

LA CONSPIRACIÓN PARA DELINQUIR

Comentario a la STS 791/1998, de 13 de noviembre
(RJ Aranzadi 8962)

Recurso de casación 973/1997-P, contra la Sentencia
de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca
(Sección 1.ª) de 4-2-1997

EDUARDO RAMON RIBAS

Profesor Titular interino de Derecho Penal
Universidad de las Islas Baleares

Sumario

I. Introducción: hechos y calificación según la Audiencia Provincial de Baleares. I.1. Hechos probados. I.2. Calificación jurídica. II. Error «in persona» y desviación del proyecto delictivo. III. Asesinato consumado y conspiración para asesinar. III.1. Provocación al delito y proposición para delinquir. III.2. La proposición sin éxito y la proposición con éxito o conspiración. III.3. ¿Conspiración individual? III.4. La conspiración como coautoría anticipada. III.4.1. Distinción entre autores y partícipes. III.4.2. Autoría en sentido formal y conceptos extensivos de autor: confusión entre autores y partícipes. III.4.2.1. El concepto formal de autoría. III.4.2.2. La teoría del dominio funcional del hecho como concepto extensivo de autor. III.4.2.3. Dominio positivo y negativo del hecho. Crítica a la teoría del dominio funcional. IV. ¿Vulneración del principio acusatorio? La correlación de la sentencia con la acusación. V. Conclusiones y observaciones finales. V.1. La dogmática como instrumento de control de la actividad judicial y como «tienda de mercaderías». V.2. Resumen crítico de los principales aspectos de la sentencia comentados. V.3. Proposición, conspiración y provocación como actos preparatorios que sancionan, de forma excepcional, conductas preejecutivas.

I. Introducción: hechos y calificación según la Audiencia Provincial de Baleares

I.1. *Hechos probados*

Con fecha 4 de febrero de 1997, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Baleares dictó Sentencia en la cual se consideran probados los hechos que acto seguido se resumen:

«En Eivissa, a finales de 1994, el procesado José Roig Sala se propuso acabar con la vida de Santiago García Suárez, de profesión taxista —por aquellas fechas conductor del taxi de Eivissa con la licencia número 38—. a causa del malestar que le provocaba su relación sentimental con Margarita Torres Geraldo, con la que el procesado había convivido durante varios años, circunstancia que afectó profundamente a la estabilidad emocional de la hija de ambos, Susana Roig Torres.

Para llevar a cabo su propósito criminal el procesado contó con la ayuda de su hija Susana Roig, la cual, conociendo las intenciones de su padre, vigiló a Santiago García y realizó investigaciones sobre su vida personal y profesional. Asimismo, se concertó con los también procesados Francisco Planells Serra y José Bufí Serra, los cuales, tras varias entrevistas en las que planificaron la ejecución del crimen, aceptaron el encargo de dar muerte a Santiago García a cambio de recibir la suma de trescientas mil pesetas. Antes había realizado la misma oferta a Javier Rodríguez Sánchez y a Juan Daniel Ferrer Costa, pero éstos rechazaron su proposición.

Para perpetrar el crimen, el procesado José Roig proporcionó a José Bufí una pistola que éste no llegó a utilizar, puesto que el 15 de enero de 1.995 un agente de la Guardia Civil intervino el arma en su poder. Posteriormente, a finales de ese mismo mes de enero, el procesado José Bufí, siguiendo las indicaciones de José Roig, y con la finalidad de cerciorarse de la identidad de Santiago García, frecuentó el bar Paquita, en el que solía encontrarse ayudando a Margarita Torres a realizar las tareas propias del bar. En una de estas ocasiones, Susana Roig, siguiendo las instrucciones de su padre, se encontró con José Bufí para indicarle la persona a la que debía matar.

El día 1 de febrero de 1995, el procesado José Roig entregó una nueva pistola, junto con cincuenta cartuchos de munición, a Francisco Planells, encargándole que hiciera llegar estos efectos a José Bufí, no sin antes cerciorarse, en presencia de Francisco Planells, del funcionamiento del arma, para lo cual, en su mismo domicilio, disparó contra un bloque o taco de madera. Al día siguiente, 2 de febrero, el procesa-

do Francisco Planells cumplió este encargo, haciendo entrega a José Bufí del arma y de la munición que debía utilizar para dar muerte a Santiago García.

La tarde del día 2 de febrero los procesados Francisco Planells y José Bufí se dirigieron, en el vehículo Dyane 6 propiedad de este último, en el que previamente habían introducido un ciclomotor, al paraje conocido con el nombre de C'an Rota Vella, situado en el bosque de San Mateo. Tras ocultar una garrafa de gasolina y dejar la motocicleta, se trasladaron a la población de San Rafael, desde donde José Bufí se dirigió a Eivissa para localizar a Santiago García en la parada de taxis de Figueretes.

Los procesados estaban informados de que Santiago García conducía el taxi con la licencia número 38. Sin embargo, pocos días antes había decidido abandonar temporalmente esta profesión, al sentirse vigilado por José Roig, circunstancia que los procesados no llegaron a conocer. José Bufí, según lo proyectado, se dirigió a la parada de Figueretes donde esperó la llegada del taxi número 38. Cuando observó que el vehículo se situaba en los primeros puestos telefoneó a Francisco Planells, que esperaba su llamada en el bar Sa Creu de San Rafael, y, conforme habían planeado, regresó al bosque de San Rafael para dejar el vehículo y recoger la motocicleta.

Mientras tanto José Bufí tomó el taxi número 38, conducido desde hacía sólo algunos días por José Clapés Sala, indicándole que se dirigiera al bosque anteriormente citado. A lo largo del recorrido el procesado se percató de que el conductor no era Santiago García, a pesar de lo cual decidió continuar, dando muerte a José Clapés con la intención de obtener la recompensa prometida. Así lo hizo, disparando a la cabeza del taxista. A continuación prendió fuego, con la gasolina que contenía la garrafa escondida en el lugar del delito, al vehículo en el que se encontraba el cuerpo ya sin vida de José Clapés, que quedó calcinado, resultando asimismo absolutamente destruido el autotaxi, propiedad de Juan Mari Ferrer, cuyo valor venal es de un millón ciento cuarenta mil pesetas, dándose seguidamente a la fuga en el automóvil que le había dejado preparado Francisco Planells.

Pocos días después de producirse la muerte de José Clapés, Francisco Planells vendió la pistola, que previamente le había devuelto José Bufí, a José Boned Costa, en cuyo poder fue finalmente hallada. Por su parte, José Bufí acudió a una peluquería situada en la población de Santa Gertrudis para disimular unas quemaduras que presentaba su cabello».

I.2. Calificación jurídica

La Audiencia Provincial de Baleares, después de explicar, en primer lugar, como alcanzó el convencimiento de que los hechos se habían producido en el sentido considerado probado, y de fundamentar jurídicamente, en segundo término, la calificación de tales hechos como constitutivos de diversos delitos, decidió lo siguiente:

«1.— *Condenar a JOSÉ BUFÍ SERRA como autor de un delito de asesinato por precio* —art. 406.2 CP 1973— *concurriendo la circunstancia agravante de alevosía* —art. 10.15 CP 1973— *a la pena de veintiocho años de reclusión mayor e inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, e indemnización de veinte millones de pesetas, más intereses legales, a favor de María Salas Serra y José Clapés Ramón; como autor de un delito de daños* —art. 263 CP 1995—, *sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de multa de un año a razón de una cuota diaria de quinientas pesetas y que indemnice a Juan Mari Ferrer en la suma de un millón ciento cuarenta mil pesetas, más intereses legales; y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas* —art. 254.1—, *sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de dos años de prisión menor y suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de condena; así como se le condena al pago de 3/12 partes de las costas procesales causadas.*

2.— *Condenar a JOSÉ ROIG SALA por un delito de provocación al asesinato* —arts. 4 y 406.2 CP 1973—, *sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de veinte años de reclusión menor e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas* —art. 254.1 CP 1973—, *sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de dos años de prisión menor y suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de condena; así como se le condena al pago de 2/12 partes de las costas procesales causadas.*

3.— *Condenar a FRANCISCO PLANELLS SERRA como autor de un delito de conspiración para el asesinato* —arts. 4 y 406.2 CP 1973—, *concurriendo la circunstancia analógica de arrepentimiento espontáneo, a la pena de quince años de reclusión menor y suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de condena; y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas* —art. 254.1 CP 1973—, *concurriendo la circunstancia analógica de arrepentimiento espontáneo, a la pena de cuatro meses de arresto mayor y suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de condena; y absolverle del delito de incendio, hoy daños, por el que se le acusaba; así como se le condena al pago de 2/12 partes de las costas procesales causadas.*

4.— Absolver a la acusada SUSANA ROIG TORRES de todos los delitos que le imputaba la acusación particular.

5.— Mandar proceder por el delito de tenencia ilícita de armas contra José Boned Costa, a cuyo efecto se deducirá testimonio particular bastante, y en especial de los folios 342 y siguientes, 373, y 504.

6.— Declarar de oficio 5/12 partes de las costas procesales causadas».

II. Error «in persona» y desviación del proyecto delictivo

En la Sentencia cuyo *Fallo* y *Hechos Probados* se han transcrito, posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo mediante la Sentencia 791/1998, de trece de noviembre, se advierte claramente que José Bufí Serra, pese a percatarse de que el conductor del taxi no era Santiago García Suárez, cuya muerte había aceptado causar a cambio de recibir la suma de trescientas mil pesetas, decidió continuar con el plan delictivo obviando dicha circunstancia y, por consiguiente, matar a José Clapés Sala a fin «de obtener la recompensa prometida».

Dicho de otro modo, José Bufí, ante la imposibilidad de matar, conforme estaba previsto, a Santiago García Suárez, olvida su encargo original y decide, desvinculándose totalmente del plan común, y confiando en obtener, pese a todo, el precio estipulado, terminar con la vida de otra persona, el referido José Clapés Sala, sin que quepa apreciar cometido un simple, y en principio irrelevante, *error en la persona*¹.

En el «error sobre el objeto de la acción», que incluye tanto el mentado error «in persona» cuanto el error «in objeto», el autor se equivoca acerca de la identidad del objeto material, dependiendo la solución, como señalan JESCHECK/WEIGEND, de si la valoración jurídico-penal cambiaría en caso de que la representación del autor hubiera sido correcta: «Si lo sucedido posee una equivalencia valorativa típica con el hecho ideado o, erróneamente, el autor acepta aquélla, entonces la equivocación resulta ser irrelevante por tratarse de un simple error en los motivos»².

¹ «José Bufí, al ejecutar el crimen, se apartó deliberadamente del plan inicialmente trazado, es decir, no erró en la persona». Vid. *Hechos Probados*, núm. 7, de la SAP de Baleares comentada.

² Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, 2002, p. 333.

En esta clase de error, por tanto, y a diferencia de los supuestos de «aberratio ictus» o «error en el golpe», el ataque, pese a que el autor yerra en la elección de la persona o del objeto, alcanza la meta fijada. Con otras palabras, mientras en la «aberratio ictus» el error afecta al proceso ejecutivo, al proceso de manifestación de la voluntad, en el «error in persona o in objecto» afecta al proceso de formación de la voluntad³.

Esta circunstancia incide de forma determinante en la responsabilidad criminal de los demás sujetos, pues la muerte finalmente causada por José Bufí, calificada como delito de asesinato⁴, es una obra exclusivamente suya, totalmente ajena, por tanto, a aquéllos, cuyas responsabilidades, si las hubiere (y tanto la Audiencia Provincial cuanto el Tribunal Supremo estimaron que las hubo), deberían derivarse de la ideación previa de la muerte de Santiago García⁵.

³ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia 1999, p. 664.

⁴ «En los hechos enjuiciados concurre la circunstancia de haber actuado el culpable por precio, puesto que fue la expectativa de obtener una compensación económica —en el presente caso la cantidad de trescientas mil pesetas ofrecidas por José Roig a Francisco Planells y José Bufí— la causa motriz desencadenante del delito (...). También debe tenerse en cuenta la existencia de alevosía, que se caracteriza por el empleo de medios, modos o formas determinados en la ejecución del hecho, especialmente favorecedores del propósito criminal. El acusado, amparándose en la oscuridad de la noche acechó a su víctima, conduciéndola a un lugar solitario y especialmente propicio para la ejecución del delito; según había proyectado, el conductor del taxi, ejerciendo su profesión, no tendría más remedio que llevarle sin desconfianza al lugar elegido para darle muerte». Vid. *Fundamentos Jurídicos*, núm. II, de la SAP de Baleares comentada.

⁵ «En contra de lo que ha sostenido la acusación, la conducta del resto de los procesados José Roig, Francisco Planells y Susana Roig no es constitutiva del delito de asesinato. Puesto que toda participación en un hecho punible tiene que ser dolosa, la responsabilidad del partícipe, inductor o cómplice, acaba allí donde termina su dolo. En consecuencia, no podrá hacerse responsable de los excesos cometidos por el autor, pues tanto quien induce a la comisión de un hecho delictivo, como quien colabora en su ejecución, no responde de los excesos dolosos del autor, no queridos ni aceptados por el partícipe, de los cuales exclusivamente responde el autor. Hubiesen sido responsables estos tres partícipes si José Bufí hubiera matado a José Clapés por error "in persona", confundiéndole con Santiago García Suárez, ya que en tal caso, el proyecto delictivo del ejecutor no habría cambiado, y los partícipes que lo asumieron deberían responder de consecuencias distintas de las pactadas, originadas por error "in persona"». Vid. *Fundamentos Jurídicos*, núm. III, de la SAP de Baleares comentada.

En el mismo sentido, vid. STS, comentada, 791/1998, de trece de noviembre, *Fundamento de Derecho Sexto*: «en relación al asesinato de José Clapés Sala, no puede estimarse coautores a José Roig y a Francisco Planells, ni cómplice a Susana Roig

III. Asesinato consumado y conspiración para asesinar

Imputada la muerte de José Clapés Sala, calificada, como decía, como delito de asesinato consumado, a José Bufí, autor individual de éste, la responsabilidad criminal de los otros procesados la fundamentan la Audiencia Provincial de Baleares, y posteriormente el Tribunal Supremo, en la *preparación conjunta* del asesinato de Santiago García. En efecto, los actos realizados por aquéllos no alcanzan, en relación con el delito proyectado, el estadio ejecutivo, cuya iniciación hubiera dado lugar a una tentativa de asesinato, por lo que sólo su conceptualización como *actos preparatorios punibles* evita la absolución de José Roig y Francisco Planells, resultando impune, sin embargo, el comportamiento de Susana Roig.

Dicha conceptualización como *actos preparatorios punibles* se traduce en la consideración de José Roig como autor de un delito de *provocación* al asesinato, definido en el artículo 4 del Código Penal anterior, y de Francisco Planells como autor de un delito de *conspiración* para asesinar, previsto también en el mentado artículo 4 del Código Penal de 1973.

III.1. *Provocación al delito y proposición para delinquir*

La Audiencia Provincial de Baleares argumenta del siguiente modo la imputación a José Roig de un delito de provocación al asesinato:

«Es claro que si, como sucede en el presente caso, la conducta del instigador recae sobre la muerte de una persona perfecta y claramente determinada, pero el autor mata por su propia iniciativa a otra diferente, a la que no confunde con la víctima —error in personam—, la inducción se trunca y se castiga como provocación al asesinato, pues en tal caso el inducido ha decidido voluntariamente cambiar el objeto material del delito, circunstancia que no

Torres, ya que la participación delictiva exige un elemento subjetivo, consistente en el conocimiento y aceptación del proyecto criminal, en relación al acto homicida contra Clapés cometido por Bufí, faltó el conocimiento y la aceptación de tal acción por parte de Roig, Planells y Susana».

En mi opinión, propiamente no cabe hablar de un *simple exceso* del autor del asesinato, sino de un hecho totalmente nuevo, completamente desvinculado de los restantes procesados, los cuales no sólo lo desconocen, sino que no tienen participación alguna en él.

puede ser captada por el dolo del inductor. En tal caso, éste responde por una inducción no aceptada, es decir, no seguida de ejecución que, según el Tribunal Supremo (sentencia de 30 de diciembre de 1980) equivale a una provocación en la regulación del CP vigente al tiempo de producirse los hechos, y a una proposición conforme a la regulación actualmente vigente».⁶

Esta última advertencia subraya un cambio importante producido en la definición de la provocación. Según el anterior Código (artículo 4 párrafo tercero), la provocación existía cuando se incitaba «*de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito*», castigándose como *inducción la provocación a la que hubiere seguido la perpetración del delito*. El vigente texto penal, en su artículo 18.1, estima, en cambio, que sólo existe provocación «*cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radio-difusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito*», estableciendo el número dos, *in fine*, del referido artículo, como hacía el también mencionado artículo 4, que «*si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción*».

Se produce, por tanto, una sensible reducción del concepto de *provocación*, excluyéndose de él, como señalan BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE⁷, toda provocación que no sea *pública*. Con otras palabras, la provocación se dirige, a tenor de lo dispuesto por el artículo 18 del Código Penal, a una pluralidad de personas, debiendo rebasar la esfera de lo íntimo o privado: «*para que la provocación sea punible ha de tener lugar en el espacio público*»⁸.

Dada esta nueva situación legal, la conducta de José Roig no puede adjetivarse ya como *provocación*, resultando, desde esta perspectiva, atípica. La aplicación retroactiva de la ley penal favorable al reo debería determinar, por tanto, la impunidad del comportamiento de aquél. Dicha consecuencia se soslaya, no obstante, *reconduciendo* aquella conducta a otro tipo penal, el que define la *proposición* para delinquir, que existe, según dispone el artículo 18.2 del Código Penal, reproduciendo en esta ocasión la regulación precedente⁹, «*cuando el que ha*

⁶ Vid. *Fundamentos Jurídicos*, núm. IV, de la SAP de Baleares comentada.

⁷ Vid. *Comentarios al Código Penal, Tomo I, Artículos 1 a 18*, dir. Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1999, p. 901.

⁸ Vid. VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. I, arts. 1 a 233*, coord. T. S. Vives Antón, Valencia 1996, p. 106.

⁹ Artículo 4, párrafo segundo, del Código Penal de 1973.

resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo». Obviamente, la declaración de tipicidad del comportamiento de José Roig presupone aceptar que aquél era subsumible, antes, tanto en la proposición para delinquir cuanto en la provocación al delito, y que en la actualidad, modificado el concepto de esta última, lo es sólo en el tipo que describe la proposición¹⁰, en el que tiene acogida la *inducción frustrada o no seguida de ejecución*.

Y esto último es lo que resulta, a mi juicio, discutible: que la proposición para delinquir contemple, como sostiene MIR PUIG, supuestos de inducción ineficaz o, según él, *tentativa de inducción*¹¹, en los que el inducido, por tanto, no llega a dar inicio a la ejecución del delito correspondiente. En opinión del mentado autor, mantener esta interpretación permite evitar una importante laguna legal, *«pues de otro modo¹² aquélla debería quedar impune, pese a constituir el acto preparatorio más indudablemente punible»*¹³.

En contra de dicha opinión, a mi juicio no sólo no es cierto que la inducción no seguida de ejecución sea el acto preparatorio más indu-

¹⁰ No es exacta, por tanto, la afirmación de la Audiencia Provincial de Baleares de que la inducción no seguida de ejecución *equivale a una provocación en la regulación del CP vigente al tiempo de producirse los hechos, y a una proposición conforme a la regulación actualmente vigente*, pues ello supondría que antes no era conceptuable como proposición, de forma que sólo una ampliación de ésta permitiría acoger una conducta que ya no pertenece al ámbito aplicativo de la provocación. Puesto que la referida ampliación del concepto de proposición no se ha producido, debemos pensar que la Audiencia Provincial estimaba que la inducción no seguida de ejecución tenía cabida tanto en el tipo de provocación como en el de proposición, considerando que el primero desplazaba al segundo, y que una vez producida la entrada en vigor del nuevo Código Penal, sólo la proposición acoge ya aquella conducta.

¹¹ *«La proposición puede cobijar, pues, ante todo la tentativa de inducción»*. Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2002, p. 337.

¹² Y dado que *«la tentativa de inducción no cabría tampoco en la provocación»*. Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 2002, *op. cit.*, p. 337.

¹³ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 2002, *op. cit.*, p. 337.

Con idéntico propósito, esto es, evitar la atipicidad de la inducción ineficaz, conducta que el actual tipo de provocación ya no puede acoger, defiende GÓMEZ RIVERO una interpretación amplia de la proposición. A su juicio, y aunque el legislador no haya adecuado la redacción de la proposición a la necesidad de incorporar a él la tentativa de inducción, *«figura que necesariamente escapa ahora a la que antes era su ubicación sistemática (la provocación)»*, es preciso concluir que el tipo de proposición contempla *«tanto las propuestas de coautoría como aquellas que se orientan a que sean otro u otros los que ejecuten el delito»*. Vid. GÓMEZ RIVERO, «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación», en *La Ley* (1996-1.º), p. 1626. En el mismo sentido, REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, Valencia 1997, p. 54.

dablemente merecedor o acreedor de pena¹⁴, sino que, al menos conforme a la legislación vigente, ni siquiera es típico. Y es que, como señala VIVES ANTÓN, para que se pueda hablar de proposición, según la definición legal, es preciso que el proponente haya resuelto cometer un delito, significando *cometer*, en este ámbito, *ejecutar hasta la consumación*¹⁵. Precisamente en eso se diferencia, según aquel autor, la proposición de la inducción, pues ésta última no comporta una propia voluntad de realización¹⁶. Además, la *invitación* del proponente a otra u otras personas a *ejecutar el delito* debe ir referida, como exige el propio tenor literal de la Ley, infranqueable por toda interpretación, «a que la persona que la recibe tome parte», igualmente, en la ejecución¹⁷.

En suma, la proposición para delinquir la realiza una persona que, habiendo decidido cometer o ejecutar un delito y, por consiguiente, ser autor de éste, invita a otra u otras personas a ejecutarlo con ella, a ser, por tanto, coautores de la infracción criminal.

De este modo, si el que propone ejecutar un delito no tiene intención de participar en dicha ejecución, realiza una proposición no punible; y lo mismo sucede si el proponente invita al tercero o terceros simplemente a cooperar, con actos necesarios o no, en la ejecución del delito.

Entender que la proposición abarca supuestos de inducción sin ejecución posterior supone, además de recuperar parte del espacio aplicativo perdido por la provocación, antes definida de forma excesivamente generosa, prescindir de la referencia que debe proporcionar, sin excepción, el concepto de autor. Siendo la inducción una conducta *accesoria*, punible sólo si existe una conducta principal, la del autor,

¹⁴ «Pues sin duda el acto preparatorio más peligroso es el de quien, habiéndose decidido a intervenir como autor en el delito, invita a otro a que intervenga con él en la realización del mismo», ya que mientras «el inductor no tiene decidida la puesta en práctica por él mismo del delito, sino por otra persona a la que intenta persuadir de ello», en cambio, «quien ya se encuentra decidido a intervenir personalmente en la realización del hecho requiere un menor auxilio ajeno, puesto que ya cuenta con su propia contribución». Por el contrario, «al inductor le queda todo por hacer: encontrar a una o varias personas que desarrollen la ejecución de todo el hecho delictivo». Vid. OLMEDO CARDENETE, *Comentarios al Código Penal, Tomo I, Artículos 1 a 18*, dir. Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1999, p. 882.

¹⁵ Vid., citando la STS de 21 de marzo de 1896, VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit.*, p. 105.

¹⁶ Vid. VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit.*, p. 105.

¹⁷ Vid., citando ahora las SSTs de 5 de febrero y 21 de octubre de 1993, VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit.*, p. 105.

antijurídica, lo cual sucede únicamente cuando se da inicio a la ejecución del delito inducido¹⁸, el castigo del inductor que *busca un autor* constituye, siempre a mi juicio, un exceso intolerable. Sólo si dicha *búsqueda* tuviera éxito, y existiera, por tanto, una *conspiración* punible, procedería, según la legalidad vigente, la intervención penal. Fracasa tal empresa, ya sea porque el inductor no halló a un autor para *su* delito, ya sea porque éste no llegó a principiarlo, el Derecho Penal no puede intervenir, pues estaría castigando a quien meramente pretendía participar en un hecho cuyo autor, o no existe, o aún no ha realizado actos punibles.

En fin, apelando al principio de intervención mínima (resulta un exceso interpretar de forma tan generosa preceptos penales que suponen ya una excepción al principio de que la intervención penal debe esperar al inicio de la ejecución del delito)¹⁹, o al respeto al propio tenor literal de la Ley (mientras el artículo 28, considerando *formalmente* autores a «*los que inducen directamente a otro u otros a ejecutar*» el delito, presupone que el inductor no tiene intención de cometer él mismo el delito²⁰, el artículo 17.2 subraya que el proponente ha resuelto ya «*cometer un delito*», por lo que la invitación tendrá sentido *coejecutivo*), la conclusión no puede ser otra que la de sostener que el tipo de proposición para delinquir contempla únicamente supuestos de coautoría intentada, rechazando, en consecuencia, las tesis que, interpretando aquel tipo de forma extensiva, y superando probablemente lo autorizado por la letra de la ley, incluyen también en él, desatendiendo además el postulado de que no puede haber participación punible sin autoría²¹ igualmente punible, supuestos de inducción intentada.

¹⁸ La accesoriadad del partícipe «*se extiende desde el inicio del plan del autor principal, pues si éste no llega a dar comienzo al hecho, o se queda en tentativa, el partícipe también será impune o será cómplice de tentativa, y así mismo su castigo depende de que no se haya producido desistimiento o arrepentimiento eficaz*». Vid. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dir. Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona 2001, p. 309.

¹⁹ Como observa VIVES ANTÓN, «*los actos preparatorios representan una derogación específica del límite genérico de la punibilidad, situado, por el Derecho Penal liberal, en el principio de ejecución*». La existencia de este límite puede derivarse de las exigencias incorporadas por el principio constitucional de proporcionalidad, el cual, sin embargo, no impide que, «*atendidas la naturaleza y gravedad de ciertas figuras*», pueda adelantarse excepcionalmente la línea de defensa trazada por el inicio de la ejecución «*castigando determinadas formas de preparación*». Vid. *Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit.*, p. 104.

²⁰ Pese a lo cual, *cometerá* el delito de inducción al delito.

²¹ Presente o futura.

Como observa OLMEDO CARDENETE²², el empeño en castigar a toda costa la inducción fracasada, incluso sobre otros actos preparatorios que pueden resultar tanto o más peligrosos, no es sino producto de la inercia a seguir considerando, como se hacía históricamente, al inductor como verdadero autor intelectual del hecho, estimando su comportamiento más reprochable que el desarrollado por quien se limitaba a ejecutar materialmente el hecho.

III.2. *La proposición sin éxito y la proposición con éxito o conspiración*

Incluso aceptando que el ámbito de aplicación del tipo que describe la proposición incluye supuestos de inducción sin ejecución posterior, sorprende que la Audiencia Provincial de Baleares condenara a José Roig por un delito de provocación — o proposición— al asesinato, pues, habiéndose aceptado su proposición²³, existiría ya un delito de conspiración, quedando desplazada aquélla²⁴.

Esta idea, que destaca la preferente aplicación de la conspiración cuando la invitación es aceptada y se alcanza un acuerdo ejecutivo, está ampliamente extendida en la doctrina. Así, subrayan el carácter subsidiario de la proposición respecto a la conspiración, entre otros, ORTS BERENGUER²⁵, REBOLLO VARGAS²⁶, DE LA MATA BARRANCO²⁷ y OLMEDO CARDENETE²⁸.

²² Vid. *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 883 y 884.

²³ Aceptada la proposición, puede afirmarse que ésta tuvo éxito, sin necesidad de esperar al inicio de la ejecución.

²⁴ Se pone de manifiesto así la menor gravedad de la proposición, que debería, como indica VIVES ANTÓN (*Comentarios al Código Penal de 1995*, op. cit., p. 105), haber dado lugar a un castigo diferenciado.

²⁵ Vid. «Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito», en CPC 1982, núm. 18, p. 503.

²⁶ Vid. *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, op. cit., p. 51.

²⁷ Vid. «La participación del funcionario público en los delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados», en *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao 1997, p. 108.

²⁸ Vid. *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 882 y 883.

III.3. ¿Conspiración individual?

Además, condenando al referido José Roig por un delito de provocación al asesinato, el delito imputado a Francisco Planells, el de conspiración para cometer dicho asesinato, queda desdibujado, pues la conspiración sólo existe «cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo». Esto es, debe haber siempre dos o más conspiradores. Considerando a José Roig responsable de un delito de provocación, Francisco Planells aparece como el único *conspirador* del presente caso, pues José Bufí sólo fue condenado por un delito de asesinato consumado.

Aun cuando esta objeción puede salvarse sosteniendo que José Roig, pese a responder por un delito de provocación, también *conspiró*²⁹, no parece adecuado, especialmente teniendo en cuenta el referido desplazamiento de la proposición cuando ésta fue aceptada, imputar a aquél el mentado delito, de participación plurisubjetiva, y a Francisco Planells otro *distinto*.

En cualquier caso, más importante que destacar esta intrascendente *incorrección formal*, es subrayar un significativo error: pese a que José Bufí también «se concertó» para la ejecución de la muerte de Santiago (de hecho, fue el único que propiamente *resolvió* ejecutar dicha muerte), el Tribunal olvida condenarle por el delito de conspiración para asesinar. En efecto, advertida la circunstancia anteriormente comentada,

²⁹ «El comportamiento descrito en la sentencia de José Roig Sala sería subsuible en la figura de conspiración, por darse en su actuación las notas de tal forma de aparición del delito de que antes se ha hecho mención, y es encajable también en la provocación para el delito de asesinato, puesto que ejerció una incitación reiterando a Planells y Bufí para que llevaran a cabo el homicidio de Santiago García Suárez —como antes lo había ejercido con otras personas—, y tales presiones, acompañadas con promesas de recompensa económica, tuvieron virtualidad respecto a Planells y Bufí». Vid. STS, comentada, 791/1998, de 13 de noviembre, *Fundamento de Derecho Sexto*.

En el mismo sentido, *vid.* STS, comentada, 791/1998, de 13 de noviembre, *Fundamento de Derecho Decimotercero*: «Del relato fáctico de la sentencia se deduce claramente que hubo una promesa de 300.000 pesetas de Roig a Planells y Bufí, para que mataran a Santiago García Suárez, y que tal ofrecimiento determinó a éstos a cometer el delito, confabulándose los tres para ello. Fue por ello correctamente tipificada la actuación de Roig como de provocación al delito de asesinato, por aplicación del art. 4 y del 406.2.º del CP de 1973, y podría también haber sido subsumida la actividad del procesado en la figura de conspiración para el delito de asesinato, dado el concierto de ROIG con los otros para la perpetración del acuerdo delictivo, y su voluntad ejecutiva, manifestada en actos de cooperación tan importantes como la facilitación del arma».

la inexistencia de un simple *error en la persona* y, por tanto, la exclusión de la responsabilidad penal de José Roig y Francisco Planells por el crimen cometido por José Bufí, la única forma de *otorgar carácter delictivo a su comportamiento* es, como decía anteriormente, considerarlos responsables de un delito de conspiración para asesinar a Santiago García. Se consigue, de este modo, dada la gravedad de las penas imponibles por dicho delito, una solución *materialmente justa*. Alcanzada ésta, sin embargo, con el propósito mencionado, el Tribunal olvida *extenderla* a José Bufí, cuya responsabilidad penal, nacida del delito de asesinato cometido, no es preciso derivarla de la conspiración imputada a aquéllos con quienes «*se concertó*».

No cabe alegar, en contra de la posición expresada, que José Bufí no puede ser castigado por un acto preparatorio (la conspiración) de asesinato por haber sido ya condenado por éste delito en su forma consumada, pues el efectivamente cometido es totalmente independiente del concertado con José Roig.

III.4. *La conspiración como coautoría anticipada*

III.4.1. **Distinción entre autores y partícipes**

Errores y olvidos al margen, la apreciación de un delito de conspiración para asesinar se basa en la existencia de un *concierto entre tres personas*, los mencionados José Roig, José Bufí y Francisco Planells, *para la ejecución* de la muerte de Santiago García, y en la subsiguiente *resolución de ejecutar*, efectivamente, dicha muerte. Así lo entiende el Tribunal Supremo:

La actuación de Francisco Planells Serra en relación al proyecto de matar a Santiago García Suárez es subsumible en la figura de conspiración para cometer un delito de asesinato, ya que se concertó con José Roig Sala y con José Bufí Serra para llevar a efecto la muerte, y los tres decidieron seriamente su ejecución. Planells asumió unas tareas —entrega de la pistola a Bufí, traslado del Citroen Dyane de este último a las proximidades del lugar elegido para dar muerte a Santiago propias de un cooperador necesario, y además medió el precio cualificativo del asesinato, según el núm. 2 del artículo 406 del Código Penal.³⁰

³⁰ Vid. STS, comentada, 791/1998, de 13 de noviembre, *Fundamento de Derecho Sexto*.

Construir la mentada *conspiración* no es, sin embargo, tan sencillo. Según un importante sector doctrinal, la conspiración constituye un supuesto de *coautoría anticipada*, esto es, un concierto entre *futuros autores*, excluyéndose de ella, por tanto, a quienes, aún proyectando su *participación* en el delito, no lo *ejecutarán*. Esta interpretación, además de mostrarse respetuosa con el tenor literal de la Ley³¹, resulta coherente con la sostenida en relación con la *proposición para delinquir*, entendida en estas páginas como *invitación co-ejecutiva*, esto es, de quien ya decidió ser *autor*, a quien se espera sea *coautor*. De hecho, la aceptación de dicha invitación convertirá lo que hasta entonces era una mera *proposición* de un sujeto individual, en una *conspiración* de dos o más sujetos (según sea el número de invitaciones co-ejecutivas y, en su caso, de aceptaciones).

Concebir la conspiración, y no meramente por razones gramaticales, como un supuesto de coautoría anticipada, constituye, en mi opinión, un acierto. Como dije al comentar el concepto de proposición, el castigo de los actos preparatorios³² supone un adelantamiento excepcional de la línea de intervención penal, trazada, con carácter general, por el inicio de la ejecución de los tipos de la Parte Especial. Hallándonos ante una regulación *excepcional*, su interpretación extensiva nos aleja del postulado de prohibición de exceso o principio de proporcionalidad en sentido amplio, traducido en el ámbito penal a través del principio de intervención mínima, comprometiendo, además, el principio de igualdad, pues se equiparan, en la etapa anterior al inicio de la ejecución, las diversas formas de autoría y participación en el delito, perfectamente diferenciadas, a través del principio de accesoriedad, una vez superamos el mentado inicio de ejecución y nos situamos en el ámbito de la tentativa.

En efecto, aunque el artículo 28 del Código Penal establece el mismo régimen penológico para quienes ejecutan el delito y quienes inducen a dicha ejecución o cooperan a ella con actos necesarios, existe una clara diferencia entre unos, los autores, y otros, los partícipes, esto es, aquellos que simplemente tienen, *sin serlo*, y aunque se les imponga la misma pena, la *consideración de autores*:

Si son partícipes, su responsabilidad quedará vinculada al principio de accesoriedad, el cual presupone que hay un «autor prin-

³¹ La conspiración existe, recordemos, según dispone el artículo 17 del Código Penal, cuando dos o más personas se conciertan *para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo*.

³² Sólo en los casos especialmente previstos en la Ley.

cial o autor en sentido estricto» y que la punición del partícipe dependerá de que ese autor principal haya obrado típica y anti-jurídicamente. Esa es la consecuencia primordial de la distinción entre autores «auténticos» y «asimilados», plasmada en el artículo 28 con las locuciones respectivas «son autores» (párrafo primero) y «serán considerados autores» (párrafo segundo).³³

El partícipe, ya sea inductor o cooperador necesario, interviene siempre en un *hecho ajeno*, que *pertenece a otro (el autor) u otros (los coautores)*, vinculándose su tipicidad a la de aquél o éstos. Su castigo depende, por ello, de que sepa a quién y a qué ha inducido o ayudado (dolo del partícipe), y, además, de que la conducta del autor sea típica y antijurídica, sin que resulte admisible, por otra parte, *la participación en la participación*. En fin, existiendo una nítida diferenciación entre autoría y participación en un delito consumado o intentado, una comprensión amplia de la conspiración supone una inadmisibile equiparación de ambas, pues no resulta posible distinguir entre autores y partícipes: *todos son conspiradores*, incluido, quizá, el cómplice o cooperador no necesario.

Ciertamente, si llegamos a la conclusión de que el *concierto para la ejecución* no requiere comprometerse a ejecutar mediata o inmediatamente el delito planeado, sino, simplemente, acordar que *se ejecute un delito*, aun cuando ello lo haga sólo uno de los conspiradores o, incluso, un tercero ajeno a la conspiración, en el artículo 17.1 podría tener cabida el cómplice o cooperador no necesario (pues también él puede concertarse para la referida ejecución de un delito), con lo cual resultaría aún mas manifiesto el perverso efecto de igualación de aquel precepto. Si no es preciso que el conspirador se reserve un papel ejecutor en el delito proyectado, ¿por qué excluir a los que únicamente asumirán el rol de cooperadores no necesarios?

En suma, o aceptamos que la conspiración es un concierto entre (futuros) autores, o no existen motivos para excluir únicamente a algunos de los partícipes, o, incluso, admitir que ninguno de los conspiradores acepte ejecutar el delito. Esta última posibilidad se daría, por ejemplo, si un conjunto de personas deciden *que se cometa o ejecute un delito*, pero no desean hacerlo ellos y prevén, por ello, que lo *cometa o ejecute* un tercero. Incluido este supuesto entre las conductas subsumibles en el artículo 17, se reproduciría un problema ya subrayado a propósito del análisis de la proposición: estaríamos castigando una conducta formal

³³ Vid. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 308.

y materialmente constitutiva de participación sin vincularla a autor alguno, sin necesidad, por tanto, de preguntarnos si existe una conducta principal que autorice el castigo de los que participarán en ella.

Ello supondría, además, aceptar la punibilidad de la conducta de quienes se conciertan para inducir o para cooperar en un delito, incluso antes de inducir o cooperar y de que exista propiamente un autor no sólo actual sino también futuro.

Para salvar este problema podemos exigir que al menos alguno de los *conspiradores* sea un futuro ejecutor, pero esta solución ni consigue apartar al cómplice del ámbito de la conspiración, ni, sobre todo, se ajusta al tenor literal del tipo, que exige, insisto, *concierto para la ejecución* (y no *para la participación*) del delito y la resolución de todos ellos de, efectivamente, *ejecutarlo* (y no de que otros, *uno de ellos o un tercero lo ejecuten*).

III.4.2. Autoría en sentido «formal» y concepto extensivos de autor: confusión entre autores y partícipes

III.4.2.1. El concepto formal de autoría

Otra solución mediante la cual superar los dos inconvenientes señalados (inclusión del cómplice en el ámbito de la conspiración y atentado contra el tenor literal de la Ley), sin dejar de concebir la conspiración como una coautoría anticipada, estriba en tomar como punto de partida el concepto de autoría *formal* diseñado por el artículo 28 del Código Penal, según el cual son *considerados autores los que inducen directamente a otro u otro a ejecutar el delito y los que cooperan con un acto sin el cual no se habría ejecutado*. Dado que también los inductores y los cooperadores necesarios son autores, quedaría explicada la exclusión de los cómplices del concepto de conspiración y, al mismo tiempo, se fundamentaría la inclusión de aquéllos en este último.

En contra de esta posición, cabe alegar, no obstante, que el artículo 17 no alude indistintamente a los *autores* (lo cual permitiría incluir, quizá, a quienes, sin serlo, son considerados como tales) sino a los *ejecutores* y, por tanto, sólo a los sujetos que aparecen definidos en el párrafo primero del artículo 28³⁴.

³⁴ Art. 28, párrafo primero: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento».

La vía subrayada es precisamente la seguida por el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos. Tras destacar que Francisco Planells asumió un conjunto de tareas propias de un cooperador necesario³⁵ sostiene que «debe entenderse que la decisión de participar en el ejecución del delito con una cooperación necesaria, se halla incluida en la decisión de ejecutar el delito contemplado en el pár. 1.º del art. 4 del CP de 1973, y supone un supuesto de la autoría amplia que tipifica el art. 14 del mismo Cuerpo Legal, el número 3 de dicho precepto»³⁶. Tomando como referencia este concepto «amplio» o «formal» de autoría, en el que se incluye la cooperación necesaria, ya no es preciso que el conspirador tenga el dominio funcional del hecho y, por consiguiente, la condición de «coautor» del delito proyectado: «el motivo (decimoséptimo) debe rechazarse (...) por entender que la actuación ejecutiva que asumió Planells era subsumible en el n.º 3.º del art. 14 del CP., y comprendida en el par. 1.º del art. 4 del mismo Código Penal, aunque el procesado no hubiese tenido el dominio funcional del hecho».

III.4.2.2. La teoría del dominio funcional del hecho como concepto extensivo de autor

Conscientes de todos estos obstáculos³⁷, los magistrados integrantes de la Sección de la Audiencia Provincial de Baleares que juzgó los

³⁵ «Por el carácter principal de la aportación convenida —facilitación de la pistola y situación del coche de Buñi en las proximidades del lugar elegido para el homicidio, para que este pudiera alejarse después de cometido el asesinato— y por poder calificarse de imprescindible la ayuda, y no fácil de conseguir, y conforme, por tanto, con la teoría de los bienes escasos». Vid. STS, comentada, 791/1998, de trece de noviembre, *Fundamento de Derecho Decimosexto*.

³⁶ Art. 14 ACP: «Se consideran autores:

1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho.

2.º Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo.

3.º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado».

³⁷ «No desconoce este Tribunal la tesis que sostiene que la aportación del cooperador necesario al hecho —calificación en la que se basan ambas acusaciones para afirmar su responsabilidad— queda fuera de la conspiración al considerar el auxilio necesario exclusivamente como una actividad previa a la ejecución del hecho». Vid. *Fundamentos Jurídicos*, núm. V, de la SAP de Baleares comentada.

En el mismo sentido, vid. STS, comentada, 791/1998, de trece de noviembre, *Fundamento de Derecho Sexto*: «La conspiración se caracteriza por la concurrencia del “pactum sceleris” y por la resolución firme o decisión seria de ejecución (SS. De 11 de marzo de 1948, 9 de abril 1965 y 17 de abril 86). La jurisprudencia ha estimado

hechos por los que fueron condenados José Roig, José Bufí y Francisco Planells, fundamentan la existencia del delito de conspiración para cometer el asesinato de Santiago García Suárez, cuyo ejecutor debía ser el segundo de aquéllos, tomando una construcción de ROXIN³⁸, en la «*unión de voluntades existente entre el autor y el cooperador*³⁹, *plasmada en un plan concreto y acabado*»:

Dicha unión de voluntades permite «castigar como conspirador al cooperador necesario cuando éste, como sucede en el presente caso, se ha reservado una función en la realización del hecho que le asegura el dominio de la acción delictiva, pues si su participación en el hecho proyectado habría merecido la consideración de coautor para el caso de haber llegado realmente a ejecutarse, sin embargo cuando éste no se produce es posible afirmar su responsabilidad por el delito de conspiración, ya que, en último término la conspiración no es más que una forma de coautoría anticipada, y son actos preparatorios los de cooperación necesaria verificados». ⁴⁰

«El dominio funcional del hecho», continua la Sentencia, «es un criterio válido de imputación a los coautores, que presupone la concurrencia de varias personas a la realización del delito, la aportación necesaria de cada uno de los que comparten el dominio del hecho a la realización del plan total, en el marco de una división del trabajo, y la existencia de un común acuerdo. Es evidente que en este caso existió unión de voluntades entre Francisco Planells y José Bufí anterior a la realización del hecho, plasmada en un plan concreto y definitivamente proyectado. Y también lo es, a juicio de este Tribunal, que la función que se había reservado Francisco Planells en la realización del hecho delictivo, por su carácter esencial, le aseguraba el dominio funcional de la acción delictiva». ⁴¹

Resumiendo, la Audiencia Provincial de Baleares, apelando a la *unión o concierto de voluntades* y al criterio del *dominio funcional del*

que no pueden ser sujetos de conspiración quienes no reúnan las condiciones para ser autores (S. 1547/93, de 25 de abril)».

³⁸ Que exige, para estimar que existe coautoría, la concurrencia de un plan común (nexo subjetivo entre los coautores), la esencialidad de la contribución y la actuación en fase ejecutiva.

³⁹ El tribunal se refiere en este momento sólo a Francisco Planells puesto que la responsabilidad criminal de José Roig ya se ha fundamentado previamente mediante su consideración como *provocador de un delito de asesinato*.

⁴⁰ Vid. *Fundamentos Jurídicos*, núm. V, de la SAP de Baleares comentada.

⁴¹ Vid. *Fundamentos Jurídicos*, núm. V, de la SAP de Baleares comentada.

hecho, atribuye a Francisco Planells la condición de *coautor futuro*, asegurando así su condición de *conspirador actual*, y excluyendo, por carecer del citado *dominio funcional del hecho*, y, en consecuencia, no ser una *futura* coautora, a Susana Roig Torres del ámbito de la *conspiración punible*»:

«En cambio, no puede afirmarse la responsabilidad criminal de Susana Roig Torres, que se limitó a participar en la preparación del hecho delictivo proporcionando diversas informaciones sobre la vida privada y profesional de Santiago García e, incluso, señalando a José Bufí quien era la persona a la que debía matar. Es claro que la contribución de Susana Roig al delito proyectado no le aseguraba el dominio funcional del hecho. Por ello, y por tratarse de una aportación previa a la realización de su contribución al mismo, sólo puede ser tratada como un supuesto de complicidad del art. 16 CP 1973».42

«En estas circunstancias», y dado que «el concierto para ser cómplice no es constitutivo de una conspiración punible», pues «únicamente es conspirador el que se concierta para ser autor o coautor de un delito y resuelve realizarlo»43, debe concluirse que la conducta de la procesada Susana Roig («concertarse para realizar actos de mera colaboración no indispensable en el mismo») no es punible si el delito «no llega a ejecutarse».44

Tras hallar, considerándolo *coautor futuro*, el modo de fundamentar la responsabilidad penal de Francisco Planells, el Tribunal de instancia intenta explicar, detalladamente, la imputación a éste de aquella condición. A su juicio, la necesidad o esencialidad de una aportación depende de si ésta «condiciona la propia posibilidad de realizar el delito o reduce de forma esencial el riesgo de su realización», lo cual debe evaluarse en el caso concreto acudiendo a la idea del *desbaratamiento del plan*: «si la falta de una concreta aportación es capaz de desbaratar el plan, habrá de concluirse que quien estaba encargado de realizarla domina el hecho en su totalidad».

Y ello es precisamente lo que sucede con la contribución de Francisco Planells, «el cual no sólo proporcionó la autor el arma homicida y

42 Vid. *Fundamentos Jurídicos*, núm. VI, de la SAP de Baleares comentada.

43 «Así se deduce de lo establecido en el art. 4 CP 1973 que, implícitamente, se refiere a la decisión de los conspiradores de realizar el delito». Vid. *Fundamentos Jurídicos*, núm. VI, de la SAP de Baleares comentada.

44 Vid. *Fundamentos Jurídicos*, núm. VI, de la SAP de Baleares comentada.

preparó con él el escenario del crimen, sino que también, en el marco del plan inicialmente trazado, se encontraba encargado de facilitar su huida en el momento en que se sitúa, precisamente, el inicio de la ejecución, es decir, en el instante en que José Bufí establece contacto con la víctima y la conduce al lugar elegido para matarla, un paraje solitario en el que no habría existido otra posibilidad de huir impunemente si Francisco Planells no hubiera cumplido con lo proyectado, conduciendo el vehículo de José Bufí hasta el lugar del crimen. Consiguientemente, es en este contexto en el que debe situarse la contribución de Francisco Planells al hecho y en el que puede afirmarse que resultaba esencial para la ejecución del delito según lo proyectado»⁴⁵.

Resumiendo nuevamente, la Audiencia Provincial de Baleares estima que la aportación de Francisco Planells, de carácter *no ejecutivo*, resulta *necesaria* de acuerdo con el plan delictivo común, pues sin ella podría *desbaratarse el plan*, posibilidad, ésta, que obliga a concluir, a su vez, que Francisco Planells tiene el *dominio funcional del hecho* o, con otras palabras, que lo *domina en su totalidad*», por lo cual debe ser considerado *futuro coautor* del delito planeado y no un simple *cooperador*, aun necesario, de dicho delito.

En contra de esta argumentación, cabe alegar que conduce a una absoluta confusión entre una de las formas de autoría, concretamente la *coautoría*, y una de las clases de participación, la cooperación necesaria o, mejor dicho, a la práctica supresión de esta última. Con independencia ahora de que, efectivamente, la cooperación de Fran-

⁴⁵ Vid. *Fundamentos Jurídicos*, núm. V, de la SAP de Baleares comentada.

⁴⁶ En mi opinión, esta calificación no se ajusta a la realidad de los hechos. Francisco Planells, como observa el propio Tribunal de instancia, proporciona, en efecto, al *futuro autor* del delito proyectado, el arma homicida, preparando con él, además, el escenario del crimen y la huida posterior, sin que, pese a todo, dicha participación puede estimarse *necesaria*.

Así, aunque le proporciona el arma del crimen, lo cierto es que él es únicamente un intermediario totalmente prescindible, pues es José Roig, el *inductor del delito*, quien previamente le ha facilitado a él la citada arma homicida. De hecho, en un primer momento José Roig proporcionó personalmente a José Bufí una pistola que éste no pudo llegar a utilizar por ser intervenida por la Guardia Civil, por lo que se hace precisa una segunda entrega, en la que participa ahora como intermediario Francisco Planells, encargado de hacerla llegar a José Bufí.

En relación con la preparación del escenario del crimen y del posterior abandono de éste, el auxilio de Francisco Planells resulta igualmente innecesario. Según se afirma en el relato de hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, la tarde del día 2 de febrero de 1995 Francisco Planells y José Bufí se dirigen en el vehículo propiedad de éste, en el cual previamente han introducido un ciclomotor, al lugar del crimen planeado, ocultado allí una garrafa de gasolina y dejando

cisco Planells mereciera la calificación de *necesaria*⁴⁶, la tesis que identifica *necesidad de una aportación (no ejecutiva)* con *dominio funcional (o total) del hecho por tener la capacidad de desbaratar el plan delictivo*, y que, sin solución de continuidad, otorga al que posee dicho dominio la condición de *coautor*⁴⁷, impide conceptualizar como cooperación necesaria las aportaciones al hecho no ejecutivas *sin las cuales el delito no se habría efectuado*. El ámbito de aplicación de la coautoría se extiende tanto que abarca también el espacio natural del auxilio necesario, restando sólo como forma de *participación en el delito* la inducción, y aproximándonos, así, a un concepto extensivo de autoría, que no es, según se reconoce por Jurisprudencia y Doctrina, el establecido en el Código Penal español.

La ampliación de los contornos de la coautoría, alcanzada *usurpando* espacios típicos ajenos, se consigue, por otra parte, primando el valor de los elementos subjetivos de la conducta, que se imponen a la contemplación objetiva de los hechos. El artículo 28, en el que, como sabemos, se establece quienes son autores, exige que éstos *realicen o ejecuten el hecho*⁴⁸, ya sea *por sí solos* (autoría individual), *conjuntamente* (coautoría) o *por medio de otro del que se sirven como instrumento* (autoría mediata). La existencia de un acuerdo o concierto de voluntades y el dominio funcional antes explicado no puede suplir la ausencia de la realización o ejecución, total o parcial, del hecho delictivo, pues ésta es exigida, como hemos visto, por el artículo 28 del Código Penal.

Además, en el seno de un Derecho Penal presidido por el principio

el mentado ciclomotor. Desde la parada de taxis, y poco antes de coger el de licencia número 38, José Bufi llama por teléfono a Francisco Planells a fin de que éste vaya en coche al paraje referido y lo deje allí en lugar del ciclomotor, concluyendo así su participación en el asesinato cuya ejecución está prevista. Como puede fácilmente apreciarse, la supresión mental de los actos de auxilio de Francisco Planells no *desbaratan* el plan: José Bufi debería haber introducido él sólo el ciclomotor en el vehículo o solicitar la ayuda de un tercero; haberse dirigido también sólo al lugar del crimen y dejar allí, además de la garrafa de gasolina, bien el coche bien el ciclomotor, con lo cual no debería haber llamado a cómplice alguno, y habría tenido igualmente preparado el abandono del lugar, que, por otra parte, no se encontraba lejos (ello lo digo por mi conocimiento de la geografía ibicenca) de los centros poblados más próximos.

⁴⁷ Como hemos visto, precisamente por estimarse *no necesaria* su participación, se estima que Susana Roig no posee el dominio funcional del hecho y se la adjetiva como simple *cómplice*.

⁴⁸ Si no lo *ejecutan*, sino que *inducen a «ejecutarlo»* o *cooperan a su «ejecución» con actos sin los cuales no se habría efectuado*, simplemente son *considerados autores*. El artículo 28 basa, por tanto, la diferencia entre autoría y participación en la realización, o no, de actos ejecutivos por parte del sujeto.

de protección de bienes jurídicos, del cual se derivan la prohibición de proteger intereses meramente morales y la necesidad de que el juicio de desvalor de todo comportamiento atienda, en primer lugar, a su dimensión objetiva, a la capacidad de la conducta de lesionar el bien jurídico tutelado en cada supuesto, la contemplación de la dimensión subjetiva de aquélla debe ir precedida siempre, también en el ámbito de la autoría, por su análisis objetivo: «*o se reconoce un principio del hecho y entonces no todo es subjetivamente sustituible en un delito*», o «*se renuncia al principio del hecho*», lo cual conduciría, como afirma JAKOBS, a fundamentar la pena en el aspecto *interno* de la conducta⁴⁹.

Concediendo al *concierto de voluntades* y al *dominio funcional* la potestad de decidir quién es autor de un delito, resulta irrelevante la realización mediata o inmediata, individual o conjunta, del hecho delictivo, por lo que podrá afirmarse que una determinada persona *ha realizado* un hecho previsto como delito sin que, en realidad, lo haya realizado, alcanzándose, una vez más, un concepto extensivo de autor, capaz de fagocitar lo que, en otras circunstancias, constituiría una inducción, una cooperación necesaria, una complicidad o, incluso, una conducta atípica.

La única vía legal a través de la cual afirmar que quien no ha ejecutado materialmente el hecho es, pese a todo, su autor, por estimarse que, ello no obstante, «ha realizado el hecho», es la referida autoría mediata. Al margen de ella, sólo resta otra vía para imputar resultados a quien no los causó, a quien, por tanto, no ejecutó el hecho: la comisión por omisión prevista en el artículo 11 del vigente Código Penal.

III.4.2.3. **Dominio positivo y negativo del hecho. Crítica a la teoría del dominio funcional**

Las críticas anteriores no implican un rechazo a la teoría del dominio del hecho en su totalidad, sino a una de sus concretas *manifestaciones jurisprudenciales*. Como señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, no se puede negar que el *partícipe* que, dejando de actuar, desbarata el plan tiene un cierto dominio del hecho, «*pero lo que hay que pre-*

⁴⁹ Vid. JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho Penal*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, pp. 302 y 305.

guntarse es si éste es el dominio necesario para ser autor, o sea si el dominio que determina o decide el si y el cómo de la actuación. Y hay que decir que no»⁵⁰.

Según dicho autor, ese sujeto actúa con un dominio *puramente negativo* que, aun cuando se considere más fuerte que el mero poder de interrupción mediante una actividad positiva⁵¹, no alcanza el *estatus* de dominio positivo: *«el que realiza una aportación esencial (se determine esa esencialidad como se determine) lo único que consigue es que el hecho no se detenga (más que un poder sobre el «sí» del hecho, sería un poder sobre el «no», la «no producción» del hecho), pero, por más que se empeñe, con su actuación no puede decidir positivamente que el hecho se produzca, es decir, no podrá determinar objetiva y positivamente el hecho»⁵².*

«Supongamos», continua DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «un caso de vigilancia en un robo, que se considere un hecho necesario: por mucho que el sujeto vigile y vigile, si nadie toma la cosa, no habrá robo, es decir está en manos de otro u otros la realización del tipo; es decir, supuesto que nadie haya interrumpido el hecho anteriormente, el vigilante, al realizar su acción, no roba, porque roba quien toma las cosas, sea uno o varios; en cambio, en el caso de éstos, supuesto que nadie haya interrumpido el hecho antes, en cuanto realizan su acción determinan positivamente el hecho; es decir, que el cooperador necesario depende totalmente del autor o autores, mientras que éste o éstos sólo dependen de aquél en un sentido negativo (dependen en cuanto que, para poder actuar, precisan de la actuación del cooperador necesario, pero, supuesta ésta, el hecho queda totalmente en sus manos)».⁵³

En suma, concluye DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, críticas generales a la teoría del dominio del hecho al margen⁵⁴, el criterio del domi-

⁵⁰ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona 1991, p. 669.

⁵¹ «Pues aquí se trata de un poder de interrupción mediante la simple pasividad». Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, op. cit., p. 670.

⁵² Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, op. cit., p. 670.

⁵³ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, op. cit., p. 670.

⁵⁴ «Que consisten en decir que la misma ofrece fórmulas vagas y difíciles de concretar, que en definitiva permiten justificar casi cualquier calificación de los intervinientes (críticas que quizá sean aplicables a las concepciones menos perfiladas de la teoría del dominio del hecho, pero que lo son sólo relativamente a la de ROXIN y a las que, con más o menos variantes, han seguido a la de este autor)». Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, op. cit., p. 675.

nio funcional no es apto para caracterizar la coautoría por las siguientes razones: «*el dominio funcional supone sólo un dominio negativo y, con ello, una ampliación del tipo que no se corresponde con un verdadero concepto restrictivo de autor que conserve todas sus ventajas*»⁵⁵.

IV. ¿Vulneración del principio acusatorio? La correlación de la sentencia con la acusación

Tanto José Roig como Francisco Planells, a los que las acusaciones imputaban haber participado en el *asesinato de José Clapés Sala*⁵⁶, son condenados por un delito distinto del que fue objeto de acusación, esto es, por *conspirar para asesinar a Santiago García Suárez*, por lo que cabe plantearse si se produjo una vulneración del principio acusatorio o del deber de correlación de la sentencia con la acusación.

Según jurisprudencia consolidada de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el principio acusatorio impide que alguien pueda ser condenado si no se ha formulado contra él acusación por una parte acusadora ajena al órgano enjuiciador, «*en tales términos que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por la acusación y la defensa, lo que significa que ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria*»⁵⁷.

Aunque el principio acusatorio y el deber de correlación de la sentencia con la acusación parecen referirse a una misma cosa, debe distinguirse entre ambos. Como señala CUCARELLA GALIA-

⁵⁵ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, op. cit., pp. 675 y 676.

⁵⁶ El Ministerio Fiscal, según consta en los Antecedentes de la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares objeto de este comentario, calificó los hechos como constitutivos de un delito de asesinato del artículo 406. 1 y 2, considerando responsables a José Roig Sala y Francisco Planells Serra, a quienes estimaba autores del n.º 3 del art. 14 del CP, y a José Bufí Serra, al cual se imputaba el delito en concepto de autor de acuerdo con el n.º 1 del referido artículo 14.

La Acusación Particular, por su parte, calificó los hechos como constitutivos de un delito de asesinato del artículo 406.1, considerando a José Roig inductor de dicho delito, a Francisco Planells cooperador necesario, y a José Bufí autor.

⁵⁷ Vid. STS 1954/2002, de 29 de enero, Fundamento de Derecho Segundo.

⁵⁸ *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Navarra, 2003, pp. 183 y ss.

NA⁵⁸, «El principio acusatorio no exige que el Tribunal se encuentre vinculado a la calificación jurídica que hayan realizado los acusadores», pues «la aplicación del Derecho al caso concreto es función de la Jurisdicción». Ello significa que aquel principio no exige que la sentencia «guarde correlación absoluta con el Derecho invocado por los acusadores», ya que, «en caso contrario, la función jurisdiccional quedaría «cercenada»». La vinculación, por tanto, del juez a los aspectos objetivos «lo es en relación con los hechos imputados, sin que dentro de los mismos deba incluirse la calificación jurídica».⁵⁹

Por ello, los Jueces y Tribunales, si bien «en relación con los hechos y la persona del acusado», deben actuar «conforme al principio acusatorio, en relación con la calificación jurídica y la pena deben actuar conforme al principio de legalidad»⁶⁰. Defender la posibilidad de que se produzcan cambios en la calificación jurídica «no quiere decir», sin embargo, «que en todo caso y sin más, pueda llevarse a cabo un cambio en la misma», pues muchas veces⁶¹ «será necesaria la formulación de la tesis de desvincula-

⁵⁹ «Así puede apreciarse en la STS de 19 de junio de 2000», que considera que el objeto del proceso penal «está integrado por los hechos que se imputan a una persona determinada, sin que la calificación jurídica de los mismos, y la pena, lo integren». Vid. CUCARELLA GALIANA, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, op. cit., p. 184.

⁶⁰ Vid. CUCARELLA GALIANA, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, op. cit., pp. 184 y 185.

⁶¹ Incluso en supuestos en los cuales la modificación de la calificación jurídica implique una penalidad inferior a la inicialmente sostenida por la acusación. Vid., sobre ello, CUCARELLA GALIANA, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, op. cit., pp. 187 y ss.

⁶² Art. 733 LECriminal.— «Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula:

Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre la conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de ... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número ... del artículo ... del Código Penal.

Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto de la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, como en cuanto a la partición de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público, que sea materia de juicio.

Si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la sesión hasta el siguiente día».

ción⁶² como instrumento para que el tribunal someta a contradicción de las partes otras posibles calificaciones distintas a las que se han planteado en el proceso»⁶³. En estos casos, no obstante, la formulación de la tesis no persigue la tutela del principio acusatorio, sino la salvaguarda del de contradicción, del derecho de defensa, comprometido por la nueva calificación jurídica de los hechos⁶⁴.

Ello implica, como afirma el propio Tribunal Supremo⁶⁵, que no se pueda condenar por unos hechos sustancialmente distintos de los que han sido objeto de acusación⁶⁶, ni por un delito más grave ni por circunstancias agravantes, grados de perfeccionamiento y grados de participación más severos. De ahí que los términos jurídicos puedan «*ser modificados si se acoge una subsunción técnicamente más correcta o acorde con lo que el Tribunal estime realmente acreditado, siempre que se trate de una infracción de igual o menor entidad y sea homogénea*».

Con otras palabras, y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, «*el principio acusatorio no veda la subsunción del hecho en la calificación jurídica más correcta*», siempre que se respeten los límites anteriormente expuestos. Y es que, «*so pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos «y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo»*», siempre, «*claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso*»⁶⁷.

Introducidas las reflexiones anteriores, lo que debería analizarse es si la modificación de la calificación de los hechos juzgados por la

⁶³ Vid. CUCARELLA GALIANA, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, op. cit., pp. 185 y 186.

⁶⁴ Vid. MORENO CATENA, *Algunos problemas del derecho de defensa*, Madrid 1990, pp. 565 y 566.

⁶⁵ Vid. STS 1954/2002, de 29 de enero, Fundamento de Derecho Segundo.

⁶⁶ «*Los términos fácticos pueden ser completados o aclarados con elementos accidentales que surjan de la prueba practicada ante el Tribunal o que estime éste conveniente introducir en la redacción del hecho para mayor claridad, sin que constituyan alteraciones esenciales*». Vid. STS 1954/2002, de 29 de enero, Fundamento de Derecho Segundo.

⁶⁷ Vid. STS 1954/2002, de 29 de enero, Fundamento de Derecho Segundo.

Audiencia Provincial de Baleares respeta los límites impuestos por el principio acusatorio, esto es, si la infracción por la que se condena es de igual o menor entidad que la infracción imputada por las acusaciones a los procesados, y si entre ambas existe homogeneidad. En principio, ambas condiciones se cumplen, pues el delito de conspiración para asesinar es, evidentemente, una infracción más leve que el delito de asesinato consumado, existiendo entre ambas, por otra parte, una igualmente evidente homogeneidad, ya que constituyen diversas fases de un mismo delito y protegen, por ello, el mismo bien jurídico.

Pese a todo, y dado que el principio acusatorio tiene como fin permitir que el acusado haya tenido oportunidad de defenderse de forma contradictoria, debe analizarse más detenidamente el problema. En efecto, como sostiene el Tribunal Supremo en la Sentencia 513/2003, de 2 de septiembre, las exigencias derivadas del principio acusatorio prohíben no sólo calificar los hechos de un modo más grave que el que fue objeto de acusación, sino también tipificarlos como delito distinto, *«aunque éste se halle igual o incluso más levemente sancionado que el delito imputado por las acusaciones, no exceptuándose de esta regla sino los casos en que entre el delito sostenido por la acusación y el que se proponga apreciar en su sentencia el Tribunal, exista una patente homogeneidad que haga previsible para el acusado el cambio de calificación jurídica, pues, en tal caso, no puede el mismo alegar ni desconocimiento de la acusación, ni consiguiente indefensión»*⁶⁸.

Se trata, en fin, de determinar si los acusados pudieron prever el fallo de la Audiencia Provincial y, en consecuencia, articular su defensa conforme a dicha previsión, o si, por el contrario, la condena por un delito de conspiración para matar a una persona distinta de la efectivamente asesinada constituyó para ellos una inesperada sorpresa por apartarse de los términos del debate.

En mi opinión, centrado el debate en averiguar cual fue la exacta participación de los cuatro acusados, y especialmente José Roig, José Bufí y Francisco Planells, en el asesinato perpetrado, la introducción en la sentencia de un tipo delictivo preparatorio del asesinato, ciertamente, distinto, no obstante, del cometido, constituye no sólo una novedad cuya defensa hubiera requerido acusación específica, sino incluso una infracción más grave que la solución alternativa, que no es el castigo, respectivamente, como inductor o cooperador necesario, sino la impunidad de las conductas de José Roig y Francisco Planells.

⁶⁸ Vid. STS 513/2003, de 2 de septiembre, Fundamento de Derecho Primero.

En efecto, se demuestra que ambos, acusados de participar en el asesinato de José Clapés Sala, ninguna vinculación tienen con dicho asesinato, pues es obra exclusiva de José Bufi, que decidió asesinar a una tercera persona cuya muerte no estaba planeada por aquéllos y en la cual, por tanto, no tenían interés alguno. De ahí que la condena por conspirar para matar a Santiago García, por cometer un delito totalmente independiente del que fueron acusados en el proceso, sea una infracción no sólo, lógicamente, *más grave*, sino también *distinta*, pese a tratarse de un delito de la misma naturaleza que el cometido, e incapaz, en todo caso, de ser considerada una *simple subsunción técnicamente más correcta*: se trata, sin duda, empleando las expresiones del propio Tribunal Supremo, de *una subsunción técnicamente nueva*, no simplemente *más correcta*, lo cual habría sucedido si, por ejemplo, hubiera calificado como homicidio un hecho considerado asesinato por la acusación.

Pero es que, además, no nos hallamos únicamente ante una calificación nueva, sino también ante un hecho igualmente *nuevo*, en relación con el cual no hubo acusación. La vinculación del Tribunal, en consecuencia, es absoluta, debiendo actuar, como apuntábamos, de acuerdo con el principio acusatorio, sin que cupiese, siquiera, formular la tesis de la desvinculación prevista en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues, tratándose de un hecho nuevo, no existe posible cambio en la calificación por homogeneidad en los hechos.

Dicha homogeneidad puede ser «descendente», cuando se reducen aspectos objetivos del relato fáctico de la acusación o «ascendente», cuando se amplían⁶⁹. En los supuestos de homogeneidad ascendente en los hechos, «que puede posibilitar el salto de una unidad jurídica inferior a otra superior»⁷⁰, es necesaria la formulación, por parte de Tribunal, de la tesis de la desvinculación, debiendo las acusaciones asumir el aspecto objetivo que aquél les ha puesto de manifiesto a través de dicha tesis⁷¹. De esta

⁶⁹ «En ambos casos, la modificación de los hechos implica un cambio en la calificación jurídica de los mismos respecto de la que inicialmente sostenía la acusación». Vid. CUCARELLA GALIANA, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, op. cit., pp. 188 y 189.

⁷⁰ «Así ocurre cuando el Tribunal pretende condenar por un subtipo agravado al sostenido por la acusación, o apreciar agravante objetiva no alegada». Vid. CUCARELLA GALIANA, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, op. cit., p. 189.

⁷¹ «Así, por ejemplo, si se acusa inicialmente por hurto, y el tribunal a la vista de las pruebas practicadas aprecia violencia que pudiera determinar la condena por

forma, se somete a la contradicción de las partes la nueva perspectiva jurídica de los también «nuevos» hechos. «La formulación de la tesis en relación con los hechos garantiza el respeto al principio acusatorio, y en relación con la calificación jurídica de esos hechos, garantiza el derecho de defensa»⁷².

En los supuestos de homogeneidad descendente, que sería, si se estimara que sí hubo homogeneidad, la del caso comentado en este trabajo, la eliminación de aspectos objetivos del relato fáctico de la acusación supondrá, generalmente, «el salto a una unidad jurídica inferior», sin que resulte preciso, en principio, formular la tesis⁷³, en la medida que la acusación por la superior ya contempla la acusación por la inferior⁷⁴.

V. Conclusiones y observaciones finales

V.1. *La dogmática como instrumento de control de la actividad judicial y como «tienda de mercaderías»*

Un detenido análisis de las Sentencias 10/1997, de cuatro de febrero, de la Audiencia Provincial de Baleares, y 791/1998, de trece de

*robo, debe formular la tesis de desvinculación y para condenar por este delito es preciso que los acusadores asuman en su relato fáctico la violencia en la ejecución del hecho criminal. A la vez que formula la tesis para que los acusadores la asuman, en relación con los hechos, debe indicar la calificación jurídica que puede resultar del cambio en el relato fáctico». Vid. CUCARELLA GALIANA, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, op. cit., p. 189.*

⁷² Vid. CUCARELLA GALIANA, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, op. cit., p. 189.

⁷³ «Sin embargo, en ocasiones, creemos que a pesar de que nos encontremos ante un supuesto de homogeneidad descendente en los hechos, es precisa la formulación de tesis de desvinculación, aunque solamente como salvaguardia del derecho de contradicción (y por lo tanto, no siendo necesaria su asunción por los acusadores). Nos referimos a los casos en que la amputación de elementos objetivos del relato fáctico de la acusación, vaya seguida de un incremento en el número de unidades jurídicas por las que se condena», como «puede apreciarse cuando se acusa por un delito continuado de falsedad de documentos oficiales y mercantiles y se condena por los delitos de uso de documento falso y de tenencia de útiles destinados a la falsificación». Vid. CUCARELLA GALIANA, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, op. cit., pp. 189 y 190.

⁷⁴ «Así ocurre, por ejemplo, cuando se pasa de la calificación de asesinato a la de homicidio, de la de robo a la de hurto, o de la de agresión a la de abuso sexual. También ocurre cuando se pasa de un subtipo agravado a un tipo básico». Vid. CUCARELLA GALIANA, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, op. cit., p. 189.

noviembre, del Tribunal Supremo, confirmatoria de aquélla, pone de manifiesto, ciertamente, algunos errores importantes, pero, sobre todo, transmite la impresión de que el deseo de hacer *justicia material* en el caso concreto, aparentemente impedido en ocasiones por una *legislación hostil*, muchas veces se ve favorecida por una *dogmática* que, pese a ser concebida originariamente como un instrumento idóneo para hacer posible, «*al señalar límites y definir conceptos*», una aplicación segura y calculable del Derecho Penal⁷⁵, facilitando el examen del caso⁷⁶, se muestra frecuentemente demasiado *generosa* con quienes, culminando la labor del legislador, aplican el Derecho, pues les ofrece un sinfín de argumentos capaces de apoyar soluciones de signo contrario, entre los cuales, por tanto, pueden elegir el que mejor se adapte a la solución previamente decidida, amenazando, con ello, con socavar el innegable crédito que la dogmática, pese a sus defectos, sin duda merece.

Dado que el pensamiento dogmático se ocupa de averiguar el contenido del Derecho Penal, de sus normas, estableciendo cuáles son los presupuestos que deben darse para que sea aplicable un tipo penal y, en su caso, una determinada consecuencia jurídica, cuál es la relación de un tipo con otros, dónde se sitúa la línea que autoriza la intervención penal, etc., «cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de

⁷⁵ Sustrayéndolo «*a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación*». Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid 1990, p. 158.

⁷⁶ «*La reunión y estructuración de todos los presupuestos de la punibilidad en un sistema dogmático tiene en primer lugar la ventaja práctica de la simplificación y dirección del examen del caso. El estudiante que tenga que realizar un dictamen sobre la punibilidad de una conducta, pero también el abogado o el juez, para valorar jurídicopenalmente los supuestos de hecho que se les sometan, procederán siguiendo el orden que está previamente marcado por la estructura del delito. Es decir, si concurre una acción, se examinará primero la tipicidad y luego la antijuridicidad, culpabilidad y demás presupuestos de la punibilidad. Esta estructuración en determinados pasos de razonamiento ordenados en una sucesión lógica garantiza en primer lugar que todas las cuestiones importantes para juzgar la punibilidad también se examinen realmente; en cambio, si lo que se hiciera fuera un "hurgar aquí y allá", de modo no estructurado sistemáticamente y sin orden ni concierto, en la problemática jurídica del caso, existiría el peligro de pasar por alto aspectos decisivos y de tomar decisiones incorrectas*». Vid. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid 1997, p. 207.

un tipo penal, sino se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que —por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico— se desconoce su alcance y su límite»⁷⁷.

La dogmática persigue, por tanto, reducir el nivel de inseguridad jurídica. Tratando de determinar qué problemas presenta la aplicación de una disposición jurídica, estableciendo teorías para su solución que pretenden tratar igualmente casos análogos, sometiéndose al control de la doctrina, que, conocido el alcance de una teoría y su soporte argumental, puede comprobar si es la solución de un caso concreto es coherente con aquélla, la dogmática nos permite conocer el Derecho positivo⁷⁸.

En suma, como afirma GIMBERNAT ORDEIG, «la diferencia entre disponer o no de una dogmática jurídicopenal desarrollada es la diferencia entre disponer de los mecanismos precisos para que la pena permanezca siempre bajo control y no sea aplicada más que en aquellos supuestos en que es verdaderamente necesaria para el mantenimiento de una convivencia social soportable, y perder el control sobre ese terrible medio de política social, pues la inseguridad conceptual incapacita, en primer lugar, para lograr formulaciones legales que abarquen todos y sólo los casos que se considera socialmente necesario reprimir, y trae consigo, en segundo lugar, que una vez puesto un tipo penal en el mundo inicie una marcha que se desconoce adónde, por dónde y de qué manera va a llevar»⁷⁹.

⁷⁷ «En un país de gran nivel científico-jurídico, como lo es Alemania, para enterarse de lo que dice el Derecho de obligaciones o el Derecho penal alemanes, no hay más que acudir a uno de los muchos manuales o comentarios; ahí se expone qué es lo que rige en base al Código Civil o al Código Penal. En otros países de dogmática menos desarrollada el contenido de los manuales y comentarios es muy distinto; los supuestos dudosos (muchas veces sin que se tenga siquiera conciencia de que existen o de las dudas que ofrecen) son resueltos inconexamente, de caso en caso, contradictoriamente, y nadie puede decir, de antemano, cuál es el tratamiento jurídico que van a recibir: la respuesta que el jurista tiene que dar con excesiva e insoportable frecuencia, cuando le preguntan qué es lo que dice el Derecho penal sobre éste o sobre el otro supuesto, es: "No lo sé"». Vid. GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», op. cit., p. 158.

⁷⁸ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», op. cit., pp. 158 y 159.

⁷⁹ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», op. cit., p. 160.

Sobre el peligro evocado llama la atención SCHÜNEMANN, quien, tras resaltar las consecuencias positivas del *refinamiento dogmático*⁸⁰, advierte que éste produce una tercera consecuencia que amenaza con destruir sus logros, *la tendencia a cuestionar de un modo inevitable y permanente todas las premisas de las construcciones dogmáticas*:

«Si, y porque, no hay una posición que no esté representada en algún lugar en la ciencia, la dogmática se transforma de un maestro de la disciplina en una tienda de mercaderías de toda clase, en la que la justicia encuentra siempre en alguna de sus interminables estanterías lo que puede alegar como argumentación del efecto deseado en cada caso, siendo el método de la jurisprudencia en el Derecho penal de todos modos inequívoco para asumir constantemente «ad hoc» las bases de argumentación ajustadas al resultado, pero no el concepto completo sistemático que nace de ella. De este modo, para el próximo problema, de forma similar a una mariposa que no se conecta a ninguna consecuencia lógica, la justicia revolotea sobre la próxima neoplaxia dogmática y puede eludir siempre la intervención organizada de la ciencia jurídica»⁸¹.

V.2. *Resumen crítico de los principales aspectos de la sentencia comentados*

1. Calificación de la conducta de José Buñi

José Buñi, tras aceptar matar a Santiago Segura a cambio de una suma de dinero ofrecida por José Roig, decide, desviándose del encargo criminal aceptado, matar a José Clapés, acto, éste, que efectivamente realiza. *Es autor de un delito consumado de asesinato, pues ejecuta la muerte del referido José Clapés con alevosía y por precio.*

⁸⁰ El minucioso desarrollo, en primer lugar, de categorías sistemáticas en materia jurídica, a través del cual se pretende abarcar sin lagunas la materia jurídica, y, en segundo término, la posibilidad de escribir un comentario o crítica acerca de toda decisión judicial y, como consecuencia de la presión de control que ello supone, el empeño de los Tribunales, cada vez mayor, de legitimar sus decisiones a través de su corrección desde un punto de vista científico jurídico. Vid. SCHÜNEMANN, «El refinamiento de la dogmática jurídico-penal. ¿Callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico-penal alemana», en *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal*, Madrid 2002, pp. 12 y ss.

⁸¹ Vid. SCHÜNEMANN, «El refinamiento de la dogmática jurídico-penal. ¿Callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico-penal alemana», op. cit., pp. 16 y 17.

Aunque no es condenado por un delito de conspiración para matar a Santiago Segura, si se acepta la existencia de dicho delito, debería haber sido condenado por él, pues participó en el concierto correspondiente, asumiendo la ejecución del delito proyectado.

En relación con el asesinato efectivamente cometido, cabe plantear la duda de si éste se cometió «por precio», pues, habiéndose apartado del encargo previsto, y constituyendo una obra exclusivamente suya, quizá no pueda estimarse ejecutado por precio.

2. Calificación de la conducta de José Roig

José Roig, de quien nace la idea de matar a Santiago Segura, es condenado por un delito de *provocación al asesinato*, estimándose subsuible su comportamiento, también, según indican expresamente tanto la Audiencia Provincial de Baleares como el Tribunal Supremo, en el tipo de *proposición para delinquir*.

Pese a que los hechos tienen lugar vigente aún el Código Penal antiguo, la nueva definición de la *provocación* en el artículo 18 del actual texto punitivo, que no la contempla ya como una *incitación privada a delinquir*, impide conceptualizar como tal el comportamiento de José Roig, restando todavía la posibilidad de apreciar un delito de *proposición*. Esta figura, sin embargo, constituye una invitación coejecutiva o, dicho de otro modo, sólo la puede realizar quien, habiendo decidido ejecutar el delito, y ser, por tanto, su *autor*, invita a otra persona a que sea *coautor*, sin que quepa considerarla también una inducción punible sin necesidad de que el invitado acepte la oferta, ya que, entonces, *vacante la plaza de autor*, se castigaría a quien únicamente realiza un acto preparatorio en el ámbito de la participación de un delito cuyo autor se busca y que, si apareciese, sólo podría ser castigado a través de la *conspiración*, nacida del concierto entre quienes se reservan la coautoría del hecho delictivo planeado.

Declarar la punibilidad de su conducta ha requerido, por tanto, acudir a una figura, la *provocación*, cuyo nuevo concepto ya no la contempla, lo cual ha obligado a reconducirla al tipo de *proposición para delinquir* que, a su vez, se ha interpretado *generosamente* (lo cual, en el ámbito de la preparación delictiva, lejos aún de la línea trazada por el inicio de la ejecución, resulta especialmente criticable), recuperando, en contra de la voluntad de la ley, el espacio de tipicidad perdido por la *provocación*, y superando, quizás, su propio tenor literal, sin que, por lo demás, dicha operación fuera necesaria, pues la propia Audien-

cia Provincial de Baleares estimó cometido, entre otros por José Roig, un delito de conspiración, el cual, por lo demás debería haber desplazado a la proposición.

Una vez más la Audiencia Provincial de Baleares olvida un hecho importante. Si se estima que la conducta de José Roig constituye bien un delito de provocación (del antiguo Código Penal), bien un delito de proposición (tanto del antiguo como del nuevo Código Penal), por entender, con respecto a este segundo, que también lo comete el inductor, debería haber condenado al referido José Roig por otro delito de proposición, el que realiza cuando presenta una primera oferta a Javier Rodríguez Sánchez y a Juan Daniel Ferrer Costa. Esta consecuencia, partiendo de la amplia interpretación del delito de proposición sostenida por la Audiencia, sólo sería evitable si se estimara que el castigo por la segunda proposición contempla todo el peligro que las proposiciones criminales de José Roig incorporan para la vida de Santiago García y que, consecuentemente, la doble punición supondría una vulneración del principio «non bis in idem».

3. Calificación de la conducta de Francisco Planells

Rechazadas la provocación y la proposición, solo resta analizar si existió un delito de *conspiración para asesinar*, mediante el cual se castigaría tanto a José Roig como a Francisco Planells. Esta figura es conceptuada por jurisprudencia y doctrina como un supuesto de coautoría anticipada, lo cual obliga a los Tribunales enjuiciadores a otorgar la condición de coautores a quienes, en principio, si el proyecto criminal se hubiese desarrollado según lo previsto, hubieran sido, respectivamente, *inductor* y *cooperador necesario*⁸² del delito cometido. La Audiencia Provincial de Baleares acude, para ello, al criterio de la *unión de voluntades* entre los *partícipes no ejecutores* y el *partícipe ejecutor*, en virtud del cual la condición de autor se adquiere con la concurrencia de un elemento de naturaleza subjetiva, capaz de suplir la ausencia de actos objetivos de ejecución.

Acto seguido, acude, como complemento del anterior, al criterio del *dominio funcional del hecho*, capaz igualmente de suplir toda actuación ejecutiva en el delito. Dicho dominio funcional del hecho lo posee quien tiene la posibilidad de *desbaratar el plan criminal*, esto

⁸² Ya he comentado, sin embargo, que esta segunda calificación es, a mi juicio, manifiestamente incorrecta.

es, y en todo caso, el cooperador necesario, pues este último término subraya precisamente que el delito no podría haberse efectuado sin los actos del mentado cooperador. Conceptuar como *necesario* un acto de cooperación conduce, por consiguiente, a calificar como coautor a quien lo realiza, pues confiere el poder de desbaratar el plan y, por tanto, el dominio funcional del hecho. Aunque en las Sentencias comentadas no se alude, a este respecto, al inductor, pues éste, José Roig, ya es responsable penal en otro concepto, cabe pensar que también él posee el dominio funcional y, por tanto, deberá ser considerado coautor, pues sin su impulso o voluntad actual, el plan no se realizaría.

Acumulando ambos criterios, la Audiencia Provincial asegura la condición de *coautor* de Francisco Planells (y José Roig) y, de este modo, su inclusión en el ámbito de la conspiración punible. Los dos criterios presentan, sin embargo, importantes defectos: diluyen las diferencias entre autoría y participación, extendiendo excesivamente la autoría y vaciando los tipos de inducción y cooperación necesaria; suplen, además, a través de elementos de naturaleza subjetiva, la ausencia de actos ejecutivos, mediatos o inmediatos, innecesarios para estimar que un sujeto realizó, como exige el artículo 28 párrafo primero, el hecho delictivo; el fundamento de la responsabilidad penal no descansará ya, de esta forma, en un doble desvalor del comportamiento, objetivo y subjetivo, imponiéndose este segundo, suficiente para afirmar la existencia de una infracción criminal.

El Tribunal Supremo, por su parte, sin recurrir a estos criterios, justifica la subsunción de Francisco Planells y José Roig en el tipo de conspiración, que también concibe como un supuesto de coautoría anticipada, considerándolos autores en el sentido del artículo 28 párrafo segundo del Código Penal, ignorando, sin embargo, que éste es únicamente un concepto *formal* de autoría, es decir, a efectos de pena, sin que ello suponga ignorar las diferencia entre quienes son autores y quienes son *considerados como tales*. Además, el artículo 17 no alude a los autores, sino a una *clase* de éstos (si adoptamos el concepto formal), los *ejecutores*.

En fin, Francisco Planells, *futuro cooperador*, es condenado por un delito de *conspiración* pese a que esta figura supone un concierto entre quienes serán *coautores*, fundamentando de diversas formas la transformación en *autoría* de lo que objetivamente es una conducta de *participación*.

El castigo de Francisco Planells ha exigido, por otra parte, *forzar* doblemente los límites señalados por la dogmática: en primer lugar, se considera *necesaria* su participación, que, detenidamente analiza-

da, no alcanza esta categorización, pues sin ella José Bufí simplemente debería haber introducido sólo el ciclomotor en el vehículo o solicitar el auxilio de un tercero para dicha operación; en segundo término, y tomando como base la interpretación anterior, se amplían los conceptos de autor, entendiéndolo en sentido formal o usurpando, acudiendo a un concepto *extensivo*, el espacio propio de la inducción y cooperación necesaria, y conspiración, capaz de incluir a quienes, pese a no participar en la ejecución futura del delito, serán considerados coautores de acuerdo con una comprensión extensiva de la autoría.

A mi juicio, el precio que paga la dogmática, e incluso el principio de legalidad, para conseguir evitar la impunidad de José Roig y Francisco Planells, es excesivo, pues se transmite la impresión de que aquella es, en efecto, un *almacén o tienda de mercaderías jurídicas*, un *archivo de conceptos y argumentos* de los cuales el Juez o Tribunal puede disponer según la solución que desee alcanzar.

V.3. *Proposición, conspiración y provocación como actos preparatorios que sancionan, de forma excepcional, conductas preejecutivas*

De acuerdo con las ideas expresadas a lo largo del presente comentario, los actos preparatorios, punibles actualmente sólo en los casos especialmente previstos en la Ley y no, como sucedía con el anterior Código Penal, con carácter general, suponen un adelantamiento excepcional de la línea de intervención penal, trazada, desde los albores del Derecho Penal liberal, por el inicio de la ejecución del delito.

La proposición y la conspiración, reguladas conjuntamente en el artículo 17 del Código Penal, constituyen supuestos de *coautoría anticipada, intentada* (en el caso de la proposición) o *consumada* (en el caso de la conspiración): se castiga a quien, habiendo decidido ejecutar un delito, invita a otro a ejecutarlo con él; y a aquéllos que resuelven ejecutarlo conjuntamente. Aunque no siempre que exista una conspiración se habrá realizado antes, técnicamente, una proposición punible, cuando ésta es aceptada será desplazada por la conspiración, pues dicha aceptación encierra un concierto para ejecutar, conjuntamente, un delito.

La provocación, por el contrario, no se sitúa en la línea de la autoría, sino en la de la participación, suponiendo, desde esta perspectiva, una excepción al pensamiento que limita la preparación puni-

ble al ámbito de la mentada autoría. Ello no obstante, la provocación no contempla ya supuestos de *incitación particular o privada*, sino únicamente los que tengan una proyección *pública o plural*. La renuncia a exigir la figura de una conducta de autoría (aún futura) punible, resulta autorizada por la referida proyección *pública de la incitación*, que tiene ahora un carácter pluriofensivo, generando una pluralidad de peligros.