

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

EL CASO ALAKRANA: UN EJEMPLO EXTREMO DE LA INADMISIBLE SOBREVALORACIÓN DEL MUTUO ACUERDO EN LA COAUTORÍA*

Victoria GARCÍA DEL BLANCO

Profesora de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos

María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ

Profesora de Derecho Penal de la Universidad Carlos III

1. Introducción

La Sentencia nº 10/2011 de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2011 (Ponente Ilma. Sra. Dña. Carmen-Paloma González Pastor) condena a Cabdiweli Cabdullahi, alias Abdu Cabdiweli Willy, y a Raageggesey Hassan Ají, alias Raageggesey Adji Haman, como coautores de los delitos de: pertenencia a asociación ilícita, detenciones ilegales, robo con violencia e intimidación con uso de armas y delitos contra la integridad moral.

En esta Sentencia se abordan diferentes y complicados problemas que superan ampliamente los límites de este trabajo: la determinación de la edad de sujetos indocumentados; la subsunción de los hechos en el delito de terrorismo; la competencia de los tribunales españoles en supuestos de piratería cometidos fuera del ámbito de aplicación del principio de territorialidad de la ley penal española (art. 23.1 LOPJ); los problemas derivados de la aplicación de los prin-

* El presente artículo se lleva a cabo en el marco del Proyecto DER2009-07236 financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

cipios de irretroactividad de las leyes sancionadoras a las leyes procesales; las negociaciones como forma de colaboración con asociaciones ilícitas y la determinación de la responsabilidad penal individual en los hechos cometidos en grupo. Es precisamente en este último punto en el que centraremos nuestro análisis.

2. Hechos probados

La Sentencia considera probado que sobre las 7.00 horas del 2 de octubre de 2009, cuando el atunero *Alakrana* se encontraba faenando en altamar a una distancia de 120 millas náuticas de la costa de Somalia, fue abordado por unas 12 personas con armas de fuego con intención de secuestrar a la tripulación para obtener un rescate por su liberación. Una vez controlada la embarcación y sus tripulantes, el que hacía las funciones de jefe («Elias») y el resto de los asaltantes, conminaron con sus armas al capitán y al patrón a entregarles cuantos objetos de valor y dinero hubiera en la caja fuerte del barco, apropiándose de aproximadamente 50.000 euros, y a la tripulación a que les entregasen sus pertenencias (dinero, ordenadores, móviles, radios o ropa). A continuación, los asaltantes obligaron, rifle en mano, al patrón y al capitán a dirigir el pesquero hasta el lugar donde se encontraba un esquife de mayor tamaño, provisto con grandes cantidades de combustible y en el que se encontraban los acusados Cabdiweli Cabdullahi y Raageggesey Hassan Ají, quienes una vez en el pesquero con sus correspondientes armas colaboraron con el resto de los asaltantes en las labores de vigilancia de la tripulación, hasta que en la noche del 3 de octubre de 2009, abandonaron el *Alakrana* y regresaron a su embarcación a la que trasladaron varios de los efectos y dinero sustraído por sus compañeros.

La fragata Canarias, que formaba parte de los servicios de vigilancia del Centro de Operaciones, Vigilancia y Acción Marítima (COVAM), detectó a través del radar que uno de los esquifes se alejaba del pesquero, lo que determinó que abordaran el esquife —donde encontraron 16 bidones de combustible, ropa de aspecto occidental, 6 móviles, una navaja de Albacete, y 2.400 dólares— y detuvieran a los acusados trasladándolos primero a la fragata, luego a Yibuti y posteriormente a España.

Tras conocer los secuestradores la noticia de la detención de los acusados y su posterior traslado a España, aumentaron las formas de intimidación hacia la tripulación. Entre los comportamientos que se relatan en los hechos probados y que demuestran una innecesaria crueldad con los detenidos destaca el texto de la Sentencia:

- «el que ellos mismos llamaron «simulacro de fusilamiento», cuando todos ellos fueron obligados a tumbarse en el puente, boca abajo, y disparados a diestro y siniestro por encima de sus cabezas con fusiles, bazokas y ametralladoras colocadas en trípodes, pues realmente en aquellos momentos todos ellos pensaban que iban a ser fusilados, mientras que sus secuestradores se mofaban de su miedo, de sus temblores, de sus lloros, de sus pérdidas de control, de cómo se hacían las necesidades encima y del estado lamentable que presentaban».
- «la obligación de llamar a sus familias para que les relataran, de viva voz, por lo que estaban pasando, a fin de que ellas se hicieran eco de sus sufrimientos y coadyuvaran en la financiación del secuestro accediendo al cumplimiento de las condiciones exigidas, sirviendo en otro caso la llamada de última despedida».
- «escoger a tres miembros de la tripulación para ser llevados a tierra, en concreto, AMPF, JFA y FVS, para ser entregados a las familias de los acusados y que hicieran con ellos lo que quisieran; actuación que, como se ha relatado, pese a no ser realizada, causó a los citados y al resto de los tripulantes un gran desasosiego y el convencimiento de que no volverían a verse».
- «otros hechos reveladores de que la intención de los secuestradores era «mantener en vilo» a la tripulación que venían dados por lo que ellos hacían, en concreto, y una vez que ya se encontraban de vuelta a sus camarotes, o bien entraban continuamente en los mismos, o bien cargaban y descargaban sus armas por el pasillo o incluso disparaban en él impidiendo cualquier atisbo de descanso; por otra parte, no sólo no podían ducharse y cambiarse de ropa —pues ya les había sido sustraída— sino que, a propósito, sus captores abrían los grifos, malgastando el agua, aumentando así su sufrimiento».

Habiéndose llegado a un acuerdo sobre la cantidad a entregar como condición para la liberación, acudieron al pesquero otros 30 ó 40 secuestradores, que junto a los 20 que habitualmente estaban en el barco y una vez recogida la cantidad negociada, que fue arrojada desde una avioneta, empezaron a abandonar el barco.

3. La condena

En virtud de estos hechos la Sentencia de la Audiencia Nacional condena a Cabdiweli Cabdullahi y Raagegsey Hassan Ají como co-

autores de un delito de pertenencia a una asociación ilícita, 36 delitos de detención ilegal, 36 delitos contra la integridad moral y un delito de robo violento. El fundamento de la imputación gira en torno al mutuo acuerdo con el resto de los asaltantes del pesquero, independientemente de la contribución que hubieran realizado de forma individual en la comisión de los diversos delitos.

El mutuo acuerdo en el que participaban los dos acusados con el resto de los piratas, y en virtud del cual se habían repartido entre ellos las funciones a desempeñar —correspondiéndoles a éstos el traslado de sus compañeros en la barca de mayor tamaño para que el atunero fuera rápidamente abordado, para después incorporarse al grupo—, sirvió como fundamento para la imputación de la autoría de los 36 delitos de detención ilegal (art. 164 con relación al 163.3 CP) —pese a no ser los acusados quienes en un primer lugar abordaran el pesquero y a que cuando lo hicieron, ya consumado el secuestro, sólo permanecieron en él dos días escasos—. Con el mismo fundamento en el mutuo acuerdo, se les imputa la autoría de 36 delitos contra la integridad moral (art. 173 CP) —pese a que no se encontraban en el barco, sino ya detenidos cuando tuvieron lugar estos hechos concretos—. Por último, entiende la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional que también serían autores de 36 delitos de robo violento con uso de armas (art. 242.2 CP) —pese a que cuando abordaron el barco la tripulación ya había sido desposeída de sus bienes—, sin embargo, en virtud del principio acusatorio y como las acusaciones calificaron los hechos como un único delito, la condena se limita a un solo delito de robo violento con uso de armas.

Considera la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional que el mutuo acuerdo permite hacer responder a cada partícipe «no sólo de los concretos actos realizados materialmente por él, sino también de los realizados por los demás en pro del objetivo común». Motivo éste por el que respecto a la condena por los 36 delitos contra la integridad moral sostiene lo siguiente: «De tal modo, que incluso aunque los acusados ya no estaban en el atunero, aunque materialmente no disparaban por encima de las cabezas de los tripulantes, aunque no se burlaron ni se rieran de ellos por el pánico que veían en sus caras, el objetivo común que les unía, les convierte en autores penales de lo que materialmente realizaban el resto de los secuestradores». Y cita como precedente jurisprudencial la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2010, que afirma que «todos los que programadamente concurren a la realización del hecho criminal, se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les responsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno desarrolle del plan conjunto, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la

persecución del fin compartido, con independencia de los actos que individualmente realizasen para su logro; de tal modo que cuando aparece afirmada, clara y nítida, la unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo acuerdo, todos los partícipes serán considerados como autores del delito».

A nuestro entender, este entendimiento de la imputación a título de coautoría es absolutamente incorrecto.

4. La coautoría como título de imputación

En primer lugar, conviene hacer una somera referencia a lo que se entiende por coautoría.

El Código penal de 1995 recoge por primera vez en la historia legislativa española, al menos de forma expresa, la calificación de autores, junto con los supuestos de autoría individual (inmediata o mediata), de los que realizan el hecho conjuntamente, que viene siendo identificada por doctrina y jurisprudencia con la tradicional «coautoría». Legalmente, por tanto, los coautores son auténticos autores del hecho delictivo.

El legislador ha preferido evitar una delimitación más exhaustiva de la figura, caracterizándola únicamente por la concurrencia de una pluralidad de sujetos que realizan el hecho de forma conjunta, sin especificar en qué debe consistir formal o materialmente la intervención de cada uno de ellos. De esta forma permite seguir manteniendo las diferentes interpretaciones sobre el concepto de autor que se venían defendiendo hasta el momento por la doctrina.

Así, la doctrina española se ha encontrado siempre dividida entre quienes defienden la teoría objetivo-formal, que exige que el autor ejecute, bien de forma individual bien de forma conjunta con otros, los actos que constituyen la propia conducta típica¹, y quienes, si-

¹ Como defensores de la teoría objetivo-formal en sus diferentes versiones: GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, Universidad, Sección de publicaciones e intercambio, 1966, pp. 63-87; el mismo, «Prólogo a la segunda edición del Código Penal», *Código Penal*, 11ª ed., Madrid, Civitas, 2005, pp. 49-51; VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1977, pp. 151 y ss; especialmente en pp. 181-189; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, Tecnos, 1966, p. 287; el mismo, «El autor mediato en Derecho penal español», *ADPCP*, 1969, pp. 461 y ss; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, Cyris, 1974, pp. 74-77 y pp. 79-80; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en Derecho penal*,

guiendo la teoría desarrollada en un inicio por la doctrina penal alemana, se muestran partidarios de considerar autores a quienes dominan el hecho y defienden la denominada teoría objetivo-material del dominio del hecho².

Madrid, Edersa, 1984, pp. 120-132; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Y HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal, Parte General, Teoría Jurídica del delito*, 2ª ed., Madrid, Rafael Castellanos, 1986, p. 479 y ss; COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 746 y ss; GONZÁLEZ CUSSAC Y MIRA BENAVENT, «Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia (Comentario a la STS de 21 de febrero de 1989)», *PJ*, nº 27, 1992, pp. 193-194; PEÑARANDA RAMOS Y SUÁREZ GONZÁLEZ, «Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia (Comentario a la STS de 21 de febrero de 1989)», *PJ*, nº 27, 1992, pp. 201-202; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, Madrid, Edersa, 1999, p. 179 y p. 193; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 102 y ss, pp. 421 y ss.; GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006; la misma, «Las agresiones en grupo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDPCrim*, 2ª época, nº 17 (2006), pp. 315-365. Se encuentra bastante cercano a esta teoría al menos en los resultados a los que llega, aunque en ocasiones es aún más restrictivo en la determinación del ámbito de la autoría Díez Ripollés, «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal», *RDPCrim*, nº 1, 1998, pp. 34-36. También los representantes de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho pueden incluirse en este grupo: LUZÓN PEÑA, «La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado», *ADPCP*, 1989, pp. 889 y ss; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 625 y ss; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en Derecho penal*, Granada, Comares, 1997, pp. 397 y ss; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, Granada Comares, 2002, pp. 537 y ss.

² Esta teoría de origen alemán se desarrolló principalmente por ROXIN en su obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª-7ª ed., Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1963/2000 (Existe traducción al español de la 6ª ed., 1994, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998). Entre los defensores en España de la teoría del dominio del hecho destacan: CEREZO MIR, «Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal», *ADPCP*, t. 32, 1979, pp. 570 y ss; el mismo, «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española», *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 172 y ss; el mismo, *Curso de Derecho Penal. Parte General, III, Teoría Jurídica del delito/2*, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 206 y ss; GÓMEZ BENÍTEZ, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *ADPCP*, 1984, p. 105; el mismo, *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 114-115; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 177; MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 433 y ss; MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 77; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 62 y ss; PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, Granada, Comares, 1998, pp. 165 y ss; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª ed., a cargo de Víctor Gómez Martín, Barcelona, Reppertor, 2011, pp. 382-383, desde su criterio de la «relación de pertenencia»; SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC*,

Por lo que se refiere a la coautoría, se viene configurando por la conjunción de dos elementos:

- un elemento de carácter subjetivo, el acuerdo conjunto o el mutuo acuerdo, que se suele enarbolar para caracterizar la coautoría y diferenciarla de otras formas de pluriautoría.
- una contribución de carácter objetivo por parte del coautor, cuya entidad dependerá de la teoría doctrinal que se mantenga. En cualquier caso, independientemente de la opción elegida, existe coincidencia unánime en la necesidad de exigir una aportación objetiva al hecho por parte del coautor —en cumplimiento del mandato constitucional que establece como garantía el principio de responsabilidad por el hecho³ y el principio de responsabilidad personal⁴—, por lo tanto, no puede hacerse depender en ningún caso la calificación del sujeto como coautor de elementos exclusivamente subjetivos. Indisolublemente conectado con la entidad del contenido material que se exija para calificar a un sujeto como coautor se plantea el problema de si esta figura comprende únicamente formas de autoría strictu sensu o si también abarca supuestos de participación, equiparándolos a supuestos de autoría.

1989, pp. 385 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 347 y ss; JOSHI JUBERT, «Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la STS de 19 de octubre de 1995, Ponente Excmo. Sr. Bacigalupo)», *ADPCP*, 1995, p. 678; BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000; la misma, *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, Barcelona, Atelier, 2004.

³ El principio de responsabilidad por el hecho no sólo declara la necesidad de un hecho activo u omisivo como fundamento de la infracción, sino que la condena sea precisamente por ese hecho, excluyendo la posibilidad de que el hecho sea utilizado como pretexto para reprimir situaciones o condiciones anímicas. Entre otras, en STC 150/1991, de 4 de julio, que literalmente afirma: «no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos».

⁴ El principio de responsabilidad penal personal proclama que la base de la responsabilidad penal debe partir de la realización de una acción u omisión culpable, sin que sea posible responder de las actuaciones de otro. Según el propio Tribunal Constitucional (STC 131/1987, de 20 de julio), «el principio de personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad»; de este principio se derivan, según se hace constar en la STS de 9 de mayo de 1990 (RJ 1990/3886), exigencias para la interpretación de la ley penal. Igualmente hay que señalar que la presunción de inocencia sólo se desvirtúa cuando se ha probado no sólo el hecho sino también que una persona determinada ha intervenido como autora o participe en el mismo; la inocencia de la que habla el art. 24.2 CE ha de entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él (en otras, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre; 16/2000, de 16 de enero; 171/2000, de 26 de junio).

Sin embargo, el elemento que, en mayor medida, parece otorgar entidad propia a la coautoría en la jurisprudencia es la existencia de un acuerdo de voluntades entre los coautores y constituye, precisamente, el nudo del problema que se aborda en la Sentencia comentada. Pues, como hemos expuesto, la Sala argumenta que el mutuo acuerdo permite hacer responder a cada partícipe de los actos concretos realizados por los demás coautores en pro del objetivo común, de tal forma que pese a que los acusados ni siquiera se encontraban en el lugar de los hechos, en el atunero, cuando se produjeron los disparos y demás actos constitutivos del delito contra la integridad moral «el objetivo común que les unía, les convierte en autores penales de lo que materialmente realizaban el resto de los secuestradores». La imputación se basa, en consecuencia, en el elemento subjetivo de la figura de la coautoría.

Por este motivo, precisamente, se convierte en necesario su análisis pormenorizado.

5. El mutuo acuerdo

Al menos en los delitos dolosos, el acuerdo común como elemento subjetivo de la coautoría suele identificarse con la existencia de una especie de dolo común. De esta forma, el mutuo acuerdo consiste en la transmisión recíproca de conocimientos entre los diferentes coautores sobre la realización de una determinada conducta para la consecución de un objetivo común. En el mejor de los casos supondrá un reparto lógico de funciones, la coordinación de la realización de las mismas para la obtención de un determinado resultado. Por ello, buscando una mayor eficacia o maximizando las posibilidades existentes, normalmente se establecerá el orden de actuación y la empresa encomendada a cada uno de los coautores. Y en virtud del mutuo acuerdo cada uno de los coautores sabrá, por tanto, cuál es su función dentro del plan de actuación y también cuál es el cometido encargado al resto. La esencia del mutuo acuerdo está formada por los conocimientos de cada uno de los intervinientes en la realización conjunta del hecho. El plus de desvalor individual que representa el mutuo acuerdo para cada coautor reside en la obtención por dicho cauce, transmisión recíproca, de unos determinados conocimientos del contexto comisivo en el que se va a insertar su propia actuación y en que se aúnan esfuerzos para la consecución de un fin común.

Dicha transmisión recíproca de informaciones entre todos los coautores concluirá finalmente en que cada uno de ellos tendrá idénticos conocimientos sobre la realización del hecho. Es decir, cada uno

de ellos conocerá su propia aportación y además la del resto y, por último, conocerá además que el resto también conoce su intervención⁵. Sería por ello que coincidiría la responsabilidad de cada uno de los que objetivamente realizara una aportación en coautoría (aparte de la culpabilidad individual de cada uno de ellos).

Pero esa reciprocidad de la responsabilidad penal de los intervinientes en el mutuo acuerdo, se refiere, evidentemente, al mutuo acuerdo para un determinado hecho delictivo, un tipo penal concreto. Es decir, si se acuerda la comisión de varios delitos por un grupo de personas, habrá que determinar si existe o no coautoría de aquellos que hayan aportado una contribución objetiva en cada uno de ellos. Si, por ejemplo, entre dos sujetos se acuerda la comisión de dos homicidios y se reparten los papeles siendo así que cada uno de ellos ejecute uno de los homicidios, no serán en ningún caso coautores de los dos homicidios, sino que cada uno de ellos será autor del homicidio que ha ejecutado y, a lo sumo, partícipe en el hecho ajeno —si es que su participación en el mutuo acuerdo se pueda considerar contribución psicológica, por ejemplo, al otro homicidio—⁶.

La defensa de esta sustantividad propia de la coautoría se suele fundamentar en la superior peligrosidad de la actuación conjunta coordinada en comparación con la actuación individual o con la actuación conjunta no coordinada⁷. Es cierto que normalmente el reparto lógico y coordinado de tareas conlleva un incremento en la eficacia de la actuación conjunta, es decir, un aumento de las posibilidades de alcanzar el éxito. Y se afirma en este sentido que el mayor peligro de la actuación conjunta coordinada debe repercutir en una superior responsabilidad de cada uno de los coautores⁸, que para al-

⁵ Por ejemplo, cfr., SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIÉRREZ, «Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría. Comentario a la STS de 11 de mayo de 1994 (Ponente Sr. Hernández Hernández)», *AP*, n.º 3, semana del 13 al 19 de enero, 1997-1, pp. 44-49.

⁶ Con mayor detalle, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad*, 2001, cit. nota 1, pp. 133-138. No es ésta, sin embargo, la posición que encontramos en la jurisprudencia, pues el Tribunal Supremo no suele referir el acuerdo a un hecho típico concreto, como se aprecia, por ejemplo, en la reciente STS n.º 964/2010, de 20 de octubre, pues pese a que los acusados acordaron que cada uno atacaría de forma simultánea y paralela a una de las víctimas, se condena a ambos por los dos delitos (homicidio consumado y homicidio intentado); resultados similares se aprecian en las SSTS n.º 474/2005, de 17 de marzo; n.º 1139/2005, de 11 de octubre; n.º 1151/2005, de 11 de octubre, y n.º 84/2010, de 18 de febrero.

⁷ Sostienen expresamente que el acuerdo supone un incremento del riesgo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 1, p. 656; SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIÉRREZ, *AP*, 1997, cit. nota 5, pp. 46-47.

⁸ Cfr. SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIÉRREZ, *AP*, 1997, cit. nota 5, p. 47.

gunos autores deriva de la aplicación del principio de imputación recíproca de aportaciones que regiría la coautoría⁹.

Como hemos señalado, el mutuo acuerdo se exige como elemento subjetivo de la coautoría. Y es que, aunque desde sectores minoritarios de la doctrina se rechaza la necesidad del acuerdo o se relativiza su importancia¹⁰, la posición mayoritaria sigue exigiendo el mutuo acuerdo como un requisito imprescindible para la configuración de la responsabilidad en coautoría¹¹.

Aunque la relevancia del mutuo acuerdo no puede llegar al punto de otorgar a un sujeto la consideración de autor del hecho, de su concurrencia se derivan consecuencias tanto de carácter cualitativo: convirtiéndose en autores a quienes no serían más que partícipes en hecho ajeno —pues su conducta individualmente considerada no hubiera podido ser calificada como autoría del tipo—; como de carácter cuan-

⁹ Así, en la doctrina española, LUZÓN PEÑA, *ADPCP*, 1989, cit. nota 1, p. 908; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, cit. nota 2, p. 350; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 1, p. 653 y ss; GONZÁLEZ RUS, «Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría», en *Problemas de autoría, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, noviembre 1994, p. 120; MIR PUIG, *DP. PG.*, 2011, cit. nota 2, pp. 401 y 404; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, cit. nota 1, pp. 305 y 383; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «La autoría conforme al Código Penal», *La Ley*, 2000-2, p. 1725: aunque sin utilizar la denominación «imputación recíproca» sino «responsabilidad mutua»; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad*, 2001, cit. n. 1, p. 126 y pp. 261-262. Cfr., también en este sentido, STS 14 de octubre de 1998 (RJ 1998/6873). En contra, GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría*, cit. nota 1, pp. 636 y ss.

¹⁰ Fundamentalmente entre la doctrina alemana, por considerar que se trata de un elemento natural que nada aporta como criterio normativo de imputación, JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, Trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 746 y s.; DERKSEN, «Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft», *GA*, 1993, pp. 170 y ss.; LESCH, «Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung», *ZStW* 105 (1993), pp. 271 y ss; el mismo, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 90 y s. En la doctrina española, GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría*, cit. nota 1, pp. 636 y ss, relativiza la importancia del acuerdo en la coautoría entendiendo que sólo es una forma de obtener datos del entorno objetivo y subjetivo en el que cada interviniente actúa y que, por tanto, ni permite superar los límites de la responsabilidad penal individual de cada coautor, ni aporta un mayor desvalor a la conducta de cada uno de los coautores que hubieran adquirido los mismos conocimientos por vía diferente.

¹¹ Como muestran las referencias en las dos notas precedentes, las autoras de este trabajo mantienen opiniones divergentes sobre la importancia del acuerdo común como elemento integrante de la coautoría; en cualquier caso, ambas coinciden en que la responsabilidad a título de coautoría no puede fundamentarse en exclusiva en la existencia del acuerdo, sino que ésta se desprende del aporte objetivo al hecho delictivo, del contexto en el que éste se presta y de su propia naturaleza, que debe suponer una realización, aunque sea parcial, de la conducta descrita en el tipo penal.

titativo: al imputar la realización completa del hecho al que aparentemente sólo lo ha realizado de forma parcial —suponiendo también un incremento de pena, no sólo a supuestos de participación elevada a categoría de autoría, sino fundamentalmente aplicando la pena de la realización completa del hecho a aquel sujeto que sólo lo habría realizado parcialmente—.

Pero estas consecuencias asociadas generalmente a la coautoría deben, en cualquier caso, respetar los principios limitadores del Derecho penal. Y es que, no podemos olvidarlo, la responsabilidad penal es, en esencia, personal e intransferible: esto supone que el individuo es el centro de toda imputación penal y exige que su calificación como autor o partícipe tenga como base su concreta aportación. Nadie puede ser castigado por lo realizado por otro. Además, el principio de legalidad otorga al tipo penal una función garantista primordial que excluye, en nuestra opinión, la autoría de quienes, con o sin acuerdo, no realicen las acciones descritas en el mismo.

Por ello, debemos tener presente que la posible unificación de las diferentes aportaciones en un único hecho conjunto no puede significar la unificación de los diferentes intervinientes en un único sujeto activo global que otorgue legitimidad a la renuncia de la prueba de cada una de las intervenciones individuales (enfrentándose al principio de presunción de inocencia) o incluso a la no exigencia en cada una de ellas de todos los requisitos que el tipo establezca (lo que sería contrario al principio de legalidad).

En estos casos en los que el sujeto interviene únicamente en el acuerdo previo, cabrá a lo sumo:

- o bien la calificación como conspirador, si hubiera concertado una aportación propia de autoría y no llegara a comenzar la fase ejecutiva (siempre y cuando dicho acto preparatorio estuviera expresamente tipificado en relación con el tipo concreto).
- o bien, la calificación como partícipe en un hecho ajeno (como inductor o como cooperador necesario o cómplice), si se produjera el comienzo de la tentativa por parte de un tercero y se pudiera considerar que la intervención del sujeto en el acuerdo ha favorecido o instigado la ejecución¹².

¹² De la misma manera, si comienzan los actos ejecutivos del delito, pero en los mismos no interviene alguno de los concertados previamente, no podrá imputarse dicha ejecución a título de coautoría a quien no interviene, aunque dependiendo de la valoración que hagamos de dicha aportación en la fase preparatoria podríamos considerarlo partícipe en el delito. La impunidad de estos actos preparatorios se refiere únicamente a la imposibilidad de sancionar estas conductas de forma inde-

Las consecuencias jurídicas que se derivan entonces del mutuo acuerdo significarán que se concede la categoría de coautoría a aportaciones que individualmente —consideradas en abstracto, es decir, fuera de dicho contexto comisivo concreto—, sólo posibilitarían una responsabilidad:

- como autores de la realización parcial del hecho: utilizando el ejemplo clásico ya en cualquier manual de un homicidio realizado suministrando a la víctima sucesivas dosis de veneno, cada uno de los sujetos que intervienen suministrando una dosis respondería como autor a lo sumo de una tentativa de homicidio. O, por ejemplo, el que realiza la intimidación en un robo podría responder únicamente como autor de una tentativa de robo, ya que en ningún caso ha intervenido en la sustracción de la cosa.
- como autores de un tipo distinto. Por ejemplo, el que fractura la puerta para que otros entren en una vivienda —con ánimo de sustraer objetos de su interior— sería únicamente autor de daños.
- o como partícipes en un hecho ajeno con responsabilidad subsidiaria a la del autor: dependiendo de cuál sea la teoría de la que partamos para definir cuál es el contenido objetivo de la aportación del coautor, puede ocurrir que conductas que de existir mutuo acuerdo serían propias de coautoría, sin embargo, sin mutuo acuerdo no serían más que actos de favorecimiento a la autoría ajena. Por ejemplo, la conducta del cooperador necesario en la fase ejecutiva, es decir, el que aporta el vehículo y facilita la huida.
- o incluso conductas impunes, si las consideramos individualmente en abstracto: existen determinados tipos penales que convierten una conducta en típica en virtud de los medios comisivos de su realización; por ejemplo, la realización arbitraria

pendiente, esto es, cuando el delito no ha entrado en fase ejecutiva. Sin embargo, cuando se inicia la fase de ejecución y el delito entra en fase de tentativa o queda consumado, los actos preparatorios realizados por personas distintas al autor devienen punibles y se sancionan como formas de participación en el hecho intentado o consumado: complicidad y cooperación necesaria. Por otro lado, hay que aclarar que existen algunos preceptos en los Libros II y III del Código penal en los que se sancionan conductas que por su naturaleza tienen carácter de actos preparatorios de otro delito. Estos supuestos sí que son punibles, ya que en estos casos el legislador ha elevado a la categoría de delito autónomo un acto de preparación sancionándolo de forma independiente (Ej. El delito de colaboración con banda armada del art. 576, 1º y 2º CP).

del propio derecho (art. 455 CP), castiga el empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas para realizar un derecho propio. Entonces, el que ejercita su derecho mientras otro intimida al sujeto pasivo pero sin mutuo acuerdo entre ambos estaría realizando una conducta lícita.

Pues bien, existiendo mutuo acuerdo para la consecución de un resultado típico, esas mismas conductas conllevarán la responsabilidad autónoma como coautor por la realización global del hecho llevada a cabo entre todos ellos. Es decir, la existencia de acuerdo llevará aparejada normalmente una pena mayor. Aunque esto no nos debe hacer olvidar que la coautoría requiere además otro elemento de naturaleza objetiva: el aporte individual de cada coautor a la comisión delictiva.

6. La realidad jurisprudencial en materia de coautoría

Habitualmente el principal problema al que se enfrentan nuestros Jueces y Tribunales en materia de coautoría es la dificultad de prueba de cada una de las aportaciones individuales. Sobre todo si la actuación conjunta es simultánea (supuestos de coautoría aditiva). Por ello, ante la imposibilidad de imputar resultados o ante la inevitabilidad de la absolución, se aferran a la tabla de salvación del mutuo acuerdo como criterio de imputación¹³.

La fundamentación utilizada por el Tribunal Supremo para afirmar la responsabilidad penal de cada uno de los que considera coautores ha evolucionado desde la aplicación de la teoría del acuerdo previo hasta la teoría del dominio del hecho, mantenida actualmente en la práctica unánimidad de sus sentencias, si bien con algunas variaciones.

La teoría del acuerdo previo sostiene la responsabilidad como coautores de un delito de todos aquellos sujetos que se hubieran concertado previamente para la comisión del mismo, sin que fuera pre-

¹³ El propio TS ha llegado a indicar en algunos supuestos de ataques colectivos, ante la falta de prueba de cuál de los intervinientes ha realizado la acción desencadenante del resultado lesivo o letal, que es indiferente determinar quién fue el autor material, porque se trata de un supuesto de coautoría; así, por ejemplo, STS nº 1049/2005, de 20 de septiembre: «el detalle exacto no es un requisito necesario que imponga el principio de culpabilidad» ya que si el tipo se realiza en coautoría «basta el conocimiento por uno de los medios de ataque utilizados por el otro», con remisión a la STS nº 694/2000, de 24 de abril.

ceptivo ningún otro requisito; es decir, de haber participado en el acuerdo previo para la comisión del hecho resultaría irrelevante la aportación material que cada uno de los intervinientes hubiera realizado¹⁴. Se trata entonces de una teoría subjetiva que delimita la autoría de la participación según que los sujetos actuaran con o sin acuerdo previo. Lo que en la práctica reduce prácticamente a la nada la esfera de la complicidad y se convierte en una peligrosa teoría extensiva¹⁵.

Esta teoría fue objeto de una aplastante crítica encabezada por GIMBERNAT¹⁶, con los argumentos ofrecidos en su monografía «Autor y cómplice en Derecho penal», al que se fue adhiriendo la práctica unanimidad de la doctrina española¹⁷. Entre otras muchas objeciones esgrimidas, se destaca que en un Derecho penal donde rige el principio de tipicidad y el principio de responsabilidad por el hecho, resulta inadmisibles juzgar a los ciudadanos por lo que pensaban hacer y no por lo que realmente hicieron¹⁸.

Los problemas en cuanto a la extensión del ámbito de la coautoría en que desemboca la teoría del acuerdo previo se van incrementando en la misma medida en que se van relajando los requisitos para la existencia de ese acuerdo previo. Esta forma de actuar por parte del Tribunal Supremo crea «una inseguridad jurídica insoportable»¹⁹ y una patente lesión del principio de justicia²⁰.

Ante la frontal oposición doctrinal a sus planteamientos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue abandonando, pausada pero

¹⁴ Sobre la teoría del acuerdo previo, vid., ampliamente, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor*, 1966, cit. nota 1, pp. 73 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 1, pp. 354 y ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad*, 2001, cit. nota 1, pp. 198 y ss.; GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría*, cit. nota 1, pp. 522 y ss.

¹⁵ Vid., por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 1, p. 358.

¹⁶ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor*, 1966, cit. nota 1, pp. 78 y ss.

¹⁷ Entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 1, pp. 388 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 131 y ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, cit. nota 1, pp. 90 y ss.

¹⁸ Y en este sentido, también se manifiesta contundentemente GIMBERNAT ORDEIG cuando expresamente alega en contra que «prescindir de enjuiciar conductas tal como realmente han tenido lugar, es infringir el principio de la tipicidad y destrozar la garantía que dicho principio ofrece al ciudadano», GIMBERNAT ORDEIG, «Crítica a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo», *ADPCP*, 1966, pp. 31 y ss.

¹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor*, 1966, cit. nota 1, p. 83; el mismo, *ADPCP*, 1966, cit. nota 18, pp. 33-34; en el mismo sentido, VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa*, 1977, cit. nota 1, p. 126; GÓMEZ BENÍTEZ, *TJD*, 1984, cit. nota 1, p. 124, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 1, p. 394.

²⁰ En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor*, 1966, cit. nota 1, p. 84.

progresivamente, la teoría del acuerdo previo y a partir de mediados de los años 80 comienzan a aparecer sentencias en las que de forma expresa o tácita se niega su validez, pasando el mutuo acuerdo de ser el único a ser uno más de los requisitos de la coautoría²¹.

Ahora bien, en numerosas sentencias se seguía manteniendo la línea tradicional o se modificaba levemente exigiendo además únicamente que el sujeto realice algún tipo de aportación al delito, sin especificar en qué tiene que consistir en concreto tal aportación ni en qué momento temporal debe ser aportada. También podrían incluirse en esta línea jurisprudencial aquellas sentencias que, existiendo mutuo acuerdo entre los intervinientes en la fase ejecutiva, tan sólo exigen como requisito mínimo para afirmar la coautoría un «reparto de papeles» o la mera presencia del sujeto en la fase de ejecución del delito, porque tal exigencia no supone un incremento de rigor en comparación a los requisitos que se venían exigiendo con la teoría del acuerdo previo²².

Durante la década de los 90 se incrementa progresivamente el número de sentencias en las que se pone de manifiesto el rechazo, en unos casos declarándolo incluso de forma expresa el propio Tribunal Supremo²³; en otros la paulatina superación de la misma, señalando cómo el mutuo acuerdo sólo es uno más de los requisitos de la coautoría —que puede estar presente también en las formas de participación—, y que ésta requiere necesariamente la presencia de determinados elementos objetivos.

Destaca, en este sentido, la argumentación mantenida en algunas sentencias, donde claramente el Tribunal Supremo afirma «que el

²¹ Así, por ejemplo, SSTS 14 de enero de 1985 (RJ 1985/301); 16 de enero de 1985 (RJ 1985/313); 14 de febrero de 1985 (RJ 1985/959); 31 de mayo de 1985 (RJ 1985/2570); 14 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6265); 12 de abril de 1986 (RJ 1986/1964); 10 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7874); 27 de febrero de 1987 (RJ 1987/2254); 22 de febrero de 1988 (RJ 1988/1204); 21 de junio de 1988 (RJ 1988/5150); 25 de junio de 1988 (RJ 1988/5351); 30 de enero de 1989 (RJ 1989/612); 9 de febrero de 1989 (RJ 1989/1517); 14 de septiembre de 1989 (RJ 1989/7503); 23 de octubre de 1989 (RJ 1989/7733); 30 de noviembre de 1989 (RJ 1989/9363).

²² Más ampliamente, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad*, 2001, cit. nota 1, pp. 203-207, con referencias jurisprudenciales.

²³ Véase jurisprudencia exhaustiva en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 1, pp. 374-376 (nota 60) y además SSTS 28 de enero de 1991 (RJ 1991/404); 29 de enero de 1993 (RJ 1993/392); 20 de octubre de 1995 (RJ 1995/8007); 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7908); 7 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7845); 28 de noviembre de 1997 (RJ 1997/9059); 2 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8711); 24 de marzo de 1998 (RJ 1998/2356); 6 de abril de 1998 (RJ 1998/4017); 9 de octubre de 1998 (RJ 1998/8055); 11 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8623); 2 de julio de 1999 (RJ 1999/5812).

acuerdo previo, por sí mismo, no es determinante de la coautoría, como lo consideraba la jurisprudencia más antigua. Por el contrario, la decisión conjunta de la realización del hecho punible, que caracteriza la coautoría, debe ir acompañada de una aportación a la ejecución que exteriorice el dominio funcional del hecho, o el dominio del mismo»²⁴.

Así, después de un periodo de inestabilidad, en el que podemos encontrar resoluciones en las que se construye la coautoría con base en múltiples y variadas fundamentaciones teóricas, desde hace ya décadas, la teoría objetivo-material del dominio del hecho acapara los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia en materia de coautoría. La adopción del criterio del dominio funcional del hecho como fundamentador de la coautoría, como concepto abierto, permite y exige una adaptación a las necesidades del caso concreto que le dote de contenido²⁵.

Dicha toma de posición jurisprudencial se afianza con la incorporación de la mención expresa de la realización conjunta del hecho al artículo 28 del Código penal. La jurisprudencia aplaude la regulación en materia de autoría y participación adoptada por el legislador de 1995 —que, sorprendentemente, considera reflejo de los logros obtenidos por la evolución jurisprudencial en la materia²⁶— y, como re-

²⁴ A modo de ejemplo, vid. STS de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7908).

²⁵ Señalaba el propio ROXIN, *Autoría*, 1998, cit. nota 2, p. 314, que el concepto de «importancia esencial» de la contribución, que concede precisamente el dominio funcional del hecho, no tiene en sí mismo un contenido aprehensible, sino que sirve para facilitarle al juez, con la ayuda de la idea material rectora de la dependencia condicionada funcionalmente, una solución que le permita hacer justicia en el caso concreto.

²⁶ La STS de 14 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10345), afirma algo que se repetirá literalmente en múltiples sentencias posteriores, que la nueva definición de la coautoría acogida en el artículo 28 «viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del «acuerdo previo» a los cooperadores no ejecutivos, es decir, a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo —por ejemplo, a quien planea el «golpe» que ejecutan otros—, pese a que resultaban difícilmente encuadrables en el artículo 14.1º del Código Penal de 1973 que exigía «tomar parte directa en la ejecución del hecho». La «realización conjunta del hecho» implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integrantes del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del «*pactum scaeleris*» y del co-dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, or-

sultaba previsible, la interpretación del nuevo articulado se realiza conforme a los criterios de la teoría del dominio del hecho²⁷.

De esta forma, desde las primeras sentencias que aplican el artículo 28 del nuevo texto legal —y hasta la actualidad, con escasísimas excepciones—, se rechaza de forma expresa la teoría del acuerdo previo y tras afirmar que el mutuo acuerdo es solamente un elemento de la coautoría, no el único, se exige para poder aplicar esta figura que exista un dominio del hecho de cada uno de los intervinientes²⁸.

La teoría del dominio del hecho considera que lo que califica al sujeto como coautor no sólo es la actuación acordada, sino que resultará determinante la relevancia material de la aportación individual. En este sentido, para afirmar la coautoría, la jurisprudencia declara que es necesario que exista mutuo acuerdo entre los coautores y que además cada coautor lleve a cabo una aportación al desarrollo del suceso que le confiera el denominado dominio funcional del hecho. La constatación de estos requisitos implicará la imputación recíproca de las aportaciones entre los coautores y, por tanto, la responsabilidad de cada uno por el hecho realizado. Se explica entonces la calurosa acogida otorgada a esta teoría por nuestra jurisprudencia, pues no somete la decisión a los límites de estrictos criterios delimitadores, sino que faculta una interpretación del concepto que se adapte a las circunstancias del caso concreto.

Ahora bien, la cuestión se centra, por tanto, en delimitar el alcance que debe tener la aportación del coautor en aplicación de la teoría del dominio del hecho defendida jurisprudencialmente. En este sentido, el análisis de las sentencias del Tribunal Supremo de los últimos años revela que en la mayoría de los supuestos de condena la contribución del coautor al suceso delictivo se prestó en la fase de

ganizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución».

²⁷ Así, de forma expresa en la mayoría de los casos, se mantienen todas y cada una de las sentencias a partir del momento en que comienza la aplicación del nuevo texto legal por parte del TS. Vid. por ejemplo, STS de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7908) donde claramente el TS afirma que «la decisión conjunta de la realización del hecho punible, que caracteriza la coautoría, debe ir acompañada de una aportación a la ejecución que exteriorice el dominio funcional del hecho, o el condominio del mismo [...] el propio texto de la Ley Penal, [...] (antes y después de la reforma de 1995) exige «un acto sin el cual (el delito) no se habría efectuado». Es evidente que un acto de estas características requiere inexorablemente una aportación de determinada significación, que no puede ser en ningún caso reemplazada por el acuerdo entre los partícipes».

²⁸ Por ejemplo, claramente, STS 7 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7845). Más recientemente, STS nº 468/2007, de 18 de mayo; STS nº 18/2009, de 21 de enero.

ejecución delictiva, exigiendo algunos pronunciamientos que la aportación sea esencial o imprescindible²⁹; mientras que otros requieren una aportación objetiva y causal eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto³⁰; en otros se habla de la existencia de un aporte que no implique subordinación³¹; de un simple aporte causal orientado al fin³²; y, en ocasiones, ni siquiera se establece con la suficiente precisión el contenido objetivo necesario en una aportación para que tenga el dominio funcional del hecho más allá de la mención a que debe prestarse en la fase ejecutiva³³.

Existe también algún pronunciamiento que considera que no es precisa ni siquiera una intervención en fase ejecutiva y que podría darse igualmente una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, considerando coautores a quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, así como a quienes se reservan una actuación ejecutiva sólo en caso de que concurran determinadas circunstancias³⁴. Y, por último, encontramos alguno

²⁹ Así, por ejemplo, la STS de 2 de julio de 1998 (RJ 1998/6230), reconoció expresamente que todos los coautores «deben aportar durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común» y ha sido citada (¡aunque de forma conjunta con otras que contienen otros criterios contradictorios!) en SSTS n.º 474/2005, de 17 de marzo; n.º 1049/2005, de 20 de septiembre; n.º 77/2007, de 7 de febrero; n.º 772/2007, de 4 de octubre; n.º 84/2010, de 18 de febrero. También puede incluirse en este grupo la STS n.º 850/2007, de 18 de octubre, que en un caso de ataque conjunto por parte de varios integrantes del grupo urbano conocido como Latin King manifiesta que el coautor debe «prestar en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa». La STS n.º 813/2009, de 7 de julio, describe el aporte como «parte esencial del plan durante la fase ejecutiva» y las SSTS n.º 1028/2009, de 14 de octubre, y n.º 1180/2010, de 22 de diciembre, exigen una «aportación imprescindible, según el plan seguido en el hecho concreto, en la fase de ejecución» y excluye expresamente de la coautoría los actos realizados en la fase de preparación del delito y los que se ejecutan cuando éste ya se ha consumado.

³⁰ En este sentido, por ejemplo, SSTS n.º 37/2007, de 1 de febrero; n.º 77/2007, de 7 de febrero; n.º 774/2008, de 19 de noviembre, refiriéndose a «aportaciones causales decisivas»; n.º 263/2008, de 20 de mayo, que alude a una «acción relevante y con eficacia causal para el resultado»; n.º 915/2010, de 19 de octubre; n.º 1242/2009, de 9 de diciembre; n.º 598/2010, de 14 de junio; n.º 809/2010, de 29 de septiembre.

³¹ Las SSTS n.º 1363/2005, de 14 de noviembre y n.º 721/2007, de 14 de septiembre, aluden a un reparto de tareas que no importe subordinación de unos frente a otros.

³² Así, las SSTS n.º 1139/2005, de 11 de octubre; n.º 1151/2005, de 11 de octubre; n.º 416/2007, de 23 de mayo; n.º 468/2007, de 18 de mayo y, por último, las n.º 975/2005, de 13 de julio y n.º 774/2008, de 19 de noviembre, que además de tratarse de un aportación causal añaden que sea decisiva.

³³ En este sentido se manifiestan las SSTS n.º 1145/2006, de 23 de noviembre; n.º 133/2008, de 10 de abril; n.º 97/2010, de 10 de febrero.

³⁴ Se trata, por ejemplo, de las SSTS n.º 1240/2000, de 11 de septiembre, y n.º 1478/2001, de 20 de julio, que son objeto de cita en SSTS posteriores como, por ejemplo, la n.º 474/2005, de 17 de marzo; n.º 1049/2005, de 20 de septiembre; y, más recién-

que volviendo en esencia a la teoría del acuerdo previo, considera suficiente con que exista un reparto de funciones que ponga de relieve que los coautores comparten el mismo designio, siendo indiferente el reparto en sí, pues, en palabras del propio Tribunal Supremo, cabría también la coautoría en supuestos de asimetría en la entidad de las contribuciones³⁵.

Mediante la aplicación de los anteriores criterios, en función del caso concreto el Tribunal Supremo llega incluso, en ocasiones, a considerar coautor a quienes se encuentran meramente presentes en el momento de la ejecución delictiva, por entender bien que se trata de una aportación esencial en aquellos delitos cuya descripción típica exige la intimidación o bien que con su actuación disminuyen las posibilidades de defensa de la víctima³⁶. Tampoco faltan los pronunciamientos en los que se deja entrever un fundamento de la responsabilidad del coautor pasivo en la omisión, en especial cuando a la presencia en el momento de la consumación del delito se le añade, aunque no siempre, alguna otra intervención, de lo que se pretende derivar un deber jurídico de actuar, una especie, por tanto, de posición de garante por injerencia, que obliga a evitar la comisión del delito por parte de los demás coautores³⁷.

Además, el Tribunal Supremo considera que no existe ningún inconveniente para castigar a los coautores presentes en el lugar de los

temente, nº 84/2010, de 18 de febrero, aunque en realidad se citan junto a otras incluso de signo contrario y, además, sin que resulten de aplicación al caso en cuestión.

³⁵ STS nº 1249/2009, de 9 de diciembre, en un supuesto en el que los dos acusados agreden a la víctima, uno mediante golpes y otro con un cuchillo, siendo la sección de una arteria que éste produjo lo que determinó la muerte de la víctima.

³⁶ SSTS nº 989/2009, de 29 de septiembre; nº 1242/2009, de 9 de diciembre, y nº 338/2010, de 16 de abril. Sin embargo, la STS nº 786/2010, de 7 de julio, considera, de forma más acertada en nuestra opinión, que la presencia en un delito de lesiones puede ser una aportación auxiliar y secundaria constitutiva de complicidad, pero no de coautoría.

³⁷ Así, por ejemplo, la antes citada STS nº 1478/2001, de 20 de julio, se refiere al actuar precedente del art. 11 CP, y la STS nº 1145/2006, de 23 de noviembre, alude a la omisión, en el supuesto de dos acusados que apuñalan y disparan a la víctima, respectivamente, causando la muerte uno de los disparos, aunque también una de las puñaladas era letal, para fundamentar la coautoría de quien no disparó; también la STS nº 77/2007, de 7 de febrero, hace alusión a que cada coautor «actúa y deja actuar a los demás», y la STS nº 1242/2009, de 9 de diciembre, en un caso de un puñetazo propinado por un agente policial a presencia de otro compañero, de quien se afirma la autoría conjunta por «no ejecutar acto alguno que impidiera el mantenimiento o el incremento de la situación». Y, más recientemente, en un caso en el que varios golpean a la víctima, la STS nº 255/2011, de 6 de abril, afirma que además de existir un acuerdo común, mientras unos golpeaban los demás les dejaban actuar, por lo que el resultado típico era asumido por todos.

hechos, con independencia de su propia actuación, por los delitos cometidos de forma individual por alguno de ellos durante el desarrollo delictivo, siempre que puedan entenderse incluidos en el marco del acuerdo común, en virtud de la denominada «teoría de las desviaciones previsibles»³⁸. Esta teoría suele utilizarse para castigar por las lesiones y homicidios que se cometen por uno de los coautores en el marco de un robo violento o de una pelea o ataque colectivo cuando alguno de los intervinientes porta armas y este hecho es conocido por el resto. La responsabilidad sólo resulta excluida cuando se trata de actuaciones en solitario que tienen lugar de forma inopinada o sorpresiva³⁹.

Por su parte, también la Audiencia Nacional en sus pronunciamientos, en supuestos de comandos terroristas, considera que la teoría del acuerdo previo se encuentra superada y que el aporte objetivo cobra especial importancia, e incluso cita el criterio del dominio funcional del hecho en algún caso, aunque en el fondo le basta con constatar que existió una actuación coordinada, un concierto de voluntades, con reparto de tareas, para considerar responsables a todos los acusados en concepto de autores⁴⁰.

Lo cierto es que a pesar de la flexibilidad que proporciona la teoría del dominio del hecho, en muchos casos, ni siquiera se aplican correctamente los presupuestos que se invocan para la resolución del

³⁸ Vid., SSTS nº 1037/2006, de 26 de octubre, en un supuesto de agresión en grupo por parte de los denominados Netas, donde se menciona que el coautor se hace responsable por dolo eventual; nº 84/2010, de 18 de febrero, en un supuesto de robo con arma de fuego en el que se produce la muerte de la víctima por el disparo de un coautor; y nº 850/2007, de 18 de octubre, en un caso de agresión por el grupo Latin King; también, SSTS nº 434/2008, de 20 de junio, nº 639/2010, de 18 de junio y nº 45/2011, de 11 de febrero, en casos de robos con uso de armas. En un supuesto de secuestro en el que uno de los intervinientes dispara en una pierna a la víctima, STS nº 1137/2010, de 22 de diciembre, que es precisamente la que se cita en la Sentencia comentada en apoyo del pronunciamiento de condena.

³⁹ SSTS nº 519/2007, de 14 de junio; nº 774/2008, de 19 de noviembre, y nº 915/2009, de 19 de octubre; o incluso en algún caso excepcional cuando pese a conocerse la existencia del arma se asumía que se utilizaría para dar un susto o incluso lesionar, pero no para atacar zonas vitales con intención de matar, STS nº 598/2010, de 14 de junio.

⁴⁰ Así, SSAN, nº 52/2001, de 22 de noviembre (Secc. 1ª); nº 10/2003, de 18 de marzo (Secc. 4ª); nº 85/2005, de 22 de diciembre (Secc. 1ª). Tanto la SAN nº 38/1998, de 29 de junio (Secc. 1ª), como la nº 62/1998, de 27 de octubre (Secc. 1ª), ambas referidas a supuestos de secuestros por miembros de la organización terrorista ETA, señalan que la coautoría de todos los intervinientes se fundamenta en que «consta su intervención dolosa en la ejecución, con pleno dominio cada uno de los procesados de la acción llevada a cabo, sin más diferencia entre ellos que su propio concierto en el reparto de las funciones a realizar».

asunto. Los pasos que sigue la construcción jurisprudencial del andamiaje de la coautoría parten indefectiblemente de la prueba del mutuo acuerdo entre los intervinientes, que creará, en palabras del Tribunal Supremo, un vínculo de solidaridad que permitirá castigar a cada uno de los coautores por el hecho conjuntamente realizado. Como se trata de un elemento subjetivo, comprensiblemente admitirá la prueba de indicios y, además, la aceptación del acuerdo tácito incluso coetáneo, facilitará considerablemente la tarea. De hecho en muchas ocasiones al Tribunal Supremo, como hemos visto, le basta que estando presente en el lugar de los hechos no se oponga a su realización para afirmar que participa del mutuo acuerdo. Este aspecto resulta criticable. Por una parte, podemos observar como la fundamentación resulta circular, puesto que la realización de la acción conjunta implica para el Tribunal Supremo la existencia de mutuo acuerdo que da lugar a la coautoría y, por tanto, a la existencia de un único hecho. Por otra parte, la mera presencia en el lugar de los hechos sin oposición a la realización ajena no puede servir tampoco como único indicio de la existencia del acuerdo, a no ser que se confirme con actividades previas, coetáneas o posteriores de actuación en una determinada dirección, que son precisamente las que deberán valorarse para determinar el grado de responsabilidad del interviniente en cuestión.

Resulta, en efecto, sospechoso comenzar la construcción de la coautoría por la prueba del elemento subjetivo, puesto que una vez afirmada la existencia de ese vínculo de solidaridad entre los intervinientes del hecho y demostrado después que todos intervinieron en la ejecución (por ejemplo, todos golpearon a la víctima o todos estuvieron presentes, incluso), elude el Tribunal los problemas de prueba de la aportación individual concreta de cada uno de los supuestos coautores, es decir, considera innecesario acreditar individualmente la esencialidad de la aportación de cada uno de los coautores, afirmando que toda actuación durante la fase ejecutiva acordada resulta siempre propia de coautoría.

Parece olvidarse el Tribunal Supremo de que el Tribunal Constitucional español sólo considera desvirtuado el principio de presunción de inocencia (art. 24.1 CE) si resultan probados todos los elementos del delito, incluida la forma de intervención del sujeto en los hechos⁴¹, por lo que puede resultar de dudosa constitucionalidad esta

⁴¹ Vid. SSTC 141/1986, de 12 de noviembre; 92/1987, de 3 de junio; 150/1989, de 25 de septiembre; 217/1989, 21 de diciembre; 118/1991, de 23 de mayo; 283/1994, de 24 de octubre; 173/1997, de 14 de octubre y 68/1998, de 30 de marzo. Vid., con mayor extensión, CUERDA RIEZU, «Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre

forma de actuar que, amparándose en una supuesta estructura jurídica, admite la responsabilidad conjunta y prescinde a la postre de la prueba de la aportación en concreto. Esta garantía constitucional de naturaleza fáctica afecta tanto a los hechos, datos objetivos y materiales del comportamiento típico, como a la presencia e intervención en ellos del acusado. El principio de responsabilidad personal obliga a probar la realización de una acción culpable, pues nadie puede responder por acciones ajenas, por lo que esta versión jurisprudencial de la coautoría plantea serias dudas de constitucionalidad⁴².

Y es que, los avances derivados de la aplicación de criterios teóricos más adecuados en la delimitación de autores y partícipes frente a la aplicación de la denostada teoría del acuerdo previo, quedan en muchos casos en poco más que meras palabras⁴³. Por más que el Tri-

el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional», *Revista Arzadi del Tribunal Constitucional*, 2000, p. 18.

⁴² Como se ha expuesto, resultan reveladoras en este sentido algunas resoluciones sobre coautoría en supuestos paradigmáticos, como las agresiones en grupo o delitos conectados por el uso de la violencia, para comprender el alcance que está otorgando nuestra jurisprudencia al mutuo acuerdo. Sobre las agresiones en grupo, más ampliamente, GARCÍA DEL BLANCO, *RDPCrim*, n° 17 (2006), cit. nota 1.

⁴³ Comenzando por el problema de la falta de fundamentación que se produce en múltiples sentencias, hay que señalar que viene siendo advertido desde antiguo, si bien es cierto que la jurisprudencia ha intentado solventarlo. El problema radica en muchas ocasiones en que en su fundamentación se limita el Tribunal a repetir mecánica y literalmente los argumentos de otras sentencias sin aplicación de los criterios mencionados al caso concreto. No sólo vulnerarían el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada (analogía), sino que resultarían también constitucionalmente rechazable por el mismo motivo aquellas otras que conduzcan a soluciones opuestas a la orientación material de la norma. El único punto de partida posible para orientarnos en la valoración de si la interpretación de la norma ha sido o no la correcta por parte del Tribunal es la motivación contenida en la resolución. Así, la interpretación restrictiva —como contrapuesta a la interpretación extensiva o analógica— obligada en cuanto al establecimiento, interpretación y aplicación de normas limitadoras del ejercicio de derechos fundamentales, exige que las resoluciones sancionadoras en aplicación de las mismas contengan una motivación suficiente para poder controlar la proporcionalidad de la medida aplicada. Y por tanto, la falta o insuficiencia de la motivación, conllevará la vulneración del derecho fundamental sustantivo afectado (STC 151/1997, de 29 de septiembre de 1997, FJ. 5. El TC, al admitir la constitucionalidad de los conceptos normativos abiertos, como sería el caso de la «realización conjunta del hecho», traslada el problema del legislador al intérprete y aplicador de la norma, que deberá utilizar para fundamentar sus decisiones pautas objetivas que determinen y complementen los preceptos legales, garantizando así la taxatividad de la norma y la seguridad jurídica. Para ello los tribunales atenderán a los valores generalmente admitidos y conocidos socialmente conformes al ordenamiento jurídico y, principalmente, a la Constitución. Y como ha establecido la STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3, «la única manera de llevar a cabo esta tarea de conformidad con el artículo 25 de la Constitución española es hacer

bunal Supremo insista en su rechazo de la teoría del acuerdo previo y la afirmación superada, su sinceridad resulta más que dudosa: la teoría del acuerdo previo se esconde tácitamente en múltiples resoluciones⁴⁴.

Sin embargo, en nuestra opinión, el poder afirmar que el hecho se ha realizado por todos los coautores con intervención esencial, exige en todo caso la prueba inequívoca de que lo que cada uno de los sujetos realizó en concreto y la valoración individual de si su aportación realmente es esencial o no para la realización del hecho. El que la responsabilidad vaya a ser idéntica en uno u otro caso será otra cuestión, al igual que tampoco puede resultar indiferente considerar a un sujeto autor o cooperador necesario, pues la naturaleza jurídica de la autoría y de la participación es absolutamente distinta, aunque la pena que les corresponda sea la misma.

Puede parecernos insólito que tan graves cuestiones se expliquen jurisprudencialmente en función de un concepto carente de toda so-

expresas las razones que determinan la antijuridicidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud del castigo desde una perspectiva constitucional. Ello significa que, como sucede en el ámbito de otros derechos fundamentales, también la garantía del citado precepto constitucional puede vulnerarse por la ausencia de un adecuado razonamiento que ponga de manifiesto el cumplimiento de sus exigencias». Añadiendo la citada resolución en su fundamento cuarto que «la falta de un fundamento jurídico concreto y cognoscible priva a la sanción del sustento que le exige el artículo 25.1 de la Constitución y convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de legalidad de la sanción, sólo reparable con su anulación definitiva». En este punto, no tanto la falta de fundamentación existente en algunas resoluciones en materia de autoría y participación —pues afortunada y progresivamente se producen de forma cada vez más excepcional—, sino sobre todo la mezcla de criterios utilizados, en su caso, en la fundamentación de la decisión y la falta de aplicación real de la argumentación teórica a los hechos concretos —utilizándose así como fórmulas automáticas— pueden suscitar serias dudas sobre su constitucionalidad. Vid. GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría*, 2006, cit. nota 1.

⁴⁴ Vid., de la misma opinión, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, IV.4.a) (nota 17), considerando que la utilización del mutuo acuerdo como requisito subjetivo exigido en la teoría del dominio del hecho que hace el TS puede conducir en la práctica a resultados coincidentes con la tesis del acuerdo previo; SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIÉRREZ, *AP*, 1997, cit. nota 5, p. 41; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 2000-2, cit. nota 9, p. 1728, se manifiesta contundentemente en contra de la aplicación por el TS de la teoría del dominio del hecho: «Abandonado —parece— este burdo razonamiento (*scil.* la teoría del acuerdo previo), sin embargo hoy asistimos a la recuperación de buena parte de sus consecuencias por la vía de la llamada teoría del «dominio del hecho», crecientemente acogida por el Tribunal Supremo a pesar de su absoluta carencia en la letra y el espíritu de la ley», que, como acertadamente afirma, conduce «a la expansión del alcance de la autoría, fundamentalmente a costa de la cooperación necesaria, y, en ocasiones, de la inducción».

lidez científica y, en cambio, así sucede. ¿Desde cuándo la teoría del dominio del hecho ha defendido que con base en la existencia de un mutuo acuerdo entre los diferentes intervinientes en la ejecución no sea necesario más que demostrar la realización del hecho sin analizar individualmente la relevancia material de cada aportación? ¿No tratará el Tribunal Supremo de maquillar como dominio del hecho los ajetados criterios de la teoría del acuerdo previo, criticados incluso expresamente en sus resoluciones?

Lamentablemente comprobamos que también es de aplicación a nuestra jurisprudencia lo afirmado hace tiempo por PUPPE en cuanto que los Tribunales utilizan la coautoría para barrer debajo de su alfombra los problemas de prueba con los que se enfrentan⁴⁵.

De esta forma la supuesta evolución desde la teoría del acuerdo previo hasta nuestros días queda en muchos casos en papel mojado. Si resulta que ni siquiera con base en la teoría del acuerdo previo se llegaba a considerar coautor a aquel que no había intervenido en la ejecución del delito —pues en la práctica siempre había realizado algún tipo de aportación con independencia de su relevancia—, y actualmente se exige sobre el papel un aporte objetivo de naturaleza esencial, pero no es necesaria su prueba, sino que basta con que el hecho se haya realizado bajo mutuo acuerdo para considerar que las aportaciones han sido esenciales, los resultados al final son idénticos. Si el requisito no se prueba convenientemente de forma individual, su relevancia es prácticamente nula.

7. Análisis de los fundamentos de derecho en la imputación de la coautoría en la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional nº 10/2011, de 3 de mayo

A) La condena por los 36 delitos de detención ilegal

Como decíamos al inicio, el mutuo acuerdo en el que participaban los dos acusados con el resto de los piratas que intervinieron en el asalto del Alakrana, y en virtud del que se habían repartido las funciones a desempeñar, sirvió como fundamento para la imputación de la autoría de los 36 delitos de detenciones ilegales en la figura agravada de privar de libertad por tiempo superior a 15 días (art.

⁴⁵ Cfr. PUPPE, «Anmerkung zu BGH 31, 106», *Juristische Rundschau*, 1992, p. 34.

163.3º CP), con la modalidad asimismo agravada de exigir condición (art. 164 CP).

Se considera probado que en el reparto de papeles a los acusados les correspondió trasladar a sus compañeros en la barca de mayor tamaño hasta el Alakrana para que éste pudiera ser rápidamente abordado. Esta intervención se encuentra claramente en la fase preparatoria del delito y, pese a no ser los acusados quienes en un primer lugar abordaran el pesquero, después se incorporaron a la ejecución del secuestro, cuando éste ya se encontraba consumado, permaneciendo dos días escasos en el barco realizando tareas de vigilancia de los prisioneros, entre otras.

Los delitos de detenciones ilegales del artículo 163 y siguientes CP son delitos de consumación instantánea, pues se consuman en el momento en el que se produce la privación de libertad del sujeto pasivo a través de las conductas típicas de «detener» o «encerrar»; y, además, son delitos permanentes, es decir, delitos que mantienen la consumación desde que comienza la lesión del bien jurídico hasta que ésta cesa —en este caso, desde que se priva de libertad a los tripulantes del Alakrana hasta que son liberados—, denominándose a este momento terminación del delito⁴⁶. Una de las peculiaridades de esta clase de delitos es que permiten la posibilidad de intervención en calidad de autor o partícipe después del momento en que se consuma el delito y hasta su terminación⁴⁷.

La intervención acordada de estos dos sujetos en el traslado al barco y en las labores de vigilancia de los tripulantes del Alakrana privados de libertad constituiría su aportación objetiva al hecho y,

⁴⁶ En algunos delitos, como es este caso de las detenciones ilegales, la duración de la fase de consumación del mismo ha sido relevante en la configuración de los tipos, por ejemplo, en el art. 163.3 CP se agrava la pena si la detención ilegal dura más de 15 días (se entiende de consumación, de privación de libertad).

⁴⁷ La regla general en materia de autoría y participación es que sólo cabe una intervención como autor o partícipe de un hecho durante su fase ejecutiva, no con posterioridad a su consumación. Así, de forma acertada, el encubrimiento en el CP de 1995 ha dejado de ser una forma de participación en un hecho ya consumado, a constituir un delito autónomo ya sea como encubrimiento personal o real. Por lo general, en los supuestos denominados de coautoría sucesiva o adhesiva se exige que la aportación del coautor que se incorpora a los hechos una vez iniciada la ejecución se lleve a cabo antes de producirse la consumación, de tal forma que ensamble su actuación a la del primer coautor para conseguirla (por todas, STS nº 338/2010, de 16 de abril). Sin embargo, en los delitos permanentes la situación es distinta y se admite la posibilidad de intervenir más allá de la consumación, durante la fase de terminación, porque durante ésta se sigue perpetuando la lesión o ataque al bien jurídico. Más ampliamente, sobre esta problemática, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad*, 2001, cit. nota 1, pp. 164 y ss.

por tanto, si se aplicara correctamente la teoría del dominio del hecho defendida por el Tribunal Supremo, de entenderse esencial dicho aporte, podría ser considerada como constitutiva de coautoría de los 36 secuestros. En este punto sólo resulta criticable la falta de fundamentación de la Sentencia comentada sobre el requisito de la esencialidad del aporte prestado⁴⁸, que supondría la delimitación entre la coautoría y la participación en el hecho, ya fuera como cooperador necesario o como cómplice. En muchos casos, la jurisprudencia entiende que se trata de una delimitación baladí, puesto que la pena de la cooperación necesaria es la misma que la del coautor (art. 61 con relación al art. 28, ambos del CP), pero no podría afirmarse lo mismo del cómplice, además de otras consecuencias que derivan de la diferente naturaleza de la responsabilidad del autor (responsabilidad autónoma) y de la del partícipe (responsabilidad accesoria).

Los tipos de detenciones ilegales que se les aplican conllevan dos circunstancias agravantes específicas: por una parte, la que la convierte en secuestro (art. 164 CP), puesto que desde el primer momento la privación de libertad de la tripulación del *Alakrana* tuvo como objetivo conseguir el pago de un rescate para conseguir su liberación, y, en segundo lugar, la de la duración del secuestro de más de 15 días (art. 163.3 CP), ya que en este caso la privación de libertad se alargó hasta 47 días.

Con relación a la aplicación de la primera circunstancia (petición de rescate) no hay objeción: los dos acusados participaban en el objetivo perseguido en el momento de incorporarse a la ejecución y colaboraron con su intervención en la consecución del fin conjunto.

Sin embargo, mayores dudas surgen con la aplicación a los acusados de la agravante derivada de la duración en más de 15 días del secuestro. Recordemos que la privación de libertad de la tripulación se produce el día 2 de octubre de 2009 a las 7.00 horas y que los acusados se incorporan con posterioridad, una vez que la embarcación había sido controlada y la tripulación sometida, y abandonaron el barco sobre las 23.30 horas del siguiente día 3 de octubre de 2009, siendo entonces detenidos y trasladados a España. Tras 47 días y habiendo cobrado el rescate solicitado, el resto de piratas abandonó el buque liberando así a la tripulación. Resulta criticable que la Sentencia no contenga ninguna argumentación sobre la aplicación de este tipo agravado, cuando la aportación al hecho de los acusados se

⁴⁸ Vid. con relación a la necesidad de fundamentación de las resoluciones judiciales la nota 43.

produjo exclusivamente en el segundo y tercer día de privación de libertad, y, dándose la circunstancia, de que el resto del tiempo estuvieron detenidos⁴⁹.

Es cierto que la responsabilidad del coautor reposa en la existencia de mutuo acuerdo entre los coautores del que se afirma que otorga unidad de sentido a las diversas aportaciones individuales de los autores, adquiriendo el conjunto de las mismas —justamente por realizarse en el marco establecido por los límites del acuerdo— una valoración jurídico-penal diferente a la que pudiera corresponder según una consideración individual de cada una de ellas. Sin embargo, resulta complicado pensar cómo de la aportación de estos dos sujetos, detenidos el tercer día del secuestro, habiéndose limitado a colaborar durante escasas 48 horas, en la privación de libertad consumada antes de su intervención, puede derivar el dominio del hecho de un secuestro de 47 días.

B) La condena por el delito de robo

Amparándose también en el mutuo acuerdo, afirma la Sentencia de la Audiencia Nacional que los acusados serían coautores de 36 robos violentos con uso de armas —puesto que el grupo no sólo se apropió del dinero de la caja fuerte del barco, sino que expolió de todas sus pertenencias a cada uno de los tripulantes—. Sin embargo, como ya se mencionó, debido a la vigencia en nuestro Derecho procesal del principio acusatorio y a que las acusaciones calificaron los hechos como un único delito, la condena se limita a un delito de robo violento con uso de armas. Le parece insustancial que, en un delito contra bienes jurídicos individuales, no hayan quedado determinados elementos esenciales del delito como el sujeto pasivo, el objeto material, etc.

En este supuesto, los imputados participaron transportando en la barca parte de los objetos sustraídos a la tripulación. No tomaron parte en el apoderamiento inicial, ni en el ejercicio de la violencia o la intimidación como medios comisivos para lo que utilizaron armas que sirvieron para cualificar el tipo —aunque parece evidente que el mutuo acuerdo abarcaba la utilización de dichos medios comisi-

⁴⁹ En este sentido, por ejemplo, el TS en el caso del secuestro de la farmacéutica de Olot confirma la condena como coautor por este tipo agravado de quien llevó a cabo funciones de vigilancia de la víctima ya secuestrada, haciendo especial mención a que estas labores de custodia se produjeron durante un tiempo superior al previsto en la agravación (STS nº 590/2004, de 6 de mayo, FJ 30).

vos—. Su aportación consistió en tratar de conseguir la disponibilidad del objeto material.

Con relación al robo violento, lo habitual en la jurisprudencia, como ya se ha mencionado, es considerar que resulta indiferente probar quienes de los coautores han realizado la violencia y quienes el apoderamiento, pues en ambos casos tienen el dominio del hecho. Así, como ya se ha expuesto en el análisis de la evolución jurisprudencial en esta materia, incluso si la conducta llevada a cabo por el sujeto fuese constitutiva de intimidación de la denominada ambiental, significando su presencia en el lugar del robo una intimidación tácita a la víctima, el Tribunal Supremo opta por la solución de la coautoría.

Ciertamente, si en el supuesto hubo una planificación de las intervenciones en fase ejecutiva y las aportaciones objetivas individuales de los diferentes sujetos son propias de autoría, no hay objeción para la calificación de ambos como coautores—pues tanto el ejercicio de violencia como el apoderamiento suponen la realización (parcial) de la conducta descrita en el tipo—⁵⁰. La utilización de armas u otros objetos peligrosos que llevaren (conforme establece el art. 242.2 CP) supone la aplicación de la agravante específica tanto a los que aportan a la ejecución el ejercicio de la violencia e intimidación como a los que hayan realizado el apoderamiento, siempre y cuando su uso estuviese abarcado en el mutuo acuerdo. Y es que puede entenderse que dicha circunstancia, aunque haya sido realizada de propia mano por otro coautor, facilita la materialización del apoderamiento.

Sin embargo, en este supuesto, la Sentencia tampoco valora la aportación material de los acusados en el robo. Se hace constar que cuando se incorporan al barco, los asaltantes se habían apoderado de

⁵⁰ Los problemas surgirían si del ejercicio de la violencia o intimidación ejercida hubiesen derivado lesiones para la tripulación. El legislador en el artículo 242.1 CP señala que habrá que resolver la pluralidad delictiva conforme a las reglas del concurso de delitos al afirmar que la pena correspondiente al robo violento será la de prisión de dos a cinco años «sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase». Tengamos en cuenta que el delito de robo violento o intimidatorio experimentó una importantísima reforma al haber sido abandonada su antigua configuración como delito complejo con los resultados lesivos que derivasen del ejercicio de la violencia ejercida. Vid., al respecto, la interesante evolución de la doctrina en esta materia en la STS de 30 de octubre de 1981 (RJ 1981/3927). El TS, sorprendentemente, nunca pareció tener en cuenta la relevancia de este cambio legislativo y no tiene ningún inconveniente para considerar que, habiéndose producido dos delitos y aunque algunos de los concertados sólo hayan intervenido materialmente en la realización conjunta de uno de ellos, todos son coautores de ambos delitos, siguiendo la antes mencionada «teoría de las desviaciones previsibles» (vid. referencias en la nota 38).

sus bienes, por lo que cabría plantearse de nuevo si el delito ya se había consumado y si, por consiguiente, una intervención posterior era conceptualmente posible. Así, en materia de delitos contra el patrimonio suelen distinguirse diversos criterios para determinar el momento consumativo, y la teoría dominante exige la disponibilidad sobre el bien para considerar consumado el delito⁵¹. La actuación de los acusados consistió en transportar los bienes sustraídos, o al menos parte de ellos, en su embarcación, pues se afirma que en el momento de su detención se les encontró ropa de estilo occidental y varios teléfonos móviles. Si, conforme a la citada teoría de la disponibilidad, en este momento no se había producido la consumación del delito, es evidente que su intervención en los hechos podría considerarse esencial, porque facilitaría precisamente esa disponibilidad; pero en tal caso también habría que afirmar que en el momento de la detención de los acusados, el delito no se encontraba plenamente consumado, de modo que sólo cabría afirmar una responsabilidad por tentativa (al haberse llevado a cabo todos los actos ejecutivos sin haber conseguido la disponibilidad de la cosa, precisamente por haber sido detenidos).

C) La condena por los 36 delitos contra la integridad moral

Por último, con el mismo fundamento en el mutuo acuerdo, se les imputa la autoría de 36 delitos contra la integridad moral (art. 173 CP). Este precepto sanciona a quien inflija a otra persona un trato degradante, menoscabando de forma grave su integridad moral.

Si recordamos, de forma resumida, los hechos probados de la Sentencia en este apartado consistieron en llevar a cabo ciertas acciones de naturaleza vejatoria, entre otras: un simulacro de fusilamiento, obligarles a llamar a sus familias para contarles la situación por la que atravesaban e impedirles el descanso, el aseo o el cambio de ropa.

La Sala hace especial énfasis en el requisito del mutuo acuerdo para intentar justificar esta condena, de forma tal que secunda una versión aún más extrema de la (superada) teoría del acuerdo previo. Con fundamento en el mutuo acuerdo la Sentencia considera que

⁵¹ Por todas, STS nº 1734/1999, de 1 de diciembre: «Estos delitos quedan consumados, con arreglo a la doctrina de esta Sala, cuando se ha producido el apoderamiento de la cosa mueble ajena y, además, ha existido disponibilidad del objeto sustraído, aun cuando esa posibilidad de disposición fuera mínima, de modo que la persecución ininterrumpida seguida de la aprehensión de la totalidad de lo hurtado o robado impide que el delito quede consumado».

cada partícipe va a responder no sólo de los actos por él realizados, sino «también de los realizados por los demás en pro del objetivo común». Ahora bien, extiende los efectos del acuerdo y considera «que incluso aunque los acusados ya no estaban en el atunero, aunque materialmente no disparaban por encima de las cabezas de los tripulantes, aunque no se burlaron ni se rieran de ellos por el pánico que veían en sus caras, el objetivo común que les unía, les convierte en autores penales de lo que materialmente realizaban el resto de los secuestradores».

La Sentencia de la Audiencia Nacional se apoya en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1137/2010, de 22 de diciembre, que afirma que «todos los que programadamente concurren a la realización del hecho criminal, se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les responsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno desarrolle del plan conjunto, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución de fin compartido, con independencia de los actos que individualmente realizasen para su logro; de tal modo que cuando aparece afirmada, clara y nítida, la unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo acuerdo, todos los partícipes serán considerados como autores del delito»⁵².

Ésta es, sin duda, la condena más insólita a la que puede llegar un órgano jurisdiccional en aplicación de la figura de la coautoría basada en la teoría del acuerdo previo. Como se expuso con anterioridad, tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional habían declarado expresamente su abandono de esta teoría y aunque en el fondo la seguían defendiendo de forma solapada, exigían al menos la presencia de quienes se habían concertado previamente para la realización de un determinado delito en el momento de su ejecución, haciendo en tal caso responder a todos los intervinientes incluso de los excesos que se pudieran considerar previsibles en atención a las circunstancias concurrentes.

⁵² Como se señaló en la nota 38, la STS nº 1137/2010, de 22 de diciembre, trata un supuesto de secuestro en el que uno de los intervinientes dispara en una pierna a la víctima, pero según el relato de hechos probados todos los que fueron considerados coautores de la lesión estaban presentes en el momento de los hechos y llevaron a cabo acciones tendentes a doblegar su voluntad para que les entregase 200.000 euros (p.ej. colocar una bolsa de plástico en la cabeza, un cable en el cuello, atar los pies con cadenas), por lo que también fueron condenados por delitos contra la integridad moral. Según el Tribunal Supremo era previsible para quienes no ejecutaron el disparo que éste se produjera ante el escenario de frustración derivado de la no consecución del propósito. Se recurre, por tanto, a la ya mencionada «teoría de las desviaciones previsibles» para fundamentar la comunicabilidad de las lesiones a cuantos tomaron parte en la ejecución del delito de secuestro.

Nada de lo anterior sucede en el presente caso, pues ni consta que el acuerdo común de llevar a cabo el secuestro tuviera también por objeto la comisión de delitos contra la integridad moral de los secuestrados, ni se afirma siquiera que se tratara de una desviación previsible del plan inicial. Más bien consta lo contrario, pues la propia Sentencia reconoce en el hecho probado octavo que fue a raíz de conocer la noticia de la detención de los acusados a través de la cadena BBC de la radio del barco cuando aumentaron las formas de intimidación y se produjeron los hechos que la Sentencia subsume en el artículo 173 del Código penal. Pero es que además, ni siquiera los acusados se encontraban presentes en el momento en el que sucedieron estos hechos, sino detenidos bajo custodia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españolas. Ahí es nada.

La vulneración de principios limitadores del Derecho penal, como el principio de auto-responsabilidad y de responsabilidad por el hecho, resultan evidentes; las dudas de constitucionalidad son tan indiscutibles, que no podemos por menos que pensar que se ha utilizado a los dos únicos detenidos como cabezas de turco ante la imposibilidad de capturar al resto de la banda.

8. Conclusión

La coautoría permite la unificación de las diferentes aportaciones individuales en un sólo hecho conjunto si se constata la existencia del acuerdo conjunto y cada coautor aporta una contribución esencial al desarrollo delictivo (conforme a la teoría del dominio del hecho defendida por el Tribunal Supremo y un amplio sector doctrinal), pero no significa en ningún caso que también exista un sólo sujeto global. Si no queremos infringir el principio de responsabilidad personal o auto-responsabilidad, principio básico del Derecho penal con reconocimiento constitucional, debemos huir de todas aquellas estructuras que en mayor o menor medida colectivizan la responsabilidad penal. Con base en el principio de responsabilidad personal no puede admitirse que la existencia de un acuerdo conjunto actúe como elemento aglutinador de responsabilidades o fundamentador de una responsabilidad conjunta, que pueda llegar a otorgar legitimidad a la renuncia de la prueba de la aportación individual de cada coautor (contrario al derecho fundamental a la presunción de inocencia) o incluso a la no exigibilidad de los requisitos objetivos del tipo en cada una de las aportaciones individuales de los coautores (contrario al principio de legalidad).

La responsabilidad penal es personal e intransferible, por lo que nadie puede ser castigado por lo realizado por otra persona, y coloca

al individuo, con todas sus características personales, en el centro de toda imputación penal. Este principio, negando la posibilidad de aplicar una pena o medida de seguridad por un hecho ajeno, exige para la atribución de responsabilidad penal a un sujeto la realización personal, directa o mediata, de un tipo de injusto (ya sea como autor o como partícipe) con sus aspectos objetivos y subjetivos.

Por todo ello, en nuestra opinión, puntos importantes de esta resolución, y evidentemente la condena por los 36 delitos contra la integridad moral, resultan intolerables en un Estado que se declara de Derecho. Mantenemos la esperanza de que, llegado el caso, el Tribunal Supremo corrija el criterio aplicado.

9. Epílogo: la STS nº 1387/2011, de 30 de noviembre (Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro)

Mientras estaba pendiente de publicación el presente trabajo, ha sido resuelto el recurso de casación que había sido interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional tanto por la representación procesal de los condenados como de algunas de las víctimas. Resulta, por tanto, necesario analizar el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo y su repercusión en las cuestiones tratadas en las páginas anteriores.

Empezando por el final: el Tribunal Supremo estima en parte los recursos y dicta una segunda Sentencia en cuyo fallo mantiene la condena por los delitos de asociación ilícita, los 36 delitos de secuestro y un delito de robo con violencia e intimidación y absuelve a los acusados de los 36 delitos contra la integridad moral⁵³. Veamos cuál ha sido la fundamentación utilizada y valoremos su corrección técnica.

Al margen de otros motivos de recurso, los condenados en primera instancia cuestionaron la aplicación de la figura de la coautoría respecto de los tipos que fueron objeto de condena. Manteniendo la integridad del relato de hechos probados contenido en la Sentencia de

⁵³ Asimismo les condena a que indemnicen a los recurrentes por los perjuicios derivados del estado de estrés padecido con motivo del secuestro en las cuantías que se determinen en ejecución de sentencia. La condena civil a la indemnización de los daños y perjuicios, en este caso, las lesiones de naturaleza psíquicas causadas como consecuencia de la situación de estrés padecida por el secuestro, resulta formalmente acertada en tanto se basa en las lesiones recogidas en el propio sustrato fáctico de la Sentencia, pero sería incorrecta desde un punto de vista material si traen causa en los delitos contra la integridad moral cuya condena ha sido revocada. No debemos olvidar que se trata de una responsabilidad civil *ex delicto*.

instancia, por exigencias de la vía casacional elegida (infracción de ley), el Tribunal Supremo estima que ambos acusados estaban integrados en el grupo o asociación ilícita de los restantes coautores, que actuaron en todo momento en connivencia con ellos y que cometieron actos directos subsumibles en los tipos penales de asociación ilícita, secuestro y robo. No analiza el Tribunal Supremo, sin embargo, la entidad de las aportaciones que se llevaron a cabo por los acusados en la realización de estos delitos en relación con la aplicación de los tipos agravados a los que se ha hecho referencia.

Respecto a los delitos contra la integridad moral por los que habían sido condenados, el Tribunal Supremo, siguiendo igualmente el *factum* de la Sentencia recurrida, considera que la condena es incorrecta. Los actos degradantes y vejatorios contra la tripulación se llevaron a cabo una vez que los acusados habían sido detenidos por los marinos de la fragata española. El Tribunal Supremo cita varias sentencias que analizan el dolo del partícipe («doble dolo»: conocimiento de la propia acción y de la del autor), considera suficiente a tal efecto la existencia de un dolo eventual (conocimiento de la probable intención del autor principal y de las probables consecuencias de su actuación), y llega a la conclusión de que el acuerdo común no concurre en este caso. Así, parte de la consideración de que actúa con dolo eventual quien sabe que con su conducta crea un peligro concreto de realización del tipo más allá del riesgo permitido y a pesar de ello la ejecuta, pues demuestra aceptación o, al menos, indiferencia respecto de la producción del resultado. Pues bien, teniendo en cuenta que en el caso concreto el comportamiento vejatorio se produjo como consecuencia de la reacción a la detención de sus compañeros es imposible que fuera acordada cuando se convino el abordaje y secuestro de la tripulación.

En consecuencia, equiparando el elemento subjetivo de la coautoría, el denominado acuerdo común con una especie de dolo común (como viene siendo habitual en numerosas sentencias), y atendiendo a la forma en la que sucedieron los hechos, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que no concurre este elemento subjetivo, pues si precisamente, como afirmábamos, fue a raíz de conocer la noticia de la detención de sus compañeros cuando surgió la idea de llevar a cabo los actos vindicativos y coactivos es evidente que ningún acuerdo de realización conjunta existió sobre estos hechos. Como señala el Tribunal Supremo «surgieron de improviso ante una contingencia con la que, en principio, no contaban los secuestradores».

El razonamiento que subyace a este planteamiento es clara: sin acuerdo común no existe coautoría (al menos, según la definición tra-

dicional y mayoritaria de coautoría). No hacían falta complejas argumentaciones sobre el dolo eventual en la participación para llegar a esta conclusión.

Ahora bien, tampoco hubiera hecho falta, como hemos tratado de argumentar en nuestro comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, acudir a la inexistencia del elemento subjetivo para descartar la condena por los delitos contra la integridad moral, puesto que la responsabilidad penal derivada únicamente del acuerdo previo resulta inaceptable. Continua olvidando el Tribunal Supremo que resulta esencial valorar la aportación objetiva de cada interviniente al hecho, al delito concreto, para poder determinar su participación a título de autor o de partícipe y analizar, posteriormente, el tipo subjetivo que concurre.

Solo la entidad del aporte objetivo permitirá, por tanto, afirmar la coautoría cuando se trate de un aporte de tal naturaleza a la comisión del hecho delictivo que permita afirmar que nos hallamos ante una realización conjunta de la que todos los coautores deban responder en la misma medida. Ya se ha visto como, por lo general, el Tribunal Supremo, en sus pronunciamientos más recientes se muestra defensor de la teoría del dominio del hecho y exige que el aporte a la comisión del delito sea de naturaleza esencial. Pues bien, incluso aunque hubiera podido afirmarse que los delitos contra la integridad moral objeto de acusación se encontraban previstos en un acuerdo común (previo a la realización de los hechos o incluso coetáneo ya fuera expreso o tácito) lo decisivo hubiera sido la falta de contribución objetiva a la realización de los hechos, imposible al encontrarse los acusados detenidos cuando los hechos típicos se llevaron a cabo. Sólo tomando en consideración ambos elementos de la coautoría (acuerdo más aporte) y no concediendo una relevancia excesiva al primero, se respetan los principios básicos que rigen la responsabilidad penal en un Estado de Derecho.

Y ese es el peligro que parece latir tras esta resolución: ¿si se hubiera establecido en el concierto previo la posibilidad de torturar a los integrantes de la tripulación en caso de captura de alguno de los secuestradores para conseguir su liberación, hubiera mantenido el Supremo esta absolucón parcial? Este interrogante hubiera quedado despejado totalmente de haberse argumentado este fallo en la ausencia del elemento objetivo de la coautoría.