistían en la aportación de una contribución independiente y esencial (en división del trabajo o acumulación de esfuerzos) en fase ejecutiva. Y, efectivamente, en los ejemplos del segundo grupo general, el segundo interviniente no aporta esa contribución (ni ninguna otra) a las lesiones (como tales), por lo que no puede ser considerado coautor (¡ni partícipe!) en ellas, en un hecho con sentido jurídico propio que ya había sido consumado. Pero en los ejemplos del grupo de casos que ahora nos ocupa, resulta que la fase ejecutiva de la violación o del robo (no de unas eventuales lesiones previas) todavía no ha terminado cuando interviene el segundo sujeto (salvo que modifiquemos los ejemplos, en el sentido de que el primer sujeto ya haya consumado el acceso carnal

o se haya llevado la cartera y entonces llegue otro y aprovechando las circunstancias en que se halla la víctima tenga acceso carnal con ella o le sustraiga el reloj, en cuyo caso no estamos ante un problema de coautoría, ¡ni de participación!, del segundo en el hecho del primero, sino ante el problema, latente en esta constelación de casos, como veremos, de si el aprovechamiento posterior de una violencia previa unido al acceso carnal o a la sustracción es suficiente para que se dé el tipo de la violación o el robo violento). La prueba de que la diferencia no está en los elementos objetivos del dominio es que exactamente la misma contribución, pero acordada *previamente*, se calificaría (eso da a entender la argumentación de Pérez Alonso, aunque yo matizaré posteriormente) de coautoría de violación o robo. Luego la diferencia ha de estar en el acuerdo y, a primera vista (luego matizaré según mi propia opinión), éste sólo difiere del más habitual en la coautoría en que no es previo. Pero anteriormente se nos había dicho que el momento del acuerdo no es decisivo. ¿Entonces, por qué no puede haber coautoría en los casos que ahora analizamos?

En cuanto al argumento de que aceptar la coautoría supone dar relevancia (para castigar) a un supuesto de *dolus subsequens*, la cosa tampoco está tan clara: si la violación todavía se está cometiendo, ¿no se trata más bien de un dolo *concomitans*? Más bien parece que sí y entonces el caso se parecería más a uno de los ejemplos primeros en que Pérez Alonso admitía la coautoría del segundo interviniente, el del sujeto que ve a un compañero golpeando a un tercero y se suma a los golpes (que, esto lo añado yo, por ejemplo, persiguen la muerte del tercero y la consiguen mediante su conjunción). Además, el que Pérez Alonso sí admita que en los casos que ahora nos ocupan cabe aún participación del segundo parece indicar a las claras que no se trata de un hecho acabado (en el que tampoco cabría participación) y que no es un dolo *subsequens* inadmisibles (es decir, referido a un hecho pasado), pues supongo que tampoco lo admitiría para la participación. En definitiva, los argumentos que manifiesta Pérez Alonso no parecen suficientes para fundamentar su negativa de calificar al segundo interviniente como coautor en estos casos.

En mi opinión, en la solución de estos supuestos se mezclan varias cuestiones. La primera de ellas no tiene específicamente que ver con la coautoría, sino en general con lo que se entienda que requiere la realización típica de delitos con más de una acción. Y esto es una cuestión de los tipos de la parte especial. Naturalmente, no estoy poniendo en duda que la violencia o la intimidación sean elementos imprescindibles del tipo de la violación o el robo ni me refiero aquí al carácter nuclear o no de cada una de las acciones típicas (entre otras

cosas porque las que realiza el segundo interviniente en los ejemplos que se citan son sin duda nuclearmente típicas en el robo y la violación). Me refiero a si, con carácter general, el acceso carnal con o la sustracción de una cosa a quien previamente ha sido sometido a violencia (o intimidación, procedan de donde procedan), aprovechándola, constituyen realización típica de la violación o el robo o no. Es decir si es autor de violación o robo quien, sin acuerdo previo ni concomitante, tiene acceso carnal o sustrae una cosa a quien previamente otro (con total independencia y no necesariamente para tener él mismo acceso carnal o sustraer una cosa) ha atado a un árbol o a una silla inmovilizándolo totalmente, o cuando esa inmovilidad se produce por la violencia de una fuerza de la naturaleza, como un fuerte vendaval que derriba un árbol que aprisiona a la víctima, o incluso por una conducta de la propia víctima, como cuando, por ejemplo, de modo imprudente, ésta choca con su coche contra una pared o contra otro vehículo y queda apresada en un amasijo de hierros.

Como digo, no se puede dar una solución general de todos los casos, sino que se trata de una interpretación del sentido de los tipos de la parte especial que debe atender a los diversos criterios que se usan en esa labor interpretativa. Aunque no he realizado ese estudio y aquí no puedo detallar las razones, diré por ejemplo (aunque existen argumentos a favor y en contra) que me inclino a pensar que en la violación resulta suficiente para ser autor acceder carnalmente aprovechando la violencia cualquiera que sea su origen (con ciertos límites que tampoco puedo detallar aquí), mientras que la cuestión me parece más dudosa en el robo.

Pero sea como fuere, lo que quería destacar aquí es que el problema relativo a la posible (co)autoría del segundo interviniente se da sólo en los tipos en que se considere que no es suficiente el «aprovechamiento» de una circunstancia anterior para la realización típica. Algo similar a esta idea parece apuntar Pérez Alonso cuando afirma (301): «En los casos de violación o robo con violencia o intimidación, quien intervenga después del ejercicio de la violencia o intimidación, sólo podrá responder como (co-)autor de los actos parciales realizados a partir de ese momento, *salvo que el aprovechamiento de la violencia pertenezca en sí a la lesión del bien jurídico*» (subrayado mío), si bien parece que después no admite que esto suceda o no explica por qué no sucede en sus ejemplos. Aunque también es verdad que el ejemplo de violación que propone es peculiar: no es coautor de violación, sino autor de abusos sexuales quien, tras observar de cerca como un amigo realiza una violación después de vencer fuertemente la resistencia de la víctima, aprovecha la situación de ésta, «que estaba exhausta y

no opuso ya resistencia alguna», para realizar el acto sexual. No se sabe muy bien si la falta de resistencia de la víctima es producto del agotamiento de la víctima por su «lucha» con el primer violador o se debe a que persiste la situación de violencia o, al menos de intimidación, creada por éste; pero sobre todo, concediendo que los efectos de la violencia (incluida la propia del primer acceso carnal forzado) subsistan, nos hallaríamos aquí ante la duda de si basta el aprovechamiento de la violencia anterior para condenar al segundo como autor (individual) de violación o no, puesto que no parece que pueda haber coautoría (ni participación) en la violación del primero, que ya se había consumado.

Si en los supuestos anteriores entendemos que no basta el aprovechamiento de la circunstancia de fuerza para, realizando la segunda acción, ser autor (aunque sea individual) del delito de más de una acción, entonces sí se plantea ya la cuestión de si la intervención sobrevenida con un acuerdo en ese momento puede ser constitutiva de coautoría por tratarse (toda la violación o el robo) de una acción conjunta con la abrazadera subjetiva del acuerdo. Según la tesis de Pérez Alonso, el segundo no puede ser coautor. Ello llevaría a algunas consecuencias que parecen extrañas si modificamos algo los ejemplos: supongamos que el primer sujeto pretende por su cuenta violar a una mujer, para lo cual ha entrado en su habitación y ha vencido la resistencia de la mujer atando a la fuerza cada brazo y cada pierna de ella a las barras que sobresalen en cada una de las esquinas de la cabeza y los pies de la cama; cuando está a punto de realizar el acto sexual, entra en la habitación el otro sujeto que, percatándose inmediatamente de la situación, le dice al primero: «Déjame hacerlo a mí», a lo que el primero accede; efectivamente, el segundo penetra a la mujer y el primero ya no lo hace (por ejemplo, porque, excitado por ver como el otro realiza el acto sexual con la mujer, ha eyaculado y después ya no tiene ganas ni posibilidad de penetrar él mismo a la mujer). Según la solución de Pérez Alonso, no habría existido aquí una violación consumada, sino una tentativa de violación (a lo sumo en concurso con una participación en los abusos sexuales del segundo, por la contribución consistente en «cederle el paso» aceptando así poner al servicio del otro la «obra» comenzada) del primero y unos abusos sexuales consumados por parte del segundo (quien además seguramente no sería partícipe de la tentativa del primero, pues todos los actos que han dado lugar a la misma se han producido antes de la entrada en el cuarto del segundo, que ni había colaborado materialmente en ella ni hasta ese momento conocía siquiera de su existencia). Es decir, se calificaría el hecho (salvo en cuanto a la posible participación del primero en el hecho del segundo) o, mejor, los hechos, igual que si el primer sujeto hubiera

comenzado la ejecución de la violación sin poder consumarla por razones distintas a su desistimiento voluntario, y tres meses después el segundo hubiera abusado sexualmente (de cualquier otro modo) de la misma mujer. En definitiva, especialmente respecto del segundo, se está disociando en dos un hecho (de violación) que parece a primera vista único y que, de haberlo realizado un solo sujeto, desde luego habría sido único y que también lo habría sido si ambos, repartiéndose de modo idéntico los papeles, lo hubieran acordado previamente o cuando todavía no ha cesado la aplicación de violencia por el primero. Me da la impresión de que se está convirtiendo en dos hechos algo que es uno solo en la valoración legal y en la contemplación social general de los sucesos. Lo único que se ha hecho es atribuir en un proceso delictivo (de un único delito de violación) aún en curso, mediante un acuerdo de (re)distribución de papeles o funciones, una función a un nuevo socio que, dado que el hecho relevante (aunque se componga de actos parciales) *aún no ha concluido*, lo asume en todas sus circunstancias, aunque él no las realice de propia mano (y el hecho global, no la primera parte del mismo, pasa a ser *su* hecho, naturalmente cuando su intervención objetiva reúna las características que se consideren exigibles para la autoría, cosa que en nuestro ejemplo sucede). Por tanto (aun con reservas porque seguramente hay que tener en cuenta más datos) me inclino a afirmar la (co)autoría del segundo en la violación (en cuanto a la calificación de la actuación del primero como coautor o como cooperador necesario dependerá de si se considera que el primer acto constituye parte del núcleo del tipo o si es un acto auxiliar aunque descrito en el tipo, cuestión a la que ya me he referido con anterioridad). Sólo cuando la primera y la segunda fase (para el segundo o para ambos) puedan considerarse hechos separados y no partes de un único hecho, porque los sujetos actúan de manera totalmente independiente (sea por faltar entre ellos cualquier tipo de acuerdo, sea por razones objetivas de separación de las fases), faltará la (co)autoría del segundo en el hecho global (salvo, naturalmente, que se acepte en el delito de que se trate que basta el aprovechamiento —con los requisitos que se quiera— de un hecho anterior para fundamentar la autoría del segundo interviniente, y, aun así, no se trataría de autoría del hecho global, sino del segundo hecho, constitutivo ya, por sí solo, aunque por aprovechamiento del primero, de, por ejemplo, una violación).

Creo que la situación no es muy distinta a la siguiente: un sujeto comienza a golpear a otro, dejándolo ya «medio muerto»; en ese instante aparece otro sujeto que no había tenido nada que ver con el asunto, pero que se percata perfectamente de la situación, y el primero le dice: «Remátalo tú», asestándole el segundo el golpe final que, sólo uni-

do a los primeros, resulta mortal. Objetivamente hay un solo acontecimiento o hecho homicida y, aunque sobre la marcha, también hay un acuerdo que sirve de abrazadera subjetiva al hecho; por tanto, hay coautoría (solución que también defiende Pérez Alonso). Sin embargo, no hay coautoría, si un sujeto ha dejado medio muerto a otro al que quería matar, y un rato después, sin existir conexión subjetiva alguna entre el primer y el segundo sujeto, otro llega y encontrándose a la víctima en el suelo, decide por su cuenta «rematarla» con un golpe que por sí solo no habría sido suficiente para matar, pero que, dadas las circunstancias de la víctima (de las que es consciente el segundo sujeto y que serían apreciables por cualquiera; evito así que se pueda transformar el caso en un problema de otra índole, como de imputación objetiva del resultado a la acción del segundo sujeto), es mortal de necesidad. El primer sujeto será autor de una tentativa de homicidio o asesinato, mientras que el segundo será autor individual de un asesinato, pero no porque actúe en coautoría o participando en el hecho de otro, sino porque realiza su propio hecho, sin que aquí se encuentren dificultades para decir que éste puede aprovechar las circunstancias derivadas de un hecho anterior, delictivo o no (igual que es autor de la violación, pero no coautor de ella, si interpretando este delito se concluye que es suficiente con que el sujeto aproveche una violencia procedente de terceros, la naturaleza o la propia víctima).

El llegar a soluciones diferentes entre sí (en las primeras variantes de los dos ejemplos citados, violación y homicidio o asesinato), como hace Pérez Alonso (aunque no plantea los casos de delitos de dos actos en la forma extrema, pero creo que ilustrativa, en que yo lo he hecho), parece contradictorio o, al menos, parece indicar que la existencia de un hecho conjunto (en el caso del asesinato, en su primera versión) o su inexistencia (en el caso de la violación, en su primera versión) se hace depender del dato, ahora sí, en gran medida formal, de que la ley describa el hecho con una única acción o con más de una —o, más en general, con dos o más elementos realizables mediante acciones distintas— (en esta ocasión, por cierto, este dato sirve para negar la coautoría de un sujeto, mientras que, con carácter general, había servido para no dejar lugar a dudas —ni siquiera a plantear la posibilidad de otras hipótesis, como hago yo— de que la realización de cualquiera de las acciones típicas —no de todas ellas— por un sujeto en el marco de un acuerdo fundamenta siempre coautoría). O (tercera posibilidad, además de la eventual contradicción o formalismo), si no hay diferencias objetivas en cuanto a la aportación de cada sujeto en ninguno de los casos vistos ni el contenido del acuerdo en sí mismo es diferente cuando es previo y cuando es simultáneo a la ejecución (a un sujeto se le asigna la misma función), entonces habría que decir que la diferen-

cia estriba en el carácter previo o no del acuerdo (por ejemplo, aduciendo que sólo hay verdadero reparto de papeles en el acuerdo previo porque en ese momento todos los papeles están disponibles, mientras que, comenzada la ejecución, algunos ya no se pueden asignar por haberse incluso puesto en práctica); pero entonces, esta (discutible) distinción por el momento del acuerdo debería hacerse extensiva a todos los casos, se componga el hecho típico de una sola acción (o, si se prefiere, también de posibles acciones parciales de la misma clase) o se componga de dos o más (de acciones parciales de distinta clase). Por fin, la solución que da Pérez Alonso a los supuestos de intervención sucesiva en delitos de dos o más actos, debería, de ser coherente, llevar también a negar la posibilidad de coautoría de cualquier otro sujeto de los que él normalmente considera coautores cuando éstos entren en acción, mediante acuerdo simultáneo a la ejecución, una vez que se ha producido ya la primera acción típica: en un robo con fuerza, unos sujetos han realizado ya un boquete en la pared de una casa para poder llevarse las joyas y dinero que hay dentro, pero, antes de proceder al apoderamiento, se dan cuenta de que han hecho mucho ruido y de que es posible que alguien les haya oído y llame a la policía; por eso, aunque en un primer momento habían descartado que alguien actuara como vigilante, deciden llamar inmediatamente a un amigo que vive en las proximidades, le cuentan lo que están haciendo y le piden (ofreciéndole participar en el botín) que venga a vigilar inmediatamente por si viene la policía, cosa que el otro acepta y hace. Para Pérez Alonso, este sujeto (vigilante necesario), que normalmente sería un coautor (para mí sólo un partícipe) del robo si hubiera estado incluido en los planes desde el principio, debería pasar a ser coautor sólo de un hurto (y a lo sumo partícipe en el robo)¹⁵²; sin embargo, no estoy seguro de que en este caso Pérez Alonso admitiera esta solución.

En definitiva, mi idea es que la coautoría sucesiva (y también la participación sucesiva, aunque aquí habría que realizar algunas matizaciones) es sólo posible si la fase en la que interviene el nuevo sujeto constituye una unidad con la primera (ambas son un hecho con significación social y jurídica unitaria) o no (cuando más bien constituye un hecho distinto, aunque conectado al primero), en cuyo caso habrá que estudiar cada fase para determinar el título de intervención de cada

¹⁵² Mientras que si la llamada y aceptación se produce cuando todavía se están cometiendo los hechos de un homicidio (aunque ya se hubieran infligido algunas heridas) o de un sabotaje a una fábrica o comercio en que sólo se han realizado algunos actos, el vigilante necesario todavía habría de ser (supongo) coautor para Pérez Alonso.

sujeto¹⁵³. Por tanto, aun sin pretender resolver la compleja cuestión de modo firme, sino proponiendo un principio para la solución de casos, que habría que concretar, creo que la argumentación y fundamentación de Pérez Alonso (con independencia de sus soluciones) no resulta convincente.

La propia naturaleza de los elementos típicos de cada delito es importante. Así, en el ejemplo que maneja Pérez Alonso (que él considera de tipo agravado) de quien se incorpora a la ejecución de un plan de homicidio sin recibir nada a cambio, aun sabiendo que a su compañero le han pagado un millón de pesetas por matar (finalmente ambos matan conjuntamente), señala el autor del libro que el que no cobra es autor de homicidio y no coautor de asesinato. Si eso es así, ¿se debe a la incorporación tardía del que no cobra al plan y al hecho de que el sicario ya haya cobrado, o la calificación tampoco variaría si el sicario aún no hubiera cobrado y contara con la promesa de pago tras la ejecución del hecho, o también sería la misma si en un acuerdo expreso y previo se decide matar conjuntamente, pero uno por precio y otro gratuitamente? Me da la impresión de que en todos los casos la solución sería la misma, lo que indica que no tiene que ver son el carácter sobrevenido del acuerdo ni con el hecho de que el sicario haya cobrado o no. La razón sería más bien que el precio en el asesinato no es una acción que se pueda aportar al hecho o no, sino un elemento o circunstancia típico (esencial) del asesinato. La acción típica de matar la llevan a cabo los dos conjuntamente, pero sólo uno de ellos actúa con el móvil de precio (que afectará seguramente al mayor desvalor subjetivo de acción —y quizá la haga más peligrosa, cuestión en la que aquí no se puede entrar—, no a la culpabilidad como ha sido tradicional sostener) y el tipo pide que el autor actúe por (es decir, movido por) precio, cosa que en ningún caso hará el que no cobra, pues el moverse por precio en la acción de matar no es algo que se pueda compartir o repartir, sino que cada sujeto posee ese móvil o no: se puede decir de los dos que han matado, pero no que han matado por precio (sólo lo ha hecho uno); ocurre aquí algo similar a lo que sucede cuando un *extraneus* y un *intraneus* realizan conjuntamente la acción típica (lo que se determina aplicando el criterio material que se considere procedente) de un delito especial impropio: ambos realizan conjuntamente

¹⁵³ Naturalmente, los supuestos pueden ser muy diversos y las soluciones habrían de ser matizadas, cosa que no es posible aquí (por ejemplo, pueden superponerse dos empresas, una conjunta en que intervengan, como coautores o como partícipes unos u otros, y otra que transcurre a la vez, pero en la que sólo se pueda afirmar la intervención de uno, o en la que uno sea autor o coautor en la primera empresa y sólo partícipe en la segunda o viceversa).

la acción común al tipo especial y al común (en este sentido son coautores), pero no el tipo del delito especial, sino que éste sólo lo realiza el *intraneus*, mientras que el *extraneus* será autor del delito común (la condición de funcionario o pariente en cierto grado se posee o no, pero no se comparte). Otra cosa es que en ambos ejemplos el que actúa no movido por precio y el *extraneus* puedan ser considerados a la vez partícipes en el delito especial, en concreto cooperadores necesarios, pues me parece (como ya he explicado anteriormente) que todo coautor a la vez participa necesariamente en el hecho de los otros coautores. En tal caso, si se defiende, como creo correcto (no así Pérez Alonso: 275 n. 231) la unidad de título de imputación del partícipe respecto del del autor (porque el partícipe realiza su propio injusto, pero éste se basa en buena medida en que favorece un injusto ajeno, aquí un asesinato o un delito especial), debería prevalecer la calificación (en este caso y salvo problemas derivados del principio de accesoriidad) más grave de cooperador necesario en el asesinato o en el delito especial¹⁵⁴. Y, en el supuesto de la participación en el asesinato, sea cual sea el momento de incorporación al plan de quien actúa gratuitamente.

Por fin, aunque fuera correcta la solución de Pérez Alonso, queda por hacer una observación en cuanto a su afirmación de que la complicidad sucesiva (cita el art. 29, es decir, que se refiere a la complicidad en sentido estricto) sí que es posible en los delitos de dos actos o en los tipos agravados (naturalmente, siempre que el sujeto haya participado de algún modo), y que incluso convendrá en muchos casos la calificación del interviniente posterior como coautor del injusto realizado (segundo acto del delito compuesto o tipo básico) y como cómplice por el injusto previo favorecido (primer acto del delito compuesto o agravado)¹⁵⁵, es decir, autor de unos abusos sexuales y cómplice en una violación, autor de hurto y cómplice de robo, etc., ambas calificaciones en concurso ideal. Pero esta solución del concurso ideal es problemática en el Derecho español, pues olvida que el que interviene posteriormente (de participar de algún modo) va a ser normalmente

¹⁵⁴ Téngase en cuenta que estamos hablando de elementos esenciales del delito y no de circunstancias agravantes genéricas, por lo que considero que no es aplicable aquí el régimen de intransmisibilidad del art. 65.1, sino los principios generales de la participación, aunque soy consciente de que la cuestión es polémica y no entro aquí en su discusión.

¹⁵⁵ Así lo expresa Pérez Alonso, porque piensa en los casos en que el primer interviniente, el que realiza el primer acto del tipo o el elemento de la agravación realiza completamente —solo o en coautoría— el tipo más grave (pero sabemos que los supuestos pueden ser diferentes).

cooperador necesario del delito del otro, puesto que aporta una de las acciones descritas en el tipo (compuesto o agravado) que parece esencial (salvo que se refiera a la complicidad no por esta acción de sustraer o tener acceso carnal, sino por el refuerzo de la siguiente acción del otro de sustraer o acceder carnalmente él mismo, lo cual no queda claro), en cuyo caso la calificación por el concurso ideal llevaría generalmente a una pena más grave (la de la cooperación necesaria en la violación o el robo —la misma del autor—, en su grado máximo) que la que resultaría de considerar al sujeto coautor del delito más grave (la del robo o hurto en toda su extensión).

d) Dedicó Pérez Alonso un último apartado (306 ss.) en conexión con el elemento subjetivo de la coautoría a la contemplación de este elemento desde el neoneo-normativismo, haciendo un repaso de los autores que, desde este neoneo-normativismo, pretenden suavizar la exigencia del acuerdo común o incluso prescindir de ella (comenta las posiciones, más o menos radicales en unos y otros, de Jakobs, Derksen, Stein y Lesch), y adhiriéndose a las respuestas críticas que éstos han recibido. Puedo estar de acuerdo en líneas generales (y, como Pérez Alonso señala, desde un concepto de coautoría diferente al suyo) con estas críticas¹⁵⁶, aunque es claro (y no lo niega Pérez Alonso) que no todas las críticas son iguales ni afectan por igual a la posición de cada uno de estos autores. Simplemente veo en el rechazo de Pérez Alonso lo que para mí es un exceso de argumentación finalista que no creo necesaria (pero no entraré a discutir este punto, pues ello nos llevaría muy lejos). Por lo demás, como crítica más global a ese llamado neoneo-normativismo, en la que coincido con Pérez Alonso, señalaré que me parece empobrecedora (aunque eso por sí solo no descalifica a esta corriente) la reducción cada vez más amplia de categorías penales a la imputación objetiva.

Finaliza Pérez Alonso este apartado con su conclusión sobre la exigencia de acuerdo o decisión común al hecho.

7. Concluye Pérez Alonso su estudio de la coautoría refiriéndose (311 ss.) a lo que denomina *supuestos especiales* de la misma, en concreto a dos casos «extremos y especialmente discutidos», como son las (mal, en mi opinión) llamadas «coautoría aditiva» y «coautoría sucesiva»¹⁵⁷, cuya peculiaridad reside, según Pérez Alonso, en que, en prin-

¹⁵⁶ Respecto a JAKOBS y a STEIN, me manifesté críticamente en este punto en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 657 ss. DERKSEN y LESCH no habían escrito sus trabajos cuando yo publiqué el mío.

¹⁵⁷ De estos supuestos ya me ocupé brevemente en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 684 s. («coautoría» alternativa), 686 ss. («coautoría alternativa»), pero

cipio, no parecen responder a la estructura de la coautoría clásica («correlativa o propia»).

a) En cuanto a la llamada «coautoría» *aditiva*» (312 ss.), ya sabemos en qué consiste. Pérez Alonso expone y valora diversas opiniones de autores alemanes sobre este supuesto. Pero, contra lo que parecía daba a entender cuando criticaba mi posición en este punto, no sostiene que exista una coautoría de todos en una tentativa de delito (se ve que esto es lo mínimo que se me podía exigir a mí, aunque en los casos de agresiones en grupo no aclara expresamente cuál es su posición definitiva), sino que se alinea con quienes defienden que se trata de coautoría de delito consumado. Efectivamente, como señalé en su momento, parece que desde la perspectiva que él sostiene se han dado y se han probado (luego el *principio in dubio pro reo* no debe desempeñar papel alguno) todos los elementos del dominio funcional del hecho: acuerdo común e independencia y esencialidad de la contribución en fase ejecutiva, y así lo señala Pérez Alonso. Sin embargo, como sabemos, ni el acuerdo conjunto ni la esencialidad de la contribución ni la actuación (esencial) en fase ejecutiva son determinantes de la coautoría en mi opinión. Se podría empezar por indagar en qué consiste el reparto de papeles en el acuerdo previo y, desde luego, tomando el ejemplo del pelotón de fusilamiento, hay que decir que el papel de cada uno es tirar a matar, por lo que (supuesta la esencialidad de la contribución) eso podría ya fundamentar una coautoría de tentativa de homicidio cuando disparan, siempre y cuando se pueda hablar aquí de un *reparto* de papeles o una *división* del trabajo y no de una suma de idéntico papel (recordaría más a un supuesto de pluriautoría individual de tentativa, que, naturalmente, se puede inscribir en un acuerdo), por lo que no parece tan claro que haya una acción conjunta de matar (ése debe ser el objeto del dominio conjunto), sino varias acciones individuales de matar orientadas al mismo blanco; más que una acción conjunta, hay varias yuxtapuestas, o sea, una al lado de otra aunque realizadas con la intención común de matar a una misma persona y, si se quiere coordinadas (que no es lo mismo que una acción conjunta). Pero, en cualquier caso, aun de admitirlo, poco habríamos avanzado con el recurso a la coautoría, pues, sin necesidad de recurrir a la coautoría, ya cada uno es autor individual de una tentativa de homicidio.

lo hice con mayor extensión y profundidad valorando las principales posiciones doctrinales respecto de esas figuras en mi trabajo (no manejado por Pérez Alonso) en el *LH-Roxin* (ed. por Silva), 1997, 295 ss. En mi comentario a la exposición y postura de Pérez Alonso omitiré la cita concreta de estos trabajos míos, en los que reflejo mi posición al respecto, así como la cita detallada de otros autores.

Cada contribución no complementa la del otro, sino que asegura el resultado frente a posibles fallos del otro y es precisamente en este dato (disminución del riesgo de fracaso y aumento de las posibilidades de éxito y de lesión del bien jurídico) en el que Pérez Alonso basa la esencialidad. Pero resulta que esa disminución de las posibilidades de fracaso la produce también cualquier cooperación necesaria (y seguramente también la complicidad, en menor medida). Curiosamente, citando a Roxin, Pérez Alonso da por bueno que «de cada uno de ellos *podía* depender el éxito» (subrayado mío); pero «poder depender» no es lo mismo que «depender».

Pero admitamos que *ex ante* todas las contribuciones son esenciales y que esto permite afirmar la coautoría de todos. Si ello fuera así, la solución del caso no debería diferir demasiado de la que se dé al siguiente. Varios sujetos deciden matar a otro y, para asegurar la ejecución, deciden situarse cada en uno en distintos puntos del recorrido que realizará un determinado día desde su casa al lugar de trabajo la víctima y en las posibles lugares por los que podría intentar huir cuando se diera cuenta de que le estaban intentado matar, de modo que el primero disparará y, si falla, lo hará el segundo y así sucesivamente hasta que alguno lo alcance y lo mate. El supuesto recuerda algo al de la «coautoría» alternativa, del que enseguida nos ocuparemos, sólo que en este último la actuación de un «coautor» excluye necesariamente y con seguridad la de otro (alternatividad pura), mientras que en mi ejemplo la actuación de un sujeto no excluye necesariamente la de otro. El primer tirador falla, el segundo también, el tercero acierta y la víctima muere y el cuarto no llega a tener que disparar. Supongo que la única duda que le planteará este supuesto a Pérez Alonso es si todos han llegado a intervenir en fase ejecutiva, porque, al menos el cuarto simplemente se ha apostado y quizá ello no sea suficiente para determinar el comienzo de la ejecución (aquí correspondería discutir varios aspectos sobre el comienzo de la tentativa, pero no entraré en ello). El resto de los elementos del dominio se da en todos ellos.

Pues bien, mi ejemplo sólo difiere del clásico de «coautoría» aditiva en dos cosas: no todos disparan a la vez y uno incluso no dispara y sabemos perfectamente qué bala ha dado en el blanco y producido la muerte. Por lo demás, la contribución de cada uno *ex ante* tiende a asegurar fuertemente el éxito del plan. Y, sin embargo, adoptando ya otra perspectiva, ¿diríamos de los cuatro sujetos de nuestro ejemplo han matado conjuntamente, han determinado todos por igual y positivamente la muerte? Yo creo que no, que sólo lo ha hecho el que ha disparado y dado en el blanco. No es la supuesta acción conjunta la que ha matado, sino la acción de uno de los confabulados. Sin duda, de los

dos que dispararon se puede decir que son autores individuales de una tentativa de homicidio y el cuarto quizá ni siquiera eso. Pero los dos primeros, al fallar, no tuvieron más remedio que dejar en las manos del tercero el éxito de la empresa criminal, la determinación positiva del hecho constitutivo del delito de homicidio consumado (aunque antes ese tercero la hubiera dejado en las manos sucesivamente del primero y el segundo y ya fuera partícipe en las tentativas de homicidio de éstos) y desde luego el hecho no ha llegado a estar en las manos del cuarto. En una contemplación *ex ante* el hecho no dependía por igual de todos, sino que dependía sobre todo (y por eso precisamente se intenta asegurar el hecho actuando varios) del que no fallara (sólo que *ex ante* no era seguro cuál de ellos acertaría). Lo mismo pasa en los casos de «coautoría» aditiva (simultánea): incluso *ex ante* se prevé la posibilidad de que alguno falle y por eso se prevén también alternativas (individuales) de actuación (y de determinación positiva del hecho), sólo que, al actuar todos a la vez, la contribución de todos entra a un tiempo en la fase de tentativa (el acuerdo permite tal vez, sólo tal vez, hablar de coautoría de la tentativa, de dominio común del tipo de la tentativa de homicidio, pero ello es irrelevante, pues ya hay tentativas individuales de todos ellos). Pero sólo determinan el hecho típico del homicidio consumado el que o los que alcanzan el blanco y ello era previsible *ex ante* (por lo que precisamente se dispone la actuación aditiva); la posibilidad de fallar no excluye la determinación individual del hecho por cada sujeto (son autores individuales), sólo que el hecho se queda en tentativa para algunos de ellos. En realidad lo que acuerdan son acciones alternativas (en un sentido amplio, puesto que no se excluye tampoco la posibilidad de que varios maten a la vez —conjuntamente, por la suma de las lesiones que provocan-) de matar, ni siquiera se acordó en realidad el reparto de funciones parciales para la realización típica conjunta. Fue autor individual o coautores del homicidio consumado quien alcanza o quienes alcanzaron el blanco.

El segundo problema que plantea este caso frente al anterior es ya un problema de prueba que no se da en el segundo caso y que no se daría tampoco si en el de «coautoría» aditiva las balas de cada uno estuvieran marcadas (caso en el que supongo que, desde la perspectiva de Pérez Alonso, no debería variar en absoluto la calificación de coautores de todos los que dispararon)¹⁵⁸. Y sobre la resolución de ese pro-

¹⁵⁸ Por cierto, aunque no se trata de un argumento decisivo, pero, apelando a la realidad de los fenómenos sociales participativos, por el recurso a las cuales muestra una cierta simpatía (moderada) Pérez Alonso, si se tratara de un concurso de tiro al blanco en que todos dispararan a la vez, ¿quién o quiénes se llevarían el premio?

blema probatorio ya me he pronunciado más arriba y en otros trabajos míos, igual que lo he hecho sobre el castigo como partícipes de los demás intervinientes, por lo que no insistiré en ello. En definitiva, como en la autoría individual y en la mediata, intentar matar todavía no es matar; el problema es que los defensores de la teoría del dominio funcional del hecho defienden un criterio más amplio de matar que el que se deriva (para cualquier forma de autoría) de la idea de determinación positiva (inmediata, mediata o conjunta) del hecho.

Y, por fin, para que no se produzcan equívocos: los supuestos de «coautoría» aditiva no son idénticos a aquellos en que tres personas empujan una gran piedra hasta el borde de un precipicio donde la dejan caer para que aplaste y mate al sujeto que está al pie del precipicio, consiguiéndolo, aunque hubiera sido posible empujar la piedra sólo dos; sin realizar juicios hipotéticos, la realidad es que sólo hubo una acción conjunta de tres personas (no de dos ni de una ni de cinco, como hubiera sido hipotéticamente posible) de empujar la piedra y fue ésa y sólo ésa la que podía determinar y determinó positivamente la muerte de la víctima (la realización típica del homicidio consumado): los tres son coautores del homicidio. Y lo mismo sucede cuando siete de los miembros del consejo de administración de una empresa votan un acuerdo que resulta aprobado, pero que también hubiera sido aprobado con seis votos, y que después da lugar a un hecho delictivo (por ejemplo, a un delito societario o a uno de lesiones por la comercialización de un producto defectuoso): aquí el juicio hipotético conducente a decir que si uno de ellos no hubiera votado a favor también se habría producido el acuerdo y que por tanto ninguno fue, uno a uno considerado, causal para el hecho o no fue coautor inmediato o mediato, coinductor, etc. del hecho, no es de recibo. La realidad que existe en el mundo es que hay un acuerdo de siete personas y no de seis y que este acuerdo desemboca en un delito; lo que queda clara por la igual intervención de los siete en la consecución del acuerdo es que los siete intervienen en él al mismo nivel repartiéndose la acción; cuál sea su título de intervención (coautores, coinductores, o, ni eso, meros conspiradores, punibles o no punibles según que en el tipo concreto se castigue ese acto preparatorio) ya depende de otros factores, como, por ejemplo (pero no sólo) de si el acuerdo ya supone respecto del concreto delito un comienzo de ejecución, si supone ya la consumación del mismo, etc. A ello se añade un problema de prueba de quiénes fueron concretamente los que votaron a favor si la votación fue secreta. Este problema sí coincide con

Y que no se alegue que el suceso es muy distinto en cuanto que unos compiten contra otros: tienen el mismo premio todos los que den en el blanco.

el que se daba en la «coautoría» aditiva y desaparece, como en ella, si el acuerdo fue tomado por unanimidad o si todos alcanzan el blanco (aunque en este segundo caso, el de la «coautoría» aditiva, todavía habría que matizar). Pero, aparte de esta faceta probatoria, los supuestos son diferentes.

b) La «coautoría» *alternativa* (318 ss.) hace alusión a supuestos en que dos (o más) sujetos se ponen de acuerdo para sus fines criminales, repartiéndose los papeles de manera que uno u otro (nunca los dos: hay una estricta relación de alternatividad) realizará una acción que por sí misma conducirá a la completa realización típica, según se presenten en la realidad las circunstancias que en el momento de la planificación son una eventualidad basada también en una alternativa: los sujetos A y B deciden matar al sujeto M, pero, como saben que M no elige siempre el mismo camino, sino unas veces uno y otras otro, acuerdan que A se esconderá en un camino y B en otro y disparará aquel por cuyo camino venga M; M elige el camino en que estaba A y éste le dispara con resultado mortal. O varios terroristas que planean la muerte de un político, se apostan cada uno en una puerta del edificio en el que está el político para que dispare aquel que está en la puerta por la que finalmente sale el político, o cada terrorista espera en el aeropuerto de cada una de las ciudades que va a visitar el político (ignorándose a cuál irá primero).

Pérez Alonso repasa las diferentes soluciones doctrinales al problema. Personalmente cree que en estos casos se dan siempre algunos elementos del dominio funcional del hecho, como el plan común y la esencialidad *ex ante* de la contribución de cada uno, pues cada una es pieza básica para asegurar el plan. El problema, opina, es que no en todos los casos se produce una actuación en fase ejecutiva del sujeto que finalmente no tiene que realizar la acción conducente por sí misma a la realización típica (del que finalmente no tiene que disparar). Propone por ello una solución diferenciada: cuando ambos actúen en fase ejecutiva, habrá dominio funcional del hecho y coautoría de los dos; así, por ejemplo, cuando dos terroristas apuntan con una pistola cada uno de ellos y a la vez a una de las puertas traseras del vehículo oficial del que va a bajarse inmediatamente el político cuya muerte persiguen y al final sólo dispara y mata el que apuntaba a la puerta por la que sale, o también si apunta cada uno a la puerta de uno de los dos ascensores en que puede bajar el político o incluso a una de las dos puertas del edificio. Si, por el contrario, no actúan ambos en fase ejecutiva, no habrá coautoría, por lo que el que dispara será calificado de autor inmediato del delito consumado, mientras que el otro (u otros), que podrían responder por una conspiración (art. 17.1 CP) (digo yo,

siempre que en el delito de que se trate se castigue este acto preparatorio, como es sin duda el caso del homicidio o asesinato), como además ha(n) participado con una contribución esencial en fase preparatoria, responderán en el Derecho español, como cooperadores necesarios (partícipes castigados con la pena del autor). No hay coautoría, porque en estos casos (el de los aeropuertos y parece que también el de los caminos) «no parece posible afirmar la unidad de sentido, normativa y espacio-temporal necesaria para la existencia de una acción conjunta, más bien existe una sola acción individual con relevancia jurídico-penal para responder en concepto de autor».

La solución de Pérez Alonso parece coherente con sus premisas, si bien la determinación de cuándo se actúa en fase ejecutiva y cuándo no no está demasiado clara, pues se basa en referencias espacio-temporales, que en realidad se deberían llamar espaciales (las cuales no siempre son determinantes según los defensores de la idea del dominio funcional) y a otras más vagas que se caracterizan sin más de «normativas». No hay demasiadas diferencias entre los dos grupos de ejemplos que pone, pues la contribución de los que no disparan al «hecho global» es idéntica, salvo en que en los casos en que admite coautoría los sujetos supieron de manera casi simultánea quién había de disparar y los otros llegaron a sacar la pistola dispuestos a disparar inmediatamente (al menos con claridad en el caso del coche y quizá en el de los ascensores, pero con menos claridad en el de las puertas, aunque todo depende de la disposición en el edificio de los ascensores o las puertas). Este dato es sin duda relevante para determinar el comienzo de la tentativa como autor individual, pero no es tan claro en el sentido de la fase ejecutiva que maneja la tesis del dominio funcional. Al fin y al cabo, quien espera en el lugar alternativo aunque sea muy distante, no hace algo muy diferente de lo que hace el vigilante necesario: éste vigila (en el lugar del robo o el homicidio o bien cerca de la puerta de la comisaría) durante la ejecución, es decir, cuando *otros* se disponen ya inmediatamente a la realización de una acción típica o realizan una acción estrictamente ejecutiva, para avisar si viene alguien que pueda poner en peligro el plan o capturar a los intervinientes; el «coautor» alternativo, también en el momento en que comienza la fase ejecutiva para el auténtico autor del hecho, está vigilando por si el blanco aparece en su lugar (y a menudo dispuesto inmediatamente a disparar, apuntando a la portezuela del avión). Pero, en cualquier caso, esto es discutible y, repito, en principio parece coherente con su tesis la solución de Pérez Alonso.

Desde mi perspectiva, sin embargo, la solución debe ser en todos los casos la que niega la coautoría: autor (individual) es sólo el que dis-

para y mata, y el otro u otros son cooperadores necesarios (por la importancia *ex ante* de su contibución para el éxito del plan o, como mínimo, por el refuerzo importantísimo —inherente a la elaboración del propio plan— que para la resolución delictiva de quien finalmente mata supone el mostrarse dispuesto a matar y realizar actos materiales —como apostarse donde le corresponde—). Sin embargo, el dominio positivo del hecho lo tiene sólo quien dispara y mata (sólo él es autor). El mostrarse decidido a matar no es lo mismo que matar: quizá haya sido el azar o, en cualquier caso, una circunstancia incontrolable por los intervinientes lo que ha decidido en manos de quién se deja de manera determinante el hecho, pero, como es evidente, ello sucede con mucha frecuencia en Derecho penal y el azar u otras circunstancias pueden determinar también en otros casos que alguien absolutamente dispuesto a matar (habiéndolo manifestado y habiendo trazado un plan) no responda como autor y, aún más, no responda en absoluto.

B. La delimitación entre cooperación necesaria y (complicidad) no necesaria

Un número de páginas considerablemente menor que el dedicado a delimitar la cooperación necesaria (la cooperación en general, como forma de participación) y la coautoría (exponiendo detenidamente el concepto, elementos y casos dudosos de la coautoría) dedica Pérez Alonso (327 ss.) a delimitar la cooperación necesaria del segundo párrafo b) del art. 28 CP y la complicidad (o cooperación no necesaria) del art. 29 CP.

1. Como *planteamiento general* (327 ss.) resume cuáles eran las características de la coautoría, sintetizando del siguiente modo: «Coautor es quien tiene el dominio funcional del hecho y, además, es autor idóneo, mientras que si carece de alguno de estos presupuestos esenciales, responderá como partícipe en un hecho ajeno, es decir, como cómplice necesario (art. 28, 2.º, b) CP) o no necesario (art. 29 CP)». Es decir, que, siguiendo su tradición histórica, el CP distingue dos formas de cooperación que, junto a los inductores (de la letra a del segundo párrafo del art. 28 CP), constituyen figuras de participación en hecho ajeno, que se rigen por el principio de accesoriedad, cuya función de garantía destaca Pérez Alonso. Los requisitos garantísticos se concretan especialmente en la accesoriedad cuantitativa o externa, de modo que el partícipe sólo es punible si el hecho del autor supone como mínimo un comienzo de ejecución, y en la accesoriedad cualitativa o interna, que concreta en la accesoriedad limitada, que exige que el hecho

del autor sea típicamente antijurídico (no necesariamente ha de concurrir culpabilidad en el autor). Hasta aquí, no hay nada que objetar.

Los partícipes no infringen directamente los tipos de la parte especial (tipos de autoría y principales), si bien la conducta típicamente prohibida para el partícipe también va referida necesariamente al hecho injusto realizado por el autor, la finalidad protectora e identidad del bien jurídico es la misma, sólo que el modo de ataque del partícipe es distinto, no es directo, sino accesorio o indirecto (por ello cada vez se habla «más y con mayor fundamento» de «tipos de participación o accesorios», que se derivan de la conexión entre los preceptos sobre participación en la parte general y el correspondiente tipo de la parte especial). «Por ello, a diferencia de lo que sucede con el precepto regulador de las formas de autoría (art. 28,1.º CP), las disposiciones generales incriminadoras de la participación (arts. 28,2.º y 29 CP) tienen *efecto constitutivo* en cuanto a la tipicidad y punibilidad de los inductores y cómplices (necesarios o no). La supresión de tales preceptos conduciría irremediablemente a la impunidad por atipicidad de las conductas prohibidas o mandadas en los mismos». Las ideas en este punto también son compartibles (aunque me parece secundario el que se hable de «tipos de participación» o se diga simplemente que los preceptos sobre participación son causas de extensión de la tipicidad, o se utilice la terminología clásica de que la participación es una forma especial de aparición del delito, ciertamente menos expresiva)¹⁵⁹. Simplemente deseo destacar aquí que el entrecomillado parece indicar que el precepto referente a la autoría en el CP (primer párrafo del art. 28) posee carácter declarativo (no constitutivo) y que su desaparición no conduciría necesariamente a la atipicidad de las formas de autoría, es decir, tampoco de la coautoría: ¿de dónde se deriva por tanto ésta? o ¿dónde se recoge con carácter constitutivo? Parece (por exclusión) que sólo puede ser en los tipos de la parte especial (sin que ello signifique que el párrafo primero del art. 28 CP no recoja también la coautoría, pero con carácter declarativo). Como veremos más adelante, Pérez Alonso llega a una solución conciliadora en esta cuestión.

En cuanto al *fundamento de la punibilidad* de la participación, reconociendo que es una cuestión discutida y de gran importancia teórica y práctica, se pronuncia en favor de la teoría (intermedia y equilibrada) del ataque accesorio al bien jurídico protegido en el tipo, que reconoce que el injusto del partícipe viene determinado en esencia por el del autor, pero que también existen elementos autónomos en el injusto

¹⁵⁹ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Participación*, en EJB III, 1995, 4778.

to del partícipe no deducibles del hecho principal. También con esta idea puedo estar de acuerdo, pues pone de manifiesto que el partícipe realiza un injusto propio (un ataque al bien jurídico), aunque apoyado también en buena medida en el del autor (ataque mediato o indirecto)¹⁶⁰.

Estas características serían comunes a toda forma de participación (también a la inducción), pero además la cooperación necesaria y la complicidad comparten otros rasgos estructurales, al ser dos formas de cooperación (o complicidad) legalmente reconocidas. Ambas encajarían en la siguiente definición de cooperación o complicidad: «Conducta con peligrosidad objetiva *ex ante* para el bien jurídico, consistente en la cooperación con actos (físicos o psíquicos) anteriores o simultáneos que contribuyen y favorecen causalmente la ejecución del hecho por parte del autor de un bien jurídico que también está protegido frente al cómplice». Se trata de un concepto de complicidad (en sentido amplio) más restrictivo que algunos otros (como indica, con razón, el propio Pérez Alonso), coherente con el fundamento dado al castigo de la participación, y que a mí me parece compartible en líneas generales (y al margen de las precisiones que habría que hacer a los elementos de esa definición).

El factor temporal también puede coincidir, aunque según Pérez Alonso, esta coincidencia será excepcional, pues salvo en contados supuestos, la actuación del cooperador necesario se produce en fase preparatoria. Esta afirmación es coherente con la concepción de la coautoría de Pérez Alonso, dado que los «cooperadores necesarios» que actúen en el marco de un plan en fase ejecutiva serán realmente (por poseer dominio funcional del hecho), salvo excepciones, coautores. Notorio es también mi desacuerdo con esta idea.

Por ello, el elemento diferenciador fundamental será «la importancia o relevancia objetivo-material de la contribución o grado de intensidad en el incremento del riesgo para el bien jurídico». Para mí éste (y no el momento temporal de la contribución) es el único criterio diferenciador, siempre y cuando no se excluya de él la atención también al criterio que Pérez Alonso denomina «subjetivo-psicológico» o «cuasi-subjetivo» que yo propongo y que ya conocemos.

2. Para sentar las *bases para una propuesta de solución* (334 ss.), señala Pérez Alonso que hasta la obra de Gimbernat, la doctrina mayo-

¹⁶⁰ V. mis necesariamente breves y genéricas referencias a esta cuestión en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EJB III*, 4778 s.

ritaria había aplicado para distinguir entre ambas figuras la teoría objetivo-material de la necesidad (y luego ha seguido haciéndolo de forma no tan mayoritaria), lo que ya desde el punto de vista metodológico y teórico no le parece correcto, pues se está tratando de distinguir entre dos formas de participación con un criterio ideado para distinguir entre autoría y participación. Esto es cierto, pero en mi opinión, como reconoce el mismo Pérez Alonso, «si por esta vía se pudiera dilucidar esta cuestión, bienvenida sea». Pero, con razón, recuerda Pérez Alonso que esa teoría no permite resolver tampoco esta cuestión. Alude además al origen de la confusa situación en la formulación hipotética del precepto que se refiere a la cooperación necesaria y a sus orígenes históricos (todo esto ya lo conocemos por la primera parte de la obra).

También cree Pérez Alonso que no se ha reparado suficientemente¹⁶¹ en que el intento de Gimbernat¹⁶² de aplicar la teoría del dominio del hecho para deslindar la cooperación necesaria de la complicidad y su rechazo de esa teoría porque no sirve para ello resultan incorrectos, pues la teoría del dominio del hecho está destinada a distinguir entre autoría y participación. Vuelve a tener razón Pérez Alonso, pero, y ahora lo digo yo (y supongo que lo pensó en su día Gimbernat), si sirviera (al menos para quienes creemos que la teoría del dominio del hecho no acierta plenamente en la distinción entre autor y partícipe) para distinguir entre cooperador necesario y cómplice, bienvenida sea. Pero, en mi opinión, el que la teoría del dominio (funcional) del hecho no estuviera pensada para distinguir entre formas de participación (distinción que requiere criterios distintos a los utilizados para distinguir entre autoría y participación) no es la única razón que la hace inidónea en este terreno (aunque las demás se derivan en parte de éstas): la teoría del dominio (funcional) del hecho ha de resultar al menos inidónea para explicar los supuestos de cooperación necesaria unilateral (porque falta el acuerdo o concierto) y para explicar la mayoría de los supuestos de cooperación necesaria en fase ejecutiva (porque constituirían ya coautoría). Naturalmente, lo segundo no tiene mucho sentido para quienes defienden la teoría del dominio funcional del hecho, pero sí para quienes desde otras posiciones no consideramos que la cooperación necesaria en fase ejecutiva sea coautoría (si quienes así pensamos intentamos aplicar en sus estrictos términos la idea del dominio funcional del hecho, que consideramos insuficiente por diversas razones para fundamentar la coautoría, a la distinción que

¹⁶¹ Salvo, como reconoce Pérez Alonso, mi apunte en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 568 s. n. 119.

¹⁶² GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, 1967, 122 ss.

ahora nos ocupa, el intento tendrá necesariamente que fracasar). Sin embargo, la idea de esencialidad de la contribución (convenientemente dotada de contenido) como elemento del dominio del hecho, pero extraída de la coautoría y llevada a la cooperación, sí me parece útil.

En cuanto a la crítica de Gimbernat, más allá de su corrección o incorrección metodológica y de su acierto en los diferentes aspectos a que se refiere, creo que ha tenido una importancia grande al menos para dos cosas: para poner en la pista (a algunos) de que el dominio funcional del hecho no es suficiente para fundamentar la coautoría (sin que haya por eso que conformarse con una teoría objetivo-formal, pues la del dominio del hecho aporta interesantes ideas para la distinción material entre autor y partícipe) y para advertir o recordar (a algunos defensores de la teoría del dominio del hecho y a los demás) que el elemento de la esencialidad de la contribución (en materia de coautoría, para quien acepte que, junto a otros, éste es un elemento de la misma, pero también en general en materia de cooperación necesaria) precisa concreción con criterios materiales que se diferencien claramente de la vieja teoría de la necesidad.

Por lo demás, aunque los criterios aplicables a cada distinción sean distintos, cree Pérez Alonso que los presupuestos metodológicos y teóricos con que se abordan ambas deben ser los mismos y nos los recuerda (ya han sido suficientemente expuestos y valorados anteriormente, por lo que no volveré a esa cuestión). En virtud de ello, el criterio autónomo para distinguir cooperación necesaria y complicidad no debe ser formal, cosa que me parece correcta (y así lo admiten incluso los partidarios de teorías objetivo-formales en materia de autoría, que aquí sin embargo utilizan normalmente criterios materiales), pero tampoco debe acudirse a criterios «subjetivo-psicológicos». Como es sabido, me incluye entre quienes acuden a ellos (en mi caso, desde luego y como mínimo, de forma parcial, pues no desprecio, sino todo lo contrario, otros criterios «objetivo-materiales» —en terminología de Pérez Alonso), aunque aquí se refiere a mi criterio como «subjetivizante» (338 n. 38) y, como sabemos, en alguna otra ocasión lo ha calificado de «cuasubjetivo». Pues bien, ya he polemizado bastante con Pérez Alonso más arriba sobre este punto, por lo que intentaré evitar reiteraciones, pues, en gran medida, insiste en los mismos argumentos (en lo que diré, me referiré a mi propuesta, no a otros criterios «subjetivo-psicológicos», aunque hay que decir que las críticas de Pérez Alonso ahora tienen carácter general y no se dirigen específicamente contra mi opinión). No sé qué tiene que ver la exclusión de mi criterio con los principios metodológicos y teóricos de Pérez Alonso, pues éste no excluye la relevancia de elementos subjetivos (según su propia deno-

minación) tampoco en la coautoría (acuerdo o resolución conjunta), y me imagino que tampoco en una forma de participación como la inducción, y admite, como hemos visto, la complicidad o cooperación (necesaria o no) psíquica; y el añadir el adjetivo «psicológico» (sin explicar sin más por qué se aplica y por qué es inadmisibles) me parece poco más que una etiqueta. Lo que desde la perspectiva metodológica de Pérez Alonso y desde de la mía no resulta correcto es acudir a la posición o consideración interna del propio sujeto para decidir su carácter de autor o partícipe (como hacían las teorías subjetivas) ni para distinguir entre formas de participación, pero poco o nada más. Además, debe recordarse que lo que yo exijo es un condicionamiento concluyente de su actuación por parte del autor o autores a la intervención de un sujeto, y no simplemente que el autor considere importante o no la contribución (no se trata por tanto de una elucubración mental, acertada o equivocada del autor sobre la importancia de la contribución). Pérez Alonso alude al argumento de López Peregrín¹⁶³ de que bastantes problemas crea ya la complicidad psíquica (aunque no hay más remedio que admitirlos, porque no hay elementos objetivos en que basarse) como para extenderlos también a la cooperación física, en que sí hay elementos objetivos, más fácilmente demostrables, para determinar la trascendencia de la aportación; de lo contrario se podría llegar a convertir toda colaboración en cooperación psíquica, lo que carece de base legal y no es políticocriminalmente recomendable. Pues bien, si se quiere ver así, respecto del criterio que propongo (no hablo de otros «subjetivo-psicológicos»), si se admite la cooperación necesaria psíquica, como hace Pérez Alonso, ¿por qué no es posible que una cooperación tenga las dos facetas, la «objetiva» y la «psíquica»? Y, ¿por qué, cuando la primera tiene poca relevancia —influye poco en el hecho— y la segunda mucha —tanta que condiciona el hecho—, sólo se puede atender a la primera y no a la segunda que es a la que, al parecer, exclusivamente se atiende en la cooperación necesaria puramente psíquica? Habría que recomendar a cualquier cooperador necesario psíquico que no se quedara en eso, sino que realizara alguna aportación «objetiva» al hecho muy poco significativa, pues así se le calificará de cómplice (con menor pena), mientras que si se limita a influir psíquicamente de modo muy relevante se le va a calificar de cooperador necesario (con una pena mayor, la del autor). Francamente, no lo entiendo.

También intenta Pérez Alonso acercar el planteamiento «subjetivi-

¹⁶³ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 421 s.

zante» a la vieja teoría que fundamentaba el castigo de la participación en el pensamiento de la corrupción del autor y en la participación en la culpabilidad ajena. No es esto cierto en relación con mi criterio, pues lo que sigue fundamentando el castigo del partícipe (en este caso y para mí, del cooperador necesario) no es la corrupción del autor (que podía estar ya corrompido) ni su culpabilidad que es independiente para cada sujeto, sino que se está produciendo un condicionamiento absoluto de la realización de un hecho típico y antijurídico por parte del autor, es decir, se está atentado de modo accesorio, aunque muy relevante, contra el correspondiente bien jurídico.

Por fin, alega Pérez Alonso que los criterios que critica se hacen difícilmente practicables o, sin más, impracticables, en los supuestos de cooperación unilateral (es decir, sin acuerdo con el autor), pues el autor no se puede motivar y tomar la firme decisión de delinquir por algo que desconoce. Esto no afecta a mi criterio (que, recuerdo, además no se basa en la mera motivación del autor), puesto que no se trata de un criterio único (si lo fuera, serían realmente pocos los supuestos de cooperación necesaria), sino que es un criterio más junto al o a los basados en datos «objetivos».

3. Sobre las citadas bases, Pérez Alonso (341 ss.) acomete el análisis de los *criterios de delimitación* entre cooperación necesaria y complicidad, que, como se ha señalado, son el momento de la contribución, no siempre decisivo, y el de la esencialidad de la contribución, que es el decisivo y que atiende al propio contenido o relevancia de la contribución.

a) En perfecta coherencia con su concepción sobre la coautoría, caracterizada mediante el dominio funcional del hecho, llega Pérez Alonso a la conclusión (341 ss.) de que el *momento en que el sujeto presta su cooperación* tiene importancia, aunque no es plenamente decisivo, para determinar cuándo se trata de una cooperación necesaria y cuándo de una complicidad. El cómplice, como deja claro además el tenor del art. 29 CP, puede intervenir en cualquier fase del delito (en la preparatoria o en la ejecutiva, «con actos anteriores o simultáneos»), y, en principio, del segundo párrafo b) del art. 28 CP se deriva sólo que lo decisivo para que exista cooperación necesaria es que el sujeto coopere con un acto sin el cual el hecho no se habría efectuado, por lo que no se restringe el momento temporal en que ha de prestarse la contribución, sino que se alude sólo a la necesidad del acto. Ahora bien, como, por regla general, el que aporta una contribución necesaria en fase ejecutiva es un auténtico coautor del primer párrafo del art. 28 CP y no ya cooperador necesario de la letra b del segundo párrafo de ese artículo, el momento de la contribución desempeña un cierto papel en

la distinción entre las dos figuras de cooperación. No obstante, hay dos excepciones a la regla de que no existe cooperación necesaria y sí coautoría en la aportación esencial en fase ejecutiva: por un lado, cuando, pese a prestarse la aportación esencial en fase ejecutiva, falte el acuerdo o decisión común y se trate de una actuación unilateral del sujeto que presta la contribución. Esto es plenamente coherente con la exigencia de acuerdo o decisión común como requisito subjetivo de la coautoría. Por otro lado, cuando en el sujeto que, de otro modo, sería coautor, falten los especiales requisitos personales y especiales exigidos en el correspondiente tipo (cita el caso de los elementos subjetivos específicos del injusto que exigen algunos tipos, pero es más frecuente aún el caso de los delitos especiales), es decir, cuando el sujeto no sea autor idóneo. Esta restricción es evidente y correcta y vale cualquiera que sea el criterio material que se utilice para determinar la coautoría, pues quien no puede ser autor idóneo de un delito (por mucho que domine funcionalmente o determine positivamente el hecho) no podrá ser castigado como autor de ese delito, aunque sí como partícipe en él, participación que, dada la evidente esencialidad de la contribución (realiza actos que fundamentarían la autoría), deberá ser calificada de cooperación necesaria.

Se pregunta además Pérez Alonso si, junto a estas excepciones, cabe admitir la posibilidad, apuntada por Mir Puig¹⁶⁴ (autor muy próximo a la idea del dominio funcional del hecho en la coautoría), de que no es absolutamente descartable una cooperación necesaria (no constitutiva de coautoría, por tanto) en fase ejecutiva, cuando ésta no llega a constituir parte esencial del plan; sería el caso de «cooperaciones marginales prestadas lejos del lugar de la ejecución, pero durante la misma, que no obstante su carácter secundario el autor pone como condición de su actuación criminal». Pérez Alonso comienza señalando que el abrir el paso a una tercera posible excepción es muy dudoso, y no cree que tal excepción se dé en el supuesto que propone Mir, porque si la contribución tiene carácter marginal o secundario sería complicidad, y la única manera de concebir que cobre esencialidad es desde el punto de vista «subjetivizante» tan denostado por Pérez Alonso (que en este punto sin embargo no me cita expresamente, cuando la idea de condicionamiento apuntada por Mir recuerda bastante a la mía, más, al menos terminológicamente, que a la de Cobo/Vives; natural-

¹⁶⁴ MIR, *PG*, 5.ª, 1998, 410 n. 66, donde Mir se refiere además al caso de la STS 2-4-1992, referencia de MIR que no recoge Pérez Alonso, por haber manejado (por razones obvias) una edición anterior de la obra de Mir en que no se hallaba esta referencia.

mente, para mí el momento de prestación de la contribución es indiferente). Si por el contrario, la contribución que apunta Mir fuera verdaderamente esencial, al prestarse en fase ejecutiva, tendría que ser coautoría.

Pues bien, se deriva de todo lo dicho hasta aquí que, pese a reconocer la coherencia de la opinión de Pérez Alonso, no la comparto, por mis diferencias con el criterio del dominio funcional del hecho en materia de coautoría. Conforme a mi más restrictivo concepto de coautoría, quien realiza una aportación esencial en el marco de un acuerdo en fase ejecutiva no es por ello ya coautor y será por tanto cooperador necesario (partícipe), igual que si la aporta en fase preparatoria. Por tanto, el momento temporal de la aportación no es relevante en mi opinión para distinguir entre cooperación necesaria y no necesaria o complicidad. Ahora bien, no tanto la conexión temporal o espacio-temporal, pero sí la cercanía de la conducta a la realización típica son criterios que pueden resultar indicativos de la esencialidad de la contribución: eso es evidente, porque habría una especie de necesidad *ex lege*, en los supuestos de realización de acciones típicas no nucleares (si es que existe algún tipo que las contenga), y parece que convenga también en las acciones estrictamente ejecutivas. Por ello, he defendido que estos supuestos (y el del «coautor» no idóneo en los delitos especiales y similares), que antes consideraba incluidos en la cooperación ejecutiva del art. 14.1.º CP 1944/73, se comprendan ahora en la cooperación necesaria del art. 28, segundo párrafo b) CP¹⁶⁵.

b) Pero el criterio decisivo es, con razón, para Pérez Alonso *la esencialidad de la contribución* (345 ss.), criterio que toma (como el propio Pérez Alonso reconoce) del dominio funcional del hecho, pero sacado totalmente fuera del ámbito de la coautoría: si la contribución es esencial (y no constituye coautoría) se tratará de cooperación necesaria; si no, de complicidad (no necesaria). Anticipa ya que la esencialidad se concreta (al igual que en la coautoría) de manera similar a como lo hace Mir¹⁶⁶ y que ya conocemos, combinando el criterio de la necesidad en concreto referida al sí del hecho con el criterio de la escasez (y dejando la puerta abierta a otros criterios). He de manifestar desde aquí que, matices al margen, esta me parece una solución satisfactoria¹⁶⁷.

b₁) En cuanto *objeto de referencia* de la necesidad del acto, recono-

¹⁶⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1285 s.

¹⁶⁶ MIR, *PG*, 5.ª, 1998, 408.

¹⁶⁷ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 400 n. 111, 657 n. 392, 668 s., 746; *EJB I*, 1995, 1714 s.; *La Ley 1996-2*, 1292 n. 51, entre otros lugares (en lo que

ce Pérez Alonso (347 ss.) el mérito de Rodríguez Mourullo¹⁶⁸ (que ya destacó Mir en su concepción, a la que acabamos de referirnos), de haber observado que la necesidad puede referirse al sí y al cómo de la ejecución, y que lo decisivo es sólo el sí de la ejecución y no el modo y manera de realizar el hecho, si bien Rodríguez Mourullo se movía todavía dentro de un enfoque causal y basado en juicios *ex post* de la cuestión, que no resulta adecuado (y además, como también señala Mir, se refería al resultado en vez de al hecho, como sería más correcto para abarcar los delitos que no son de resultado). La necesidad debe referirse por tanto (respondiendo a la pregunta de ¿para qué debe ser necesaria la cooperación?) al sí del hecho, entendiendo por tal el sí de la realización de los elementos típicos dentro del tiempo en que persiste y no ha sido abandonada la resolución criminal originaria, y no al cómo del hecho, entendido en el sentido de las circunstancias del caso concreto no relevantes para la individualización del tipo, pues si se refiriera a esto, toda cooperación se tornaría en necesaria (el hecho, sin todos sus detalles, ya no sería exactamente el mismo), dejando sin contenido la complicidad (y contradiciendo así la distinción legal).

*b*₂) En lo relativo a los *parámetros de valoración* de la necesidad de la contribución, Pérez Alonso señala (349 ss.), tomando parte y partido en el debate entre diversos y prestigiosos autores españoles (Rodríguez Mourullo, Gimbernat, Cerezo, Mir), que no se puede adoptar, en la decisión del problema que nos ocupa, una perspectiva causal y basada en juicios hipotéticos *ex post*, pese al origen histórico y al tenor hipotético del precepto legal que se refiere a la cooperación necesaria, pues, en esos términos, estaríamos ante una misión imposible. Más bien hay que adoptar otra perspectiva o parámetro: una perspectiva *ex ante* para valorar la necesidad o no de la contribución, como hacen Gimbernat o Mir.

*b*₃) Queda por dilucidar *qué se entiende por necesidad del acto*, pronunciándose Pérez Alonso (352 ss.) por determinarlo con el criterio extraído del dominio del hecho, pero fuera del marco de la coautoría (es decir, cuando no se den todos los requisitos de ésta), de la *esencialidad ex ante de la contribución*, criterio que a mí también me parece adecuado, pero que, si no se concreta más, sólo supone un avance menor (salvo en la adopción de la perspectiva *ex ante*): formular de modo positivo lo que de modo negativo formula el segundo párrafo del art. 28 CP. Pero Pérez Alonso sí lo concreta más, para que no sea un

sigue, no reiteraré la cita de mis trabajos cada vez que muestre mi acuerdo básico con Pérez Alonso).

¹⁶⁸ R. MOURULLO, *Comentarios I*, 1972,

concepto demasiado indeterminado, recurriendo como medio de comprobación de la esencialidad al criterio de la escasez (teoría de los bienes y actividades escasos) propuesto por Gimbernat¹⁶⁹ y de sobra conocido (y que, como sabemos, ya consideró Pérez Alonso muy útil para comprobar la esencialidad de la contribución en materia de coautoría). No obstante, además de mostrar alguna otra discrepancia con Gimbernat, Pérez Alonso matiza también algunos aspectos de la escasez en relación con la concepción de aquel autor, matices que no necesariamente son críticas a ésta, que no detallaré y que se orientan en general a la necesidad de referir tanto a las contribuciones que consisten en la entrega de bienes como a las consistentes en la prestación de actividades o servicios algunos requisitos que Gimbernat sólo refiere expresamente a uno de los dos grupos de contribuciones (generalmente a las de prestación de actividad). Al hilo de uno de los requisitos planteados por Gimbernat, se pronuncia Pérez Alonso por la exigencia de (co)causalidad para cualquier clase de cooperación o complicidad, necesaria o no, a la que además se deben añadir las restricciones que se derivan de la exigencia de imputación objetiva. Estoy de acuerdo plenamente en esto (aunque creo que *parte* de las discordancias doctrinales en materia de causalidad de la complicidad poseen un trasfondo más terminológico que real)¹⁷⁰. Al hilo de esto, Pérez Alonso vuelve a advertir de los peligros de caer en el tan criticado por él criterio «subjetivo-psicológico», insistiendo en que hay que soportar las dificultades que plantea la cooperación psíquica, pero no trasladarlas a la física; pero sobre esto ya me he pronunciado de modo suficiente.

Pérez Alonso advierte finalmente que la teoría de los bienes escasos (con sus matizaciones) es un criterio auxiliar muy útil para comprobar si *ex ante* una contribución es esencial o necesaria, pero no tiene por qué ser el único. Estoy también de acuerdo con Mir y Pérez Alonso en esta idea (de hecho, he apelado al aspecto de la esencialidad en el dominio funcional del hecho al menos en otro supuesto, mi tan criticado criterio «subjetivizante», pero no descarto otras posibilidades). Así, Pérez Alonso acaba recordando que, aunque no indeterminado, la idea de la esencialidad no es un concepto fijo en el que puedan resolverse sin más por subsunción todos los casos, incluso los más complicados, sino un concepto abierto, que incluye un principio regulativo que ofrece a los intérpretes líneas directrices claras para la solución del problema que nos ocupa (que deberá resolverse en favor de la

¹⁶⁹ GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, 1967, 151 ss.

¹⁷⁰ Sobre la exigencia de imputación objetiva también respecto de las conductas de participación me pronuncié ya en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 494 ss.

complicidad siempre que persistan dudas razonables sobre la calificación en supuestos límites). Tampoco me parece mal esta idea de la esencialidad como principio regulativo, siempre y cuando no se renuncie a concretarla en la mayor medida posible (es decir, sin dejar de buscar medios de comprobación de la esencialidad añadidos al de la escasez o a otros, para someterlos a discusión y, si resultan razonables, utilizarlos).

Resume por fin Pérez Alonso las conclusiones fundamentales a que ha llegado en este segundo capítulo de la tercera parte de su obra, conclusiones en que mis discrepancias, como se ha ido viendo, son sólo de matiz, al contrario que en lo referente al concepto de coautoría (aunque desde luego, también el concepto de coautoría de Pérez Alonso me parece bastante más aceptable que otros).

IV. Autoría y cooperación en el CP español

1. La cuarta parte de su libro la dedica Pérez Alonso al «*modelo de autoría y participación en el Código Penal*» (aunque realmente se refiere sólo a la autoría y a la cooperación, no a la inducción) (365 ss.) y comienza con unas *consideraciones generales* (367 ss.). Las primeras se refieren a la necesidad sentida desde hace tiempo por la doctrina española de que se reformara en materia de autoría y participación el CP 1944/73 y, en especial, su artículo 14 (que había preocupado tanto que, como sabemos, Pérez Alonso cree que la dogmática se había hecho en España más sobre ese artículo que sobre la autoría y la participación), a la explicación de la regulación de la materia en los diferentes textos prelegislativos que ha habido en España hasta el vigente CP, y a destacar el acierto (producido tardíamente en ese proceso) del legislador al referirse expresamente a la realización conjunta del hecho (coautoría) entre las formas de auténtica autoría, pues no tenía sentido no mencionarla si se mencionaban la autoría individual y la mediata, destacando la insistencia, en múltiples trabajos y foros, de Cerezo en todo ese proceso en la necesidad de esa mención. Personalmente, aunque no considero imprescindible la mención expresa de ninguna forma de autoría, creo que es cierto que, si se menciona expresamente la autoría inmediata individual y la mediata (aunque sin darles nombres), no tiene sentido dejar fuera la coautoría¹⁷¹.

Como consideraciones generales también, celebra la desaparición

¹⁷¹ V., más detalladamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1284 s., 1290 n. 14, con ulteriores referencias.

del art. 27 CP de la mención a los encubridores entre las personas criminalmente responsables, antes incluidos incorrectamente en el art. 12 CP 1944/73, y el que se regulen las distintas formas de encubrimiento como delitos de la parte especial, aunque lamenta que el citado art. 27 CP mencione sin más a los autores y a los cómplices, lo que supone incluir en el término «autores» a los inductores y a los cooperadores necesarios, que no son verdaderos autores, aunque la pena que les corresponde sea la misma del autor; por mucho que la dicción del art. 27 CP tenga una explicación lógico-sistemática, habría sido mucho mejor que hablara de autores y partícipes. Con ambas cosas estoy plenamente de acuerdo¹⁷².

Por fin, critica el autor, desde una perspectiva políticocriminal, la decisión que se desprende del tenor literal del art. 27 CP de castigar con carácter general la complicidad en las faltas (que contradice la reducción del número de faltas castigadas y el carácter excepcional del castigo de la tentativa de faltas —art. 15.2 CP—). Cree que se podría fundamentar la impunidad de las faltas por la vía del art. 63 CP, que se refiere a los cómplices de un «delito» exclusivamente y no a los de una «infracción», palabra que utiliza respecto de los autores el art. 61 CP. Castigar a los cómplices de una falta podría suponer por ello una aplicación analógica *in malam partem* (y, por tanto, prohibida) del art. 63 CP. Pero él mismo reconoce que el art. 638 CP exige a los tribunales de someterse a las reglas de los arts. 61 a 72, aunque considera que tal proceder sería contrario a la directriz políticocriminal de la mínima intervención que inspira la regulación de las faltas¹⁷³. En mi opinión, es posible que Pérez Alonso tenga razón en que resulta excesivo y no muy acorde con la tendencia restrictiva de la punición que en materia de faltas muestra (parcialmente) el CP el castigo de la complicidad en (todas) las faltas. Pero su argumento en relación con el art. 63 CP no es muy sólido, aparte de por la razón que él mismo menciona, porque la comparación que hace con el art. 61 CP está bien, pero olvida el art. 62 CP, que se refiere a los autores de tentativa de «delito» exclusivamente, y es evidente que también se castiga, según el art. 15.2 CP, la tentativa de faltas contra las personas o el patrimonio. La mención sólo de los delitos en los arts. 62 y 63 CP puede fácilmente interpretarse así: en atención a que el art. 638 CP exige a los jueces y tribunales de atenerse a las reglas de los arts. 61 a 72 CP (la mención por el art. 638 del art. 61 parece irrelevante, pues evidentemente lo que

¹⁷² V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1283 s.

¹⁷³ En gran parte de la argumentación en este punto, Pérez Alonso sigue a QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO (dir.), *Comentarios al nuevo CP*, 1996, 300.

dispone es aplicable también a las faltas, y quizá ello explique la utilización en él de la palabra «infracción»), no tiene sentido mencionar en ellos las faltas¹⁷⁴.

2. Pasando ya al estudio más concreto de la autoría y la participación en el CP, analiza Pérez Alonso en primer lugar (374 ss.) el *significado teórico y la función sistemática del art. 28 CP*. Cree Pérez Alonso que este artículo, pese a algunas deficiencias, posee el mérito de reconocer legalmente de modo expreso la autoría mediata y la coautoría como formas de auténtica autoría, diseñando los rasgos básicos de la autoría y la participación, pero sin prejuzgar su concepto para que doctrina y jurisprudencia puedan darles formas y dotarlas de contenido. El legislador emplea términos lo suficientemente firmes como para que se respete de forma obligada la esencia de la autoría y la participación, pero lo suficientemente flexibles como para que se pueda determinar su contenido y sentido de forma plural, con arreglo a las diversas teorías que se defienden, centra la discusión y evita algunas batallas «contra molinos de viento» que en el pasado se libraron, concertando unanimidad sobre ciertas cuestiones. Así, la relación opositiva entre quienes *son* autores y quienes *también serán considerados autores* contribuye a aclarar que sólo lo son realmente los primeros y los segundos son partícipes equiparados en pena a la autoría, si bien habría sido mejor emplear una fórmula más clara («son partícipes, pero sancionados como los autores»). En líneas generales, estoy de acuerdo con lo anterior, especialmente en que una fórmula más clara habría sido preferible, sobre todo para afirmar de un modo más rotundo el concepto restrictivo de autor en el CP¹⁷⁵.

En la pugna sobre la ubicación legal de la autoría, cree que el mérito del art. 28 es destacar lo importante, es decir, quién es autor, frente a lo secundario, o sea, dónde se localiza la autoría, destacando que el concepto de autor no es una cuestión de los tipos de la parte especial, sino una cuestión general, si bien aclara expresamente que quienes ubicamos al autor en los tipos de la parte especial no nos quedamos en ello, sino que ofrecemos un concepto general de autor, determinamos quién es el autor. Considero, desde luego, que este es mi caso (y también el de los otros defensores de que la autoría se ubica en los tipos de la parte especial, si bien, desde la teoría objetivo-formal, sobre todo

¹⁷⁴ De este modo, la palabra delito tendría en los arts. 62 y 63 CP el significado estricto, no comprensivo de las faltas, que normalmente posee en el CP, sin que ello implique la impunidad de la complicidad en las faltas (cuyo castigo parece además confirmado por el propio art. 27 CP).

¹⁷⁵ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1284 s.

la moderna, es más frecuente la remisión *general* a la interpretación de los tipos de la parte especial para descubrir quién es autor, obviando ofrecer un criterio material general, aunque pueda tener excepciones en grupos de delitos), pues la ubicación del autor en los tipos de la parte especial se deriva de la premisa básica de mi concepto general de autor (autor es quien realiza el tipo), más que a la inversa.

Además de los méritos ya reseñados del art. 28 de distinguir entre autoría y formas de participación asimiladas a ella y definir la estructura de la autoría, este artículo cumple una importante función aclaratoria, disipando cualquier género de dudas sobre si la autoría mediata y la coautoría son formas de autoría en sentido estricto en un concepto restrictivo de autor, aclaración que ya justificaría el precepto. Estoy de acuerdo en ello y pienso que seguramente esta aclaración es lo que más lo justifica¹⁷⁶.

Cree además Pérez Alonso que la desaparición del art. 14.1.º CP 1944/73 y la introducción del art. 28 va a centrar la discusión de forma más clara, sobre puntos de partida más firmemente asentados, aunque puedan seguirse manteniendo prácticamente todas las teorías. En este punto, considero que tiene parte de razón Pérez Alonso, pero no toda. Efectivamente, el art. 14.1.º CP 1944/73, de contenido poco claro, distorsionaba la discusión sobre la autoría, básicamente porque un sector muy amplio de la doctrina pensaba que ese precepto definía al autor (alguna forma de autoría se incluía parcialmente en otro número de ese artículo) y, desde luego, había que realizar filigranas teóricas (por muy meritorias que fueran) para incluir en él algunas formas de autoría. En este sentido, el primer párrafo del art. 28 CP es mucho más claro. Sin embargo, creo que la figura del art. 14.1.º CP 1944/73 responde a una forma de participación (equiparada en pena a la autoría, que, si bien puede incluirse en la cooperación necesaria, resulta más específica que ésta, por lo que habría resultado conveniente su mantenimiento, en su antigua redacción o, quizá mejor, en otra más clara) entre las formas de participación equiparadas en pena a la autoría en el segundo párrafo del art. 28 CP (dejando de paso más abierta una discusión que no está cerrada en la doctrina)¹⁷⁷.

Según Pérez Alonso, el primer párrafo del art. 28 CP posee un «efecto declarativo primario» y no «constitutivo», que sí poseen el segundo párrafo de ese artículo y el art. 29 CP, que extienden la tipicidad y la penalidad a sujetos que no son autores por no realizar el tipo princi-

¹⁷⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1285.

¹⁷⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1285 s.

pal. Como no hay más autores que los del primer párrafo del art. 28 CP (ni más partícipes que los del segundo párrafo de ese artículo y los del art. 29), se explica la opinión de Mir¹⁷⁸, que otros comparten, de que «el actual art. 28 CP impide ahora claramente entender que la verdadera autoría y coautoría se encuentren fuera de él y se desprendan directamente del tipo. Ahora dice expresamente la ley que *son* autores no sólo los que realizan el tipo completamente por sí solos, sino también quienes lo realizan conjuntamente». Como ya he expresado anteriormente, no estoy de acuerdo con esta opinión de Mir. La misma parte de una base que no comparto: que la coautoría no encaja en los tipos de la parte especial (exista o no el art. 28 CP); esta puede ser una cuestión discutible (ya me he ocupado en parte de ella), aunque sigo pensando que (al menos en una concepción restrictiva de la misma) la coautoría encaja en los tipos de la parte especial (que realiza el conjunto de coautores). Esto puede o no admitirse, pero, si fuera así, el art. 28 CP no impediría nada: la coautoría se deriva (como toda forma de autoría restrictiva) de cada tipo de la parte especial, y *además* (no está fuera de él) se menciona (como las otras formas de autoría estricta) en el primer párrafo del art. 28 (con efectos declarativos); es decir, que no es el art. 28 CP el que impide (o facilita) la inclusión de la coautoría en esos tipos, sino, en todo caso, otras razones¹⁷⁹. En este sentido quizá haya de interpretarse la posición conciliadora que defiende Pérez Alonso, que considera que no existen aquí posturas irreconciliables. En mi caso, no lo son, pues, como he dicho, la autoría (por ser restrictiva y por suponer, como reza el primer párrafo del art. 28 CP, realización del hecho —típico-) seguiría derivándose de los tipos de la parte especial y estaría también definida en el primer párrafo del art. 28 CP (con efectos declarativos).

Excesiva, desde este punto de vista, me parece la apreciación de Pérez Alonso de que el precepto comentado «constituye una plasmación expresa del principio de legalidad en materia de autoría», pues, en general, la ubicación de la autoría en los tipos de la parte especial no plantea problemas de legalidad y los que excepcionalmente planteara se seguirán planteando pese a la existencia del primer párrafo del art. 28 CP¹⁸⁰. Otra cosa es que ese precepto resulte conveniente por las razones explicadas y porque efectivamente destaca en la propia ley,

¹⁷⁸ MIR, *PG*, 5.^a, 1998, 388.

¹⁷⁹ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1284 s.; «Un sistema de Derecho penal en evolución», en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2.^a época) 2 (1998), 414 (discrepando de MIR).

¹⁸⁰ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1285.

como señala Pérez Alonso (aunque podría haberlo hecho de forma más clara si no se hubiera utilizado el «también serán considerados autores» en el segundo párrafo del artículo), la opción por un concepto restrictivo de autor, dificultando (aunque no impidiendo totalmente) otro modelo, lo que posee relativamente poca importancia en relación con la doctrina (que parte tradicionalmente del concepto restrictivo), pero algo más en relación con una parte de la jurisprudencia en que ello no estaba tan claro (aunque ya veremos si, dada la fórmula del segundo párrafo de ese artículo y la propia inclusión en un mismo artículo de la autoría y las formas de participación asimiladas en pena, junto con la utilización general en el CP del término «autores» para referirse a todos ellos, permitirán un desarrollo jurisprudencial tan claro como el que sería deseable). En cualquier caso, es verdad que los términos de la polémica no deberían centrarse en la ubicación de la autoría y que la mención en el primer párrafo del art. 28 CP de las tres formas de estructurarse la autoría resulta más clara que la mera referencia a los tipos de la parte especial, por lo que resulta un buen complemento a esta idea.

3. Tras señalar (385 s.) que así cómo en materia de definición de la autoría el vigente CP resulta novedoso, en materia de participación ha seguido la tradición de Códigos anteriores, y resaltar la novedad también de la supresión de la figura contenida en el art.14.1.º CP 1944/73 (cuya naturaleza no quiere aún prejuzgar), cree Pérez Alonso (386 ss.) que el concepto de autor del primer párrafo del art. 28 CP respeta el pluralismo científico, al permitir interpretarlo desde las diversas posiciones doctrinales sobre la autoría que se manejan. Ello lo va comprobando respecto de la teoría objetivo-formal clásica, la moderna o de la subsunción típica, la de la pertenencia del hecho, la de la determinación objetiva y positiva del hecho y la del dominio del hecho (que, lógicamente, le parece la más convincente)¹⁸¹. He de manifestar mi acuerdo con esta idea (lo que, como es lógico, no implica que algunas

¹⁸¹ En pp. 390 s. n. 51, replica Pérez Alonso en un tono algo subido o airado a la pretensión de LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad*, 1997 391 ss., de que la teoría del dominio del hecho, por su origen germánico, no se adapta a la regulación española, trasladando argumentos que se utilizaban bajo la vigencia de la regulación del CP 1944/73 a la nueva situación (el «tono» de esta autora es también algo subido). Creo que tiene razón Pérez Alonso y que la teoría del dominio del hecho es perfectamente compatible con la nueva regulación, como lo es (y así lo reconoce expresamente Pérez Alonso) la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho a la que se adhiere LÓPEZ PEREGRÍN (y que, claro está, a mí me parece preferible). El «ímpetu» de ambos autores es propio de dos jóvenes, pero muy formados, investigadores; los excesos verbales (en que *hemos* incurrido muchos) se suelen pasar con el tiempo (aunque no

tesis no tengan mayores dificultades que otras que adaptar sus concepciones a la nueva regulación en algunos aspectos). Por esta razón entiende injustificada la crítica de Gimbernat¹⁸² a la actual regulación cuando este autor habla de sectarismo doctrinal y de intromisión legislativa.

4. En cuanto a la plasmación legal de las *formas de autoría*, se ocupa Pérez Alonso (392 ss.) de la coautoría y de la autoría mediata.

a) En lo que se refiere a la *coautoría* (392 ss.), aparte de reiterar resumidamente el concepto de ella que defiende (el caracterizado por el dominio funcional del hecho), que se adaptaría perfectamente a la realización conjunta del hecho de la que habla el primer párrafo del art. 28 CP, Pérez Alonso dedica su exposición a valorar la supresión de la figura de «tomar parte directa en la ejecución del hecho» contenida en el art. 14.1.º CP 1944/73. En este sentido, destaca la influencia que en el legislador han podido tener las opiniones de Cerezo (sobre todo), en el sentido de que la mención de la realización conjunta (coautoría) en el primer párrafo del art. 28 CP hacía superfluo el antiguo precepto, y (aunque no lo destaca en este apartado, sino en el relativo a la autoría mediata, lo adelanto ya aquí) de Bacigalupo, en el de que, al reconocerse en ese primer párrafo la autoría mediata, se indica que el tomar parte *directa* ya no es sinónimo de haber desempeñado un papel principal en la comisión del hecho punible, por lo que no conviene ya la referencia a la antigua figura, influencias y razones ambas a las que ya me había referido yo con anterioridad (sin compartir tales razones y la conveniencia de la

siempre), y una cierta moderación (tampoco exagerada) es deseable, si bien encontrar estos ímpetus en jóvenes y buenos investigadores también es reconfortante, por lo que indica de pasión en la investigación; naturalmente, siempre y cuando la vehemencia se mantenga en términos de discusión científica y no personales (como algunos acostumbran, aunque lo oculten tras excusas «científicas»); y Pérez Alonso se mantiene sin duda en la discusión científica, como lo prueba el que, después de replicar con vehemencia a la crítica señalada, diga expresamente que la misma no ensombrece el excelente trabajo de investigación de LÓPEZ PEREGRÍN.

¹⁸² GIMBERNAT, *Prólogo*, 1996, 32 s. (de la 6.ª, 2000). En realidad, la crítica de GIMBERNAT se refiere a la supresión del art. 14.1.º CP 1944/73, cuya interpretación desde luego no era pacífica (más bien todo lo contrario) en la doctrina, como no lo era la conveniencia de su permanencia o no. En este sentido, creo que habría sido más prudente que la ley no suprimiera el precepto, dejando más abierta la cuestión, si bien, de haberlo hecho, los defensores de posiciones contrarias podrían haber achacado al legislador el haber tomado partido por una (aunque creo que el pronunciamiento habría sido menos drástico); en cualquier caso, no creo que la cosa sea tan grave como para emplear términos tan fuertes como «sectarismo doctrinal» del legislador en esta cuestión.

supresión)¹⁸³.

Pérez Alonso, que aplaude la supresión, repasa cuál ha sido la adaptación a la nueva situación de autores que defendíamos que en el art. 14.1.º CP 1944/73 se recogía (sola o junto a formas de autoría) una figura de participación en hecho ajeno. Así, analiza la posición de Ruiz Antón¹⁸⁴ (en relación con el Borrador de 1990), quien cree que quien toma parte directa en la ejecución del hecho, generalmente (salvo en el caso de los actos ejecutivos que no supongan un ataque directo al bien jurídico, los de los coejecutores *extranei* en un delito especial)¹⁸⁵, es autor (individual o coautor) y que, al mencionarse ya expresamente las tres formas de autoría, se hace superflua la mención del coejecutor; Pérez Alonso considera correcta esta adaptación y deduce que Ruiz Antón incluirá a los pocos coejecutores no coautores, como partícipes, en la cooperación necesaria del segundo párrafo b) del art. 28 CP.

Quintero¹⁸⁶ ha pasado a considerar que el coejecutor en el CP 1995 pasa a ser un coautor incluido en la realización conjunta del primer párrafo del art. 28, y es autor en sentido estricto, no partícipe, sin que quepa establecer diferencias (entre autores y partícipes) entre los coautores del precepto citado (todos son autores). Todo ello le parece estupidamente a Pérez Alonso.

Gimbernat¹⁸⁷ mantiene su teoría de la subsunción típica y la idea de que la autoría en sentido estricto se deriva de los tipos de la parte especial, criticando duramente, como sabemos, lo que cree «sectarismo doctrinal» del CP actual, y la supresión de la figura del art. 14.1.º CP 1944/73, si bien cree que a la postre la situación no habrá cambiado en nada, puesto que el coejecutor partícipe (no autor), que no cumple el tipo, seguirá siendo tal, sólo que ahora estará castigado, junto a los verdaderos coautores (en sentido estricto), a través de la «causa de ampliación de la tipicidad» del primer párrafo del art. 28 CP. De este modo, existirán dos clases de «autores» asimilados, es decir, que, sin

¹⁸³ En relación con el CP vigente, en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1285 s. y las notas correspondientes, en las que se encuentran ulteriores referencias concretas a estos y a otros autores y se cita también un trabajo mío anterior en el que ya ponía de relieve las razones señaladas en el texto.

¹⁸⁴ RUIZ ANTÓN, «La autoría y la participación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992», en: *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, 1993, 966 ss.

¹⁸⁵ RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho penal*, 1982, 130, 177, 208 ss.

¹⁸⁶ QUINTERO, *Curso. PG*, 1996, 479 ss.; *Comentarios*, 1996, 303 s.

¹⁸⁷ GIMBERNAT, *Prólogo*, 1996, 32 s. (de la 6.ª, 2000).

serlo, reciben la misma pena del autor: los asimilados a través del primer párrafo del art. 28 CP (coejecutores no verdaderos coautores) y los asimilados a través del segundo párrafo de ese artículo (inductores y cooperadores necesarios, esta vez equiparados por el CP con mayor corrección porque no dice de ellos que sean autores, sino sólo que también serán considerados autores). Pérez Alonso somete a una crítica bastante dura esta idea de Gimbernat, viniéndole a acusar, no tanto de intentar mantener su teoría en el nuevo CP, lo que le parece legítimo, sino de (aunque no lo dice tan directamente, pero casi) de no mantener una actitud metodológica, flexible y racional, y en definitiva (y aquí se apoya en un famoso trabajo de Gimbernat)¹⁸⁸ para echarle en cara (sin decirlo directamente tampoco, pero casi) que no averigua lo que dice el Derecho (su contenido), no siendo muy respetuoso con el principio de legalidad (aspectos que desarrolla en una bastante amplia exposición). No sé si la crítica puede llegar tan lejos, pero, desde luego, Gimbernat hace caso omiso de la claridad con que el primer párrafo del art. 28 CP señala que *son* autores todos los que en él se mencionan, claridad acrecentada por la existencia del párrafo segundo, que dice precisamente otra cosa de los «autores» asimilados. Sobre todo, me parece innecesario el forzamiento (si no quebranto) de las palabras de la ley que lleva a cabo Gimbernat, cuando hay una posibilidad más sencilla de que los coejecutores sigan siendo castigados como partícipes con la pena de los autores respetando la letra de la ley (la de acudir a la cooperación necesaria).

Por fin, recoge Pérez Alonso mi idea¹⁸⁹, ya comentada a lo largo del libro y del presente trabajo, de que se puede mantener (conforme a mi concepto) de (co)autoría, que los coejecutores del antiguo art. 14.1.º CP 1944/73 no son autores, sino partícipes asimilados en pena a los verdaderos autores, para lo cual puede recurrirse a su inclusión en la cooperación necesaria del segundo párrafo b) del art. 28 CP (aunque yo hubiera preferido la no supresión de la figura), quedando en la realización conjunta del párrafo primero los supuestos de auténticos coautores (en mi caso, lógicamente, conforme al criterio de la determinación positiva conjunta del hecho), sin violentar el *son* autores con que se refiere a ellos la ley. Aunque, evidentemente, Pérez Alonso no la comparte, considera congruente esta interpretación y adaptación legal con mi propia concepción de la autoría y con la nueva regulación legal (no

¹⁸⁸ GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?* (publicado por primera vez en 1970), en: *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª, 1990 (se apoya en concreto en una cita de la p. 158).

¹⁸⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1285 s.

hace falta decir que yo también).

b) Se refiere también Pérez Alonso a la *autoría mediata* (405 ss.), aunque ésta sea de menor importancia a los efectos de su trabajo. Destaca un aspecto al que ya me he referido en el apartado anterior: la posibilidad de que la mención expresa de la autoría mediata (sin nombre) haya influido, como sostenía Bacigalupo, también en la supresión de la antigua figura del art. 14.1.º CP 1944/73. También cree sin duda que la mención expresa de la autoría mediata ha supuesto paralelamente la supresión del forzador del primer inciso del art. 14.2.º CP 1944/73, pues éste contenía un supuesto específico de autoría mediata que ahora sería superfluo reiterar. Creo que efectivamente ésta ha sido la razón de la supresión de la mención del forzador; sin embargo, en relación con esta figura, no era la tesis de la autoría mediata la única que se defendía en la doctrina, sino que se mantenían otras, entre ellas una que proponíamos Luzón¹⁹⁰ y yo¹⁹¹ que dotaba de sentido no reiterativo al precepto y conseguía el castigo, de otra forma difícil, de una concreta constelación de casos; por ello, ha considerado discutible su supresión, o mejor, la no previsión de una solución para esos casos¹⁹².

También se adhiere a la observación de Hernández Plasencia¹⁹³ de que la fórmula escogida en el primer párrafo del art. 28 CP para referirse a la autoría mediata: «realizan el hecho por medio de otro del que *se sirven* como instrumento», dificulta la admisión de la autoría mediata imprudente, pero coincide con el autor citado en que el impedimento no es insalvable. Creo que tienen razón ambos en las dos cosas¹⁹⁴.

Señala además que la mención legal de la autoría mediata, junto a la coautoría, apunta más a un concepto objetivo-material de autor y al alejamiento de uno objetivo-formal. Aunque aquí no lo vuelve a decir, sin embargo, considera compatible, como sabemos, la teoría objetivo-formal con la nueva regulación, por lo que parece no ser tan extremo en este punto como López Barja de Quiroga¹⁹⁵, al que cita. Opino que,

¹⁹⁰ LUZÓN PEÑA, «Tentativa y posesión en el tráfico de drogas. Comentario a la STS (Sala 2.ª) de 15 de marzo de 1989», en: *Estudios Penales*, 1991, 543, 543 s. n. 4; *El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia*, en: *Jueces para la Democracia (JD)* 14 (3/1991), 55.

¹⁹¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Inducción o autoría mediata en malversación impropia*, en: *La Ley* 1986-3, 531; *La autoría*, 1991, 734 ss., entre otros trabajos.

¹⁹² Mi opinión sobre las razones de la supresión de esta figura y mi valoración sobre dicha supresión pueden verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley* 1996-2, 1286 s.

¹⁹³ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, 1996, 61, 322.

¹⁹⁴ Y así lo manifesté, citando a HERNÁNDEZ PLASENCIA, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley* 1996-2, 1291 n. 22.

en realidad, lo que dice el primer párrafo del art. 28 CP es precisamente el postulado básico de la teoría objetivo-formal, hoy generalmente admitido (aunque a veces se olvida en el desarrollo de algunas concepciones de la autoría): que autor es el que realiza el hecho (típico). Las críticas a la incapacidad de la teoría objetivo-formal para comprender la autoría mediata y la coautoría, que son las que están detrás de la idea que menciona Pérez Alonso, se basan, como ya he señalado anteriormente, en la atribución a la teoría objetivo-formal de la idea de que el tipo sólo se puede realizar de manera físico-corporal directa y sólo individualmente; pero esta idea no se halla ni mucho menos presente en todos los defensores de teorías objetivo-formales (entre los que *no* me cuento).

5. Procede a continuación Pérez Alonso al estudio de la cooperación necesaria en el CP (409 ss.), comenzando inmediatamente por unas consideraciones críticas, con sus correspondientes propuestas de *lege ferenda* y de *lege lata*. Cree que el legislador aquí no ha sido innovador (lo que es evidente) y se ha mantenido fiel a la tradición histórica de los Códigos españoles, tradición que considera «rancia», y cuyo ideario científico cree que es propio de una dogmática «de otro tiempo ya muy lejano y totalmente desfasada y (casi) abandonada». Tras recordar el origen de la figura, el sólido anclaje de la misma en todos los intentos legislativos de crear un nuevo CP desde 1979, y las graves dificultades que su distinción del cómplice ha planteado, plantea y seguirá planteando, se adhiere a quienes piensan que el mantenimiento de la figura en el vigente CP ha sido un grave error o que su supresión habría resultado ventajosa.

Antes de seguir adelante, creo que conviene hacer alguna observación a esto. No cabe duda que la figura de la cooperación necesaria tal y como se recoge en nuestro CP no resulta en exceso afortunada. Pero creo que los problemas que plantea se deben, más que a su existencia en sí, a su (ahora sí) arcaica formulación negativa e hipotética, que ha dado lugar a las dificultades a que se refiere Pérez Alonso (aunque actualmente se ha avanzado mucho en su solución). Pero ello no obliga a suprimirla, sino que aconseja más bien su reformulación. Pero, como en la fecha de aprobación del CP (y parece que a día de hoy tampoco) no se ha ofrecido una fórmula alternativa con un mínimo de consenso, creo que el legislador hizo bien en ser cauto y dejarla como está, pues la (desafortunada) formulación que se mantiene al menos sirve (interpretada como faz negativa de la esencialidad) de indicio del cri-

¹⁹⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 38 s.

terio material que debe separar una y otra forma de complicidad o cooperación¹⁹⁶. Por otro lado, cuanto más amplia sea la concepción de la coautoría (ahora mencionada en el primer párrafo del art. 28 CP, aunque sin nombre) que se mantenga, menor va a ser el ámbito de la cooperación necesaria y menos importancia se dará a su supresión (o más positiva se considerará ésta). Sin embargo, si se mantiene una concepción verdaderamente restrictiva de la coautoría, y la mía lo es al máximo, por las razones que ya conocemos (no porque sí ni por razones puramente formales), la figura del cooperador necesario desempeña un papel importante al permitir mantener esa concepción restrictiva de la coautoría (con todas las ventajas del concepto restrictivo de autor), sin que por ello tengan que dejar de contemplarse las diferencias materiales de gravedad entre los distintos supuestos de cooperación (problema que se le plantea a la doctrina alemana, tan influyente entre nosotros en materia de autoría y participación y en tantos otros temas, pues el salto en el StGB entre la coautoría y la complicidad —con rebaja obligatoria de pena— es demasiado brusco). Por tanto y sin excluir (todo lo contrario) reformulaciones mínimamente consensuadas de la figura y sin rechazar el estudio de otras propuestas (que sean distintas a la pura supresión de la figura), me parece acertado que el CP mantenga dos figuras de complicidad con marcos penales diferentes. Por otro lado, aunque se suprimiera la figura, quienes consideran que todos o muchos cooperadores necesarios son auténticos coautores se encuentran en buena medida (aun sin fórmula hipotética) con problemas similares a la hora de analizar la esencialidad de la contribución (como hemos visto, con razón Pérez Alonso maneja los mismos criterios para la coautoría y la cooperación necesaria en lo que a la esencialidad se refiere).

Estudia Pérez Alonso las distintas propuestas *de lege ferenda* planteadas. Rechaza la que considera conveniente una atenuación facultativa para el cooperador necesario (creyendo algún autor incluso que puede alcanzarse *de lege lata* mediante el recurso a la analogía no prohibida), pues cree que ello complica en exceso la complicidad, al haber a la postre tres formas de ella (la necesaria, la necesaria atenuada y la complicidad simple) difíciles de distinguir y además (en cuanto a que esa tripartición pueda realizarse en el Derecho vigente) cree que esa idea no se corresponde con la lógica de la ley. No obstante considera que esta idea (renunciando a la tripartición y aplicada a las figuras vigentes) puede ser fructuosa en materia de participación de *extranei* en delitos especiales. Lo deseable, desde su perspectiva científica per-

¹⁹⁶ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1287.

sonal, sería que el legislador hubiera regulado esta cuestión optando por un tratamiento individualizado (es decir, contrario al principio de unidad de título de imputación), pero cree, con buen sentido, que ello habría impedido a un importante sector doctrinal (en el que me incluyo) la opinión contraria; ante tan clara división doctrinal, el legislador, dice (y acierta) ha hecho bien en no inmiscuirse. Aunque cree Pérez Alonso que lo que sí debería haber establecido el legislador es un atenuación facultativa (aunque, por lo que dice luego, parece que más bien obligatoria, al modo del § 28.1 StGB), no sólo para el cooperador necesario, sino para cualquier partícipe *extraneus* en un delito especial propio. Esta última idea, aunque requeriría un estudio más detenido, no me parece mal¹⁹⁷.

A Pérez Alonso le parece bien la propuesta de unificar en un solo precepto la complicidad y castigarla, en principio, con la misma pena de la autoría, si bien posibilitando una rebaja facultativa de esa pena, que, para evitar, entre otros, problemas procesales, debería estar basada en motivos recogidos en la propia ley y exigirse su fundamentación en la sentencia, e incluso propone una redacción para el artículo correspondiente a la determinación de la pena (el actual 63): «A los cómplices (unitarios) de un delito consumado o intentado se les impondrá la misma pena o la inferior en grado a la señalada en la Ley para los autores del mismo hecho, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo (por ejemplo) a la peligrosidad objetiva de la ayuda prestada o intensidad del incremento del riesgo para el bien jurídico, a la mayor o menor facilidad que supone para la comisión del hecho y a la mayor o menor dificultad de obtener la ayuda prestada, razonándolo en la sentencia». Hay que reconocer el valor de Pérez Alonso al realizar una propuesta tan concreta (aunque abierta) y, desde luego, habrá que reflexionar seriamente sobre ella, pues contiene elementos interesantes, como el intentar aportar fórmulas positivas y no meramente hipotéticas para determinar, en definitiva, la esencialidad o no de la aportación al hecho. Sin embargo, en principio pienso que sería mejor no establecer la rebaja de pena a los cómplices que aportan una contribución no esencial al hecho con carácter meramente facultativo, por lo que, o bien se mantienen dos figuras diferenciadas en virtud de criterios positivos similares a los que, a modo de ejemplo, ofrece Pérez Alonso, a las que después se asignan penas distintas (lo cual me parece seguramente más claro), o bien se establece una sola figura y, como quiere Pérez Alonso, en las reglas de determinación de la pena se esta-

¹⁹⁷ Como ya apunté en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 231 n. 55 (al final).

blece (dando criterios) una rebaja obligatoria al cómplice no esencial.

Yendo más allá, entiende Pérez Alonso que la atenuación facultativa debería extenderse también al inductor (como han propugnado otros autores), según la entidad y los tipos de instigación, propuesta que me parece más discutible, pero sobre la que habrá que seguir meditando. Y más discutible aún (aunque habría que comenzar el debate sobre ello) es la propuesta que Pérez Alonso sólo se atreve a apuntar (según sus propias palabras) de que, con carácter general, los partícipes sean castigados con la pena inferior en grado a la del autor, de manera que no sea sólo la accesoriedad la que marque la diferencia y haya una relevancia práctica más clara de la distinción entre autoría y participación. Sin embargo, creo que la conminación a todo partícipe con una pena inferior a la del autor no hace justicia a la importancia en el hecho de algunos intervinientes no autores (piénsese, por ejemplo, aunque podrían citarse muchos más, en el jefe de la banda cuando no es autor).

Pero Pérez Alonso despierta «de este efímero sueño» (419) y se dispone a proponer interpretaciones de *lege lata*, que en definitiva, se basan en todo el trabajo anterior del libro y que paso a resumir.

6. En cuanto a la *delimitación entre (co)autoría y cooperación* (o complicidad) (420 ss.), repasa si las posturas mantenidas bajo la vigencia del CP anterior respecto de la naturaleza de coautor o partícipe del cooperador necesario (vistas en la primera parte del libro) pueden mantenerse bajo la nueva regulación y, así, cree que quienes estimaban que el cooperador necesario es siempre partícipe (teoría objetivo-formal clásica y moderna, la de Ruiz Antón, teoría de la pertenencia del hecho y teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho —con el matiz de que los cooperadores ejecutivos pasarán a ser cooperadores necesarios-) no tendrán la más mínima dificultad en mantener la misma tesis. En cuanto a la quienes mantenían que el cooperador necesario es siempre coautor (Gómez Benítez), cree que es posible mantener esta calificación, si bien supone una interpretación forzada y contraproducente de los arts. 28 y 29 CP, pues llevaría a entender que la coautoría se recoge tanto en el párrafo primero del art. 28, refiriéndose a coautores que lo *son*, distintos de los cooperadores necesarios, y otra, para los auténticos coautores cooperadores necesarios en el segundo párrafo b) de ese mismo artículo, refiriéndose curiosamente a ellos la ley como a quienes *también serán considerados* autores¹⁹⁸. Para quienes desde la teoría del dominio funcional del hecho consideraban que

¹⁹⁸ Ya apunté las dificultades de esta tesis en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1285.

el cooperador necesario unas veces es autor y otras partícipe, sería posible mantener esta tesis, pero también supondría una interpretación forzada del art. 28; lo lógico es entender que aquellos cooperadores necesarios que poseen dominio funcional del hecho ya no estarán comprendidos en el segundo párrafo b) del art. 28 CP, sino sin más entre los coautores del primer párrafo, quedando la figura legal del cooperador necesario reservada sólo a los que no poseen el dominio funcional del hecho, es decir, a partícipes¹⁹⁹; ésta es la posición que adopta, coherentemente, Pérez Alonso, para quien el segundo párrafo b) del art. 28 CP se referirá a los cooperadores necesarios que no son coautores por no intervenir en fase ejecutiva, no tomar parte en el acuerdo común o no ser autores idóneos. Las conclusiones de Pérez Alonso me parecen correctas y su posición personal coherente con su concepto de coautoría²⁰⁰.

7. Por fin, en lo que respecta a la *delimitación entre cooperación necesaria y (complicidad) no necesaria* (427 ss.), Pérez Alonso constata que la situación no ha variado respecto de la que se producía bajo la vigencia del CP 1944/73 (las fórmulas legales son las mismas), por lo que se limita a señalar que se podrán mantener los mismos criterios diferenciadores que se defendían antes, y a resumir los criterios que a él le parecen adecuados y que ya conocemos (y con los que estoy básicamente de acuerdo, si salvamos nuestra polémica sobre mi criterio «subjetivizante»).

V. Conclusión

Y, tras esta larga confrontación de ideas y argumentos, hemos llegado al final. Como resumen muy general de mi posición frente a las tesis de Pérez Alonso, se puede decir que comparto básicamente sus puntos de partida en la búsqueda de un concepto de coautoría que se mantenga dentro de los márgenes de un verdadero concepto restrictivo de autor, si bien discrepo de su caracterización del coautor a través del dominio funcional del hecho (entendido a la manera roxiniana). En

¹⁹⁹ Al hilo de esta explicación, se hace eco de que MORENO Y BRAVO, *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, 1997, 35 ss., 51 s., 62, sigue defendiendo la interpretación tradicional de la teoría del dominio del hecho en relación con el art. 14.3.º CP 1944/73 respecto del actual art. 28 párrafo segundo b) CP, criticándole por varias razones. No me detendré en pronunciarme sobre la posición de este autor (por lo demás a menudo confusa en éste y otros temas que trata en su libro).

²⁰⁰ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1996-2*, 1285.

cuanto a la distinción entre cooperación necesaria y complicidad como formas de participación comparto también su idea central de la esencialidad de la contribución (concretada y comprobada sobre todo a través del criterio de la escasez, pero sin cerrar el paso a otros) como característica diferenciadora fundamental de la primera frente a la segunda, discrepando en cuestiones más marginales (o en otras que se derivan de los distintos conceptos de coautor que manejamos, como la de la importancia del momento temporal de la contribución). Pero nuestras coincidencias y discrepancias nada tienen que ver con el valor de la obra de Pérez Alonso que, consigue, como creo que se deduce del presente trabajo, su propósito: hacer avanzar la discusión científica, propósito que también me mueve a mí en este trabajo y desde el que deben interpretarse todas mis argumentaciones.

Por lo demás, es evidente que Pérez Alonso sabe muy bien de lo que habla en su libro, que conoce perfectamente la discusión y que toma postura sin miedo siempre y razonadamente. A un trabajo científico de calidad no se le puede pedir más. En materia de coautoría, Pérez Alonso es un fiel, pero no ciego, sino informado y reflexivo, seguidor de Roxin: con tan buen maestro (el mejor en esta materia) y tan buen conocimiento y manejo de sus ideas, es difícil que las conclusiones a las que se llega sean descabelladas. Hay que destacar que, junto a la firmeza que Pérez Alonso muestra en la defensa de sus tesis, se observa un gran respeto y ponderación en la valoración de las ajenas (salvo casos extremos y marginales, a los que más bien dedica la indiferencia que merecen), que nunca desecha porque sí y de antemano. Estoy seguro que, como a mí, el trabajo de Pérez Alonso (junto con el de otros jóvenes penalistas que se han ocupado recientemente de diversos aspectos de la autoría y la participación), contribuirá a que todos los que hemos dedicado parte de nuestro trabajo a la materia, nos replanteemos nuestras propias tesis y valoremos otras posibilidades, sea cual sea la conclusión a la que lleguemos. Con obras como ésta, la teoría de la autoría y la participación avanza en España por un camino magnífico.

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de León

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per, y REDONDO, Santiago: *Principios de Criminología*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999. 2.ª edición, 2001.

La aparición del libro *Principios de Criminología* supuso un motivo de indudable alegría para las personas que estamos interesadas en la criminología. Como es sabido si bien en España han existido Institutos de Criminología, vinculados a las Facultades de Derecho, la falta de una titulación universitaria reconocida como título oficial, la ausencia de un mercado laboral y el escaso impulso de unos estudios e investigaciones desde las Universidades y desde las diversas Administraciones, han comportado que la criminología no sea una materia a la cual sea fácil dedicar los esfuerzos cuando se piensa en escribir un libro. Por ello, para los que nos dedicamos a estos temas la aparición de un libro de criminología es ya de por sí un suceso a celebrar.

El libro de Vicente Garrido, Per Stangeland y Santiago Redondo contiene además otros motivos de celebración. Especialmente en la Parte I (*¿Qué es la criminología?*) que se estructura a su vez en tres capítulos (La criminología como ciencia y profesión, la investigación criminológica y la delincuencia en España), los autores hacen, a mi juicio, un excelente trabajo por la claridad con la que estos capítulos están redactados. Debido a las confusiones que aún rodean la definición de criminología y la tarea de quienes se dedican a la criminología, la lectura de estos capítulos es sumamente interesante para entender qué estudia la criminología. Contiene esta primera parte además una valiosa información referente a encuestas victimológicas, estadísticas policiales y estadísticas judiciales, que sólo quien también se ha dedicado a recoger datos, sabe el esfuerzo que representa el conseguirlas y elaborarlas a partir de las fuentes de información que se disponen. Por ello es de agradecer que este capítulo no se haya obviado con una definición de qué son los métodos empíricos sino que además se expongan también en detalle los existentes en España y se nos ilustre sobre las dificultades concretas que encuentra el investigador.

La Parte II del libro se centra en *La Explicación del Delito*, la cual contiene a su vez 8 capítulos en los que se exponen las diversas teorías criminológicas. Esta parte, que podríamos denominar la 'Parte General' de la criminología, es también necesaria en un libro que pretende

ofrecer una visión global de la disciplina criminológica. En efecto, la explicación del delito y las teorías criminológicas que se han elaborado con este fin son de inexcusable conocimiento para el estudioso de la criminología y su exposición por parte de los autores suministra un buen resumen de las mismas. Su lectura puede ser de utilidad no sólo para quien desee tener un conocimiento más específico de las teorías criminológicas sino también para quien pretenda entender muchos fenómenos delictivos actuales.

La Parte II ha sido estructurada por los autores diferenciando entre teorías biológicas, psicológicas y sociológicas. Esta clasificación, respecto de la cual los autores manifiestan también sus reservas (p. 165), puede presentar en mi opinión algunas dificultades. En primer lugar porque, como también advierten los autores, muchas teorías no dejan encuadrarse nítidamente en una sola categoría. Por ello probablemente junto a este criterio de clasificación (Las influencias sociales, capítulo 6; Las predisposiciones agresivas, capítulo 7; Diferencias individuales, capítulo 8, y El aprendizaje de la delincuencia, capítulo 9), nos encontramos con el capítulo 4, 10 y 11 (referidos al delito como elección, etiquetado y teorías integradoras respectivamente), en los cuales los autores optan por la exposición de estas teorías criminológicas sin pretender encuadrarlas en la distinción entre teorías biológicas, psicológicas o sociológicas.

La segunda dificultad del criterio de clasificación elegido proviene, en mi opinión, de que existen teorías que pueden ser de difícil comprensión si se exponen antes que otras. Por ejemplo, dudo que pueda entenderse la teoría de las subculturas, expuesta en el Capítulo 6 bajo el título de Las Influencias Sociales, antes de haberse explicado la teoría de la asociación diferencial de Sutherland, desplazada al capítulo 9 bajo la rúbrica El aprendizaje de la Delincuencia. Y más cuando los autores de las subculturas pretenden unir la teoría de la anomia (Merton) con la teoría de la asociación diferencial (Sutherland) para solucionar los problemas entrevistados a estas teorías por separado.

En fin, el criterio con el cual se clasifican las teorías siempre es motivo de controversia, lo cual no afecta desde luego al tema más importante cual es la correcta exposición de las teorías. Desde esta perspectiva el capítulo cumple con creces el objetivo de suministrar un conocimiento específico de las diversas teorías criminológicas.

En la Parte III del libro se contiene información acerca de *Delitos, delincuentes y Víctimas*. De nuevo aquí hay que destacar el acierto de los autores puesto que además de proporcionar un libro standard de la parte general de la criminología se adentran en lo que podríamos denominar la Parte especial de la criminología, esto es, el estudio de

grupos concretos de delitos. Creo que ello es además reflejo de que los autores creen que la forma como la criminología puede avanzar es mediante la aplicación de las grandes teorías al estudio de los diversos delitos y que ello requiere un estudio diferenciado de los mismos. En esto no puedo estar más de acuerdo. Creo que el lector encontrará aquí información que ningún otro manual de lengua española le suministra tan sintetizada, respecto de los delitos más frecuentes o que más se publican y respecto de la realidad en España. Por ello sólo cabe felicitarles por el hecho de haber recogido y elaborado esta información tan útil.

Finalmente, la Parte IV aborda la *Reacción frente al delito*. A mi juicio, la inclusión de esta Parte permite considerar a este un manual moderno. Se recogen en efecto las enseñanzas contemporáneas acerca de la necesidad de conocer el sistema penal. Pero quiero llamar la atención al lector de que una cosa es decir 'conocer el sistema penal' y otra descender al detalle como realizan los autores. De nuevo, el tiempo que se consume en recopilar información, las lecturas que requiere el conocimiento mínimo de este sistema penal y la exposición de todos estos conocimientos constituyen un auténtico lujo para el lector y una suerte el que los autores hayan realizado este trabajo por nosotros.

En fin, como he comentado al inicio, la aparición del libro *Principios de Criminología* de Vicente Garrido, Per Stangeland y Santiago Redondo constituyó un motivo de alegría por el hecho de versar sobre una materia respecto de la cual no hay abundancia de textos. Pero, además, por su contenido, al proporcionar una visión global de la criminología, constituye un manual muy útil para los estudiantes, docentes y todas aquellas personas que desarrollen su trabajo en algún ámbito criminológico. Como además está escrito de forma muy amena no es de extrañar que ya haya visto la segunda edición a las que le auguro muchas más.

ELENA LARRAURI

Profesora titular de Derecho penal
Universidad Autónoma de Barcelona

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

I

No seré yo quien, a estas alturas, intente presentar la figura, la obra y el pensamiento penal de Eugenio Raúl Zaffaroni a los penalistas de habla castellana. Me corresponde, por el contrario, la más modesta tarea de dar noticia aquí acerca de los contenidos y —especialmente— las novedades que la, hasta ahora, última obra magna de aquél, su *Derecho Penal. Parte General* (concluido con la colaboración de Alejandro Alaglia y de Alejandro Slokar), pretenden aportar a la discusión jurídico-penal contemporánea. Y, desde luego, no son pocos los contenidos y las novedades que se recogen en las algo más de mil páginas de las que consta el volumen.

En este sentido, tal vez convenga comenzar destacando dos afirmaciones que el autor realiza en el prefacio de la obra y que resultan capitales para enmarcarla. La primera es que la misma pretende sustituir al *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (y a las más tempranas *Teoría del delito* —1973— y *Manual de Derecho Penal. Parte General* —1977, aunque con ediciones posteriores—) que entre 1980 y 1983 apareció, en cinco volúmenes, exponiendo globalmente su pensamiento por aquel entonces. La segunda es que dicha sustitución tiene que ver (además de con los lógicos efectos que el transcurso del tiempo ocasionan en el pensamiento de cualquier pensador que aún ejerza de tal) con el conjunto de reflexiones que aparecieron compiladas y expuestas en su ensayo —así lo denominó— *En busca de las penas perdidas* (1989), acerca de la legitimidad (o ilegitimidad), de la eficacia y de la funcionalidad del sistema penal en las realidades sociales contemporáneas, especialmente en los países política y económicamente «periféricos», y muy especialmente en América Latina.

Ha de hacerse hincapié en estos datos porque son los que determinan el sentido que posee, a estas alturas, la publicación de la obra. En efecto, si ella existe, es porque Eugenio Zaffaroni deseaba someter sus anteriores posiciones teóricas a una honda revisión, a la luz de sus nuevas ideas acerca de la forma en la que se inserta el sistema penal —el «poder punitivo», dirá él— en nuestra realidad social. No ha sido, pues, un cambio en las posiciones acerca de la teoría del delito, sobre los fundamentos filosóficos de la dogmática penal o en relación con la estructura de las normas jurídico-penales lo que ha motivado el paso. No, la preocupación nueva que alienta en este *Derecho Penal. Parte General*, en comparación con su anterior *Tratado*, es eminentemente política (político-criminal). Más aún, es la preocupación de quien, partiendo de convicciones humanistas (de respeto a los derechos humanos), conociendo la problemática realidad sociopolítica que anida en nuestras sociedades —especialmente en las más empobrecidas— y habiéndose paseado por los parajes de la criminología crítica y de las exploraciones de Michel Foucault acerca de la práctica del poder punitivo, se pregunta para qué sirve, más allá de la estética constructiva y del recubrimiento ideológico de la realidad, la labor dogmática. Y no se conforma con responder, al modo usual, que sirve para evitar males peores, los de la más completa irracionalidad en la aplicación de dicho poder punitivo, pues recuerda que en demasiadas ocasiones esas interpretaciones dogmáticas se han plegado a los intereses del poder.

Hercúlea tarea, por tanto, la que se propone el autor: redescubrir el sentido de la dogmática jurídico-penal, enfrentada a la realidad de la política criminal que impera en nuestros Estados y a un sistema penal tendencialmente irracional y confiscador de los derechos y de la dignidad de quienes —delincuentes, pero también víctimas— se ven sometidos a sus actuaciones. Y es, precisamente, desde el punto de vista de este objetivo autoimpuesto desde el que hay que enjuiciar los resultados obtenidos. Quiere ello decir que no es tanto en los detalles (y en una obra tan amplia son innumerables tales detalles) donde hay que buscar el éxito o el fracaso de la pretensión del autor: como no podía ser de otro modo, en los mismos —señaladamente, en la teoría del delito— predomina la continuidad respecto del *Tratado* de la década de los ochenta. Antes al contrario, a mi entender, importa más decidir si la finalidad principal perseguida ha podido ser llevada a cabo; y si lo ha sido de un modo que resulte metodológicamente aceptable y no contradictorio y, al tiempo, satisfactorio en términos éticos y políticos.

A este respecto, he de reconocer que, al leer aquellas páginas de la obra que más vívidamente describen lo que se presenta como un per-

verso —por irracional y por discriminatorio— funcionamiento del sistema penal, muchas afirmaciones de E. Zaffaroni me parecieron difíciles de aceptar como generalizaciones válidas sobre lo que está pasando en todos los sistemas penales. De cualquier forma, y pese a ello, me parece evidente que, incluso si la diferente situación en cada momento y en cada lugar puede hacer variar algo el diagnóstico, hay una cuestión —la esencial, en mi opinión— a la que él apunta y que debe ser afrontada, pese a la incomodidad que suscita: se trata, claro está, de la vieja pregunta acerca de si las penas sirven en realidad para algo; y, de paso, la de qué criterios, qué dogmática, hemos de construir para que sirvan (o, diría Zaffaroni, para que no sean demasiado perniciosas). Se convendrá conmigo en que, hasta si pensamos que la situación no es tan desesperada, la reflexión habría valido la pena, dado que obviamente la dificultad para otorgar legitimidad a las penas, lo problemático de resolver conflictos sociales e interpersonales mediante soluciones jurídico-penales y la dudosa justicia de muchos criterios de atribución de responsabilidad son temas que deben estar a la orden del día, más aún en un tiempo en el que tanto la derecha como la izquierda del espectro político parecen haberse puesto de acuerdo acerca de la bondad irrestricta que tiene siempre y en todos los casos recurrir a la intervención jurídico-penal.

Así pues, en lo que sigue centraré mi atención primordialmente en aquellas partes de la obra objeto de la recensión que resultan, a un tiempo, más novedosas y más centrales en la construcción teórica del autor: las relativas a la misión del sistema penal, a la metodología y el papel de la dogmática, a los fines de las penas y a los criterios de responsabilidad.

II

1. *La situación del sistema penal*: Comienza su construcción Zaffaroni constatando que:

1.º) No es posible identificar al conjunto del poder punitivo con el contenido del Derecho Penal positivo: de hecho, éstas sólo reflejarían un primer proceso de selección de las conductas punibles (proceso de criminalización primaria).

2.º) No es posible asumir que entre el proceso de criminalización primaria y el de criminalización secundaria (selección de conductas y de sujetos concretos como criminales) exista una correspondencia. Antes al contrario, la criminalización secundaria tiene lugar de un modo altamente selectivo. Esto es: ni todas las conductas primaria-

mente criminalizadas son perseguidas ni, cuando lo son, la persecución se lleva a cabo por igual.

3.º) De hecho, la selección que tiene lugar en el proceso de criminalización secundaria depende fundamentalmente de la condición personal del sujeto de que se trate, puesto que las personas, en atención a la posición social (en el amplio sentido del término: nacionalidad, etnia, género, orientación sexual, clase,...) que ocupan, resultan vulnerables en mayor o menor medida a dicha criminalización secundaria. Dicha vulnerabilidad consiste, precisamente, en la probabilidad —mayor o menor— de que el poder punitivo (que opera sobre la base de estereotipos de criminal y de desviado social) seleccione a ese sujeto para perseguir su conducta como delictiva; o, como el mismo Zaffaroni dice gráficamente, en una «*tipicidad social negativa*».

4.º) En este proceso de criminalización secundaria, no sólo interesa lo que hacen los órganos formalmente encargados de aplicar la ley (los órganos jurisdiccionales), sino también lo que hacen otras agencias con poder punitivo: la policía, el sistema penitenciario, otros subsistemas (como el psiquiátrico, el de la atención de menores, etc.), cuando intervienen con funciones de represión de la desviación social. Pues, en efecto, las actuaciones de todas estas agencias determinan en buena medida —a veces, más que la de los órganos jurisdiccionales propiamente dichos— el carácter altamente selectivo del proceso.

En suma, Zaffaroni describe una situación en la que el poder punitivo (mejor: las agencias a las que, estatal y/o socialmente, les es atribuido su ejercicio) actúa, tendencialmente al menos, preferentemente en atención a estereotipos acerca de los sujetos, antes que en atención a la gravedad objetiva de lo que se haya hecho. Es decir, el poder punitivo aparece así antes como un mecanismo disciplinario —en el sentido que le otorga Foucault— que como una técnica objetiva de resolución de conflictos (administración de justicia): como «Estado de policía». Y, por lo tanto, como mero poder, potencialmente irracional y carente de justificación racional en su praxis.

2. *La lucha por la racionalización del poder punitivo*: Hasta aquí la descripción que realiza de la situación. La originalidad de la propuesta de Zaffaroni para hacerla frente estriba en que, contra lo que podría esperarse, no reclama a continuación la abolición del poder punitivo. Por el contrario, entiende que la opción abolicionista entronca con el pensamiento posmoderno, en la medida en que renuncia *ab initio* a la realización plena del proyecto moderno, ilustrado, que en el campo

penal se traduciría en la idea de «Estado de Derecho»; vale decir, de un poder punitivo racional. En sentido similar, piensa también que la mera reutilización con finalidades políticamente distintas —«progresistas», en vez de «conservadoras»— de los instrumentos que obran en el arsenal del poder punitivo (que sería la propuesta de los partidarios del «uso alternativo del Derecho» y de los *critical legal studies*) supondría ignorar la naturaleza esencialmente irracional de dicho poder punitivo, así como un triunfo del irracionalismo jurídico (lo denomina «la actitud de la escuela de Kiel invertida»), también contrario a las pretensiones de la modernidad. Y, por ello, él opta más bien por una estrategia de «crítica de la modernidad» tal y como la misma se ha venido realizando en el ámbito penal; y por continuar, en definitiva, el proyecto ilustrado, de la racionalización del ejercicio del poder punitivo.

Precisamente, es ésta la tarea que le asigna a la dogmática jurídico-penal: la de contener al poder punitivo, dotarle de una mínima racionalidad. O, por mejor decir, la de reducir en lo posible su irracionalidad constitutiva. Pues, en efecto, si algo caracteriza la opinión de Zaffaroni al respecto es, me parece, su hondo pesimismo (pesimismo de la razón, pero optimismo de la voluntad): el poder, en tanto que poder (también el punitivo), es irreductiblemente irracional y arbitrario; no cabe, pues, más que un esfuerzo ímprobo para limitar y reducir en lo posible sus efectos más perversos, reconociendo al tiempo que dicha tarea, en todo su alcance, está necesariamente abocada al fracaso, ya que el poder punitivo racional es un ideal imposible de ser realizado plenamente (una *contradictio in adiecto*, diríamos). En definitiva, si hubiera que buscar una etiqueta para la construcción teórica que el autor nos propone, ésta sería la de *una vuelta, en el ámbito penal, a los valores y al talante —moralista, racionalizador y limitador— de la Ilustración, pero siendo conscientes de cuántos errores e infamias fueron cometidas ya en su nombre; esto es, una vuelta, en el plano moral, a los valores de la Ilustración que se vea combinada con un sano realismo político (criminológico), atento a la inserción del discurso ilustrado en las estructuras reales del poder punitivo en nuestras sociedades desiguales, a la hora de aplicar dichos valores*. No es casualidad que sean los pensadores ilustrados y liberales de los siglos XVIII y XIX, así como sus seguidores en la dogmática penal del XIX, quienes más reiteradamente resultan citados en apoyo de sus tesis constructivas. Y, así, mientras que la primera vertiente —la Ilustración— impera en la articulación de los principios limitadores en el ejercicio del poder punitivo, la segunda —el realismo— lo hace en la configuración de las sanciones a imponer por el mismo.

3. *Tareas y método de la Dogmática jurídico-penal*: A tenor de lo anterior se presenta luego una propuesta acerca del estatus y del método de la dogmática jurídico-penal. Los contenidos de la misma son fundamentalmente tres. El primero es la sistematicidad: fiel a su propósito racionalizador, Zaffaroni propugna que la sistemática jurídica, adecuadamente construida y empleada, sirve o puede servir para reducir la irracionalidad del poder punitivo y limitar su ejercicio. La segunda característica es el recurso al método teleológico: la dogmática penal no es ciencia pura, sino un instrumento social con una finalidad (social) específica, a saber, entrar en colisión —y, de este modo, controlar en la medida de lo posible— con el poder punitivo. Y, por ello, ha de elaborarse teniendo siempre a la vista los valores y objetivos que se persiguen: en la propuesta crítica del autor, el respeto a los derechos humanos y la limitación del poder. La tercera característica de la dogmática crítica sería su vinculación ontológica: una dogmática racionalizadora y limitadora debe mantenerse siempre estrictamente vinculada a la realidad; debe negarse, por ende, a aceptar la introducción en sus razonamientos de datos falsos (porque no se correspondan con la realidad o porque constituyan reconstrucciones ideológicas de la misma).

4. *¿Para qué sirven las penas?* Mas el carácter crítico de la propuesta se refleja, más que en la metodología, en la teleología subyacente. Pues, en efecto, Zaffaroni preserva una de las ideas clave de las sistemáticas teleológicas, cual es la vinculación de los criterios constructivos e interpretativos de la dogmática jurídico-penal con sus consecuencias jurídicas; y, más específicamente, con los fines de las penas. Sólo que, aquí, tiene lugar una inversión significativa respecto de lo que es habitual, por cuanto nuestro autor pretende partir, a estos efectos constructivos e interpretativos, de una «teoría negativa» acerca de los fines de las penas. Teoría que se podría sintetizar en las siguientes tesis:

1.^a) La descripción usual en el discurso dogmático —conforme a la que el mismo es elaborado en las construcciones de índole teleológica— de las funciones manifiestas que poseen las penas (retribución, prevención general positiva, prevención general negativa, prevención especial) es incorrecta, dado que tales funciones no se verifican nunca o casi nunca en la realidad. O, en el mejor de los casos, dicha descripción carece de la capacidad suficiente para explicar todo el contenido y efectos de aquéllas.

2.^a) Por lo demás, tampoco es posible concebir las penas por referencia a sus funciones latentes, dado que las mismas son muy diversas y, al menos en parte, incognoscibles.

3.^a) Por todo ello, sólo es posible definir el concepto de pena a partir de la realidad (criminológica): son penas aquellas acciones —estatales— que afrontan de una determinada forma el conflicto social. Concretamente, y por exclusión, aquéllas que constituyen una coerción estatal que, imponiendo privaciones de derechos, no reparan, restituyen ni detienen lesiones en curso o peligros inminentes.

4.^a) Más allá de la minimalista definición acabada de exponer, nada es posible añadir. Lo que, en definitiva, significa que la racionalidad teleológica o instrumental de la imposición de penas ha de quedar cuando menos en suspenso, si no claramente cuestionada: no es posible estipular qué funciones cumplen las mismas en cada caso, porque varían y/o porque no resultan cognoscibles en toda su extensión.

De este modo, entiende Zaffaroni, se priva a la dogmática jurídica de uno de los bastiones principales de su legitimidad (la legitimidad de las consecuencias jurídicas que el poder punitivo impone), se la obliga a reconocer la irracionalidad esencial de dicho poder. Y, consiguientemente, a permanecer atenta a su obligación de limitar dicho poder: la labor de la dogmática sería, ante todo, proveer de seguridad jurídica; pero no tanto la seguridad de los bienes jurídicos de las víctimas de los delitos, cuanto la seguridad de todos los ciudadanos (y especialmente de los más vulnerables) frente al riesgo de su criminalización secundaria a manos de las agencias que ejercen el poder punitivo.

Sobre esta base, la construcción dogmática, tanto en el ámbito de la teoría del delito como en el de sus consecuencias jurídicas, habrá de regirse por un ideal máximo: deberá ser considerada idónea —o más adecuada— aquella construcción, de entre las racionalmente posibles, que reduzca más el poder punitivo. Si se quiere, una versión radical del principio interpretativo *in dubio pro libertate*. Y esta idea habrá de regir todas las interpretaciones y elaboraciones que se realicen. De hecho, en ello se empeña el propio Zaffaroni, en temas tan diversos como el concepto de acción, el comienzo de la tentativa de delito, la legítima defensa o el propio concepto de tipicidad. Pero, sobre todo, a la hora de presentar su concepto de culpabilidad, así como de interpretar las consecuencias jurídicas del delito.

5. *Culpabilidad por la vulnerabilidad*: Pues, en efecto, en lo que se refiere a las condiciones para la imputación de consecuencias jurídicas del delito, la innovación de la propuesta de Zaffaroni se centra en el nivel de la culpabilidad. Y es que resulta patente que, mientras que es perfectamente imaginable un concepto de antijuridicidad o de injusto que prescinda de la pena (de hecho, todas las concepciones no tele-

ológicas del delito tienden a hacerlo), en sede de culpabilidad dicha tarea se ha revelado poco menos que imposible. Y, como es lógico, una concepción tan peculiar acerca de los fines y de la legitimidad de las penas como la que Zaffaroni sostiene (y, en general, su visión del funcionamiento del sistema penal) tenía que tener consecuencias en el plano de la culpabilidad. En este sentido, lo primero que ha de destacarse es que su punto de partida sistemático es el más tradicional: culpabilidad es el juicio de vinculación personal entre injusto y autor que limita y gradúa la respuesta punitiva. Por consiguiente, no cabe hacer un reproche jurídico-penal al sujeto que delinque sin afirmar previamente dicha vinculación y el reproche consiguiente (principio de culpabilidad). La novedad, por contra, atañe más bien al fundamento material sobre el que reproche ha de apoyarse. En opinión de Zaffaroni, no es posible conformarse con ninguna de las fundamentaciones que tradicionalmente se han venido sosteniendo. En unos casos (concepciones psicológicas), porque no se trata de auténticas concepciones de la culpabilidad, al rehuir la cuestión del reproche moral, siempre inevitable. En otros (concepción del positivismo criminológico —sustitución de la culpabilidad por la peligrosidad criminal— y concepciones funcionalistas), por supeditar el juicio de reproche a intereses colectivos o estatales; en suma, a los intereses del propio poder punitivo, al que, sin embargo, el principio de culpabilidad debería precisamente limitar. Y en otros más (concepciones normativas), en fin, porque acaban cayendo en el Derecho Penal de autor (culpabilidad por la conducción de la propia vida, o similares) o, si no, en un enjuiciamiento moral idealista acerca de la decisión delictiva del autor, que aparece desconectado de las condiciones reales en las que la misma es adoptada.

Frente a estas concepciones, Zaffaroni propone descomponer el juicio de culpabilidad en dos partes. La primera correspondería aproximadamente a lo que viene siendo el juicio de reproche en las concepciones normativas de la culpabilidad más respetuosas con el principio de responsabilidad por el hecho: un juicio acerca de la capacidad de autodeterminación del sujeto en el momento de delinquir. Así, entrarían a formar parte de este primer juicio las cuestiones relativas a la capacidad —y la exigibilidad— de comprensión de la antijuridicidad (por incapacidad psíquica o por error) y las referidas a la inexigibilidad de otra conducta por una situación que reduzca la capacidad de autodeterminación. Mas el juicio de culpabilidad no quedaría con ello aún completado. Pues, en efecto, con lo hasta aquí expuesto no se ha tomado todavía en consideración el hecho, ya señalado, de que los procesos de criminalización secundaria poseen un carácter altamente selectivo y discriminatorio; es decir, el que, de hecho, no todas las per-

sonas sean igualmente vulnerables a dicho proceso. No obstante, un juicio de culpabilidad respetuoso con el principio de culpabilidad (y adecuado, por tanto, para limitar racionalmente el poder punitivo) tiene que tener en cuenta este dato de la realidad criminológica. Por ello, la segunda parte del juicio de culpabilidad consiste en juzgar, para reprochárselo en su caso, el esfuerzo realizado por el delincuente para incrementar, en relación con el inicial (el anterior a comenzar su conducta típica), su grado de vulnerabilidad frente a la criminalización secundaria. Descontando, pues, aquel estado de vulnerabilidad a la criminalización que ya existía previamente, antes de empezar a delinquir; y atenuando consiguientemente las consecuencias punitivas. De este modo, aunque será lo más habitual que el delincuente, al delinquir, haya actuado de modo adecuado para aumentar su estado de vulnerabilidad a la criminalización frente a la que le correspondería inicialmente por estatus, puede haber supuestos en los que su esfuerzo haya sido mínimo, o no reprochable, lo que debería disminuir su culpabilidad (y la sanción).

6. *Una interpretación realista y limitadora de las consecuencias jurídicas del delito*: De resultas de todo lo anterior, en el análisis de Zaffaroni en sede de consecuencias jurídicas del delito se introducen igualmente algunas novedades dignas de ser reseñadas:

1.^a) La teoría de las consecuencias jurídicas del delito es concebida primariamente como una teoría de la responsabilización del poder punitivo por las sanciones que impone. Se propugna, por lo tanto, un cambio de perspectiva: la materia de la dogmática penal no sería tanto la determinación de la responsabilidad del individuo frente al Estado cuanto la del poder punitivo —de sus agencias— por los procesos de criminalización secundaria que lleva a cabo, así como por las prácticas de punición que ejercita.

2.^a) Se opta por un concepto material de pena, que incluya todas las actuaciones estatales que son impuestas coactivamente al individuo, privándole de sus derechos y sin otra finalidad que privarle de ellos (sin finalidad de impedir peligros o lesiones inminentes de bienes jurídicos, ni de reparar daños pasados). De esta forma, se consideran, desde el punto de vista de su efecto (de privación de derechos), como penas acciones estatales que en términos formales no suelen ser consideradas tales: medidas de seguridad post-delictivas para inimputables cuando las mismas se imponen automáticamente a todo inimputable delincuente; prisión preventiva; penas ilícitas; beneficios penitenciarios y sustitutivos penales...

3.^a) Se propugna que, tanto en la determinación de qué penas son admisibles conforme a las normas constitucionales y a las disposicio-

nes sobre derechos humanos, como en la determinación de la cuantía de las mismas (vigencia del principio de proporcionalidad), se tengan en cuenta no sólo los efectos que, a tenor de las definiciones legales, dichas penas habrían de tener, sino también el dato de cómo se produce la ejecución de dichas penas en la realidad social de que se trate. Ello resulta especialmente pertinente para el caso de las penas privativas de libertad, por cuanto, como Zaffaroni señala, las condiciones de régimen y tratamiento penitenciario modifican muy sustancialmente el contenido efectivo de la pena impuesta. Así, las condiciones de encarcelamiento, las «penas naturales» que el propio sujeto o su familia sufran adicionalmente, etc. deberían tenerse en cuenta en la determinación de la pena; y, en el límite, para considerar inaplicable una pena, si es que las condiciones para su cumplimiento efectivo la transforman en una pena diferente (ejemplo: pena de prisión que, en virtud de las condiciones de encarcelamiento, se convierte en una auténtica pena de muerte: SIDA, inseguridad en la prisión, etc.).

4.^a) Concretamente, se propone sustituir la ideología resocializadora que —en el mejor de los casos— predomina actualmente en la ejecución de las penas privativas de libertad, y que encubre en realidad una praxis penitenciaria burocratizada, sin objetivos ni resultados efectivos, por una política penitenciaria basada en dos principios básicos: garantía de un trato humano y tratamiento penitenciario orientado a enfrentarse con la vulnerabilidad que el sujeto tiene frente a la criminalización. Este tratamiento penitenciario de la vulnerabilidad no iría orientado hacia el delito ya cometido, ni tampoco a alterar la escala de valores del delincuente condenado, sino más bien a enseñarle a reducir las posibilidades de caer en las garras del poder punitivo.

III

Incluso con la apretada síntesis de contenidos que se acaba de formular se comprenderá que el *Derecho Penal. Parte General* de Eugenio Zaffaroni es una de esas obras innovadoras que merecen ser leídas con detenimiento, reflexionando sobre lo que se lee, que siempre es de enjundia. Obviamente, no es posible realizar aquí una valoración detallada y global de la construcción acabada de describir, pues ello exigiría un análisis más detenido de cada una de las cuestiones y, en suma, una toma de posición sobre todos los temas mayores de la dogmática penal, lo que seguramente no está a mi alcance. En todo caso, sí creo pertinente realizar algunas observaciones parciales. Y es

que, precisamente sí, como es mi caso, se comparte la preocupación de fondo que late a lo largo de toda la obra, por la ilegitimidad del sistema penal, uno no puede por menos que preguntarse si realmente la construcción dogmática que se propone es la más idónea para sus propósitos.

1. *Sobre el actual estado de los sistemas penales:* Como se ha puesto de manifiesto, la construcción de Zaffaroni parte de la asunción de ciertos hechos que da por buenos y frente a los que considera imperioso reaccionar. Sin embargo, me parece que habría que distinguir: así, parece indudable que el sistema penal lleva a cabo, efectivamente, una selección desigual de los delitos que persigue; como lo es también que en muchas, demasiadas ocasiones, las penas carecen de cualquier eficacia resocializadora, a despecho de la ideología oficial. No obstante, otras afirmaciones resultan más aventuradas. Por ejemplo, la que dice que no es posible constatar en ningún caso de modo coherente y uniforme los efectos de las penas. Pues, en efecto, aun cuando la ideología resocializadora resulte problemática, ello no significa que las penas no cumplan siempre, de hecho, otras funciones: la de inocuización, obviamente, pero también la de tranquilizar y reconfirmar la conciencia jurídica del ciudadano; y, en muchas ocasiones, también la de intimidarle. Diferente asunto es, por supuesto, que dichas funciones sean o no legítimas. Pero su presencia muy generalizada no debería ser negada.

En el mismo sentido, la tesis de que la selectividad de la criminalización secundaria llega hasta al punto de que «*el poder punitivo selecciona a personas y la conducta es sólo el pretexto con que opera*» me parece, como descripción generalizada, excesiva, salvo que demos al término «pretexto» un contenido tan amplio —como equivalente a causa— que lo desnaturalice.

Para acabar, las afirmaciones sobre el fracaso de la prisión, que no pueden ser negadas en toda su extensión por cualquier observador atento, merecerían matizaciones muy sustanciales, según el lugar y el momento del que estemos hablando. Así, por ejemplo, me parece que el término «genocidio», que Zaffaroni emplea para referirse a las prácticas penitenciarias, ni siquiera a título de metáfora puede ser aceptado como descripción de lo que ocurre —hablando siempre en términos generales— en las prisiones de Europa Occidental o en las de los Estados Unidos de América, aunque desde luego sí que valga (aunque sólo como metáfora, repito) para exponer la gravísima situación de conculcación de los derechos humanos de los reclusos en otras muchas, la mayoría, de las prisiones del mundo. Y lo mismo habría que decir en relación con la eficacia o ineficacia de la resocialización: aunque se

ha demostrado con creces que los Estados no tienen voluntad de invertir lo bastante en tratamiento penitenciario, ello no significa de por sí que la resocialización resulte necesariamente imposible.

Entiéndaseme: la cuestión capital es que, si se elabora una construcción teórica a partir de ciertos hechos, la necesidad de relativizar o de matizar tales hechos obligaría igualmente a relativizar y a matizar dicha construcción. Así, si no fuera cierto que la prisión es siempre «genocida», o conculcadora de los derechos humanos de los reclusos; si no fuera cierto que es siempre imposible determinar de manera exhaustiva las funciones de las penas; si, en fin, no fuera cierto que la resocialización fracasa siempre, entonces, tal vez no fuera tampoco necesario colocarse siempre en una posición tan crítica frente al poder punitivo. No, al menos, si, como es el caso de Zaffaroni, no se reclama al tiempo su abolición y su sustitución por instituciones alternativas para la resolución de los conflictos sociales, lo que, aun teniendo sin duda sus propias dificultades, podría defenderse autónomamente, sin necesidad de demostrar que el sistema penal fracasa siempre. Pues, en efecto, si los hechos no fueran tan terminantes en todos los casos, habría que colocarse en dicha posición tan crítica sólo cuando circunstancialmente resulte necesario. Con ejemplos: es probable, a tenor de la información de las organizaciones de derechos humanos sobre la situación de las prisiones de América Latina, que allí haya que defender la lucha contra la prisión o, al menos, una consideración realista de sus costes para el condenado; y, sin embargo, tal vez ello no es una cuestión de principio, sino que podría pensarse (repito: en ausencia de alternativas) que en otros contextos sociopolíticos, al ser la situación otra, el recurso a la pena privativa de libertad puede resultar más aconsejable.

2. *¿Es la Dogmática la que tiene que decidir sobre los límites del poder punitivo?*: En este aspecto, creo que lo más destacable es, precisamente, el llamamiento de Zaffaroni a retomar el esfuerzo por la racionalización del sistema penal. Nada nuevo, podría pensarse, puesto que cualquier dogmática se reconocería en estas palabras. Sin embargo, hay que reconocer que, como el mismo Zaffaroni apunta, más allá de las palabras que se empleen, no es cierto que todas las dogmáticas se orienten primordialmente por el ideal de racionalidad. Es cierto, desde luego, que no hay dogmática digna de tal nombre que no emplee el razonamiento lógico, retórico, ético y teleológico en sus construcciones: en este sentido, toda dogmática es, por definición, racional. Pero no es este concepto —concepto débil, meramente descriptivo— de racionalidad aquél que Zaffaroni tiene en mente. Antes al contrario, la apuesta de Zaffaroni (y de ahí su interés) es por un concepto fuerte y prescriptivo.

vo de racionalidad en la elaboración dogmática: de acuerdo con el mismo una dogmática es racional si, además de emplear los instrumentos propios de la razón (en su sentido débil antes indicado), propugna como criterio supremo de aceptabilidad de sus construcciones el de la conformidad con determinados postulados éticos. Es decir, *a contrario*, si dicho criterio supremo no es la conformidad con el Derecho positivo, entendido en su sentido más limitado, como conjunto de cuerpos legales. En este sentido fuerte, es obvio que no toda dogmática resultaría igualmente racional. Y, así, Zaffaroni se adheriría aquí a una tendencia más amplia (entre cuyos representantes, por ejemplo, se encuentra también Ferrajoli) en pro de imponer límites racionales al voluntarismo del legislador penal contemporáneo.

Me parece, no obstante, que Zaffaroni exagera un tanto aquí la importancia que tiene la racionalidad para el dogmático. Pues, en efecto, no me parece claro que la disyuntiva sea entre racionalidad y no (suficiente) racionalidad. Esto es, me resulta difícil aceptar, contra lo que Zaffaroni entiende, que —por ejemplo— en las dogmáticas de corte funcionalista sólo lata, en el plano moral, la sumisión a la razón de Estado. Por el contrario, tengo la impresión que la disyuntiva es, más que entre racionalidad y voluntarismo, entre distintas racionalidades: o sea, entre diferentes escalas de valores morales. Y ahí es donde, seguramente, Zaffaroni se separaría de (muchos de) los dogmáticos funcionalistas: en los valores morales que cada uno defiende. Pero, si esto es así, no basta con reclamar «más dogmática», sino que es necesario entrar en las disputas, tanto morales (políticas) como metodológicas, que en el seno de la dogmática se plantean. La cuestión, obviamente, no es nueva: entre los filósofos, hace ya al menos dos décadas que se viene discutiendo bajo las etiquetas de «debate sobre el fin de la modernidad» o de la «posmodernidad»; en suma, sobre la utilidad o inutilidad que posee el concepto de racionalidad que hemos heredado de la Ilustración para afrontar los retos de nuestro tiempo. Y, aunque el debate filosófico sea de contornos difusos y de una conclusión bastante dudosa, lo cierto es que el optimismo racionalista (aquí, plasmado en un «optimismo de la Dogmática») hoy resulta cuando menos difícil de aceptar como solución a los problemas de nuestra época: en nuestro caso, a los problemas de índole político-criminal. Me temo, pues, que no nos es posible rehuir los debates morales y políticos que subyacen a dichos problemas, imposibles de resolver apelando únicamente al concepto de racionalidad (pues, deberemos reconocerlo, no son debates totalmente racionales). Y que la Dogmática jurídico-penal tendrá que seguir conformándose con recoger los resultados de dichos debates y emplearlos en la interpretación de las normas del Derecho positivo.

3. *Sobre los fines de las penas*: Más arriba he observado que acaso no sea tan imposible como nuestro autor pretende la determinación de las funciones que cumple, de hecho, en cada caso una pena. Y, sin embargo, me parece que no es esa la cuestión esencial. Por el contrario, lo fundamental a mi entender es si, desde el punto de vista prescriptivo, es posible atribuir alguna finalidad legítima a las penas. Zaffaroni, con su «teoría negativa» o «escéptica», parece negarlo. Pero, si esto fuera así, ¿cómo no reclamar inmediatamente la desaparición de las penas? Y, en todo caso, ¿cómo medir la pena justa (o, si se quiere, la pena racional), en proporción a qué hacerlo? Una teoría coherentemente negativa o escéptica debería ser, creo, una teoría abolicionista (si no de todo el sistema penal, sí de las consecuencias jurídicas que ahora mismo se emplean en él). He de reconocer que este punto de la obra de Zaffaroni me resulta hondamente insatisfactoria. Insatisfacción que posee consecuencias no sólo —lo que ya de por sí sería bastante— en el orden de la Política Criminal, sino que, como intentaré argumentar a continuación, las tiene también en el plano dogmático.

Por lo demás, y aunque no sea éste el lugar para entrar a fondo en la cuestión, me parece que hay formas de defender la legitimidad de muchas de las penas y consecuencias jurídicas del delito que contemplan nuestros ordenamientos jurídicos (al menos, de ciertas formas de entenderlas y aplicarlas), tanto desde el punto de vista moral (razonabilidad moral del castigo) como desde el instrumental (eficacia del mismo). En todo caso, sí observaré que la caracterización que nuestro autor hace de los diversos intentos de fundamentación de la legitimidad de las penas (retribución, prevención general positiva, prevención general negativa, prevención especial, teorías eclécticas) resulta, en mi opinión, excesivamente esquemática, lo que podría haber redundado en detrimento de las posibilidades de entrar en diálogo con ellas y, consiguientemente, en un excesivo escepticismo respecto de los posibles resultados de dicho diálogo.

4. *Sobre el método de la Dogmática*: Como acabo de señalar, la negación de cualquier racionalidad a la sanción penal tiene también sus efectos para la labor propiamente dogmática. Pues, en efecto, una dogmática teleológica, como la que Zaffaroni propugna (y que yo también considero más adecuada), necesita puntos de apoyo: a saber, necesita de *rationes*, de finalidades, que estén a su vez justificadas y que se constituyan en bases para la labor interpretativa y constructiva. Y finalidades, en el contexto del ejercicio del poder punitivo, no pueden ser otras que aquéllas que llevan a ejercerlo, a aplicar sanciones penales. En este sentido, la opción por una «teoría negativa» acerca de los fines de las penas priva, a mi entender, de un elemento clave para llevar a

cabo la construcción dogmática. De hecho, como se ha señalado antes, parecería que el único principio teleológico que se puede deducir (más allá de las derivaciones del de seguridad jurídica, asumidas de forma general por casi todos los dogmáticos) es el principio *In dubio pro libertate*. Y, sin embargo, asumido como único postulado del sistema teleológico (junto con el de seguridad jurídica), dicho principio se revela como tremendamente insuficiente. En un ejemplo: si tratamos de determinar a quién se ha de atribuir la condición de autor de un hecho penalmente típico, podremos apoyarnos para ello en argumentos formales (por respeto al principio de legalidad penal y, en último extremo, de seguridad jurídica) y en argumentos teleológicos; pero, en este último caso, para decidimos por unos o por otros (¿convertir en figura principal a quien más interés tiene en el delito?, ¿a quien contribuye de cualquier modo a él?, ¿a quien contribuye en fase ejecutiva?, ¿a quien contribuye con actos típicos?, ¿a quien podía impedir el resultado?, ¿a quien posee «dominio funcional» sobre el hecho?, ¿a quien lo tiene de modo positivo, aun objetivo?...) como más pertinentes necesitaremos criterios claros acerca de la función del Derecho Penal y, en definitiva, sobre la finalidad con la que se imponen sus consecuencias jurídicas. En otro caso, nos veremos abocados a manejar un único criterio teleológico: preferiremos siempre el criterio interpretativo que haga —¿en abstracto o en concreto?— a menos sujetos autores del delito. Lo que, cuando menos, resulta una solución discutible: si, por ejemplo, la concepción de la coautoría como «dominio funcional» puede (y, en mi opinión, debe) ser criticada no será sólo porque es más extensiva de la responsabilidad que otras, sino porque hay razones —razones teleológicas!— para ello. Sin embargo, una teoría negativa o escéptica acerca del sistema penal nos deja inermes para decidir cuáles son y qué peso han de tener. Algo semejante ocurre en otros puntos: léase, si no, lo que nuestro autor dice acerca de la diferente pena para conductas dolosas e imprudentes, reconociendo la imposibilidad —la imposibilidad para él— de fundamentar tal diferencia.

Si se me permite el atrevimiento de especular sobre cuál pudiera ser el trasfondo teórico de estas dificultades (que, en mi opinión, resultan prácticamente inmanejables en la actividad dogmática), apuntaré que acaso el problema de Zaffaroni sea querer compatibilizar una concepción racionalista (y de un racionalismo fuerte) de la Dogmática, como la que vimos antes que sostiene, con un notorio escepticismo ético, derivado sin duda del pensamiento de Foucault y de las diversas «hermenéuticas de la sospecha» (que, a su vez, se apoyan en Nietzsche): si toda la praxis del sistema penal y el discurso en que se sustenta son puros actos de poder, entonces la razón está de más en relación con ellos; y lo estará también por lo que se refiere a la Dog-

mática. Pues la separación entre objeto de conocimiento y conocimiento sobre el mismo, básica en la ciencia, no puede sostenerse en los mismos términos en el trabajo dogmático: el físico formula sus leyes acerca de las regularidades o relaciones de causalidad en relación con la materia o la energía a despecho de la inextricable variedad de la realidad empírica, pues no pretende cambiar la realidad, sino tan sólo describirla y explicarla; pero el dogmático no se limita a describir el Derecho positivo, sino que propone criterios para aplicarlo, conformando así la realidad jurídica, al tiempo que la describe. Por ello, una teoría sobre el Derecho afecta siempre a la Dogmática, y no será factible mantener dos teorías excesivamente disímiles respecto de lo uno y de lo otro.

Una última observación acerca del método dogmático de Zaffaroni: como antes se señaló, una de las características del mismo es su pretensión de realismo. Sin embargo, en su construcción realismo se hace equivaler prácticamente a ontologismo en su versión finalista. Ello es obvio en diversos lugares de su teoría del delito: concepto de acción, concepto de causalidad, concepto de imprudencia, etc. No está en mi ánimo reabrir aquí el debate sobre si la metodología del finalismo es o no adecuada. No obstante, sí me parece importante aclarar que la vinculación de la Dogmática a la realidad admite versiones muy diferentes de aquélla que el finalismo ha propugnado, puesto que, en definitiva, depende en buena medida de cómo se conciba la realidad y la del finalismo es sólo una de tales concepciones. Un solo ejemplo bastará para ilustrar mi comentario: Zaffaroni viene a defender un concepto de acción muy cercano al de Welzel, sobre la base de que la exigencia de finalidad constituye un elemento de vinculación a la realidad que, al tiempo, produce un efecto restrictivo en el alcance la responsabilidad penal. Pero lo que una metodología dogmática realista exige es tan sólo que el concepto jurídico-penal de acción no se aleje de aquello que social (o filosóficamente) tiene tal sentido. Mas no exige necesariamente identificar «comportamientos con el sentido de acciones» con «comportamientos dotados de finalidad»: así, me parece indudable que, según un determinado punto de vista (sociológico), poseen el sentido de acciones en nuestra vida social contemporánea muchas actuaciones de personas jurídicas, aun cuando la misma no tengan finalidad en sentido psicológico. Con independencia de la cuestión político-criminal de si las personas jurídicas deben o no responder penalmente, me parece difícil aducir que sólo las acciones finales reúnen el carácter de acciones y que sólo una dogmática que reconozca esto se ajusta a la realidad. Se esté o no de acuerdo con mi opinión, se admitirá que la misma tiene al menos tantas pretensiones de vinculación a lo real (aquí, a las convicciones sociales) como el con-

cepto finalista de acción. Así pues, si se quiere sostener éste, harán falta argumentos más sólidos que la necesidad de que la dogmática sea realista.

5. *Sobre el concepto de culpabilidad*: Si hubiera que elegir una parte de la construcción dogmática de Zaffaroni que resulte especialmente sugerente, en mi opinión ésta sería su teoría de la culpabilidad. Sugere, precisamente por lo mucho que sugiere, aunque no estoy seguro de que las soluciones a las que llega resulten totalmente satisfactorias. En otras palabras, creo que nuestro autor tiene la virtud de poner el dedo en la llaga, en la perpetua herida a las pretensiones de legitimidad del Derecho Penal que aparece siempre cuando se trata de imputar personalmente el delito a la persona. En este sentido, me parece que su argumentación es impecable en dos aspectos. Primero, cuando argumenta que no es posible fundamentar el concepto de culpabilidad sobre la base de consideraciones preventivas o, más en general, teleológicas, so pena de desvirtuar el concepto y hacerle perder su virtualidad limitadora de la responsabilidad penal: si la culpabilidad es algo que tiene que ver con las necesidades sociales (de punición, de prevención, etc.) y no exclusivamente con las condiciones del delincuente, entonces el riesgo de instrumentalización de delincuentes no suficientemente responsables en aras de dichas necesidades sociales está servido. Del mismo modo, en segundo lugar, Zaffaroni vuelve a poner de manifiesto algo que ha venido siendo, desde hace muchas décadas, el caballo de batalla de todas las luchas por introducir la igualdad material en la actuación del sistema penal, pero que aún no ha sido aceptado en todas sus consecuencias: que efectivamente si, en virtud del principio de igualdad material, tomamos en cuenta las circunstancias personales del delincuente de un modo amplio, no reductivo (por ejemplo: no reduciéndolas al estado psíquico), entonces el juicio sobre su responsabilidad no debería ser tan uniforme, tan automatizado como en la práctica suele serlo, puesto que no hay dos delincuentes iguales. Así, el concepto de «vulnerabilidad» que Zaffaroni desarrolla sirve para destacar esa real selectividad de la criminalización secundaria, ocasionada por factores sociales, económicos, culturales, etc.; en todo caso, por factores que escapan a su control.

Sin embargo, me resulta más dudoso que la solución que el autor adopta para afrontar el problema sea satisfactoria. Concretamente, no logro ver con claridad el contenido que ha de darse al concepto de «reproche por el esfuerzo para aumentar el grado de vulnerabilidad», que añadiría, según él, un elemento determinante al concepto tradicional de culpabilidad. Y no alcanzo a verlo, al menos por dos razones. La primera es que la propia idea de un «esfuerzo que aumenta el

propio grado de vulnerabilidad a la criminalización» me parece difícil de precisar: o es, como en ocasiones parece sugerir Zaffaroni, el esfuerzo resultante de haber delinquido, en cuyo caso volvemos al concepto tradicional de culpabilidad (puesto que casi toda acción delictiva sería ese «esfuerzo» para hacerse más vulnerable que se reprocha al delincuente); o, si es otra cosa diferente, entonces me cuesta comprender cuál es. Y es que, en suma, la vulnerabilidad a la criminalización secundaria es una condición de la persona en razón de su posición social (de etnia, de género, de orientación sexual, de clase, nivel cultural, etc.), en principio independiente de su comportamiento en el caso concreto: de lo que se trata, precisamente, es de que, ante comportamientos iguales, la probabilidad de ser inculpatado es mayor o menor según el estatus social. Por ello, el «esfuerzo» que se enjuicia tendría que ser bien la propia acción delictiva, o bien una especie de «juicio sobre la conducción de la propia vida», sobre cómo se ha llegado a ser tan vulnerable, que no parece procedente (ni, ante un tribunal penal, realmente posible).

La segunda razón, consecuencia de la anterior, es que no veo por qué habría que considerar ese «esfuerzo para incrementar el grado de vulnerabilidad» como objeto de un reproche; o mejor, no veo cómo dicho eventual reproche añadiría racionalidad o justicia a la pena que se impusiera. Pues, en efecto, si la culpabilidad y la pena consiguiente se fundamentaran en tal reproche, no se estaría penando al sujeto (no sólo) por lo que hizo libremente, en condiciones de motivación normal, etc., sino —podríamos decir— por haberse colocado «a los pies de los caballos» (del sistema penal). Mas, ¿qué reproche (legítimo) sería ese? ¿Por qué se podría reprochar a alguien haber aumentado su grado de vulnerabilidad a la criminalización? ¿No se estaría enjuiciando algo distinto de su acto, algo en lo que un sistema penal respetuoso con el principio de responsabilidad por el hecho no debería entrar? Además, la cosa se complica todavía más (y, por ende, se vuelve más discutible) cuando se habla de que sólo el «esfuerzo imputable al sujeto» se le reprocha. Pues, si ello se toma en serio, sería necesario construir toda una teoría de la imputación personal (del esfuerzo que incrementa la situación de vulnerabilidad a la criminalización secundaria), que delimitara qué esfuerzos son imputables y cuáles no lo son. Lo cual, como he indicado, me parece no sólo complejo, sino también insatisfactorio desde el punto de vista valorativo, a los efectos de seleccionar las conductas antijurídicas que pueden ser penadas.

Lo cierto es que el propio Zaffaroni admite prudentemente que los casos a los que esto se aplique pueden ser muy diversos. Y sólo cita

como supuesto concreto que constituiría un supuesto de inculpabilidad por falta de un esfuerzo imputable al sujeto para aumentar su grado de vulnerabilidad, el de los delitos cometidos bajo el influjo de agentes provocadores. Pero, como han defendido opiniones mucho más autorizadas que la mía, este caso particular puede ser resuelto satisfactoriamente por otras vías. Por ello, y salvo que se aduzcan argumentos y ejemplos adicionales, tengo la impresión de que los problemas —indudablemente ciertos— que suscitan las situaciones de desigualdad material frente al sistema penal pueden ser resueltos adecuadamente, mejor que con un concepto de culpabilidad apoyado en el «esfuerzo para incrementar la vulnerabilidad», mediante la reformulación realista (precisamente, en el sentido reclamado por Zaffaroni) de concepciones clásicas. En concreto, me parece obvio que, como él mismo apunta, no nos es posible prescindir de la idea de libertad (llámese así o de otro modo: autodeterminación, autonomía,...) para establecer los criterios de selección de los delincuentes punibles. Claro que una idea de libertad modesta, no cargada de connotaciones metafísicas, como lo estaba en el tradicional debate sobre el determinismo. Y, si esto es así, entonces puede concebirse la culpabilidad como normal capacidad de motivación por parte de las normas penales, como asequibilidad del autor a los mensajes normativos; como capacidad para adoptar una decisión, en definitiva, que permite reprochársela. Eso sí, no reduciendo el problema de la motivación al del estado psíquico del delincuente, sino incluyendo otras muchas circunstancias que sin duda influyen en su capacidad de autodeterminación frente a los mandatos normativos: señaladamente, circunstancias sociales o roles que —con motivo o por mero prejuicio— le son atribuidos en la interacción social y que reducen sus posibilidades de decidir. En mi opinión, con esto sería bastante en el plano conceptual. Lo demás, depende más bien de una modificación de la práctica judicial en relación con el juicio de culpabilidad (modificación que sin duda es imprescindible).

6. *Sobre las consecuencias jurídicas del delito*: Para acabar, solamente dos comentarios sobre el tratamiento de las consecuencias jurídicas del delito en la obra. El primero tiene que ser para destacar la importancia que posee la aplicación de esa visión realista de las consecuencias jurídicas que Zaffaroni aplica. Pues, en efecto, en materia de consecuencias jurídicas estamos cansados de ver cómo se ha venido practicando a lo largo de la historia el fraude de etiquetas (entre penas y medidas de seguridad, entre medidas penales y medidas asistenciales, etc.), que aún hoy nos amenaza. En este sentido, es clarificador acudir al contenido mismo de las acciones estatales que se pretenden etiquetar (al que las normas jurídicas declaran, pero también

al que poseen en su aplicación real) y prescindir, como hace nuestro autor, del discurso que las envuelve. Ello nos evitará a todos caer en las trampas que el literalismo y el formalismo nos tienden constantemente a los dogmáticos.

Mi último comentario se refiere al programa de tratamiento y de política penitenciaria que Zaffaroni propugna. Nada tengo, obviamente, que decir sobre la exigencia de un trato humano: por desgracia, la vigencia de los derechos humanos en las prisiones sigue siendo una batalla en curso en todas partes, también aquí. No obstante, el concepto de «tratamiento de la vulnerabilidad» que se propone como alternativa al tratamiento penitenciario resocializador resulta, a mi entender, algo indeterminado en sus perfiles. Tratamiento penitenciario significa, en definitiva, actuación sobre la persona del recluso para modificar su conducta y/o su personalidad. Y, según nos indican las ciencias de la conducta, dicha alteración sólo es posible (dejando aparte posibilidades de más siniestras resonancias e inadmisibles, como las intervenciones físicas sobre el cuerpo o el cerebro del recluso) a través de la alteración de sus esquemas motivacionales (vale decir, sus «esquemas de valores») o de la alteración de sus capacidades cognitivas (de sus procesos de razonamiento o de la información que emplea en dicho razonamiento). Naturalmente, dicha(s) alteración(es) pueden ser llevadas a cabo de diversos modos: educación, terapia de modificación de conducta, deshabitación respecto de hábitos adictivos, tratamiento psicoanalítico... En todo caso, el tratamiento de la vulnerabilidad tendría que dirigirse a cualquiera de ambos objetivos, o a los dos, como lo hace el tratamiento resocializador. Y, si esto es así, surge una duda: ¿qué clase de motivaciones y/o de esquemas cognitivos intentaría fomentar dicho tratamiento penitenciario? Pues, en efecto, el concepto de «tratamiento para enseñar a abstenerse de ofrecerse a la trampa del poder punitivo» (es decir, para enseñar a reducir las propias posibilidades de entrar en un proceso de criminalización secundaria) tiene una ambigüedad esencial: si el tratamiento se centrara en alterar las motivaciones del recluso, la diferencia con el tratamiento resocializador sería escasa; y si, por el contrario, fuera únicamente —como parece sugerir Zaffaroni— un tratamiento de la racionalidad instrumental del recluso, dotándole de habilidades para sustraerse a la acción del sistema penal, hay que observar que es cuando menos discutible que tal actividad deba ser promovida por las instituciones penitenciarias. Una clarificación de esta ambigüedad y la discusión de las objeciones que cada una de las dos versiones del concepto suscita sería, por lo tanto, aconsejable.

IV

En una obra tan extensa y sugestiva como la que ahora acabo de comentar, son muchísimas más las cuestiones particulares que merecerían ser discutidas: así, y además de las que ya han sido mencionadas, su concepción de la parte objetiva del tipo, su teoría del error, su concepción de las causas de justificación, de las de exclusión de la punibilidad o del concurso. Éstos y otros muchos son temas sobre los que Zaffaroni toma posición original, con elaboraciones dogmáticas bien fundadas y llenas de interés (aunque también enormemente discutibles, desde luego). Pero quiero creer que, si algo desea él ver resaltado de esta obra suya en una primera lectura, es sobre todo el cambio de paradigma dogmático que en la misma se ensaya. Un cambio que yo he intentado resumir, compartiendo al tiempo con el lector las dudas e incertidumbres que, aun siendo consciente de la loable motivación del autor, a mí me asaltaron en esa lectura.

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN

Universidad de León