

La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹

Enrique Bacigalupo
Catedrático de Derecho penal
Magistrado del Tribunal Supremo

RESUMEN: *Los conceptos de autor y partícipe en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no son precisamente de los más claros. Las decisiones han estado condicionadas en parte por doctrinas y principios, así como por unos textos legales que el Tribunal Supremo ha ido aplicando de una manera pragmática desde hace casi un siglo. En el presente trabajo se procura sentar algunas bases para el análisis de esta jurisprudencia pragmática, a la vez que se intenta una clarificación de las distinciones necesarias para la aplicación de los arts. 27 y ss. CP.*

OPINIÓN DEL AUTOR: *La reforma del Código Penal de 1995 resolvió problemas como los de la coautoría y la autoría mediata, que en los textos legales anteriores ofrecieron dificultades. Al mismo tiempo mantuvo el sistema legal que había sido interpretado como basado en la diferenciación de las formas de la participación, es decir, de los autores y los partícipes (inductores, partícipes necesarios y cómplices) con consecuencias respecto de la pena aplicable (atenuación obligatoria en el caso de la complicidad y facultativa, aunque dentro del marco penal previsto para el autor, en los otros).*

Un número no insignificante de los recursos de casación que resuelve la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en los que han concurrido varias personas a la ejecución del delito, se refieren a la distinción entre autores y partícipes del mismo y a las consecuencias de la misma en la pena aplicable. Ello se explica porque la distinción entre la coautoría, la participación necesaria y la complicidad dependen de complejas distinciones conceptuales que permiten la discusión. En este contexto el Tribunal Supremo se refiere, y lo hace con frecuencia, a la teoría del dominio del hecho al interpretar y aplicar las normas que regulan la participación criminal (arts. 27 y ss. CP).

La teoría del dominio del hecho define al autor como aquel que ejerce el dominio del hecho dirigiéndolo a la realización del delito. Actualmente se entiende que el dominio del hecho asume tres formas diversas: dominio de la propia acción, dominio del hecho a través del dominio de la acción ejecutiva de otro (autoría mediata), dominio conjunto con otro del hecho (dominio funcional del hecho; coautoría) y dominio de la acción de otros mediante un aparato organizado de poder. Si bien la teoría del dominio del hecho ha sido recogida y expuesta en las obras generales de Derecho Penal y en monografías especiales, la doctrina española no es unánime en su juicio respecto de ella y, por otra parte, la forma en la que esta teoría es aplicada por el Tribunal Supremo tiene particularidades que dan lugar a una versión de la misma no identificada con las que habitualmente se presentan en las obras teóricas y que, por esta razón merece un estudio especial. Desde esta perspectiva es necesaria también una valoración de la jurisprudencia en esta materia. Por otra parte, las nuevas formas de delincuencia generarán nuevos problemas con los que la jurisprudencia deberá enfrentarse en los próximos tiempos.

¹ Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona el 28 de marzo de 2008 en el XV Congreso de Estudiantes de Derecho Penal.

Quien quiera entender el punto de vista de la jurisprudencia en una determinada materia debe tener en cuenta que ésta se desarrolla en un diálogo informal con la teoría, que puede ser más o menos claro, pero que, en todo caso, existe. Por lo pronto, ello es así en el nivel terminológico y, en gran medida también en el argumental². No obstante el estudiante que obtenga el título de Licenciado en Derecho y tenga que actuar en la práctica podrá comprobar que hay ámbitos en los que las enseñanzas universitarias y las resoluciones judiciales ocasionalmente están muy distanciadas entre sí. Sería erróneo pensar que la teoría no sirve para la práctica y que es mejor olvidarla. Sin la teoría es imposible ver y comprender lo que ocurre en la jurisprudencia.

La distinción entre autores del delito y partícipes en el mismo es uno de esos campos³. Las consecuencias prácticas de la misma no son irrelevantes en lo concerniente a la pena aplicable, sino todo lo contrario. En primer lugar la ley prevé una pena atenuada para quienes considera cómplices (art. 63 CP). En segundo lugar, hay circunstancias típicas determinantes de la autoría, cuya ausencia en los partícipes (inductores, partícipes necesarios y cómplices) tiene o puede tener efectos atenuantes o agravantes también para estos (art. 65 CP). Un número importante de los recursos de casación que se ven ante el Tribunal Supremo, referidos a delitos en los que toman parte varias personas, se basan en alegaciones que tienen la finalidad de demostrar que la participación del recurrente es merecedora de una pena más reducida que la que le ha sido aplicada y para ello se argumenta apoyándose en la distinción conceptual entre la autoría y la participación.

Sin embargo, los conceptos de autor y partícipe en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no son precisamente de los más claros. Esta situación tiene, a mi modo de ver, varias causas. En cierto sentido, la jurisprudencia es consecuencia de factores que el Tribunal Supremo no puede modificar. Ante todo la antigüedad de las ideas sobre las que se han elaborado las normas que rigen y rigieron la concurrencia de personas en el delito, prácticamente invariables desde el Código de 1848 hasta el vigente, de 1995. Pero, además, la interpretación de los textos legales por el Tribunal Supremo ha dependido del contexto teórico en el que se desarrolló la jurisprudencia en esta materia: me refiero a las teorías de la causalidad y al fuerte apego de una parte de la doctrina al método gramatical para explicar los arts. 27 y ss. CP⁴.

² Confr. en la más reciente dogmática sobre la autoría y participación: *M. Díaz y García Conlledo*, La Autoría en Derecho Penal, 1991; *M^a del C. Gómez Rivero*, La inducción a cometer el delito, 1995; *J. López Barja de Quiroga*, Autoría y Participación, 1996; *J. U. Hernández Plasencia*, La Autoría Mediata en Derecho Penal, 1996; *J. Sánchez Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999; *C. Bolea*, Autoría Mediata en Derecho Penal, 2000; *S. Bacigalupo*, Autoría y participación en los delitos de infracción de deber, 2007; *Yván Figueroa Ortega*, La participación en los delitos de omisión, (Tesis doctoral UCM, en prensa); *C. Prat Westerlindh*, Evolución jurisprudencial en materia de autoría y participación (inédito).

³ Ya lo ha señalado hace casi cuatro décadas *J. Cerezo Mir*, en *Nuevo Pensamiento Penal* (Buenos Aires) 1972, p. 217 y ss. y en *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, 1982, p. 166.

⁴ Valga como ejemplo: *J. M^a Rodríguez Devesa*, *Derecho Penal Español*, 8ª edición 1981, p. 748 y s.

El texto legal favoreció y favorece una interpretación que no necesitaba de distinciones conceptualmente rigurosas de la autoría y la participación, puesto que considera autores y sanciona con la misma pena a los que realizan el hecho por sí mismos, por medio de otros, conjuntamente con otros, a los que inducen a otro a realizarlo y a los que cooperan en la realización con una aportación sin la cual el delito no hubiera podido ser cometido. Sólo se establece una pena atenuada para el partícipe que no haya contribuido de manera necesaria a la ejecución del delito.

Es muy probable que, además, el contexto teórico, en el que la jurisprudencia sobre estas cuestiones comenzó su desarrollo, haya influido decisivamente en la tendencia a prescindir de rigurosas distinciones conceptuales entre autores y partícipes. En efecto: hasta la década de los años 30 del siglo XX la dogmática alemana, especialmente influyente en nuestra teoría, no tuvo especial preocupación por una noción de autoría claramente diferenciada respecto de la de los partícipes⁵. La cuestión no parece haber sido percibida como un problema básico. Tampoco la doctrina española mostraba preocupación por la distinción entre autores y partícipes hasta avanzados los años 60⁶. Hasta entonces apenas se glosaba el texto del art. 14 CP y se admitía, en el sentido de la jurisprudencia, que el acuerdo previo entre los partícipes era determinante de una unificación de todas las formas de participación como coautoría, independientemente de la aportación objetiva a la ejecución del hecho⁷.

Esta obviedad del concepto de autor era en gran medida coincidente con el contexto teórico de esos años, dominado por la concepción, difundida en España sobre todo por la traducción al castellano de la obra de *Franz v. Liszt* realizada en 1916 por *Jiménez de Asúa y Saladaña*. *V. Liszt* sostenía, partiendo de la equivalencia de todas las condiciones que producen el resultado del delito, que “no existe ninguna diferencia conceptual”⁸ entre autores y partícipes. Tal tesis llegó inclusive a inspirar las nuevas legislaciones europeas de su tiempo, en las que se acuñó el llamado “*concepto unitario de autor*”, receptado en el Anteproyecto alemán de 1909 (§ 48), en el Código Penal italiano (1930) y en el austriaco (1975) vigentes.

Hasta hace relativamente poco el Tribunal Supremo consideró, siguiendo esta línea de razonamiento, que la llamada cooperación necesaria era una forma de la autoría porque el texto legal dice que *se consideran* autores no sólo a los que tomaban parte en la ejecución del hecho, sino también a los que contribuían de tal manera que sin su participación el delito no hubiera podido ser cometido; y sólo consideró partícipes a los que la ley designaba como cómplices. Consecuentemente –como dice la STS de 12.2.1976– “la distinción [entre cooperadores necesarios, es decir autores, y cómplices] ha de hacerse mediante el criterio de la equivalencia de condiciones, de suerte que, si suprimido mentalmente el acto desaparece el resultado, la cooperación

⁵ Confr. las contribuciones en Festgabe für R. Frank, II 1930, de *Eb. Schmidt* (p. 106 y ss.), *P. Merkel* (p. 134 y ss.) y *E. H. Rosenberg* (p. 161 y ss); asimismo *H. Welzel*, en ZStW 58 (1939), p. 491-566, citado según *H. Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie*, 1975, p. 120 y ss. (159 y ss.).

⁶ Confr. *L. Jiménez de Asúa*, *La orientación moderna de autor de la infracción y de participación en la infracción*, 1957; *E. Bacigalupo*, *La noción de autor en el Código penal*, 1965; *E. Gimbernat Ordeig*, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, 1966; *G. Rodríguez Mourullo*, en *J. Córdoba Roda/G. Rodríguez Mourullo*, *Comentarios al Código Penal*, 1972, arts. 14 y ss.

⁷ Confr. *E. Cuello Calón*, *Manual de Derecho Penal*, 1945, p. 135 y s.; *J. Antón Oneca*, *Derecho penal*, 1949, 2ª edición 1986, p. 468. Así en las SSTS de 25-5-1969 y 5-3-1970.

⁸ *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23ª edición, 1921, p. 214.

será necesaria”. Es claro que si el criterio era aplicado en toda su extensión borraba toda distinción entre la autoría y la participación, pero, además, se dejaba sin fundamento alguno la atenuación de la pena prevista en el Código para el cómplice, pues éste también debe haber realizado una aportación causal y, por lo tanto, desde la perspectiva de la causalidad su participación debería ser equivalente a la de los demás partícipes⁹. Esta equivalencia causal de la conducta debería haber conducido a la equivalencia de la pena y no a una pena atenuada como la determinada por la ley penal, salvo que –en contra de lo dicho por la citada sentencia- se renunciara a la teoría de la equivalencia de las condiciones y se adoptara una teoría que distinguiera entre causas, propiamente dichas, y condiciones¹⁰, o se prescindiera directamente de toda relación de causalidad entre la complicidad y el delito del autor¹¹.

Este contexto teórico unificador de las formas de participación basado en la equivalencia de las aportaciones causales puede haber influido en la doctrina del “*acuerdo previo*”, que dominó la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde principios del siglo XX hasta avanzados los años 80 del mismo¹². Esta doctrina sostenía, sin ningún apoyo legal, que cuando había existido un acuerdo previo entre los partícipes todos respondían como coautores, cualquiera que hubiera sido su aportación objetiva al hecho. Su fundamento dogmático no era claro. Para compatibilizar la idea de la unidad de significado de toda forma de participación con la distinción entre autores y cómplices que, de alguna manera, le imponía el texto legal, el Tribunal Supremo podría haberse apoyado en la teoría subjetiva, que fue una consecuencia casi ineludible de la teoría de la *conditio sine qua non*. Según la teoría subjetiva la diferencia entre el autor y los otros partícipes sería el *animus auctoris*, manifestado en el interés del partícipe que presupone el acuerdo de todos para la comisión conjunta del delito. Sin embargo, sólo lo hizo ocasionalmente¹³. En general el Tribunal Supremo razonó de otra manera: el acuerdo previo generaría, se dice ya en la STS de 21.10.1920, un “vínculo de solidaridad que les hace [a los que ejecutan el hecho conjuntamente] responsables en el mismo grado”, independientemente de la cooperación objetivamente prestada. Se estima que el Tribunal Supremo abandonó la teoría del acuerdo previo desde las SSTS de 2.10.1987 y 22.2.1988¹⁴ cuando la discusión sobre la teoría del dominio del hecho hacía más de dos décadas que era objeto de atención en la doctrina. Sin duda la fuerte y convincente crítica a la que *Gimbernat Ordeig* y *Rodríguez Mourullo* sometieron a esa jurisprudencia tiene que

⁹ Confr. *E. Mezger*, *Strafrecht*, 1931, p. 411: “El punto de partida científico de toda teoría de la participación es la teoría de la causalidad”; p. 433: “Complicidad es la cocausación del resultado”. El punto de vista de *Mezger* tiene cierta importancia por la influencia ejercida por la traducción de su *Strafrecht* al castellano por *J. A. Rodríguez Muñoz* con el título “Tratado de Derecho Penal”, que ejerció en algunos aspectos de la jurisprudencia en a partir de los años 40.

¹⁰ Por ejemplo la teoría de la causalidad adecuada, basada en la distinción entre probabilidad y posibilidad. Ver: *J. v. Kries*, en *ZStW* 9 (1889), p. 528 y ss. para quien es necesario establecer “si una acción ha causado un cierto resultado ‘según lo regular de la vida’ [gemäß der Regel des Lebens]”.

¹¹ En la doctrina es discutida la cuestión de si la cooperación en el delito debe tener una manifestación causal en su realización (así: *E. Bacigalupo*, *Principios de Derecho Penal*, 5ª edición 1998, p. 387) o si, por el contrario, es suficiente con que el cooperador sólo haya favorecido la misma (así: *Gimbernat Ordeig*, loc.cit. p. 170).

¹² Confr. el exhaustivo estudio histórico dogmático de la jurisprudencia de *E. Gimbernat Ordeig*, *Autor y cómplice en derecho penal*, 1966, p. 57 y ss. Ver también: *G. Rodríguez Mourullo*, en *J. Córdoba Roda/G. R. Mourullo*, *Comentarios al Código Penal*, I 1972, p. 830 y ss.

¹³ STS de 20-10-1993.

¹⁴ Confr. *F. Díaz Palos*, *La Jurisprudencia Penal ante la Dogmática y la Política Criminal*, Discurso en la R. A. de Legislación y Jurisprudencia, 1991, p. 168.

haber influido decisivamente en el cambio jurisprudencial. No obstante la teoría del acuerdo previo renace cada tanto: por ejemplo en las SSTS de 12-5-1999 y 4-12-2007.

Pero, la superación del criterio del acuerdo previo no ha sido sistemáticamente armónica y tampoco puede ser considerada como un simple reflejo de la teoría. Por un lado, el Tribunal Supremo introdujo en sus decisiones la teoría del dominio del hecho antes de abandonar la doctrina del acuerdo previo y cuando, en general, los críticos de su jurisprudencia sobre el acuerdo previo no compartían aquella teoría. Por otro lado, mientras en la teoría se tendía a elaboraciones teóricas basadas en puntos de vista unitarios, la jurisprudencia se orientó hacia una combinación de distintos criterios teóricos, no siempre compatibles entre sí.

En la jurisprudencia moderna se percibe, en consecuencia, una convivencia de la teoría *formal-objetiva* con la teoría (*material-objetiva*) del dominio del hecho. Ambos criterios son, en principio, incompatibles, dado que uno considera decisiva la forma de la conducta y para el otro lo decisivo es la significación material. Sólo excepcionalmente la jurisprudencia aceptó la teoría subjetiva¹⁵, en ocasiones haciendo referencia al “interés en el hecho”¹⁶.

El Tribunal Supremo articuló estos principios contradictorios de la siguiente manera.

En principio, la jurisprudencia estableció una *distinción práctica respecto de la pena* de los autores, coautores, autores mediatos, inductores y partícipes necesarios, en el momento de la individualización de la pena. Aunque el marco penal para todas estas categorías, la práctica admite diferencias en las penas concretas de cada partícipe basadas en la importancia de la cooperación prestada.

Por otra parte, admitió la teoría formal objetiva en casos no problemáticos. Esta teoría está muy arraigada en la doctrina, que, por regla, la apoya en la idea de que la noción de autor se extrae de los tipos de la parte especial¹⁷, lo que implícitamente significa renunciar a un concepto general de autor y admitir que hay tantas nociones de autor como tipos penales. El punto de vista formal-objetivo está expresamente recogido en precedentes relativamente recientes y posteriores a la recepción de la teoría del dominio del hecho (por ejemplo: SSTS 31-5-1985; 4-4-1986; 24-3-1986; 16-12-1987; 25-3-1988; 9-2-1989).

Por último, la jurisprudencia se vio obligada a introducir un criterio que permitiera distinguir los partícipes necesarios de los cómplices porque a partir de los tipos penales en particular, redactados para el caso de un único autor, no es posible deducir ningún criterio adecuado para decidir, p. e., si el que informó al autor el lugar en el que se encontraba la víctima de la agresión sexual del delito del art. 179 CP cooperó de tal manera que sin su aportación el delito no se hubiera cometido o si, por el contrario, su cooperación no era de esas características. El criterio de la subsunción de la acción bajo la previsión de un tipo de la parte especial sólo permite saber que quien tuvo acceso carnal mediante violencia es autor. Pero nada dice sobre el papel de otras

¹⁵ Confr. SSTS de 25-5-1969; 5-3-1970; 9-11-1983; 27-3-1983; especialmente la STS 20-10-1993. Claramente contraria a la teoría subjetiva es la STS de 23-11-1993.

¹⁶ Confr. SSTS de 29-10-1981; 27-9-1982; 5-3-1985; 8-7-1985; 22-7-1987.

¹⁷ Por todos: E. Gimbernat Ordeig, loc. cit. p. 219: “¿Quién es, pues, el autor en sentido estricto? La respuesta sólo puede ser: Aquel cuya conducta es subsumible sin más en el tipo de la parte especial”.

aportaciones al hecho, como el ejercicio de la violencia. Por tal razón, para estos efectos, el Tribunal Supremo dio cabida, junto a la teoría formal objetiva, a la *teoría del dominio del hecho*, aunque no siempre la aplicó de manera consecuyente.

La teoría del dominio del hecho, en su formulación más moderna, considera que es *autor de un delito activo doloso* el que domina el hecho y entiende que tal dominio se manifiesta en cuatro formas diferentes: como *dominio de la propia acción* dolosamente ejecutada, como el que se ejerce *dominando la voluntad de otro* que obra coaccionado o sobre la base de un error, como el ejercido a través de un *aparato organizado de poder* y como el ejercido *funcionalmente* mediante una aportación importante al delito ejecutado conjuntamente con otros¹⁸. Los que participan sin dominar el hecho sólo son partícipes¹⁹. Este criterio sufre modificaciones en los delitos de infracción de deber, en los imprudentes y en los de omisión. En la jurisprudencia la noción de dominio del hecho ha tenido un desarrollo más limitado, pues no ha llegado a ser utilizada para los casos del dominio del hecho en aparatos organizados de poder, en los que la teoría permite superar los problemas que generaría recurrir a la inducción para responsabilizar al que dentro de tales aparatos da la orden de actuar a otros. En estos supuestos, especialmente en los casos de delitos estatalmente organizados (nacionalsocialismo, las dictaduras militares de Argentina, Chile o Uruguay de los años 70 del siglo anterior) y, probablemente, en el de organizaciones terroristas, el que da la orden no genera, por regla, el dolo en el subordinado, pues éste ya está decidido a actuar, y consecuentemente sólo debería ser punible por una *tentativa de inducción*, que, sólo es punible cuando se ejecuta por los medios establecido en el art. 18 CP y, en los casos en los que es punible (p. e. arts. 141, 151, 168 CP, que serían relevantes en esta constelación de problemas), resultaría injustamente beneficiado con la amplia atenuación que prevé el Código para la provocación²⁰. Es claro que el supuesto del que actúa en un aparato organizado y lo pone en marcha constituye, de esta manera, un *autor detrás del autor directo e inmediato*, dado que tiene el dominio del hecho detrás de otro que, obrando en forma plenamente responsable, es el ejecutor del delito dominando su realización.

Las SSTS de 1.7.1963, 4.3.1965, 5.6.1965, 3.6.1968, 1.3.1972, 8.3.1973, configuraron una singular utilización de esta teoría del dominio del hecho, limitándola a un criterio para la distinción entre la cooperación necesaria y la complicidad, que era estimada como su problema práctico. En muchas oportunidades se estimó, de una manera sumamente discutible, que la teoría del dominio del hecho podía ser un criterio más, equivalente a otros o reemplazable por otros que se estimaron útiles para la misma función (en diversas sentencias se mencionan en este sentido: la teoría de la *conditio sine qua non*, la de los *bienes escasos*, STS de 12-4-1986; la *objetivo-formal*, teoría *objetivo-material* y la del *dominio del hecho*, STS 59/1998, de 27 de enero, y la de la *relevancia de la colaboración*, STS 856/2007, de 25-10-2007). Un breve análisis de cada uno de estos criterios demostraría que ni son equivalentes ni conducen al mismo resultado. Un ejemplo: para la teoría de los bienes escasos elaborada por

¹⁸ Confr. C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª edición, pp. 127 y ss.; 142 y ss.; 242 y ss.; 275 y ss.

¹⁹ La teoría del dominio del hecho sólo explica la autoría en los delitos dolosos activos; los delitos de omisión, los imprudentes y los delitos activos de infracción de deber tienen reglas diferentes (Confr. S. Bacigalupo, loc. cit.)

²⁰ La cuestión de la tentativa en las formas de participación es una cuestión no resuelta en nuestro derecho vigente. Por el contrario, tenía una solución más clara en el CP 1973, arts. 4 y 52.

*Gimbernat*²¹ “la conducta del cómplice no tiene que figurar necesariamente en relación condicional con el resultado típico”²², mientras que para la teoría de la *conditio sine qua non* toda participación, incluida la del cómplice del art. 29 CP, debe ser *causal*. Sobre esta cuestión de la exigencia de causalidad de toda conducta de participación, la teoría objetivo-formal no trasciende a la respuesta a la misma.

La teoría del dominio del hecho rectamente entendida debería haber tenido tres consecuencias.

En *primer lugar*, apuntalaba, al menos en parte, la tesis del Tribunal Supremo, pues con ella la cooperación necesaria se convertía en un caso más de autoría, lo que, en principio es correcto, dado que todo el que hace una aportación, sin la cual el delito no hubiera podido cometerse, obra con dominio del hecho y, en el marco de esa teoría, sólo puede ser autor.

Pero, obligaba, en *segundo lugar*, a excluir a los inductores de la categoría de autores, que parecía derivar del texto del Código, pues los inductores, por definición no tienen el dominio del hecho; esta cuestión no ha sido todavía aclarada²³.

En *tercer lugar* se abría otro interrogante al que tampoco la doctrina prestó suficiente atención: la cuestión de cuándo el cooperador necesario es autor y cuándo es un partícipe, porque no todo el que hace una aportación necesaria siempre y en todos los casos tiene el dominio del hecho: el problema va más allá de la mera causalidad. En este sentido se sostuvo que el criterio aplicable para establecer cuándo la cooperación necesaria determinaba la autoría es el del codominio del hecho, y que ello dependía de si el agente había tomado parte o no en el momento en la ejecución. Por el contrario, cuando la contribución necesaria había sido prestada en la fase de preparación, sin tomar parte en la ejecución, el cooperador debía ser considerado partícipe (cooperador

²¹ Autor y Cómplice en Derecho Penal, 1966, p. 151 y ss.

²² Ibidem, p. 169.

²³ Una prueba de ello es el ATS 363/2007, de 17.9.07, en el que se equipara la acción del inductor, que no tiene el dominio del hecho, con la participación necesaria, considerando además que la inducción es una forma de autoría mediata, lo que es claramente erróneo. En el caso de la inducción, en realidad, si se quiere hablar de autoría del que obra por detrás, habría que considerar el supuesto del “*autor detrás del autor*”. En dicho auto se manifiesta una clara tendencia a entender los arts. 28 y ss. CP en el sentido del concepto unitario de autor. Se dice en este sentido: “*Que la doctrina científica haya distinguido entre autoría directa, mediata (por inducción) y por cooperación necesaria, no permite arribar a la conclusión de que se está en categorías jurídicas independientes. Antes bien, la equiparación es total porque todos ellos realizan aspectos esenciales del hecho típico, lo que es típico de los supuestos de coautoría (...)*”. Sin embargo es evidente que el inductor no realiza parte alguna del hecho típico: crear en otro el dolo de matar, es decir inducir, no es matar ni es una parte de la acción de matar. Tampoco es una acción de matar proporcionar al autor el arma para hacerlo y por tal razón para la punibilidad de esa conducta se requiere en la ley la figura de la cooperación. Es claro que, desde una perspectiva puramente causal, se podría sostener, como lo hace *Mezger*, que “la inducción es causación dolosa del resultado”(loc.cit. p. 432). Pero, se trata de una “causación” *psíquica*, que en modo alguno podría ser subsumida bajo el concepto de causación *material* de la muerte que implica “matar a otro”, es decir causar materialmente la muerte a otro. Por esta razón en el caso de la inducción se requiere un tipo que amplíe el tipo de referencia para poder alcanzar la conducta del inductor. Precisamente la diferencia entre la acción de matar y las de inducir o ayudar a matar explica, dicho con otras palabras, la necesidad de “un fundamento de extensión de la pena” (confr. *M. E. Mayer*, Der AT des Deutschen Strafrechts, 2ª edición 1923, p. 374 y ss., 387, 392) que alcance a estas acciones.

necesario)²⁴.

Por lo tanto, parece claro que, una vez aceptada la teoría del dominio del hecho, la recuperación de la unidad sistemática obligaba a cambiar los criterios tradicionales. La teoría del dominio del hecho imponía modificar el trazado de la línea que separaba la autoría y la participación extraída de la interpretación gramatical del art. 14 CP 1973 y del actual art. 28 CP²⁵. Básicamente era preciso admitir que el cooperador necesario podía *ser autor* y no sólo considerado tal²⁶. Por lo tanto, si los cooperadores necesarios ya no podían ser distinguidos en todos los casos de los autores, la distinción basada en un entendimiento formal de las palabras “tomar parte directa en la ejecución” o “realizar el hecho” perdía gran parte de su significado.

Estas conclusiones eran perfectamente compatibles con el texto de la ley, pues, en verdad, nada impedía entonces, ni impide hoy, asumirlas, en la medida en la que la ley establecía y establece la misma punibilidad para el que aporta una condición necesaria y para el que toma parte en la ejecución del hecho.

Sin embargo, esta reinterpretación del sistema de la participación no tuvo lugar y a partir de entonces la jurisprudencia, presenta un panorama carente de unidad, en el que se entrecruzan criterios de la teoría formal objetiva²⁷ y de la teoría subjetiva²⁸, a veces con reminiscencias del criterio del acuerdo previo, y el del dominio del hecho. La jurisprudencia en materia de autoría y participación, podemos decir, es básicamente *pragmática*, entendiendo por pragmático el uso de una argumentación que se piensa adecuada para la solución intuitivamente “justa” de cada caso particular²⁹. A mi entender éste no es el mejor método para un tribunal de casación, pero no es posible negar que es una de las concepciones sobre la práctica de este recurso, que tiene no pocos defensores muy respetables.

Si se observa la oposición de puntos de vista que separan a la teoría de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo referente a la interpretación de los arts. 27, 28 y 29 CP salta a la vista que la jurisprudencia y la doctrina no han coincidido en la definición del problema.

La doctrina entendió que la aplicación de las disposiciones legales sobre la autoría y la participación requieren una clara distinción categorial. Sobre el criterio de la distinción no ha llegado a un acuerdo. Algunos consideran que las categorías se agotaban en sus aspecto meramente formal-descriptivo. Otros piensan que sólo

²⁴ Confr. E. Bacigalupo, La noción de autor en el Código Penal, Buenos Aires 1965, p. 47; del mismo: Principios de Derecho Penal Español, II: El Hecho Punible, 1985, p. 166. J. Córdoba Roda, Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal de R. Maurach.

²⁵ J. Cerezo Mir, Problemas fundamentales del Derecho Penal, 1982, p. 162 y ss. [168 y s.].

²⁶ Esta consecuencia fue vista acertadamente por J. Cerezo Mir, loc. cit. p. 168.

²⁷ STS 11-4-1997.

²⁸ STS 27-12-1983.

²⁹ Críticamente sobre el pragmatismo jurídico: R. Dworking, Justice in Robes, 2006 (traducción al castellano de Marisa Iglesias Vila e I. Ortiz de Urbina Gimeno, 2007), que señala diversas manifestaciones del mismo (p.31 y ss.), concentrando la crítica especialmente a la versión representada por R. Posner, según la cual “cualquier preocupación que los jueces puedan mostrar acerca de la verdad de las proposiciones jurídicas supone una despiñfarradora distracción de la meta que deberían perseguir de forma resuelta: la mejora de su comunidad política” (p. 34). Debe quedar claro que, en todo caso, el pragmatismo de nuestra jurisprudencia nada tiene que ver con las recomendaciones de Posner.

pueden llevarse a la práctica con criterios material-objetivos.

La jurisprudencia parece haber procedido de otra manera. Su preocupación era saber a quién se podía considerar un cooperador *no necesario*, pues éste era el único al que se le debía atenuar la pena en uno o dos grados; a todos los demás, hubieran cooperado física o psíquicamente, se les debía sancionar según el mismo marco penal. Para la solución de este problema práctico no era necesaria, como dijimos, una fina distinción categorial entre los considerados autores en el antiguo art. 14 CP 1973 (ejecutores, inductores y cooperadores necesarios), basada en la distinción entre tomar parte en la ejecución (supuesto de autoría) o en la realización del delito y cooperar a ella (supuesto de participación). Apoyándose en el texto legal sin más el Tribunal Supremo lo manifestaba hace varias décadas en la terminología de sus sentencias, en las que se refería a una categoría tan poco convincente como la “*autoría por cooperación*” (por ejemplo, entre muchas otras: STS de 5.12.1935), que ponía de manifiesto su tendencia a eludir las distinciones y, por lo tanto, al concepto unitario de autor.

¿Sería posible reorientar la jurisprudencia en esta materia hacia una unidad sistemática? La pregunta tiene su razón de ser para los que pensamos que la unidad sistemática de los conceptos para aplicar la ley contribuye decisivamente a la seguridad jurídica y a la igualdad.

En este sentido, si se opta por entender la función de la jurisprudencia como el establecimiento de normas de validez para el caso concreto, pero también para *todos* los casos, la reorientación no debería ser difícil. Ello no quiere decir que la unidad sistemática presuponga que los conceptos de autor y de partícipe sean idénticos en todas las especies de tipos penales, sino que los principios de la distinción sean válidos no sólo para cada caso que se resuelve, sino racionalmente idóneos y generales dentro de cada categoría de tipos penales.

El criterio teóricamente disponible para elaborar esa solución sistemáticamente consistente puede ser, no sin alguna advertencia previa, el de la teoría del dominio del hecho. Es preciso reconocer, sin embargo, que esta teoría es válida básicamente para los delitos activos dolosos y que, por lo tanto, no tiene la pretensión de resolver todos los problemas de la autoría y la participación³⁰. Por ello la búsqueda de una mayor consistencia dogmática debe tener en cuenta que la teoría de la participación criminal tiende, desde la famosa monografía de *Roxin*³¹, a diversificar sectorialmente la solución de problemas racionalmente delimitados. En consecuencia prevé diversas problemáticas de la autoría en los delitos *dolosos activos*, en los *delitos de infracción de deber*³², categoría reconocida por la jurisprudencia en el caso del delito fiscal (art. 305 CP), en los delitos *imprudentes* y en los *delitos de omisión*³³. En esta línea no faltan opiniones más modernas que procuran interpretativamente llegar al modelo del sistema unitario de autor mediante la creación de *ámbitos especiales de responsabilidad* (p.e. la responsabilidad del que está cargo de un determinado sector

³⁰ Confr. *S. Bacigalupo*, loc. cit.

³¹ *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963.

³² Confr. *J. Sánchez Vera*, loc. cit.; *S. Bacigalupo*, loc. cit. p. 21 y ss.; en el mismo sentido ahora: *E.-J. Lampe*, en *ZStW* 119[2007], p. 471 y ss. [476 y ss.].

³³ Confr. *E. Bacigalupo*, *Delitos improprios de omisión*, 2ª edición 2005, p. 157 y ss.

de actividades [*Vorgesetztenverantwortlichkeit*] especialmente en el ámbito económico³⁴).

Actualmente, de todos modos, la teoría del dominio del hecho no está exenta de críticas³⁵, pero éstas, en verdad, no la invalidan como un punto de referencia para aquellos casos que permite resolver y que, por ahora, son la mayoría de los que arriban al Tribunal Supremo. Sin perjuicio de ello, hay dos inconvenientes para que ésta sea en España la base teórica de una concepción dogmáticamente consistente de la jurisprudencia y de la doctrina.

Ante todo es de señalar el hecho de que la doctrina española mayoritaria- por razones diferentes de las que ahora se esgrimen por algunos autores en Alemania- no admitió la teoría del dominio del hecho, pues le generaba dificultades para armonizar el texto de los arts. 27,28 y 29 CP, interpretado según sus concepciones sobre la autoría y la participación provenientes de la teoría formal objetiva y porque supuso, además, que dicha teoría era incompatible con el concepto restrictivo de autor que estimó deducir del principio de legalidad. Ambas críticas pueden ser superadas.

Respecto del concepto restrictivo de autor, la doctrina parte de un preconcepto dogmático, según el cual la ley impone una distinción conceptual entre autores y partícipes, que apoya correctamente en el texto de la ley. Pero estima, al mismo tiempo, que esa distinción entre autores y partícipes es aplicable también a los delitos imprudentes³⁶, lo que, se estima, impediría la teoría del dominio del hecho³⁷. Pero, la premisa de que la noción de autor debía ser común al delito doloso y al imprudente no tiene un fundamento mejor que la que dice lo contrario. Si admitimos que la dogmática de los tipos dolosos y los imprudentes no es coincidente, el diferente sistema de la autoría de cada uno de ellos será dogmáticamente, por lo menos, tan válida como la de su unidad³⁸.

La idea de un concepto restrictivo de autor, por otra parte, ha sido puntualmente relativizada por el Legislador y la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha reconocido así cuando afirma, no sin excepciones³⁹, que en los tipos penales en los que se equiparan la acción típica y el favorecimiento de la misma, como ocurre en los delitos de tráfico de drogas (art. 368 CP), los relativos a la prostitución (art. 187 CP), o los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP) se rigen por un concepto *unitario de autor*, es decir, no permiten distinguir entre autores

³⁴ Confr. W. Botke, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, 1994.

³⁵ V. Haas, ZStW 119 [2007], p. 519/546 critica la teoría del dominio del hecho concluyendo no habría logrado ocupar el lugar de las teorías formal-objetiva, ni de la teoría subjetiva, pues la primera vive aun en la autoría inmediata, y la segunda “en la figura jurídica del mandato, la orden y también de la coacción”. A ello agrega que la idea inicial de que la autoría mediata se excluye cuando el autor inmediato obra con total responsabilidad [supuestos del autor detrás del autor] ha fracasado.

³⁶ Confr. por todos, G. Rodríguez Mourullo, en J. Córdoba Roda/G. R. Mourullo, Comentarios al Código Penal, I, 1972, p. 812 y ss. También S. Mir Puig, Derecho Penal, PG, 7ª edición, p. 399.

³⁷ Confr. la crítica de S. Bacigalupo, loc. cit. p. 22 y ss.

³⁸ Sumamente interesante y acertada es en este punto la opinión de S. Mir Puig, loc. cit. p. 376, según la cual, aunque se estime que en el delito imprudente debe ser aceptada la distinción entre autores y partícipes, “es discutible si el CP 1995 permite castigar a ambas clases de intervinientes en los delitos imprudentes o sólo a los autores en sentido estricto”.

³⁹ SSTS 9-7-1987 entre otras posteriores; se refieren a la figura del “favorecimiento del favorecedor” como forma de complicidad las SSTS 15-3-1993; 10-10-1995; 14-6-1995.

y partícipes, pues en esos tipos toda forma de participación se convierte en autoría. Es evidente que estas decisiones innovan en el sentido del actualmente llamado “*modelo de la parte especial*”⁴⁰, en el que los problemas de la concurrencia de personas en determinados delitos son resueltos por el Legislador en el tipo particular.

No obstante, la búsqueda de la unidad sistemática se verá favorecida actualmente por el desarrollo que se percibe en el ámbito de la teoría, pues en la dogmática más moderna la cuestión ha sido impostada correctamente. Aunque no siempre se adhiera a la teoría del dominio del hecho, la solución de la problemática ya no se limita a una concepción meramente formal. Ahora se postula que la “autoría supone (...) una relación de pertenencia” para determinar quién es “el sujeto principal de la realización”⁴¹ o se recurre a la “imputación objetiva y normativa del hecho típico”⁴². De esta manera la teoría de la participación puede llegar a ser integrada en la teoría de la imputación objetiva, como viene proponiendo una parte de la doctrina⁴³. Ciertamente que estos criterios de pertenencia y de imputación no han sido todavía formulados definitivamente, pero el avance que significa una adecuada definición del problema es considerable.

También es superable la crítica que sostiene que la teoría del dominio del hecho no se ajusta a las exigencias del *principio de legalidad*⁴⁴. La premisa en la que se apoya esta crítica está basada en una discutible concepción técnica de la subsunción. No tiene en cuenta que el principio de legalidad no impone una dogmática basada en conceptos fijos, es decir, que enuncien descriptivamente todos los elementos que componen un concepto. La dogmática opera también con los llamados *conceptos abiertos* y el dominio del hecho forma parte de este género⁴⁵, en el que, junto a una descripción, se acopla un principio regulativo que permite delimitar el ámbito jurídicamente relevante que la descripción por sí sola no lograría⁴⁶.

En todo caso: la evolución de la jurisprudencia y de la doctrina debería tener presente que los nuevos fenómenos criminológicos (terrorismo, criminalidad organizada, crímenes contra la humanidad, etc.) están generando nuevas cuestiones dogmáticas sobre la corresponsabilidad criminal que ya no consienten una respuesta desde la única perspectiva de la teoría del dominio del hecho, ni siquiera con la teoría de la *responsabilidad en el ámbito de un aparato de poder estatal*⁴⁷, que es sólo una forma en la que se manifiesta el dominio del hecho. Estamos en un ámbito en el que se percibe un cierto desplazamiento desde nuestro conocido *modelo naturalista*, basado en la cooperación causal, por otro modelo *normativo*, en el que lo decisivo es la responsabilidad, desligada de la causalidad, modelo en el que aparecen nuevas figuras como la “*imputación jerárquica*”, la “*infracción de deberes de supervisión*”, la

⁴⁰ Confr. J. Vogel, en ZStW 114 [2002], p. 403 y ss. [411].

⁴¹ S. Mir Puig, loc. cit. p. 373 y s.

⁴² Confr. G. Quintero Olivares/F. Morales Prats/M. Prats Canut, Curso de Derecho Penal, 1996, p. 479.

⁴³ Ver al respecto: Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1977, p. 72 y ss.; H. Lesch, en ZStW 105 [1993], p. 271, 281; J. Vogel, in ZStW, 114 [2002], p. 403 y ss. [409].

⁴⁴ Confr. S. Bacigalupo, loc. cit. p. 98 y ss. con mayores indicaciones bibliográficas.

⁴⁵ Confr. C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 6ª edición 1994, p. 122 y ss. En sentido similar: Eb. Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2ª edición 1975, p. 500, refiriéndose al principio delimitador del delito del autor y del partícipe como conceptos empíricos “que sólo pueden ser iluminados fenomenológicamente, pero que no es posible determinar mediante una definición en sentido propio”.

⁴⁶ Ibidem, p. 125

⁴⁷ Confr. C. Roxin, loc. cit. p. 242 y ss.

“*responsabilidad institucional colectiva*”, la “*participación activa en una organización*” o la llamada “*contribución conspirativa*”⁴⁸.

En suma: cabe suponer que en esta materia el Tribunal Supremo tendrá que enfrentar en tiempos cercanamente próximos nuevas situaciones que posiblemente requerirán precisar los conceptos jurídicos de autoría y participación para optimizar la seguridad jurídica.

⁴⁸ Confr. *H. Jung*, en *A. Eser/ B. Huber/ K. Cornils*, *Einzelverantwortung und Mitverantwortung*, 1996, p. 175 y ss., 180 y ss.