



X-53-376961-1

**TESIS DOCTORAL**

**LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO**

Análisis comparado de los ordenamientos español, francés e italiano desde la perspectiva de un Derecho común europeo

Por  
**AMPARO LOZANO MANEIRO**

Director  
**Dr. D. LUIS RODRÍGUEZ RAMOS**  
Catedrático de Derecho penal

Presentada en la  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE**  
Departamento de Derecho Penal

Para la obtención del  
**GRADO DE DOCTOR EN DERECHO**

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	I
---------------------------	---

## PRIMERA PARTE

### CONCEPTOS BÁSICOS Y CRITERIOS DE DEFINICIÓN

<b>1.- EL CONCEPTO DE AUTOR</b> .....	2
1.1. - El concepto unitario de autor .....	3
1.2. - El concepto extensivo de autor .....	5
1.3. - El concepto restrictivo de autor .....	6
<b>2.- LA DISTINCIÓN ENTRE AUTOR Y PARTÍCIPES</b> .....	9
2.1. - Teorías subjetivas .....	9
2.2. - Teorías objetivas .....	11
2.2.1. - Teoría formal-objetiva .....	11
2.2.2. - Teoría material-objetiva .....	12
2.2.3. - Teoría del dominio del hecho .....	14
<b>3. - LAS TEORÍAS EXPLICATIVAS DE LA PARTICIPACIÓN</b> .....	17
3.1. - Teorías monistas y pluralistas .....	17
3.2. - Teorías mixtas .....	19
3.3. - <i>La fattispecie plurisoggettiva eventuale</i> .....	21
3.4. - La accesoriadad .....	23
3.5. - Teorías que excluyen la accesoriadad .....	33

3.5.1. - La teoría de la equivalencia de las condiciones.....	34
3.5.2. - Crítica a la accesoriedad desde el punto de vista de las concepciones pluralistas.....	35
<b>4. - PARTICIPACIÓN EVENTUAL Y PARTICIPACIÓN NECESARIA.....</b>	<b>39</b>
4.1.- Clasificación de los delitos plurisubjetivos y la posible extensión de las reglas de la participación eventual a algunos de ellos.....	42
<b>5.- CONCLUSIONES.....</b>	<b>50</b>

## SEGUNDA PARTE

### LA FORMACIÓN DE LOS MODELOS DE REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN

<b>1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS: raíces comunes de los modelos de participación en la codificación europea.....</b>	<b>57</b>
1.1. - La participación en el delito en el Derecho romano.....	61
1.2. - Evolución en Europa del Derecho romano.....	71
1.3. - El Derecho común europeo.....	78
1.4. - El Derecho penal en el origen del Estado moderno.....	89
1.5. - El Derecho penal de la Ilustración.....	92
<b>2. - LA CONFIGURACIÓN DE LOS MODELOS DE PARTICIPACIÓN EN LA CODIFICACIÓN EUROPEA.....</b>	<b>100</b>
2.1. - La codificación en Italia.....	100
2.2. - La codificación en España.....	109

*El Código penal de 1822 .....	109
*El Código penal de 1848 y su reforma en 1850.....	111
*El Código penal de 1870 .....	114
*Proyectos de reforma del Código penal de 1870 y Código penal de 1928.....	115
*El Código penal de 1932 .....	117
*El Código penal de 1944 y su reforma en 1973.....	118
*El Código penal de 1995 .....	126
2.3. - La codificación en Francia.....	129
2.4. - La codificación en Portugal.....	135
<b>3. - CONCLUSIONES .....</b>	<b>139</b>

## **TERCERA PARTE**

### **LOS MODELOS DE REGULACIÓN LEGAL DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS DERECHOS POSITIVOS VIGENTES ESPAÑOL, ITALIANO Y FRANCÉS**

<b>1. - PANORÁMICA DE LA REGULACIÓN DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS.....</b>	<b>143</b>
1.1.- En el primer grupo: modelo unitario .....	146
a) <u>El Código penal noruego de 22 de mayo de 1902 .....</u>	146
b) <u>El Código penal danés de 15 de abril de 1930 .....</u>	147
c) <u>El Código penal austriaco de 1 de enero de 1975.....</u>	147
1.2.- Segundo grupo: modelo diferenciado .....	148
a) <u>El Código penal alemán de 1 de enero de 1975.....</u>	148
b) <u>El Código penal holandés de 3 de marzo 1881 .....</u>	149

c) <u>Código penal finlandés de 19 de diciembre de 1889</u> .....	150
d) <u>El Código penal griego de 1 de Enero de 1951</u> .....	150
e) <u>El Código penal belga de 1867</u> .....	151
1.3.- Tercer grupo: modelo mixto.....	152
<b>2.- ESTUDIO DE LOS MODELOS ITALIANO, ESPAÑOL Y FRANCÉS</b> .....	<b>153</b>
2.1.- El modelo unitario: sistema normativo italiano .....	153
2.1.2.- Descripción y evaluación del sistema italiano .....	155
2.1.3.- El concepto de autor en el sistema normativo italiano .....	165
2.1.4.- Estructura de la participación.....	169
2.2. - La distinción entre autor y cómplice en la legislación española .....	176
2.2.1.- Descripción del sistema en el Código penal de 1973 y en el Nuevo Código penal de 1995 .....	177
2.2.2.- Evaluación del sistema español: el concepto de autor .....	181
2.2.3. - Las categorías asimiladas al autor en el sistema normativo español.....	191
2.2.4. - El concepto de autor en el Nuevo Código penal.....	196
2.3.- El modelo mixto: la regulación de la participación en el Código penal francés .....	201
2.3.1.- La regulación de la participación en el Nuevo Código penal .....	203
a) El autor .....	205
b) El cómplice.....	209
<b>3.-DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS ESTUDIADOS EN RELACIÓN CON LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN ASIMILADAS AL AUTOR</b> .....	<b>218</b>
3.1. - La inducción .....	219
3.2. - La cooperación necesaria .....	232

3.3.- El autor mediato .....	245
<b>4.- LA COMPLICIDAD: Su tratamiento en los Derechos positivos objeto de estudio .....</b>	<b>260</b>
<b>5.- EL ENCUBRIMIENTO Y LA RECEPCIÓN.....</b>	<b>272</b>
<b>6.- LA RESPONSABILIDAD DE LOS PARTÍCIPES.....</b>	<b>281</b>
6.1.- Delito diverso del querido por alguno de los partícipes .....	281
6.2. - La participación de un extraño en un delito especial .....	290
<b>7.- SISTEMAS DE PUNIBILIDAD .....</b>	<b>315</b>
<b>8.- CONCLUSIONES .....</b>	<b>332</b>

## **CUARTA PARTE**

### **EVALUACIÓN DE LAS DISTINTAS OPCIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE UN DERECHO COMÚN**

<b>1.- ORIGEN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: <i>problemas competenciales de las</i></b> <b>instituciones .....</b>	<b>342</b>
1.1.- Origen y evolución de las Comunidades Europeas .....	342
1.2.- Naturaleza y principios de las Comunidades Europeas .....	350

<b>2.- INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL DERECHO PENAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS .....</b>	<b>355</b>
2.1.- Incompatibilidad entre normas de Derecho nacional y Derecho comunitario .....	355
2.2.- Integración del tipo penal nacional por la norma comunitaria.....	362
<b>3.- LA SANCIÓN A LAS INFRACCIONES AL DERECHO COMUNITARIO .....</b>	<b>367</b>
3.1.- Competencia sancionadora de las instituciones comunitarias.....	370
3.2.- Tipología y naturaleza de las sanciones comunitarias.....	376
3.3.- La obligación de sancionar a cargo de los Estados miembros.....	381
3.4.- Límites al poder sancionador de los Estados miembros.....	384
3.5.- Consecuencias de la atribución a los Estados de la garantía del Derecho comunitario.....	388
3.6.- Especial referencia a la protección de los intereses financieros de la Comunidad: El delito de fraude.....	390
3.6.1.- Evolución jurisprudencial sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea.....	393
3.6.2.- Evolución legislativa de la protección de los intereses financieros de la Comunidad.....	398
3.6.3.- El delito de fraude a los intereses financieros de la Comunidad desde la perspectiva de los Derechos nacionales: su regulación en Italia, Francia y España.....	408

<b>4.- EVALUACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE EL SISTEMA SANCIONADOR COMUNITARIO Y LOS SISTEMAS NACIONALES:</b> la incidencia de las diferentes regulaciones de la participación en el delito.....	415
4.1.- Infracciones económicas de origen comunitario .....	416
4.1.1.- Consecuencias de la disparidad de los sistemas sancionatorios administrativos y penales .....	417
4.1.2 .- Los fraudes comunitarios.....	424
4.1.3. - El <i>Corpus Iuris</i> .....	426
<b>5.- CONCLUSIONES:</b> Hacia una política penal común. Posibilidades y obstáculos .....	431
<b>CONCLUSIONES FINALES</b> .....	439
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	453

## INTRODUCCIÓN

El trabajo que sigue a estas páginas tiene como objeto el análisis comparado de las distintas técnicas normativas aplicadas a la regulación de la autoría y la participación y la búsqueda de modelos normativos a los que reconducir las regulaciones legales de los Estados miembros de la Comunidad Europea. La elección de este tema obedece a la convicción de que el fenómeno de la integración de Estados en una comunidad supranacional hace necesaria una relectura de los Derechos penales nacionales desde la óptica de la posible elaboración de un Derecho común europeo.

El Derecho penal, ligado a esferas de soberanía estatal no cedidas a la Comunidad Europea, durante un cierto tiempo ha parecido quedar al margen del ámbito de estudio de los especialistas comunitarios. Sin embargo, existen razones históricas - el sustrato de Derecho penal común -, y necesidades futuras - la imposibilidad de concebir una integración política a espaldas del Derecho penal - que hacen imprescindible analizar los Derechos penales de los Estados miembros, buscando los elementos comunes que faciliten la aplicación del Derecho comunitario de una manera uniforme.

Por otra parte, la idea no es nueva ya que no se distancia mucho del objetivo perseguido por los especialistas del Derecho penal comparado. El gran sueño de los estudiosos de esa materia, es llegar a una cierta aproximación de los Derechos nacionales y, aunque en Derecho penal no se consideraba posible pensar en un grado de unificación como el que se ha producido en Derecho civil o mercantil, nunca se

ha descartado que una armonización en ese ámbito fuese necesaria, al menos entre países próximos cultural y geográficamente<sup>1</sup>.

Desde esa perspectiva el análisis comparado ha encontrado tradicionalmente su razón de ser en la búsqueda de lo común en los sistemas objeto de la comparación. Entre los ordenamientos europeos existe un origen compartido que tiene sus raíces en la recepción del Derecho romano por los Derechos particulares. A partir de ahí y a través de las primeras codificaciones, Derecho positivo y doctrina se influyen mutuamente llegando a crear un entramado que puede definirse, a pesar de las distintas soluciones legales, como cultura jurídica común. Por eso los trabajos de Derecho penal comparado en el ámbito europeo tienen una cierta tradición.

Pero, además, hoy el Derecho comparado reviste una mayor actualidad, porque a esta base histórica y doctrinal compartida se añade el proceso europeo de unificación política, es decir el proceso de construcción de la Unión Europea como comunidad jurídica supranacional, que está dando lugar a un fermento de puesta en común también en campo penal. Este hecho acentúa el interés por el conocimiento y estudio de los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad.

En definitiva, el camino hacia una cultura jurídica unitaria pasa por conocer, valorar y respetar los sistemas jurídicos de los países que se han embarcado en la aventura de la construcción europea.

---

<sup>1</sup> J.PRADEL, afirma que *“c’est le grand rêve des comparatistes, le droit pénal comparé permet un certain rapprochement entre les droits criminels nationaux (...). En matière pénal (comme ailleurs du reste), le droit comparé joue le rôle assuré naguère par le droit romain au XVI siècle et par le droit naturel au XVIII siècle, sortes de droit commun”*. *Droit pénal comparé*, Paris, 1995, pág. 13.

La conciliación de dos ámbitos aparentemente distantes como el Derecho penal y el comunitario tiene, además, su fundamento en la convicción de la necesidad de la interdisciplinariedad, sobre todo para quien quiere dedicarse al Derecho comunitario. Éste potencialmente abarca numerosas ramas del Derecho, tanto públicas como privadas ya que se ocupa de regular aspectos que en el orden interno pertenecen al objeto del Derecho civil, del mercantil o del constitucional, por citar sólo algunos. Debe, pues, nutrirse de las elaboraciones de los especialistas en cada una de esas materias, de las que será deudor. Pero puede también aportar savia nueva a construcciones dogmáticas ancladas en una excesiva especialización.

El análisis comparado de las regulaciones penales de los Estados miembros, para poder aportar algo, debe centrarse en un tema concreto. Si se ha elegido la participación en el delito es, en primer lugar, porque se trata de una de las figuras más complejas y articuladas de la Parte General del Derecho penal y, al mismo tiempo, quizá la más interesante y sugestiva. Para su análisis, la doctrina penal europea ha elaborado teorías y técnicas de notable refinamiento.

Pero también, porque falta respecto a este tema un estudio sistemático y comparado de las soluciones positivas que ofrecen los países de nuestro entorno. Tradicionalmente se ha prestado gran interés a la técnica y doctrina alemana, mientras es difícil encontrar estudios que tengan en cuenta las elaboraciones de los países que son objeto de investigación en este trabajo: además del nuestro, Italia y Francia<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Así, M. DIÁZ y GARCÍA CONLLEDO, en su excelente trabajo sobre la autoría admite que se ha centrado en el análisis de la doctrina alemana y ha debido ignorar la italiana a pesar de que en ella “se discute con mayor viveza que en España y que en Alemania la opción entre un concepto unitario (...) y uno restrictivo”, *La Autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991, pág.36.

En relación con el objetivo final indicado, es decir la búsqueda de soluciones comunes, la comparación que se lleva a cabo en este trabajo presenta un notable interés, ya que las regulaciones de la participación de esos tres países representan los tres modelos básicos en torno a los cuales giran las previsiones de los Códigos penales de los Estados miembros de la Comunidad Europea. Su estudio puede servir para pensar cuál de ellos ofrece mejores soluciones a los distintos y complejos problemas que origina la participación en el delito y, por tanto, cual sería el modelo ideal de una posible regulación común.

### **Metodología y sistemática expositiva.**

Método y sistema se han puesto en función del resultado que se persigue, porque “método significa camino adecuado para lograr un cierto fin (...). De ordinario se limita el problema básico de la metodología científica a la adecuación que debe mediar entre ella y el objeto, lo cual supone ya la superación de los márgenes puramente lógicos para adentrarse en campos epistemológicos e, incluso, metafísicos; este modo de proceder olvida, sin embargo, que la metodología supone un elemento más a la hora de juzgar su idoneidad, y este elemento no es otro que el teleológico: junto a la consideración del objeto es preciso determinar la funcionalidad o <para qué> del comportamiento científico, y así, objeto y materia, camino o método y finalidad o meta componen una trilogía inseparable, cuyos elementos se interrelacionan necesariamente”<sup>3</sup>. Por eso, el Derecho comparado se ha utilizado más como metodología que como disciplina autónoma y la exposición de la doctrina y la jurisprudencia está en función de la búsqueda de puntos de encuentro o de elaboraciones que puedan arrojar luz sobre lo común.

---

3 L.RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1986, pág.21.

Éste es también el sentido de la exposición que se propone. El objeto del trabajo de investigación es el análisis comparado de las distintas técnicas normativas aplicadas a la regulación de la autoría y la participación. Pero es evidente que previamente es necesario hacer referencia a los fundamentos dogmáticos del tema elegido. A ello se dedica el capítulo introductorio del trabajo. Obviamente, no se trata de un análisis en profundidad de los temas tratados - eso sería objeto de otro u otros trabajos de investigación- sino más bien de la exposición de las distintas elaboraciones doctrinales que inspiran o interpretan los modelos normativos estudiados.

A partir de ahí el trabajo se articula en torno al siguiente esquema:

Pasado: En la primera parte se lleva a cabo un análisis histórico de la formación del Derecho penal europeo que, partiendo de las raíces romanas, a través del encuentro del Derecho común con los Derechos particulares de los pueblos que habitan en el continente, crea los Derechos nacionales y da lugar a los primeros Códigos Europeos. El hilo conductor de ese recorrido por la historia de Europa es la regulación de la participación en las distintas etapas que se analizan. Ese primer capítulo pretende ser una justificación de las raíces compartidas entre los países europeos y, por tanto, de la posibilidad de repensar un nuevo encuentro.

Presente: En la segunda parte se realiza el estudio comparado de la regulación de la participación en los ordenamientos español, italiano y francés que representan los tres *modelos normativos aplicables a la participación*: el modelo unitario de autor, el sistema de diferenciación de las formas de participación ligado a la

graduación de la pena y el sistema de diversificación de esas conductas con equiparación de la responsabilidad.

Junto con la descripción de estos sistemas se abordan las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales más relevantes, que son también cultura jurídica compartida y por lo tanto extrapolables más allá de los contextos nacionales en que se han producido. Se ha intentado abarcar el mayor número de aspectos con el fin de poder ofrecer un amplio panorama del estado de la cuestión. Esto explica que se traten no sólo las figuras del autor y los partícipes, sino también que se haga referencia al encubrimiento, a la responsabilidad de los participantes por un delito distinto del querido, a la participación de un extraño al delito propio, a los sistemas de punibilidad y a las circunstancias que modifican la responsabilidad. Es evidente que se ha sacrificado la profundidad del análisis a la extensión del objeto; se trata, como ya se ha dicho, de una opción consciente en función del fin perseguido que es el de examinar cómo funcionan las elaboraciones teóricas en relación con la regulación positiva de la participación en el delito. Esta confrontación resulta ineludible en la medida en que la solución a los problemas que la participación plantea no puede encontrarse en opciones dogmáticas abstractas sino que, más bien, son las distintas formas de participación las que deben orientar las reconstrucciones dogmáticas.

Futuro. En la tercera y última parte se analizan las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho comunitario. Se pretende a través de ese análisis evaluar la posibilidad de volver a la idea del Derecho común. La ausencia de competencia penal de las Comunidad Europea lleva a delegar la represión de infracciones al Derecho comunitario en los Estados miembros. La disparidad de legislaciones

sancionadoras y penales crea evidentes disfunciones y discriminaciones patentes. A ello se añade la existencia de bienes jurídicos comunitarios, como los intereses financieros de la Comunidad Europea, que exigen ser protegidos eficazmente. Por lo menos en relación con éstos hoy no es imposible pensar en una regulación convergente entre los ordenamientos de los Estados miembros.

### **Bibliografía.**

Sobra decir que la bibliografía sobre la participación en el delito es muy abundante, prácticamente inabarcable. Sin embargo, falta una exposición sistemática de los elementos comunes y diferenciadores de los distintos ordenamientos penales europeos. Normalmente, los estudios en España se han ocupado de la regulación y de la doctrina alemanas mientras no es frecuente encontrar referencias recíprocas entre la doctrina italiana y la española y sorprende la prácticamente total ignorancia de los autores de la regulación francesa. Por ello, aunque algunas referencias a la doctrina alemana son imprescindibles cuando se aborda la participación en el delito, se han utilizado preferentemente autores italianos y españoles, además de la literatura francesa y, en ocasiones, la portuguesa tratando de contribuir, tanto a un mayor conocimiento de la producción doctrinal de nuestro entorno cultural más próximo, cómo a su justo aprovechamiento para aportar soluciones a los problemas que se pondrán de manifiesto en este trabajo de investigación.

## **Consideración final.**

La abundante bibliografía sobre la participación y el hecho de que se sigan publicando excelentes estudios sobre ella confirma que es un tema inagotable y que admite distintas aproximaciones. Confiamos en que la que se propone en este trabajo aporte una nueva lectura de esta figura compleja pero central del Derecho penal, contribuya a avanzar en el imparable proceso de unificación europea y a arrojar luz sobre los problemas que plantea la aplicación del Derecho comunitario cuando entra en contacto con el *Derecho penal*.

*“Cuando muchos hombres se unen para una acción arriesgada, a proporción de su tamaño procuran que sea igual para todos; luego será más dificultoso encontrar quien se conforme con ser el ejecutor, corriendo mayor riesgo que los demás cómplices. La única excepción sería en el caso que al ejecutor se le señalase un premio. Teniendo entonces una recompensa mayor por el mayor riesgo, la pena debería ser proporcionada”. (Cesare BECCARIA)*

## **PRIMERA PARTE**

### **CONCEPTOS BÁSICOS Y CRITERIOS DE DEFINICIÓN**

## 1. EL CONCEPTO DE AUTOR

Las soluciones legislativas a los problemas que plantea la participación en el delito se articulan en torno a los diferentes conceptos de autor elaborados por la doctrina penal, pero también condicionan las elaboraciones dogmáticas que deben necesariamente partir de las regulaciones positivas. Concepto de autor y regulación legal de la participación están indisolublemente unidos, por eso, para abordar el estudio de los modelos normativos aplicables a la participación resulta imprescindible hacer una breve introducción sobre las principales teorías que la explican con el fin de apreciar cómo influyen concretamente en la interpretación de esos modelos.

Desde esta perspectiva, lo que interesa aquí no es tanto el análisis detallado de las teorías en relación con el concepto de autor y con la distinción entre éste y los demás partícipes<sup>1</sup>, cuanto exponerlas brevemente indicando las principales críticas de las que han sido objeto, de manera que sea posible ver como funcionan en relación con los sistemas normativos que se confrontan en los siguientes capítulos.

Partimos de la premisa de que toda elaboración dogmática debe tener en cuenta las orientaciones del legislador, ya que de otra manera se podrá, quizá,

---

<sup>1</sup> Citar aquí todas las obras en que es posible encontrar una amplia descripción y análisis de las distintas teorías sería reproducir prácticamente la bibliografía final de este trabajo de investigación. En todo caso una amplia exposición puede encontrarse en: E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milán, 1987; J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, Madrid, 1996; E. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990.

elaborar una construcción perfecta, pero no necesariamente útil para resolver los problemas planteados en la aplicación concreta de las normas. Por eso, al exponer cada uno de los modelos normativos habrá ocasión de hacer referencia al fundamento dogmático que los inspira o que los interpreta; será entonces cuando se analice la adecuación de cada una de las elaboraciones doctrinales a los Derechos positivos examinados.

Para explicar la participación existen fundamentalmente dos diferentes soluciones: considerar que todos los que participan pueden ser incluidos en la categoría de autor, o bien, por el contrario, afirmar que entre los diferentes partícipes cabe establecer distinciones. La primera solución se traduce en el concepto unitario de autor; la segunda plantea el problema de encontrar los criterios válidos para establecer dicha distinción.

Vamos a referirnos a ambas interpretaciones de la participación y a las distintas teorías que en torno a ellas se han elaborado.

### **1.1. El concepto unitario de autor**

Parte esta teoría de la no distinción entre las conductas del autor y de los partícipes. En función de la teoría de la equivalencia de las condiciones, todos los que intervienen en el delito, prestan una contribución causal al hecho. No existe pues participación en el delito, ya que todos los que en él intervienen aportan una condición y todas las condiciones tienen idéntico valor, todos los que participan, pues, son autores y no cabe buscar criterios de distinción a efectos de aplicación

diferenciada de la pena. El mismo criterio es válido para los delitos especiales, también el *extraneus* que en ellos participa será considerado autor del delito. Desde la perspectiva del concepto unitario de autor, evidentemente, pierde sentido el problema de la accesoriadad.

Para profundizar, más adelante, sobre la relación entre el concepto de autor y los modelos de tipificación de la participación con el fin de determinar si puede establecerse entre ambos dicha relación, es necesario hacer aquí una breve exposición de las críticas que más frecuentemente se han dirigido a esta concepción<sup>2</sup>. En su momento se verá si estas críticas pueden o no ser opuestas a los llamados sistemas unitarios.

Al concepto unitario de autor se le objeta que la supresión de la distinción entre autoría y participación desde el punto de vista objetivo supone ignorar el valor de garantía que poseen los tipos de la Parte Especial, violando su contenido cuando se considera que el elemento determinante para evaluar una conducta, no es la reprochabilidad típica en ellos establecida, sino la simple causación de una lesión del bien jurídicamente protegido.

Además, se afirma que si no existen criterios objetivos para diferenciar las conductas de los distintos partícipes, hay que recurrir necesariamente a criterios subjetivos, lo que, como se verá, plantea no pocos problemas.

---

<sup>2</sup> Cfr. S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, págs.8 y ss, en las que recoge las principales críticas que la doctrina, fundamentalmente la alemana, opone al concepto unitario de autor.

En relación con la tentativa, acoger el concepto unitario de autor llevaría a la imposibilidad de distinguir entre tentativa de participación y tentativa de autoría de lo que resultaría una inadmisibile ampliación de la punibilidad de aquélla.

Por último, se objeta que desde la perspectiva del concepto unitario de autor pierde su sentido la idea de la instigación y la cooperación, lo que es ciertamente un forzamiento de la realidad.

La concepción unitaria del autor no se identifica con ningún modelo normativo de la participación, aunque suele afirmarse que inspira algunos Códigos penales europeos<sup>3</sup>. Sin embargo, todos ellos, incluidos los denominados sistemas unitarios, parten de la diferenciación en alguna medida de las distintas conductas de participación. Varían, sin embargo, notablemente, los criterios utilizados y las interpretaciones que sobre ellos se realizan. Más adelante nos ocuparemos de ello.

## **1.2. El concepto extensivo de autor**

El fundamento de esta concepción coincide con el concepto unitario de autor ya que se sitúa en la teoría de la equivalencia de las condiciones, que parte del igual valor causal de las aportaciones de todos los que intervienen en la realización del delito, pero, al existir en el Derecho positivo la distinción entre autores y partícipes, se ven obligados a buscar criterios de diferenciación.

---

<sup>3</sup> Así, el sistema unitario de autor inspira el vigente Código penal noruego de 1902, el danés de 1930 y el austriaco de 1974. En la tercera parte de este trabajo se describe la regulación de la participación de estos Códigos.

Desde esta perspectiva, las normas que establecen diferenciaciones entre las distintas conductas son normas restrictivas de la punibilidad. En ausencia de descripción normativa toda conducta de participación se considera como conducta de autoría; desaparece así el problema que plantean las hipótesis de coautoría y de autoría mediata.

Tradicionalmente, se asimila el concepto extensivo de autor con la ausencia de tipificación de las figuras de la participación, es decir con los sistemas que, como el italiano han optado por un modelo indiferenciado. Esta identificación es contestada, tanto por un sector de la doctrina italiana<sup>4</sup>, como por algunos de los autores españoles, que, a pesar de que nuestro sistema tipifique las distintas conductas de participación, no consideran imposible leer nuestro ordenamiento en la clave del concepto extensivo de autor<sup>5</sup>. Volveremos sobre esto más adelante al analizar los ordenamientos italiano y español.

### 1.3. El concepto restrictivo de autor

Parte de la diferencia objetiva entre las conductas del autor y del cómplice. Autor es sólo el que realiza la acción descrita en el tipo de la Parte Especial. Todos los demás partícipes que realizan actos atípicos son punibles en función de causas

---

<sup>4</sup> Cfr. p.ej. S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, pág. 86 y ss; ROMANO y GRASSO, *Commentario sistematico del Codice Penale, II*, Milán, 1990, págs.2 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. E.PEÑARANDA, *La participación, op.cit.*, págs.21 y ss. y E.BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1994, pág.132.

de extensión de la responsabilidad, y tales son las normas que regulan la participación, que de no existir supondrían la impunidad de esas conductas. El problema que plantea este concepto de autor es el de determinar cuáles son los criterios objetivos que distinguen las conductas de participación de las del autor. De ello nos ocuparemos en el siguiente apartado, pero antes es necesario hacer una breve reflexión sobre el concepto de autor y la regulación legal de la participación.

Los modelos normativos de la participación se interpretan desde cada uno de estos conceptos de autor buscando la correspondencia entre unos y otros. Pero, al llevar a cabo esa asimilación se producen simplificaciones que crean una cierta confusión, ya que al final, se termina por identificar el concepto unitario de autor con el concepto extensivo y ambos con los modelos unitarios de tipificación de la participación.

Así, la contraposición entre las diversas concepciones de autor lleva en su aplicación a la participación, a distinguir entre criterios objetivos y criterios subjetivos con los que medir la contribución de los distintos partícipes. Tradicionalmente, los primeros configuran los modelos diferenciados de participación, mientras los segundos dan lugar a los modelos que acogen un concepto unitario. Se produce así una identificación entre la concepción extensiva de autor y la posibilidad de distinguir los partícipes sólo desde el punto de vista psicológico, es decir con el concepto unitario de autor.

Sin embargo, tal identificación no es evidente o por lo menos inevitable. De hecho puede no darse. Así, puede refutarse considerando que el concepto extensivo se caracteriza por ampliar la noción de autor más allá del dato de ejecución de la

acción típica mediante la utilización de diversos criterios de evaluación que pueden ser causales, subjetivos o teleológicos, de manera que no se excluye la posibilidad de distinción a efectos sancionatorios de las distintas conductas de participación.

El concepto unitario, en cambio, se fundamenta en la equivalencia causal de todas las contribuciones. Autor es todo aquél que ha contribuido causalmente a la comisión del hecho punible. Las conductas de participación son, pues, autónomamente punibles y equivalentes a efectos sancionatorios. No cabe entre ellas ninguna distinción objetiva. De esto deriva que el concepto unitario de autor es sólo una de las posibilidades en las que puede traducirse el concepto extensivo. Sólo se identificarán ambos conceptos cuando el criterio para calificar al autor sea el causal<sup>6</sup>.

La anterior puntualización tiene importancia a la hora de evaluar el modelo de participación representado por el Código penal italiano y el posterior análisis de las distintas figuras de la participación desde un punto de vista comparado. La adopción del modelo unitario, como veremos, no ha adormecido la polémica doctrinal sobre la necesidad de distinción entre autor y demás partícipes y sobre los distintos modos de formular tal distinción, de manera, que también para la doctrina italiana el problema fundamental de la participación sigue siendo el de encontrar criterios que puedan servir para diferenciar al autor del resto de los partícipes. Veamos ahora cuáles son los criterios manejados para delimitar las conductas de autoría de las de participación

---

<sup>6</sup> Y no cuando el criterio utilizado sea el subjetivo, el teleológico. Cfr. sobre la no

## 2. LA DISTINCIÓN ENTRE AUTOR Y PARTÍCIPES

Las teorías elaboradas por la doctrina para delimitar las conductas de autoría de las de participación están en relación con el concepto de autor del que se parte. Varían entre sí, en función de que se busque la explicación de la diferencia entre las distintas conductas en criterios subjetivos - atendiendo a la distinta culpabilidad de cada delincuente - o en criterios objetivos - poniendo el acento en la diversa aportación de cada partícipe a la realización del injusto-. Las principales teorías explicativas de la distinción entre autor y partícipes se dividen en teorías subjetivas y objetivas.

### 2.1. Teorías subjetivas.

Vinculadas al concepto extensivo de autor, las teorías subjetivas de la participación buscan su fundamento en la teoría causal de la condición, que niega toda distinción objetiva entre autor y cómplice ya que ambos son condiciones del resultado. Puesto que no cabe una distinción causal-objetiva, será necesario establecer la diferenciación de los distintos partícipes en función del elemento subjetivo. Se habla, así, de la existencia de un *animus auctoris* y de un *animus socii*. El primero corresponde a quien actúa con voluntad de realizar un propio hecho. El cómplice en cambio se caracteriza por la voluntad de intervenir en el hecho de otro.

---

necesaria identificación entre ambos conceptos S. SEMINARA, *Tecniche*, *op.cit.*, págs. 185 y ss.

El resultado del recurso al elemento subjetivo es el de trasladar la distinción de las conductas de participación del ámbito del tipo al de la punibilidad. La distinción, pues, tiene interés a la hora de la fijación de la pena que, de esta manera, queda en manos de los jueces.

Las dificultades para determinar el ánimo llevan a buscar criterios que en alguna medida indiquen la presencia de una determinada actitud interior, de modo que sea posible establecer la distinción entre autor y cómplice.

Así, para definir el *animus auctoris* se utilizan tradicionalmente dos elementos que revelarían el tipo de ánimo de que se trata. Para las teorías del dolo, el criterio fundamental es el de actuar con voluntad del autor o de partícipe. Éste, es el que ha subordinado su voluntad a la decisión de autor sobre la ejecución del hecho. Para las teorías del interés el *animus auctoris* se hallará en aquel sujeto que tenga interés en la causación del delito.

Todo ello, independientemente, o prescindiendo, de la aportación material de unos y otros a la ejecución del delito. Las consecuencias aberrantes de la aplicación de estos criterios son de sobra conocidas y han llevado a que esta teoría haya sido, por lo general, abandonada por la doctrina. La jurisprudencia, como veremos, recurre a veces a criterios inspirados en concepciones subjetivas, como el del acuerdo previo utilizado a menudo por los jueces españoles.

## 2.2. Teorías objetivas.

Para las teorías objetivas la distinción entre autoría y complicidad está en la diversa contribución de los distintos partícipes al delito. Dentro de la visión objetiva caben a su vez dos interpretaciones distintas, según se considere que debe tenerse en cuenta el valor de la aportación de cada partícipe -teoría material-objetiva- o, en cambio, se atiende a los datos normativos de la tipicidad -teoría formal-objetiva-.

### 2.2.1. Teoría formal-objetiva.

Esta concepción nace en Alemania donde ha sido mayoritariamente sostenida por la doctrina hasta hace poco tiempo. Autor es, desde el punto de vista formal objetivo, quien ejecuta la acción típica<sup>7</sup>.

El concepto de autoría requiere, pues, la participación en el tipo estricto; así la coautoría será ejecución conjunta de acciones que pertenezcan al círculo que abarca el tipo; cómplice será en cambio, todo aquel que realice un acción preparatoria o auxiliadora distinta de las anteriores.

---

<sup>7</sup> En realidad puede hablarse de dos versiones de la teoría formal-objetiva según se entienda que autor es el "que toma parte en la ejecución del hecho" o bien que lo es el que "realiza el tipo de la parte especial". Esta última concepción es mayoritaria en la doctrina española. Cfr. E.GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Madrid, 1979, pag.749; J.M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1979, pág.748; G.RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA Y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal I*, Barcelona 1972, pág.802.

La justificación de la teoría es doble; por una parte, se afirma la mayor peligrosidad y reprochabilidad del ejecutor, de otro lado, se dice, es la que más se ajusta a la interpretación literal del tipo, o mejor del lenguaje de los tipos penales: autor de un robo es el que sustrae la cosa ajena, no el que vigila para facilitar la sustracción.

Las críticas que ha merecido la teoría objetivo-formal son de sobra conocidas, y están en relación con los delitos de resultado y con la autoría mediata. Respecto a los primeros, parece inaplicable el concepto de autor como ejecutor del tipo, ya que estos delitos se caracterizan porque la acción consiste sólo en la causación del resultado. La autoría mediata, por su parte, resultaría no perseguible desde la perspectiva del tenor literal del tipo, no parece posible resolver este problema con la inclusión de estos supuestos en la inducción, como se propone desde esta concepción, pues se trata de una dilatación inadmisibile de esta figura.

### **2.2.2. Teoría material-objetiva.**

El fundamento de la teoría material-objetiva es la distinción entre causa y condición: autor es el que pone la causa del delito; cómplice el que aporta una condición.

Según la concepción clásica, en el delito es posible distinguir una parte objetiva, a la que pertenece la acción como causación de un resultado y, una parte subjetiva, en la que se sitúa la culpabilidad. Moviéndose en un plano objetivo, la distinción de las conductas de los partícipes debe colocarse en la parte objetiva, es

decir en la causación del resultado. Desde esta perspectiva, la única distinción aplicable a la participación es la que hipotéticamente existe entre causa necesaria, que respondería a las conductas de autoría y condición o causa favorecedora del resultado, es decir, la complicidad.

La crítica más frecuente a la teoría material-objetiva parte de la dificultad o imposibilidad de distinguir entre causa y condición o, en general, entre causas más o menos relevantes. De hecho, hoy generalmente se admite que todas las condiciones son equivalentes y que todas son necesarias. La concepción objetivo-material es, pues, en principio incompatible con todas aquellas interpretaciones que aceptan la equivalencia de las condiciones. Sin embargo, en la doctrina española un amplio sector parece sostener conjuntamente ambas, compatibilizándolas mediante una particular interpretación de la teoría causal fundada en procesos hipotéticos<sup>8</sup>.

Por otra parte la diferencia entre las dos interpretaciones objetivas referidas es menor de lo que parece. De hecho, podría plantear una posible compatibilidad entre la teoría material-objetiva y la formal-objetiva si se considera que, la primera puede ofrecer un fundamento conceptual a la segunda, ya que es posible asimilar la conducta típica con la causa última del delito, y la conducta atípica del cómplice con un simple y no determinante presupuesto del delito. De no entenderse así, cuando

---

<sup>8</sup> "Los autores españoles acuden a un proceso hipotético para determinar si una condición ha sido o no condición del resultado; así, el hecho de entregar una pluma para que otro cometa una falsedad, será condición o no del resultado según que el autor directo hubiera podido procurarse o no la pluma por otro lado. Una interpretación de la teoría de la condición lleva a la conclusión, en cambio, de que, en cualquier caso la entrega de la pluma ha sido condición del resultado, pues en esa pluma concreta la que ha tenido una influencia material en el resultado delictivo; el que hipotéticamente el delincuente hubiese podido obtener la pluma de otra persona no varía en nada la influencia material que la pluma ha tenido en el proceso causal tal como se

se afirma con carácter general la equivalencia de las condiciones, la teoría objetiva-formal pierde la posibilidad de recurrir al criterio causal y se centra, para seguir manteniéndolo, en la mayor reprochabilidad de la conducta ejecutiva típica.

### 2.2.3. Teoría del dominio del hecho.

También esta teoría es de origen alemán y ha alcanzado un notable auge en la doctrina europea actual<sup>9</sup>. Entiende esta concepción que el autor es el *dominus* del delito, es decir "quien tiene el dominio final de del suceso"<sup>10</sup>, mientras que los partícipes "carecen de tal dominio"<sup>11</sup> en la medida en que han subordinado su voluntad al del autor.

La teoría del dominio del hecho, como es sabido, se inspira en la teoría finalista y su primera formulación se debe a esta escuela, de modo que se identifica al autor con aquél que tiene el dominio finalístico de hecho en sí. Y ello independientemente de las modalidades del hecho, de que haya sido realizado por el propio autor, o por medio del otro, basta que la acción, en sentido finalista -como suceso dirigido por la voluntad- sea dominada por la voluntad del autor.

---

desarrolló". E.GIMBERNAT ORDEIG, *A y C*, *op.cit.*, pág.120.

<sup>9</sup> L.F.RUIZ ANTÓN explica el auge de esta teoría afirmando que se debe a la confluencia de varios factores: "por un lado, a los intentos de superar las serias deficiencias de la teoría objetivo formal; y por otro a la buena acogida dispensada al sistema personal del injusto desarrollado por la teoría finalista". *El agente provocador en el Derecho penal*, Madrid 1982, pág.101.

<sup>10</sup> E.BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, *op. cit.*, pág.117.

A la hora de asimilar la teoría del dominio del hecho a las categorías hasta aquí manejadas, normalmente, se la considera como teoría material-objetiva o material objetivo-subjetiva<sup>12</sup>. Pero no faltan autores que la consideren como totalmente objetiva<sup>13</sup>.

Las principales críticas que se han dirigido a esta teoría señalan su falta de precisión. Así, se le acusa de ser más una imagen que un concepto. Se dice que ofrece una explicación de la participación poco rigurosa ya que, si se entiende en sentido estricto, es fácil objetarle que ningún hombre domina completamente los acontecimientos; y si, en cambio, se considera en sentido amplio, resulta vaga, pues, cualquier partícipe posee en cierto modo el dominio del hecho<sup>14</sup>.

Se considera, también, incongruente que los autores partidarios del dominio del hecho acaben por admitir que quien realiza un acto típico es autor, aunque no posea ese dominio. De esta manera, se termina por mezclar criterios distintos y pierde contundencia el que se presentaba como determinante.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*

<sup>12</sup> Cfr. J.LOPEZ BARJA, *Autoría y participación op.cit.*, págs.28 y ss., citando a ROXIN y, también S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, págs. 115 y ss., que analiza la evolución de la teoría del hecho en Alemania y su relación con las teorías subjetivas de la jurisprudencia alemana.

<sup>13</sup> "La doctrina del dominio del hecho es totalmente *objetiva* - por lo menos, en el sentido que se da tradicionalmente a esta expresión dentro de las teorías de la participación -. El que tiene el dominio del hecho ya puede actuar con al voluntad que le dé la gana: el dominio de hecho lo seguirá teniendo. Y el que no es titular del dominio del hecho, se ponga como se ponga, aunque tenga la voluntad de autor, aunque quiera el hecho como propio, no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía". E.GIMBERNAT ORDEIG, *A y C, op.cit.*, pág.126.

<sup>14</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte General*, Valencia, 1990, pág.560.

Esta necesidad de recurrir a otros criterios complementarios resulta evidente en la teoría funcionalista de la autoría, reciente variante de la teoría del dominio del hecho elaborada en Alemania y cuyo autor más representativo es JAKOBS.

Simplificando, puede decirse que esta concepción se caracteriza por situar la autoría en el ámbito de la responsabilidad. Así colocada, "la autoría hay que definirla más bien como dominio en al menos un de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución del hecho no siendo relevante el hecho del dominio *per se*, sino en tanto que fundamenta una plena responsabilidad del hecho. Por eso, con la distribución en ámbitos de dominio diferentes en su contenido no es que se reúnan elementos heterogéneos ni siquiera nominalisticamente, sino que todos los elementos son homogéneos en un aspecto. Son los actos de organización que fundamentan plena responsabilidad"<sup>15</sup>.

Desde esta óptica, la distinción entre autor y cómplice pasa por la *determinación de las distintas competencias de los partícipes en la realización de un hecho delictivo*. Autor es el que tiene la competencia decisiva, y de esa competencia plena deriva el dominio. En otros términos, el autor poseerá también el dominio ya que éste es la manifestación de la competencia.

Para JAKOBS, en la mayoría de los delitos, la competencia está vinculada a actos organizativos, de manera que corresponde al autor la organización decisiva. En relación con la autoría mediata y con la coautoría afirma, en cambio, que es

---

<sup>15</sup> G.JAKOBS, *Derecho penal, Parte general*, Madrid 1995, pág.742.

necesario utilizar dos criterios distintos ambos ligados a la idea de competencia. Así, hace referencia al dominio de la decisión -control sobre el sí - que corresponde a la competencia del autor mediato; mientras se deberá hablar de dominio de la configuración - control sobre el cómo - en los supuestos de coautoría en la que competencia está en relación con la organización común<sup>16</sup>.

### **3. LAS TEORÍAS EXPLICATIVAS DE LA PARTICIPACIÓN**

La construcción dogmática de la participación de personas en el delito es uno de los problemas de los que con más intensidad se han ocupado los penalistas. Tanto en la doctrina española, como en la italiana las construcciones son múltiples. Los dos problemas de fondo en torno a los cuales se han desarrollado las elaboraciones doctrinales son la unidad o diversidad del título de imputación y la naturaleza accesoria de la participación. Ambos están evidentemente interrelacionados.

#### **3.1. Teorías monistas y pluralistas.**

Analicemos el primer problema. Las concepciones monistas y pluralistas han visto numerosos autores debatirse entre ellos. Para la teoría monista, de la que es partidaria la mayoría de la doctrina tanto española como italiana, el delito es único,

---

<sup>16</sup> Para un análisis de la participación en JAKOBS, cfr. J.LOPEZ BARJA, *Autoría y participación*, *op.cit.*, págs.33 y ss.

aunque haya sido cometido por una pluralidad de personas. Entienden los que así piensan, que las diversas actividades concurrentes forman un solo delito<sup>17</sup>.

La doctrina pluralista, en cambio, diferencia las acciones de los distintos partícipes y las considera como delitos autónomos. Existen, desde esta perspectiva, tantos delitos como partícipes. Esta concepción, cuya paternidad corresponde a los penalistas alemanes del siglo pasado, ha tenido poco eco en la doctrina española. En Italia la mantienen MASSARI y BOSCARRELLI. El primero, que ha reelaborado esta teoría de manera clara y extensa, utiliza la expresión "delito de concurso" (*reato di concorso*) para definir los actos que si hubiesen sido cometidos por el autor principal no serían punibles en cuanto actos preparatorios, pero, realizados por el partícipe se configuran como delitos distintos<sup>18</sup>. En la misma línea, BOSCARRELLI considera que en los delitos cometidos por una pluralidad de personas cada una de ellas es responsable de haber realizado un delito distinto, cada partícipe, pues, es autor de un hecho ilícito, cada uno es autor de un delito<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> "Cuando varias personas cometen un delito las diversas actividades concurrentes se funden y el delito es único. Desde el punto de vista psicológico hay coordinación de voluntades, desde el punto de vista físico el delito no es sino el producto de las distintas actividades que se complementan entre sí, desde el aspecto social el delito ha de estimarse como un conjunto orgánico de actos y un resultado total" A.FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal. T.II*, Murcia, 1947, pág.10. En el mismo sentido, J.M.RODRÍGUEZ DEVESA, *DPPG, op.cit.*, pág.650, "(...) se mantiene, pese a la pluralidad de personas que intervienen en el delito, la unidad de éste. Aunque haya varios partícipes, hay un solo delito".

<sup>18</sup> Cfr. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, Pisa, 1958, págs.193 y ss. en M.BOSCARRELLI, *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato*, Padua, 1958, pág.136. En Francia se habla de *théorie de la complicité délit distinct*.

<sup>19</sup> "Dunque, se è vero che (...) la responsabilità di più soggetti postula che ciascuno dei responsabili sia autore d'un illecito, è indubbio che nel caso prospettato sussistono due illeciti penali, - cioè due reati - commessi l'uno all'autore principale e l'altro dal concorrente".

Al margen de estas dos concepciones contrapuestas existen otras elaboraciones tendentes a superar la tradicional antinomia entre ellas. Vamos a continuación a referirnos a algunas de ellas.

### **3.2. Teorías mixtas.**

Las teorías mixtas se han elaborado fundamentalmente en el ámbito de la doctrina italiana ya que el sistema italiano, como se verá, permite buscar la explicación de la participación prescindiendo del vínculo que reconduce las conductas de participación a un todo único. Por lo general, desde esta perspectiva, se parte de la consideración del delito como unidad, para luego descomponer la responsabilidad utilizando otros criterios.

Así, RANIERI, si bien parte la unicidad del delito, llega a conclusiones alejadas de la teoría monista tradicional. Para este autor el delito de concurso es un hecho complejo, o mejor, el delito es la suma de las acciones de los partícipes<sup>20</sup>.

En sentido similar ANTOLISEI habla del delito como fenómeno asociativo. Para explicar este concepto, sostiene que desde siempre existe en el hombre la tendencia a unir sus propios esfuerzos con los de los demás cuando se encuentra frente a una acción de especial dificultad. Lo mismo sucede –explica– en el fenómeno de la participación en un hecho criminal. También en este caso, existen varios individuos que actúan conjuntamente para lograr un fin común. Cuando un

---

M.BOSCARELLI , *Contributo, op.cit.*, pág.22.

delito es cometido por varias personas, cada uno de los partícipes aporta una contribución al resultado querido por todos, teniendo la certeza de la cooperación de los demás. En la realización del delito, pues, se da una división del trabajo cuyo efecto es que las distintas acciones se integran con otras formando un complejo unitario. Partiendo de esta concepción del delito ANTOLISEI niega que puedan hacerse diferencias entre contribuciones principales e independientes- es decir de autoría- y accesorias o constitutivas de participación<sup>21</sup>.

La contundencia con la que se niega la posibilidad de distinción de las conductas de la participación a nivel dogmático se pierde, sin embargo, cuando se trata de medir la responsabilidad de los que intervienen en un hecho delictivo. Frente a esta necesidad y, sin que medie una argumentación teórica suficiente, ANTOLISEI afirma que para establecer el grado de responsabilidad es "oportuno" distinguir entre autor en sentido estricto y demás partícipes en el delito<sup>22</sup>. Volviendo por tanto a plantearse el tema central de la participación.

---

<sup>20</sup> Cfr. S.RANIERI, *Manuale di Diritto penale, vol.I*, Padua 1952, págs.386 y ss.

<sup>21</sup> Contesta F.ANTOLISEI desde esta perspectiva la teoría de la accesoriedad afirmando que *"essa, infatti, ha il difetto fondamentale de considerare le azioni dei vari socii sceleris in modo isolato, quasi fossero indipendenti tra loro, mentre nella realtà delle cose sono connesse, sia materialmente che moralmente, formando un insieme di forze che è indirizzato ad uno scopo comune. Il legame che unisce le varie azioni esclude che possa considerarsi estraneo al c.d. partecipe il fatto di colui che viene chiamato autore. Non si tratta di un fatto "altrui", al quale aderisca l'azione del partecipe, ma di un fatto di cui questo è tenuto a rispondere come proprio"* F.ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, Milán, 1982, pág.475.

<sup>22</sup> *"A nostro modo di vedere - fermo il principio che ogni individuo che concorre a la commissione di un reato ne è autore (in senso lato) e tale è considerato dal diritto vigente- rimane opportuno, specie ai fini dell'accertamento del grado de la responsabilità, anzitutto distinguere l'autore in senso stretto dal semplice partecipe"*, F.ANTOLISEI, *Manuale, op.cit.*, pág.478.

Por último, también a medio camino entre la concepción monista y la pluralista se coloca la posición de PEDRAZZI. Este autor busca la solución del problema de la naturaleza de la participación desde una visión normativa. Según PEDRAZZI, las normas que regulan esta figura tienen carácter integrativo, es decir, se conectan con las disposiciones de la Parte Especial dando vida, no a nuevos tipos de delito, sino a un nuevo título de aplicación distinto de los ya existentes<sup>23</sup>.

### ***3.3. La fattispecie plurisoggettiva eventuale.***

Especial atención requiere esta explicación de la participación - generalmente aceptada por la doctrina italiana - que pretende ampliar la visión tradicional de las concepciones clásicas antes expuestas. Su elaboración se debe fundamentalmente a DELL'ANDRO. Para este autor, la participación es un tipo autónomo que denomina *fattispecie plurisoggettiva eventuale*.

Para llegar al concepto de *fattispecie plurisoggettiva eventuale* DELL'ANDRO parte de la pluridimensionalidad de la norma penal que tendría, por un lado carácter preceptivo, y, por otro carácter de garantía. A estas dos dimensiones de la norma corresponderían las dos dimensiones del delito: antipreceptivo, en la medida en que viola la orden de la ley, y lesivo, en cuanto ataca el bien jurídicamente protegido. Ambas dimensiones, preceptiva y de garantía de la norma y las correspondientes dimensiones antipreceptiva y lesiva del delito son -según

---

<sup>23</sup> “Non danno vita a nuovi tipi di reato, ma ad un nuovo titolo de applicazione dei tipi esistenti”. C.PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, pág.84.

DELL'ANDRO- dos realidades distintas, que no pueden reconducirse a una unidad desde el punto de vista objetivo<sup>24</sup>.

Siguiendo este razonamiento DELL'ANDRO concluye que desde el punto de vista de la ofensa al bien tutelado el delito es único, mientras que desde el punto de vista preceptivo puede afirmarse que las prescripciones violadas son tantas como participantes en el delito.

*La fattispecie plurisoggettiva eventuale* surge del encuentro del art.110 del Código penal italiano con los tipos de la parte especial. En los supuestos de participación ese encuentro da lugar a un nuevo tipo, o más bien, a una serie de nuevos tipos, tantos cuantos son las normas de la parte especial susceptibles de esa integración con las normas de la participación<sup>25</sup>, o incluso tantos tipos plurisubjetivos como partícipes<sup>26</sup>.

En virtud de esta interpretación, DELL'ANDRO y el sector de la doctrina italiana, hoy mayoritario, partidario de la *fattispecie plurisoggettiva eventuale* creen

---

<sup>24</sup> "Le dimensioni, precettive e di garanzia, della norma penale, le dimensioni, anti precettiva e lesiva, del reato, appaiono così nella irriducibile diversità. Non due aspetti o momenti della stessa realtà, ma due diverse realtà irriducibili ad unità di considerazione oggettiva". R.DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in Diritto Penale*, Milán, 1956, pág.50.

<sup>25</sup> Cfr. M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Turín, 1957, pág.128.

<sup>26</sup> Cfr. A.PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milán, 1966, pág.552, que, en una reformulación de la teoría de DELL'ANDRO, sostiene que existen "*tante fattispecie plurisoggettive eventuali quanti sono i concorrenti*" que se distinguirían entre sí por el elemento psíquico y por lo tanto por la responsabilidad que es distinta no pudiéndose hablar de un único título de imputación.

resolver el problema de la accesoriedad de la participación, negando que este principio sea una explicación satisfactoria de la relación entre las conductas de autoría y complicidad. Veamos este principio y las críticas que se le hacen desde las teorías pluralistas hasta aquí analizadas.

### **3.4. La accesoriedad<sup>27</sup>.**

Si, como mantiene la mayoría de la doctrina, se parte de la unidad del delito es necesario pasar del nivel conceptual al del fundamento de la punibilidad de las conductas de participación. En este ámbito se coloca el concepto de accesoriedad en la participación.

La accesoriedad se traduce en la relación de dependencia de las conductas de participación respecto a un hecho principal. Para un amplio sector de la doctrina, no puede hablarse de participación sin hacer referencia al mismo tiempo a aquello en lo que se participa. Esto significa que no pueden concebirse actos de participación sin la existencia de un delito principal.

Desde esta perspectiva la accesoriedad de la participación es una necesidad conceptual. Participar es tomar parte en el delito de otro<sup>28</sup>. Puesto que determinados

---

<sup>27</sup> El principio de accesoriedad pertenece a la tradición jurídica europea y se ha ido forjando variando de contenido a partir de su primera formulación por los juristas italianos de la baja Edad media. En E. PEÑARANDA RAMOS, *La participación op.cit.*, pág.22. y ss puede encontrarse un amplio y documentado estudio sobre el origen y evolución de la accesoriedad en el Derecho penal europeo.

<sup>28</sup> Cfr. J.M. RODRÍGUEZ DEVESA, *DPPG, op.cit.*, pág.651.

partícipes realizan conductas penalmente irrelevantes, el fundamento de su punibilidad está en relación de dependencia con otra conducta: la del autor que es quien realiza el hecho típico. La punibilidad del partícipe deriva de esa relación de dependencia en que se hace consistir la participación<sup>29</sup>.

En definitiva, para establecer el fundamento de la punibilidad del partícipe es necesario determinar si la conducta de éste realiza directamente el delito con un hecho propio, o, si por el contrario, se trata de la colaboración al hecho ajeno y por tanto mera conducta de participación. En este caso, el hecho del partícipe puede imputársele sólo si previamente se imputa al autor.

Hasta aquí lo que podemos denominar accesoriadad cualitativa referida a la exigencia de que las conductas atípicas se ligen a un hecho principal. Más adelante se verán las críticas a esta concepción, pero antes es necesario definir los términos de esa dependencia, es decir el grado de accesoriadad o accesoriadad cuantitativa. Desde esta óptica, se trata de establecer las características que debe reunir el hecho principal para determinar la punibilidad de las conductas de participación.

Como es sabido no existe acuerdo doctrinal sobre el grado de accesoriadad y existen diversas teorías en función de la amplitud con la que ésta se considera. En todo caso, como se verá, no son ajenas a las elaboraciones doctrinales las diferentes posiciones de la doctrina sobre la concepción del delito y de sus elementos.

---

<sup>29</sup> Para G.BETTIOL La punibilidad del partícipe tiene su fundamento en "*un certo nesso dipendenza, in che consiste la natura accessoria del concorso*", "*Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa nel Codice vigente e nel progetto Rocco*", en *Rivista italiana di Diritto*,

Sintetizando, en relación con la amplitud con la que se considere la accesoriadad puede hablarse de cuatro posibles grados de dependencia entre las conductas de participación y la conducta del autor.

\* Hiperaccesoriadad: Según esta concepción deben existir en el partícipe todas las circunstancias objetivas y subjetivas que determinan la punibilidad del autor principal<sup>30</sup>. Esta teoría no ha tenido mucho eco en sistemas jurídicos como el español y el italiano, en los cuales existen normas que expresamente excluyen la comunicabilidad de las circunstancias que agravan o atenúan las penas.

\* *Acesoriadad extrema*: Desde esta concepción el hecho delictivo principal debe ser típico, antijurídico y culpable<sup>31</sup>. La accesoriadad extrema ha sido objeto de numerosas críticas fundamentalmente las derivadas de la no punibilidad del partícipe en el caso de la realización del hecho punible por parte de un no imputable. La doctrina alemana ha salido al paso de dicha objeción con la figura del autor mediato. El sujeto no imputable es considerado como mero instrumento del que se ha servido el autor mediato para la realización de delito.

---

Padua, 1930, pág.417.

<sup>30</sup> En el sistema de *common-law* hasta 1861 no se condenaba a los partícipes accesorios antes de haber condenado al partícipe principal de manera que si éste moría o era considerado demente resultaba imposible proceder contra los demás. Cfr. J.PRADEL, *Droit pénal comparé*, París, 1995, pág.280 (nota 1).

<sup>31</sup> J.DEL ROSAL, Haciendo referencia a la “siempreviva discutida figura del autor mediato” se expresa en los siguientes términos; “se verá que el legislador emplea el vocablo ' hecho', que no cabe entenderlo más que como acto típicamente antijurídico y culpable(...). En la terminología del Código, no queda otro camino sino indicar la accesoriadad máxima como la mas conveniente al texto penal español”. *Derecho penal español (Lecciones)*, Murcia, 1969, pág.119.

Cabe sin embargo plantearse, y el problema se afrontará en los siguientes capítulos, si en este caso es posible hablar de participación o bien, cuando se trata de la acción de un incapaz que carece de relevancia jurídica, se deba excluir esta figura<sup>32</sup>.

\* *Accesoriedad limitada*: Desde esta interpretación de la accesoriedad, la punibilidad de hecho secundario depende de la existencia de una acción típica y antijurídica.

\* *Acesoriedad mínima*: Por último, existe una concepción en la que la accesoriedad se entiende con menor amplitud, en función de la cual, para poder admitir la punibilidad del partícipe, es suficiente la realización de un hecho típico por parte del autor principal. No son muchos los autores que sostienen esta teoría, a la que se objeta que puede llevar a consecuencias jurídicamente inaceptables. Sin necesidad de profundizar en el tema, basta decir que un hecho, aun respondiendo a la descripción típica puede ser un hecho lícito, en la medida en que no lesiona ningún bien jurídicamente protegido. En este caso, aplicando la concepción de la acesoriedad mínima, se llegaría al absurdo de castigar la participación a un hecho conforme al Derecho.

La doctrina española, mayoritariamente, y el sector minoritario de la doctrina italiana que admite la accesoriedad de la participación, optan por la accesoriedad limitada.

---

<sup>32</sup> Así, por ejemplo se entiende que *"l'azione di un incapace, sia esso pazzo o bambino, è, dal punto di vista giuridico, completamente irrilevante, rimane perciò esclusa una partecipazione a la medesima"*. G.BETTIOL, "Sulla natura accessoria", *op.cit.*, pág.446.

La doctrina española busca el fundamento de esta manera de entender la accesoriadad en los artículos 14, 16, 51 y 53 del anterior Código penal. Del análisis de estas normas se afirma que la participación se refiere a un hecho delictivo es decir a una acción típicamente antijurídica, sin exigirse que ésta sea culpable. Se utiliza, así mismo, como argumento el artículo 546 bis/f del mismo Código en el que se leía que: “ las disposiciones de este capítulo (Cap.7 “Del encubrimiento con animo de lucro y de la receptación”) se aplicarán aun cuando el autor del hecho de que provinieren los efectos o beneficios aprovechados fuere irresponsable o estuviese exento de pena”.

Refuerzan esta concepción los apartados 5, 6 y 7 del art.8 que regulan el auxilio, la legítima defensa y el estado de necesidad<sup>33</sup>. Puesto que la ley en los casos previstos en dichos apartados no castiga la cooperación se puede deducir que la participación en un acto no antijurídico no es punible<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> En favor de la teoría de la accesoriadad limitada, y en especial de la no dependencia del partícipe respecto de la culpabilidad del autor concurren diversos argumentos del Código penal. Así, el significado de la palabra ‘hecho’ (artículos. 14 y 16 C.p), empleada por la ley como supuesto de las diferentes formas de participación, y que según se desprende de su uso en los números 1º, 2º y 3º del art.8 C.p no requiere la culpabilidad del autor. Por otra, el artículo.456 f) C.p. no sólo consagra el principio de accesoriadad limitada para la receptación, sino que confirma que el ‘autor del hecho’ puede ser inculpable o hallarse exento de pena”. S.MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1985, págs. 425-426. “ La opción entre la accesoriadad limitada y la máxima no puede, en cambio, resolverse apriorísticamente, sino que representa una alternativa que ha de despejar el legislador. Así, en el Código penal español el dilema ha de resolverse, de acuerdo con el parecer de la doctrina mayoritaria, en favor de la accesoriadad limitada”. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *DPPG, op.cit.*, pág 578.

<sup>34</sup> J.M. RODRÍGUEZ DEVESA, *DPPG, op.cit.*,pág.652.

Problema diferente de la accesoriadad cuantitativa y no pacífico en la doctrina es el de la dependencia del hecho del partícipe del dolo del autor principal. En la doctrina española un amplio sector requiere el dolo del autor del hecho principal<sup>35</sup>, manteniendo la accesoriadad limitada.

En Italia, como se verá, el sistema unitario hace más fácil prescindir de la idea de accesoriadad y buscar otros criterios para explicar la punibilidad de las conductas de participación. A pesar de ello, un sector minoritario de la doctrina admite la distinción entre partícipes y autor aceptando dicho principio. En todo caso, los autores italianos que se sitúan en esta línea son partidarios de la accesoriadad limitada<sup>36</sup>.

Para justificar la aplicación del principio de accesoriadad al sistema italiano se recurre al art.115 del Código penal italiano según el cual, el acuerdo o la instigación para cometer un delito no son punibles si el delito no ha sido cometido.

---

<sup>35</sup> Cfr. E.GIMBERNAT ORDEIG *Introducción*, *op. cit.*, pág.148; J.CEREZO MIR *Curso de Derecho penal español, Parte General*, Madrid, 1994, págs.407 y ss. E.BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, *op.cit.*, pág. 233.

<sup>36</sup> En favor de la teoría de la accesoriadad limitada G.BETTIOL, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padua, 1978, págs. 580 y ss; S.RANIERI, *Il concorso di persone nel reato*, Milán, 1949. Mantiene, en cambio, la accesoriadad mínima C.PEDRAZZI, *Il concorso*, *op.cit.* y en cierta medida A.LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Pompeya,1964. G.BETTIOL afirma que “*tutte le volte in cui l'azione dell'autore è un'azione antiggiuridica, anche se non colpevole, deve ritenersi ammissibile la figura de la partecipazione*”, “*Sulla natura accessoria*”, *op.cit.*, pág.583. Piensan en cambio que en el ordenamiento jurídico italiano no cabe la accesoriadad, ROMANO Y GRASSO, *Commentario*, *op.cit.*, págs 126 y ss; M.GALLO, *Lineamenti*, *op.cit.*, págs. 53 y ss; R.DELL'ANDRO, *La fattispecie*, *op.cit.*, pág.135.

Se deduce de ello la dependencia del comportamiento accesorio ya que éste no es jurídicamente relevante antes de que se verifique el hecho principal<sup>37</sup>.

Desde la postura contraria, que niega el principio de la accesoriedad se objeta que la admisión de un hecho principal no doloso lleva a considerar las conductas de participación desde un punto meramente causal y por tanto reduce la accesoriedad a una ficción mediante la cual se construye un hecho principal que, por faltar el elemento psicológico del autor, no es típico y al que no pueden por ello ser remitidas las demás conductas atípicas<sup>38</sup>.

Más en general, se afirma que la teoría de la accesoriedad no es capaz de explicar los casos de ejecución fraccionada en los que ningún partícipe realiza un hecho típico, faltando por tanto una acción principal de la que hacer depender las conductas secundarias<sup>39</sup>, sin que convenza la explicación de los que, partiendo de la teoría criticada, hablan de accesoriedad recíproca, de manera que la relevancia jurídica de las conductas fraccionadas, se adquiere en función de la complementariedad de todas ellas<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. C.PEDRAZZI, *Il concorso*, *op.cit.*, pág.28.

<sup>38</sup> “*La configurabilità di un fatto principale non doloso, pacificamente ammessa all'interno della nostra dottrina, proietta le attività concorsuali su un piano meramente causale e riduce la concezione dell'accessorietà ad una mera finzione, con cui viene costruito un fatto principale che, in realtà, non è tipico a causa dell'assenza nel suo esecutore del necessario atteggiamento psichico e rispetto al quale, quindi non possono accedere le altre condotte atipiche*”. S.SEMINARA, *Tecniche*, *op.cit.*, pág.316.

<sup>39</sup> Cfr. ROMANO Y GRASSO, *Commentario*, *op.cit.*, pág.127; R.DELL'ANDRO, *La fattispecie*, *op.cit.*, pág.83; M.GALLO, *Lineamenti*, *op.cit.*, 53 y ss.

<sup>40</sup> Cfr. C.PEDRAZZI, *Il concorso*, *op.cit.*, pág.95

Desde esta perspectiva crítica, y en relación con los delitos especiales, el principio de accesoriadad tampoco explica la responsabilidad de todos los partícipes cuando la ejecución material se debe al *extraneus* y el *intraneus* se limita a una aportación atípica.

En definitiva, se afirma que la teoría de la accesoriadad se equivoca cuando pretende instaurar una relación de dependencia entre una conducta atípica y una acción principal que puede no existir<sup>41</sup>.

En Francia hasta la reciente reforma del Código penal se aplicaba el principio de igual punición para el autor y el cómplice. Esto explica que la doctrina se haya planteado con menor intensidad el problema de los fundamentos de la punibilidad de las conductas de participación.

El sistema de participación francés se regía tradicionalmente por dos principios el de "*emprunt de criminalité*" y el de "*emprunt de pénalité*".

En virtud del principio de "*emprunt de criminalité*" (criminalidad prestada o préstamo de criminalidad), las conductas de complicidad no tienen criminalidad propia, son totalmente accesorias al hecho principal del que reciben la criminalidad. La responsabilidad del cómplice deriva de manera absoluta de la posición del autor. No existe complicidad si no existe un acto material calificado como delito<sup>42</sup>. Una

---

<sup>41</sup> ROMANO/GRASSO, *Commentario*, *op.cit.*, pág.127.

<sup>42</sup> "*Si l'acte de l'auteur principal n'est pas incriminé par la loi (ex. suicide), celui qui en été le complice ne peut pas être puni.* STEFANI/LEVASEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, 1992, págs. 257 y 258.

vez realizada esa calificación, el cómplice corre con la misma suerte del autor. Así, quien participa al homicidio del propio padre responde de homicidio si ha actuado como cómplice, y de parricidio si ha actuado como autor.

En función del segundo principio, al cómplice le correspondía la misma pena que al autor del delito. De esta manera, al cómplice en el homicidio de su padre no se le aplicaban las penas correspondientes al parricidio y viceversa al tercero cómplice en un delito de parricidio sería castigado con la misma pena que al parricida autor.

Para evitar las consecuencias de la rígida aplicación de este principio, la jurisprudencia francesa recurría a menudo a la dilatación de la figura del coautor, considerando tal al que era simple cómplice para poder castigarlo en caso de tentativa o, para poder aplicarle la circunstancia agravante de la reunión<sup>43</sup>. Viceversa, utilizando el antiguo criterio de la "criminalidad correspectiva" se aplicaba al coautor la misma pena que al cómplice afirmando que "*le coauteur d'un crime aide nécessairement l'autre coupable dans les faits qui consomment l'action et devient, par la force des choses, son complice*"<sup>44</sup>.

El Nuevo Código penal francés hace imposibles semejantes confusiones. En efecto, la reforma del sistema de participación mantiene la relación de dependencia en materia de responsabilidad pero rompe con el denominado "*emprunt de pénalité*" desde el momento en que considera punible al cómplice "como si fuera el autor del

---

<sup>43</sup> Así en el primer caso, por ejemplo, Crim. 19 avril 1945. S.1945-1.82 y en el segundo, Crim. 4 août 1927. S.1929-1-33; en STEFANI/LEVASEUR/BOULOUCV, *Idem*, pág.256.

delito" (art.121-6 Ncp). Según esta nueva orientación el cómplice en el homicidio de su padre podrá ser castigado ahora con las penas previstas para el delito de parricidio. En definitiva, cada partícipe será castigado según su propia responsabilidad.

La posibilidad de aplicar una pena distinta a los diferentes partícipes en el delito, tiene como consecuencia que la doctrina encuentre interesante plantear cómo se establece en el sistema francés la relación entre las conductas de participación y de autoría. Y, así, se afirma que *“puisque l'acte du complice emprunte sa criminalité de l'acte de l'auteur principal, il faut tout d'abord - c'est la première condition qui constitue l'élément légal - qu'il existe un fait punissable”*<sup>45</sup>.

El problema es determinar qué se entiende por hecho punible. La doctrina francesa considera que para que exista un hecho punible debe tratarse de un hecho objetivamente incriminado por la ley, de ahí la exclusión de la complicidad en el suicidio y la no punibilidad del cómplice en presencia de causas de inimputabilidad objetiva<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Crim.15 juin 1860, S.1861-I-398 en *Ibidem*.

<sup>45</sup> STEFANI/LEVASEUR/BOULOC, *Droit pénal, op.cit.*, pág.230.

<sup>46</sup> *“(…) mais il ne faut pas confondre le fait principal punissable et l'auteur principal punissable. En effet, s'il n'y a complicité qu'en cas de fait principal punissable, un individu peut être déclaré complice d'une infraction, même si son auteur n'est pas puni. L'auteur principal peut en effet (...) n'être pénalement punissable”* CHABERT/SUR, *Droit pénal général, Paris, 1996*, pág.67. *“La complicité n'est pas davantage punissable, toujours parce que le fait principal ne l'est pas, lorsque le crime ou le délit ou le délit commis par l'auteur se trouve justifié par un fait justificatif (légitime défense-ordre de al loi le commandement de l'autorité légitime) ou lorsque l'auteur bénéficie d'une immunité qui fait obstacle à la répression”*. STEFANI, /LEVASEUR/BOULOC/, *Droit pénal, op.cit.*, pág.231.

Se ha afirmado que, en principio, el Derecho francés partía de una postura similar a la accesoriad extrema que ha ido evolucionando hacia la accesoriad limitada<sup>47</sup>. Más acertado parece concluir que, en el sistema francés, la relación entre autoría y participación está en función del hecho y no de la responsabilidad. Podría, así, hablarse de una accesoriad material o accesoriad del hecho que pone en relación dos hechos materiales, uno dependiente absolutamente del otro y no dos individuos, cuya responsabilidad es considerada individualmente<sup>48</sup>.

### 3.5. Teorías que excluyen la accesoriad.

La naturaleza accesoria de la participación, aunque ampliamente aceptada, ha recibido numerosas críticas desde distintas perspectivas. Sintetizando, puede decirse que la teoría de la accesoriad ha sido contestada desde tres ópticas distintas: la noción causal de autor, la interpretación extensiva de los tipos incriminadores y la consideración como autónomas de las conductas de participación. Vamos a examinar algunas de las explicaciones que se dan en el ámbito de estas tres perspectivas y que niegan la accesoriad.

---

<sup>47</sup>"Del principio, originariamente estricto del *emprunt de criminalité* se ha ido evolucionando progresivamente a favor de la accesoriad limitada sin exigencia del dolo del autor principal", H.H JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Barcelona, 1981, pág. 908.

<sup>48</sup> Cfr. E. PEÑARANDA RAMOS, *La participación, op.cit.*, pág.220.

### 3.5.1. La teoría de la equivalencia de las condiciones.

Una primera objeción a la accesoriad viene de los partidarios de la de equivalencia de las condiciones. Según esta concepción todo el que ha colaborado a la producción del delito lo ha originado en su totalidad, independientemente del papel concretamente desempeñado. Es, pues, autor todo el que pone una condición del resultado lesivo ya que todas las condiciones son igualmente necesarias para la producción del éste<sup>49</sup>. No existen, pues, conductas accesorias ya que todas las contribuciones al hecho son autónomas, todas con igual valor, todos los partícipes son igualmente punibles.

Partiendo del concepto extensivo de autor que subyace en la concepción de la eficiencia causal se niega por parte de un sector de la doctrina italiana la idea de accesoriad en la participación. En este sentido se entiende que todas las actuaciones de los distintos participantes, independientemente de que sean o no simultaneas, convergen con idéntica eficiencia en la ejecución del delito<sup>50</sup>. Así interpretada la acción delictiva, no puede afirmarse que la acción del partícipe sea simplemente un complemento a un delito del que sería autor sólo el agente principal, como, en cambio, sostienen los partidarios del concepto restrictivo de autor.

---

<sup>49</sup> "Todo aquel que, poniendo una condición para el resultado sobrevenido, ha contribuido a su producción, ha causado este resultado; que, como todas las condiciones del resultado son de igual valor, no existe una diferencia esencial entre los distintos participantes en la producción del resultado, y que, por tanto, su diferente penalidad sólo se justifica dentro de la misma escala penal". F.LIZT, *Tratado de Derecho penal*, 20ª ed., Madrid, 1916, pág. 71.

<sup>50</sup> BATTAGLINI, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padua, 1949.

Pero esta teoría de la equivalencia de las condiciones es, cuanto menos, discutible para un amplio sector doctrinal, incluso para los autores italianos cuyo sistema la haría más plausible. Se le opone la dificultad de demostrar justamente esa equivalencia de las condiciones, pues en la mayoría de los casos, no es posible determinar la aportación de cada uno de los partícipes al resultado final<sup>51</sup>. Igualmente se le objeta que el problema de la autoría no es tanto una cuestión de causación, cuanto de causación típica<sup>52</sup>.

### **3.5.2. Crítica a la accesoriadad desde el punto de vista de del las concepciones pluralistas.**

También desde la perspectiva de las teorías pluralistas o mixtas se considera inaplicable el principio de accesoriadad. Así, el sector de la doctrina italiana partidario de la *fattispecie plurisoggettiva eventuale* cree resolver el problema de la accesoriadad de la participación, negando que este principio sea una explicación satisfactoria de la relación entre las conductas de autoría y complicidad.

---

<sup>51</sup> Así, por ejemplo, ANTOLISEI, considera que "(...) *non si può dire che il nostro diritto positivo consideri del tutto equivalenti le azioni dei vari compartecipi, in quanto sancisce alcuni aggravamenti e attenuazioni di pena che sono anche in rapporto ad una diversa rilevanza causale delle varie azioni*", *Manuale, op.cit.*, pág.476.

<sup>52</sup> "Rechazada en plano la causalidad de la teoría de la equivalencia de las condiciones no puede aceptarse el concepto extensivo de autor; pero justo es poner de manifiesto que, al margen de la concepción causal que se sustente, existen razones para rechazarlo, pues el problema de la autoría no es sin más, una cuestión de causación, sino, en todo caso, de causación típica", COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *DPPG, op.cit.*, pág.584.

Ya se analizó cómo desde la óptica de la teoría de la *fattispecie plurisoggettiva eventuale* no es necesario recurrir a la accesoriedad para castigar las conductas atípicas, pues éstas no son tales, sino que encuentran su tipicidad en el tipo plurisubjetivo eventual. La punibilidad de los partícipes no depende así, necesariamente de la existencia de una conducta principal de otro, sino que más bien se trata de que con la conducta atípica se contribuye a la realización de una ofensa penalmente relevante, y esto, tanto en el caso de que la contribución se traduzca en antecedente causal del acto del que deriva la ofensa, como en aquel en el que se ponga en práctica uno de los elementos constitutivos de la ofensa<sup>53</sup>.

De esta manera, la responsabilidad de los partícipes por su comportamiento, que respecto al tipo monosubjetivo es atípico, no deriva de la relación de dependencia con un hecho principal, sino de la convergencia de las aportaciones a la realización del hecho típico<sup>54</sup>. Mas aun, la conducta del partícipe no subsumible en un tipo monosubjetivo no puede definirse con propiedad "atípica" ya que es perfectamente típica de acuerdo con la nueva tipicidad que resulta del encuentro de las normas que regulan la participación y los tipos de la parte especial<sup>55</sup>.

Hasta tal punto se rompe la relación entre las conductas de participación que puede llegar a afirmarse la ruptura del título de imputación, de manera que se

---

<sup>53</sup> "Con la condotta originariamente atipica si contribuisce alla realizzazione di una offesa penalmente rilevante e ciò, sia ponendo in essere un antecedente causale dell'atto da cui deriva la offesa, sia ponendo in essere direttamente uno degli stessi elementi che costituisce l'offesa". M.GALLO, *Le forme del reato*, Turin, 1964, pág.100.

<sup>54</sup> Cfr. ROMANO/GRASSO, *Commentario*, op.cit., pág.127.

<sup>55</sup> Cfr. R.DELL'ANDRO, *La fattispecie*, op.cit., pág.77.

considera la responsabilidad de cada partícipe en función de títulos distintos<sup>56</sup>, lo que, evidentemente supone la total negación de cualquier dependencia de la contribución atípica de una conducta principal.

Por último, todos los que contestan el principio de accesoriedad concluyen afirmando para reforzar sus críticas que ésta no explica todas las hipótesis de participación delictiva y, en concreto no sirve frente a los casos de ejecución fraccionada, cuando ninguno de los participantes realiza la acción típica y, por tanto, el delito resulta de la suma de fragmentos de dicha acción<sup>57</sup>.

Continuando en la óptica de las teorías pluralistas, tampoco para ANTOLISEI puede resolverse el problema de la naturaleza de la participación recurriendo al principio de accesoriedad<sup>58</sup>. Como ya se ha indicado, para este autor la participación es una manifestación de la asociación que considera como un fenómeno más general. Los partícipes se asocian, y, para alcanzar el objetivo final, se dividen las tareas. Por tanto, el vínculo que les une impide que pueda considerarse al llamado partícipe

---

<sup>56</sup> Así, por ejemplo, si A con intención homicida encarga a B de golpear a C, sabiendo que éste, que sufre una grave enfermedad de corazón, puede morir a causa de la menor emoción y B, tras haber realizado actos idóneos para cometer el delito de lesiones, es arrestado, se podrá hablar de una tentativa de lesiones para el ejecutor y una tentativa de homicidio en régimen de participación para el mandante. Cfr. M. GALLO, *Lineamenti*, op.cit., pág. 82.

En estos casos, afirma GALLO, "*lo schema della accessorietà viene meno perché nessuno dei comportamenti è originariamente tipico, ciascuno dei soggetti realizza un segmento della azione tipica*". M.GALLO, *Le forme del reato*, op.cit., pág. 100.

<sup>58</sup> Refiriéndose a la teoría de la accesoriedad afirma ANTOLISEI que "*essa infatti, ha il difetto fondamentale di considerare le azioni dei vari socii sceleris in modo isolato, quasi fossero indipendenti tra loro, mentre nella realtà delle cose sono connesse, sia materialmente che moralmente, formano un insieme di forze che è indirizzato a uno scopo comune*". F.ANTOLISEI, *Manuale*, op.cit., pág.475.

como extraño al hecho del denominado autor. No hay adhesión del partícipe al hecho de otro, sino, un hecho del que el partícipe debe responder como hecho propio<sup>59</sup>.

Sin embargo cuando se trata de definir los requisitos de la participación y en concreto el elemento objetivo del delito, ANTOLISEI reconoce expresamente la utilidad de la teoría de la accesoriadad afirmando que la punibilidad de los partícipes está subordinada a que el autor haya realizado un hecho punible<sup>60</sup>.

La contradicción en la que incurre la teoría del delito como fenómeno asociativo es inevitable ya que en ella subyace el olvido de que la contribución al delito es individual, no queda diluida en la el grupo, y como tal debe ser valorada por exigencias legales y de política criminal<sup>61</sup>.

Puede, por otra parte, objetarse que lo que se intenta a través de las teorías pluralistas es extender a toda la participación lo que no es más que uno de sus aspectos: la coautoría en la que sí se produce la aportación conjunta de todos los coautores a la realización del resultado final<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> *"Il legame che unisce le varie azioni esclude che possa considerarsi estraneo al così detto partecipe il fatto di colui che viene chiamato autore. Non si tratta di un fatto altrui, al quale aderisca l'azione del partecipe, ma di un fatto di cui questo è tenuto a rispondere come proprio".* F.ANTOLISEI, *Manuale, op.cit.*, pag.425.

<sup>60</sup> *"La punibilità dei partecipi (determinatori, istigatori e ausiliatori) è subordinata alla condizione che l'autore abbia realizzato un fatto punibile o per lo meno un fatto che sarebbe punibile, se non facesse difetto un requisito soggettivo"* F.ANTOLISEI, *Manuale, op.cit.*, pág.484.

<sup>61</sup> Cfr. en este sentido COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *DPPG, op.cit.*, pág.567.

<sup>62</sup> Así, por ejemplo, SEMINARA afirma de la teoría que niega la accesoriadad considerando el delito como fenómeno asociativo que *"essa presenta come un carattere generale dell'istituto in esame quella che è invece una sua peculiarità limitata al caso di coautoría, ove*

#### 4. PARTICIPACIÓN EVENTUAL Y PARTICIPACIÓN NECESARIA

Los conceptos de participación necesaria y participación eventual hacen ambos referencia a la realización de un hecho conforme al modelo legal de un delito con la intervención de una pluralidad de sujetos. Se trata, sin embargo, de dos figuras diferentes.

La distinción, en una primera aproximación, parece relativamente sencilla. La participación eventual comprende aquellas hipótesis en las que el delito puede ser realizado indiferentemente por una o varias personas; en la participación necesaria, el delito puede ser cometido sólo por una pluralidad de sujetos, ya que dicha pluralidad es un elemento constitutivo del tipo del hecho inculminado.

Tanto en la doctrina italiana como en la española, la mayor parte de los autores, se limitan a analizar sumariamente las diferencias entre los dos tipos de participación, para, después, centrar su interés exclusivamente en la participación eventual.

Sorprende, en efecto, la desconcertante desproporción<sup>63</sup> entre la vastísima literatura que se ocupa de la participación eventual y el escaso interés que suscita la participación necesaria y las posibles relaciones entre ambas<sup>64</sup>.

---

*effettivamente i partecipi fondano le proprie attività per il conseguimento di uno scopo comune e parimenti voluto. Ma come possa sostenersi lo stesso principio rispetto all'istigazione e alla complicità, non è assolutamente di capire". S.SEMINARA, Tecniche, op.cit., nota.52, pág.289.*

<sup>63</sup> En este sentido se expresa también DELL'ANDRO cuando afirma que *"la verità è che le ipotesi di partecipazione necessaria son prevalentemente considerate dalla dottrina come eccezioni alle disposizioni sul concorso eventuale: dopo aver chiarito la natura di quest'ultimo istituto prescindendo del tutto dall'esistenza della partecipazione necessaria, si suol sostenere*

Precisamente, la relación entre las dos figuras es el aspecto que ha llevado a un sector de la doctrina a ocuparse de la participación necesaria, normalmente, para contestar que pueda existir con la eventual algún punto de contacto. En este sentido no es infrecuente que por toda referencia se hable de la existencia los llamados delitos plurisubjetivos, que requieren el concurso de dos personas "en los cuales como es natural, no cuenta la teoría de la participación, puesto que el mandato típico de ellos los reclama"<sup>65</sup>. Por lo general, pues, la doctrina española mayoritaria considera el concurso necesario fuera del ámbito de la participación y se ocupa del tema solo marginalmente<sup>66</sup>.

Tampoco es infrecuente que la consideración de la ausencia de relación entre las dos figuras lleve incluso a contestar la denominación común. Así, en Italia se define impropia la expresión "*concorso necessario*"<sup>67</sup> ya que se considera que en

---

*che il regime di concorso eventuale di persone nel reato non trovi applicazione nelle ipotesi di partecipazione necessaria". R.DELL'ANDRO, La fattispecie, págs. 141 y 142.*

<sup>64</sup> Este desinterés hacia la participación necesaria en relación con la participación eventual caracteriza a la doctrina francesa. En las obras de carácter general francesas es difícil encontrar referencias y las que existen se limitan a la constatación de la existencia de delitos tipificados en función de la pluralidad de sujetos para descartarlos como objeto de estudio en relación con participación eventual. Así por ejemplo se distingue entre delitos sin acuerdo previo (*sans entente préalable*) como "*crime des foules*"; los delitos con acuerdo previo (*avec entente préalable*) como el "*de association de malfaiteurs*" y aquellos con acuerdo momentáneo (*entente momentanée*), es decir en aquellos en los que son aplicables las reglas de la participación. Cfr. J.LARGUIER, *Droit pénal général*, París, 1995, pág.70.

<sup>65</sup> J.DEL ROSAL, *Derecho Penal Español, op.cit.*, pág.118.

<sup>66</sup> Así, A.FERRER SAMA, *Comentarios, op.cit.*, pág.9: "quedan fuera de la teoría de la participación aquellas figuras del delito que por su naturaleza han de ser cometidas por dos o más personas, a las que se ha de imponer la pena específicamente señalada, al margen de las reglas sobre la punibilidad de la participación".

<sup>67</sup> En el Código Penal español no se utiliza la expresión "concurso de personas", aunque la doctrina española si la emplea. sin embargo la mayoría de los autores, prefieren los términos "participación o codelincuencia". Cfr. A.QUNTANO RIPOLLÉS, *Codelincuencia, en Nueva*

este caso todos los partícipes son autores del delito, por lo que hablar de participación es admisible sólo en el un sentido vulgar o común del término<sup>68</sup>.

En sentido similar en España se afirma que la denominación de "participación impropia o necesaria" no es afortunada puesto que, si bien es exacto que ofrece una idea de la cuestión a tratar, no es cabalmente expresiva de su concepto ya, que la pluripersonalidad exigida no es, en rigor, participación y de ahí el calificativo de impropia o de necesaria"<sup>69</sup>.

La mayoría de la doctrina prefiere, pues, evitar la denominación de participación para estos supuestos y, así, en España, se utiliza la denominación importada de Italia de "delitos plurisubjetivos", o bien la de "delitos pluripersonales", en opinión de otros más ajustada<sup>70</sup>.

Sin embargo, nos parece que no puede negarse la necesidad de realizar un examen de este tipo de delitos y de su relación con la participación eventual. La necesidad de este análisis está justificada por dos razones. En primer lugar, porque, como se ha señalado, la participación necesaria impune constituye el "banco de pruebas" de la teoría de la accesoriedad<sup>71</sup>, y en segundo lugar, porque no puede

---

*Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1952, pág.225. También, J.DEL ROSAL, *Derecho penal Español*, *op.cit.*, pág.115.

<sup>68</sup> G.BETTIOL, *Diritto Penale, Parte Generale*, *op.cit.*, pág.563. Literalmente afirma que puede usarse sólo en el sentido "*volgare o comune, in quanto più soggetti operanti sono necessari alla produzione del evento*".

<sup>69</sup> COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN T.S, *DPPG*, *op.cit.*, pág.339.

<sup>70</sup> Cfr.COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *DPPG*, *op.cit.*, nota 20, pág.341.

<sup>71</sup> Cfr.L.F.RUIZ ANTÓN, "El fundamento material de la pena en la participación", en

excluirse que, en determinados casos, quepa la extensión de las reglas aplicables a ésta. Pero, para determinar si esa extensión es posible, previamente, será necesario examinar las distintas clasificaciones en las que pueden ordenarse los delitos de participación necesaria.

#### **4.1. Clasificación de los delitos plurisubjetivos y la posible extensión de las reglas de la participación eventual a algunos de ellos.**

En una primera aproximación conviene enfocar la sistematización del problema en términos de posibilidad y oportunidad de una clasificación de los delitos plurisubjetivos.

La distinción clásica agrupa los delitos de participación necesaria en dos grandes categorías: delitos de convergencia y delitos de encuentro. Los primeros se caracterizan por el hecho de que la voluntad de los partícipes se mueve en la misma dirección, mientras que en los delitos de encuentro las manifestaciones de la voluntad de los partícipes proceden de partes distintas aunque converjan en una misma meta<sup>72</sup> o, para mejor definirlos, en ellos "cada conducta viene a definir una fase de la dinámica delictiva"<sup>73</sup>.

---

Cuadernos de política criminal nº11, 1980, págs.59 y ss.

<sup>72</sup> Cfr. H.H. JESCCHECK, *Tratado*, *op.cit.*, págs.968 y ss.

<sup>73</sup> L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1986, pág.152.

La posibilidad de extensión de las reglas de la participación eventual puede plantearse en relación con los delitos de encuentro y, en concreto, respecto a los partícipes que la ley considera, en principio, impunes. En tales casos cabe la posibilidad de que esos partícipes puedan ser castigados, bien en general, bien por inducción o complicidad cuando su participación vaya más allá de la prevista en el tipo.

La precedente clasificación, así como la problemática expuesta son de origen alemán. La jurisprudencia y doctrina alemana manejan, sin embargo, respecto al tema criterios distintos. La primera se pronuncia en sentido positivo, es decir admitiendo la punibilidad de esos partícipes. La doctrina, en cambio, matiza esta posibilidad en función de los distintos tipos de delitos. De esta manera, se considera inadmisibles la punibilidad del partícipe necesario en los delitos en los que la norma está dictada precisamente para su protección (usura). Para los demás se barajan criterios distintos según el tipo de delito: por ejemplo, la situación motivacional (liberación de presos), o el hecho de que la iniciativa del favorecimiento de ciertos delitos acostumbre a ser del partícipe impune (prostitución)<sup>74</sup>.

Esta clasificación de los delitos de participación necesaria ha encontrado eco en algunos sectores de la doctrina española e italiana que la mantienen, adaptándola a los propios sistemas penales.

La actual doctrina italiana maneja una terminología diferente y un criterio de distinción que no coincide con el anteriormente expuesto.

---

<sup>74</sup> H.H.JESCHECK, *Tratado, op.cit.*, págs. 968 y ss.

Así, se distingue entre los delitos plurisubjetivos necesarios propios e impropios. Los primeros son aquellos en que la norma incriminadora prevé la punibilidad de todos los partícipes necesarios (por ejemplo, el duelo o la asociación para delinquir), mientras que en los segundos sólo algunas conductas necesarias son objeto de pena (por ejemplo, la usura en la que el sujeto pasivo cuya conducta es necesaria para la existencia del delito, no está, sin embargo sometido a pena alguna)<sup>75</sup>. El criterio de clasificación no es, pues, el de la dirección o procedencia de las voluntades sino el de la punibilidad de todos o de alguno de los que intervienen en el delito.

La elaboración de la doctrina italiana, como ya se vio ha sido recogida por un sector de la doctrina española, al menos por lo que respecta la denominación de estos supuestos de delito. Se le contesta, sin embargo, el criterio utilizado para establecer las dos categorías de delitos pluripersonales. En este sentido se afirma que carece de sentido la clasificación de los delitos pluripersonales utilizando como referencia la punibilidad, ya que lo realmente importante es comprobar su naturaleza pluripersonal desde el tipo del injusto, renunciando a clasificaciones ulteriores y considerándolos, desde esa perspectiva, como una categoría única. Serán, pues delitos pluripersonales, aquellos en los que el tipo esté compuesto por varias conductas y no puedan, por tanto ser realizados sino con la contribución de varias de ellas que formen el "total acontecer descrito por la ley" y que sea una única figura delictiva y un sólo bien jurídico protegido, es decir, que haya un único delito<sup>76</sup>. La única clasificación admisible de los delitos pluripersonales sería, desde esta

---

<sup>75</sup> ROMANO/GRASSO, *Commentario, op.cit.*, págs. 129 y ss.

<sup>76</sup> Expresamente hacen referencia en este sentido a la concepción de DELL'ANDRO más

perspectiva, la que distingue entre delitos de convergencia, en las que las conductas de los sujetos van dirigidas hacia un fin unitario, y los delitos de encuentro en los que es precisamente ese encuentro de las distintas conductas el que forma el tipo<sup>77</sup>.

Veamos la posición de la doctrina italiana respecto a estos delitos y la relación con las normas que regulan el concurso eventual. De nuevo aquí, es necesario distinguir si lo que se está evaluando es la posibilidad de considerar punibles en general a todos los que intervienen en el delito, o si el problema se plantea sólo respecto a aquellos cuyo papel excede del descrito en el tipo.

Por lo general se niega la posibilidad de extensión de las reglas del concurso eventual para castigar aquellos partícipes cuya punibilidad no esté específicamente establecida, es decir para castigar a los que intervienen en el delito plurisubjetivo impropio con la conducta descrita por el precepto penal y de la que no se establece la punibilidad. Se argumenta afirmando que las normas que regulan el concurso, tienen de hecho la función de castigar comportamientos que, por ser atípicos respecto a la Parte Especial, no serían de por sí punibles. Por ello, no pueden encontrar su campo de aplicación respecto a conductas que, estando previstas por la norma, son no sólo perfectamente típicas, sino no punibles por voluntad explícita o implícita del legislador<sup>78</sup>.

---

arriba reseñada, cfr. COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *DPPG*, *op.cit.*, pág.341.

<sup>77</sup> COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *DPPG*, *op.cit.*, pág.339: "es preferible operar una categoría unitaria de delitos pluripersonales, renunciando a precisiones posteriores que pudieran resultar inadecuadas. Y ha de ser desde el tipo del injusto desde donde ha de producirse la comprobación de su naturaleza pluripersonal, a través de un análisis de las conductas a él incorporadas. La misma clasificación que divide la participación necesaria en delitos de encuentro y delitos de convergencia en H.H.JESCHECK, *Tratado*, *op.cit.*, pág.969.

<sup>78</sup> ROMANO/GRASSO, *Comentario*, *op.cit.*, pags,129 y 130. En el mismo sentido

En sentido contrario se afirma que, mientras resulta evidente que algunos preceptos penales están pensados para la protección del partícipe necesario, en este caso no punible, otros preceptos no tienen tal carácter, por lo que la referencia a un solo sujeto punible puede derivar, no tanto de la voluntad del legislador, cuanto de una imperfecta formulación de la norma. En tales hipótesis sería necesario un análisis de la *voluntas legis*. De esta manera se considera posible la aplicación de las normas del concurso eventual, especialmente las referidas a las agravantes y disminuciones de pena <sup>79</sup> para evitar injustificadas discriminaciones<sup>80</sup>.

En relación con el partícipe necesario cabe otra posibilidad y es que pueda ser considerado punible por una conducta diversa y posterior a la descrita en la norma, es decir cuando realice un acto de participación atípico respecto a la conducta descrita. También es este caso, siguiendo el anterior razonamiento, deberá excluirse la punibilidad del sujeto pasivo del delito, pues su conducta, si bien difiere de la típica no punible, está normalmente implicada en ella (por ejemplo, el deudor que instiga al usurario a la concesión del préstamo)

Evidentemente rechazan la posibilidad de aplicación de las normas de la participación eventual en caso de conducta atípica del partícipe necesario los que consideran que esto no puede producirse. Desde la óptica de la doctrina de la

---

M.GALLO, *Lineamenti*, *op.cit.*, pág.127 y R.DELL'ANDRO, *Fattispecie*, *op.cit.*, pág.170.

<sup>79</sup> Por ejemplo, las previstas en los artículos 112 y 113 del Código penal italiano.

<sup>80</sup> Respecto a quien sostiene la inaplicabilidad de estas normas al concurso necesario: "*Questa opinione, a nostro avviso, non ha una solida base, perché le norme contenute nel capo III del titolo IV della parte generale del Codice riguardano in genere il concorso di persone nel reato, nel quale rientra anche il concorso necessario. Essa, d'altronde, conduce a disparità di trattamento che non si possono giustificare*". F.ANTOLISEI, *Manuale op.cit.*, pág. 50.

*fattispecie plurisoggettiva eventuale* se contesta incluso el planteamiento del problema. Desde esta perspectiva, tanto la participación necesaria como la eventual tienen en común la realización de un único hecho, resultado del conjunto de las contribuciones de todos los partícipes. Así, el partícipe necesario, punible o no, contribuye a la realización de un solo hecho típico que lesiona un único bien tutelado siendo inadmisibles pensar que pueda haber ido más allá de las acciones típicas necesarias y pueda ser considerado como partícipe eventual<sup>81</sup>.

Las consecuencias de esta teoría desde el punto de vista de la participación son el nacimiento de una "*fattispecie*" nueva que nace del encuentro de las normas de la Parte Especial con los preceptos que regulan la participación. Este nuevo tipo permite castigar el comportamiento del partícipe, atípico desde el punto de vista del tipo monosubjetivo de la Parte Especial, pero transformado, por el encuentro de las normas, en conducta típica. De esta manera la responsabilidad de los partícipes no depende ya de la conducta del autor ni de sus propios comportamientos, sino de la convergencia de las aportaciones de todos ellos a la realización del hecho típico.

Por último, la doctrina italiana se ocupa de la distinción de la participación necesaria y eventual en relación con la posible aplicación a la primera del sistema de comunicabilidad de las causas de no punibilidad o de las circunstancias atenuantes y agravantes. Aunque generalmente se admiten<sup>82</sup>, un sector de la doctrina invita a la prudencia, limitando la comunicabilidad sólo a las "disposiciones que

---

<sup>81</sup> Cfr. R. DELL'ANDRO, *La fattispecie*, *op.cit.*, pág. 175 y ss.

<sup>82</sup> Cfr., por ejemplo, M. GALLO, *Lineamenti*, *op.cit.*, pág. 129 y ss.

expresen principios generales de los delitos plurisubjetivos tanto eventuales como necesarios"<sup>83</sup>.

La doctrina española como ya se indicó se ha ocupado en menor medida de las relaciones entre participación necesaria y participación eventual. Es además, por lo general, un terreno en el que, usando terminología de Derecho comparado, España es país de importación.

Un sector de la doctrina acoge la clasificación y la estructuración del problema tal como se plantea por la doctrina alemana. Así, RODRÍGUEZ DEVESA siguiendo los criterios anteriormente expuestos, considera que en los delitos de encuentro no es punible aquel que interviene en el delito pero que el tipo penal protege, mientras que en los demás casos será posible la punición del partícipe necesario en función de cada tipo concreto<sup>84</sup>. En sentido más general, sobre la posibilidad de castigar al sujeto pasivo de un delito de encuentro que sobrepasa la intervención prevista por el tipo induciendo o cooperando con el autor, MIR PUIG afirma que debe ser considerado impune, ya que el sujeto pasivo "es siempre el objeto de protección de la norma"<sup>85</sup>.

Profundizar en esta materia va más allá de la intención de este trabajo de investigación, pero conviene indicar que respecto a determinados delitos plurisubjetivos - revelación de secretos, cohecho- urge armonizar los criterios entre

---

<sup>83</sup> ROMANO/GRASSO, *Commentario*, op.cit., pág.132.

<sup>84</sup> Cfr. J.M.RODRÍGUEZ DEVESA, *DPPG*, op.cit., Madrid, 1976, pág.746.

<sup>85</sup> S. MIR PUIG, *DPPG*, op.cit., pág.222.

los distintos países de la Comunidad Europea, ya que existe legislación comunitaria que puede entrar en conflicto con las disposiciones nacionales. Así el artículo 194 del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica dispone que: “(...) Cada Estado miembro considerará el incumplimiento de esta obligación ( la de guardar secreto) como una violación de sus secretos protegidos a la que, tanto en razón del fondo como de la competencia, serán aplicables las disposiciones de su legislación vigente en materia de atentados contra la seguridad de Estado o de divulgación del secreto profesional. Perseguirá, a instancia de cualquier Estado miembro interesado o de la Comisión, al que estando sometido a su jurisdicción, hubiere incumplido dicha obligación”<sup>86</sup>.

Hasta aquí la exposición de las principales construcciones doctrinales sobre la participación. La finalidad de este capítulo es la de servir de marco y fundamento al análisis y comparación de los distintos sistemas normativos de la participación y de las explicaciones doctrinales que, utilizando las elaboraciones hasta aquí expuestas, se aplican a lo previsto en los Códigos penales estudiados.

Se trata ahora de analizar como funcionan esas elaboraciones teóricas en relación con la regulación positiva de la participación en los sistemas que se analizan en este trabajo. Esta confrontación resulta ineludible en la medida en que la solución de los problemas que plantea la participación no puede encontrarse en

---

<sup>86</sup> GRASSO, analizando la regulación del delito de revelación de secretos recogido en este artículo del TCEEA, excluye la remisión genérica a las normas de la participación pero afirma también que "naturalmente, habrá que admitir la responsabilidad penal de quien obtiene una noticia secreta en virtud del régimen general de la participación criminal si dicho sujeto ha contribuido a la comisión del hecho delictivo con una conducta que va más allá de la mera recepción de la noticia induciendo v. gr. al autor de la revelación". G.GRASSO, *Comunidades Europeas y Derecho penal*, Univ. Castilla la Mancha, 1993, pág.173, (nota 353).

opciones dogmáticas abstractas sino que, al contrario, son las distintas formas de participación las que deben orientar una reconstrucción dogmática allí donde se crea necesario. Antes señalaremos algunas conclusiones sobre el contenido de lo hasta aquí expuesto.

## **5. CONCLUSIONES**

1. Las tres posibilidades para enfrentarse a la definición de autor -el concepto unitario, el concepto extensivo y el concepto restrictivo- conllevan una interpretación de las normas que regulan la participación y condicionan o explican los modelos de tipificación de la participación en el delito. Todos ellos, incluso los llamados sistemas unitarios parten de una cierta distinción entre autoría y participación. Por ello, al final el problema se desplaza a buscar los criterios de diferenciación de esas conductas.

2. Las elaboraciones doctrinales pensadas para establecer criterios de delimitación entre autor y partícipes presentan dificultades para explicar todas y cada una de las hipótesis de las posibles formas de contribución al delito. Por esa razón, es legítimo plantearse que las soluciones de los problemas que plantea la participación no pueden hallarse en opciones dogmáticas abstractas, sino, al contrario, son las diferentes formas de participación las que deben orientar las reconstrucciones dogmáticas.

De hecho, en abstracto, podría sostenerse que no existe una total incompatibilidad entre las interpretaciones examinadas. Así, por ejemplo, la teoría

material-objetiva y la formal-objetiva se complementan. La primera puede ofrecer un fundamento conceptual a la segunda, ya que existe la posibilidad de asimilar la conducta típica con la causa última del delito, y la conducta atípica con un simple y no determinante presupuesto de delito. De no entenderse así, cuando se afirma con carácter general la equivalencia de las condiciones, la teoría objetivo-formal pierde la posibilidad de recurrir al criterio causal y se centra, para seguir manteniéndola, en la mayor reprochabilidad de la conducta típica. Por lo que respecta la teoría del dominio de hecho hemos visto como se acaba por admitir que quien realiza un acto típico es autor, aunque no posea el dominio del hecho, utilizando criterios que hacen perder contundencia a el que se presentaba como determinante.

3. De la panorámica sobre la naturaleza de la participación cabe concluir que las diversas concepciones que de ella se tienen y la distinta manera con la que se considera la accesoriedad se reflejan en los análisis de las regulaciones legales de la participación. De ello nos ocuparemos en el momento oportuno. Ahora, e independientemente de que se vuelva sobre las concepciones anteriormente expuestas en los siguientes capítulos, puede hacerse una primera evaluación. Y ésta podría ir en el sentido de que entre las distintas concepciones sobre la naturaleza de la participación hay más relación de lo que aparece en una primera aproximación y que de hecho existen entre ellas menos diferencias de lo que se pretende. Incluso puede decirse que, apurando los análisis de los distintos supuestos de participación, se "necesitan " o por lo menos no se excluyen necesariamente. Veamos el por qué brevemente.

Las teorías que parten de la concepción del delito como fenómeno asociativo consiguen perfectamente explicar los supuestos de ejecución fraccionada y de

coautoría pero, como se vio, en las demás hipótesis para establecer el grado de responsabilidad de cada partícipe deben volver a plantearse la distinción entre autor y cómplice. Por ello, y sin necesidad de ulteriores profundizaciones, no puede afirmarse que sean incompatibles con la accesoriedad o que a través de ellas pueda superarse este principio.

Más interesante resulta poner en relación la teoría de la accesoriedad con la mayoritariamente seguida en la doctrina italiana de la *fattispecie plurisoggettiva eventuale*. En principio parecen absolutamente antagónicas, sin embargo el contacto entre ambas se hace evidente cuando se trata de establecer el límite de la punibilidad de las conductas de participación. Desde esta perspectiva no parece que exista auténtico contraste, sino que más bien puede decirse que se mueven en dos planos distintos, una en el plano concreto y la otra a nivel abstracto.

En el plano abstracto se mueve el principio de la accesoriedad cuando sostiene que las normas de la Parte Especial describen la conducta del autor, mientras que las normas que regulan la participación sirven para hacer posible la punibilidad de las conductas atípicas pero causalmente relacionadas con la aquél.

La *fattispecie plurisoggettiva eventuale*, como se ha visto, funciona de manera que del encuentro del 110 del Código penal italiano con la norma de la Parte Especial se crea un nuevo tipo que contiene en sí todos los elementos típicos de un determinado tipo y todos los elementos de la contribución de otro u otros sujetos. Ahora bien, ese encuentro se produce a nivel concreto, es decir en el momento en que se produce un hecho lesivo determinado que es necesario reconducir a la

previsión abstracta de la norma, y es justamente ese momento en el que interviene, para calificarlo desde el punto de vista de la punibilidad, la accesoriedad.

Hasta entonces, la *fattispecie plurisoggettiva eventuale* no existe en abstracto, no es más que una mera posibilidad reconocida por las normas que regulan la participación o mejor el por el art.110 del Código penal italiano. De esta manera, si el concepto de tipicidad consiste en la relación de un hecho concreto con un tipo abstracto, *la fattispecie plurisoggettiva* no puede cumplir esta función ya que en abstracto no existe.

La única posibilidad de negar la accesoriedad y resolver el problema antes planteado sería la de mantener la noción causal de autor, afirmando que cualquier conducta de participación es punible en sí desde el momento en que se produce, e independientemente de la conducta de otro sujeto. Sin embargo, no es esta la concepción de los partidarios de la *fattispecie plurisoggettiva* que niegan expresamente la noción extensiva de autor<sup>87</sup>.

Así las cosas, tampoco parece que la *fattispecie plurisoggettiva* pueda considerarse como una superación de la accesoriedad cualitativa, ni que entre ambas concepciones pueda, por tanto, establecerse una relación excluyente en cuanto a la interpretación de la punibilidad de la participación<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> "Non ogni condotta causalmente (sia in senso condizionale sia nel senso di adeguatezza) lesiva è tipica quando non risponde ai requisiti formali di una figura tipica. La condotta non tipica ai sensi d'uno degli schemi necessari diviene tipica, parzialmente e riflessamente, sol quando è inserita in un *fattispecie plurisoggettiva eventuale*", R.DELL'ANDRO, *La fattispecie*, op.cit., pág.38.

<sup>88</sup> A similares conclusiones llega S.SEMINARA: "Dinanzi a questo dilemma, la teoria

En definitiva, no parece que ninguna de las alternativas a la teoría de la accesoriad sea resolutoria para explicar la naturaleza de la participación. Es cierto que la accesoriad no explica todas las hipótesis de participación delictiva, pero algunas lagunas pueden ser resueltas mediante la regulación legal de la participación. Así por ejemplo, las objeciones relacionadas con la ejecución fraccionada pueden ser superadas, en los sistemas que parten de la descripción de las conductas de participación, con la introducción de la figura del coautor.

Por esta razón, buscar otros criterios para resolver la naturaleza de la participación fuera de la accesoriad, lleva a ampliar el ámbito de la elaboración teórica de los problemas que se plantean en torno a esta figura, pero esto, no puede conducir a negar la evidente validez del principio de accesoriad para explicar las hipótesis de participación en las que existe un hecho principal y unas conductas atípicas.

4. Normalmente, cuando la doctrina italiana habla de "*concorso di persone*" y la doctrina española de "participación o codeincuencia", ambas hacen referencia

---

*de la fattispecie plurisoggettiva eventuale non riesce a porre una situazione autonoma, giacche ove essa ritenga che l'incontro tra l'art. 110 C.pen. e la norma della parte speciale si realizza su un piano concreto sparisce ogni contrasto con la concezione dell'accessoriad che opera sul diverso versante della qualificazione giuridica delle condotte concorsuali; qualora invece essa soglia voglia spostare quell'incontro sul piano astratto, l'alternativa tra la nozione estensiva di autore o della fattispecie incriminatrice e l'accessoriad diviene ineludibile, op.cit., págs. 291. De tal manera afirma SEMINARA que la teoría de la accesoriad sigue vigente en el sistema italiano, *Tecniche, op.cit.*, pág.297. En nuestra doctrina PEÑARANDA sostiene que "en los sistemas que prescindan de ella (la accesoriad), se da también esa misma dependencia de carácter lógico o conceptual. El 'tipo plurisubjetivo eventual' de derecho italiano o 'la autoría de determinación del austríaco' tampoco se pueden concebir sin referencia a un tipo de la Parte especial y a la conducta de otro interviniente" E.PEÑARANDA, *La participación, op.cit.*, pág. 326.*

casi exclusivamente a la participación eventual ignorando la participación necesaria. Sin embargo no puede negarse que entre ambas existe una relación desde el punto de vista de la accesoriadad y de la posible aplicación de las reglas de la participación eventual a la necesaria.

Existe un amplio acuerdo sobre la no aplicabilidad de la participación eventual al sujeto que el precepto penal protege que, en todo caso, e independientemente de que su conducta pueda ir más allá de la descrita deberá ser considerado siempre no punible. Para el resto de los casos, es difícil establecer un criterio general por lo que parece más prudente el análisis referido a cada delito concreto, labor que va mas allá del ámbito de este estudio. Sin embargo, dada la existencia de legislación comunitaria sobre el delito de revelación de secretos urge una armonización de criterios para evitar discriminaciones.

*"El Derecho no permanece, como el Dios Epicuro, en una región superior a la humanidad y extraño al movimiento de la misma, sino que vive en el seno de la sociedad humana; su esencia se desarrolla por obra de los hombres, y el desenvolvimiento de su esencia es precisamente su vida. A semejanza de lo que ocurre con las demás direcciones del fin humano, al que se concatena, su esencia ideal se va realizando siempre y cada vez de un modo más completo, de generación en generación. Por eso las instituciones particulares, en lugar de ser construidas a priori, es preciso estudiarlas en el movimiento histórico del Derecho, en sus apariciones sucesivas". (PESSINA)*

## **SEGUNDA PARTE**

### **LA FORMACIÓN DE LOS MODELOS DE REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN**

## **1. - ANTECEDENTES HISTÓRICOS: raíces comunes y configuración de los modelos de participación en la codificación europea**

Antes de abordar el análisis histórico relativo a la participación en el Derecho europeo, parece necesario hacer una breve introducción justificativa de este apartado.

Partimos de una afirmación evidente. La distinción de las diferentes formas de participación es el resultado de “una evolución histórica lenta y vacilante”<sup>89</sup>, que posee raíces comunes y, crea un sustrato de principios compartidos en torno al que se articulan las legislaciones de los países europeos. El resultado de esa evolución se plasma en un momento concreto de la historia europea y da lugar a diferentes modos de regular la participación. Es decir, la actual regulación del fenómeno de la participación en los sistemas jurídicos que van a examinarse es producto de la codificación. Ahora bien, la codificación es un fenómeno relativamente reciente y ligado a un proceso histórico-político determinado, en parte puesto en cuestión en la actualidad.

En este sentido, CAVANNA<sup>90</sup>, ha observado que, “la constatación de que el racional sistema de códigos y el coherente edificio conceptual que a éstos se refiere, tiene en realidad un no muy amplio fundamento histórico y una colocación reciente en la milenaria tradición jurídica occidental, es origen de conscientes

---

<sup>89</sup> F.LIZT, *Tratado de Derecho penal, op.cit.*, pág.72.

<sup>90</sup> A.CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milán,1982, pág. 2.

replanteamientos sobre los problemas de hoy; replanteamientos que no pueden no influir constructivamente en el desarrollo de la formación universitaria del jurista".

Desde esta perspectiva, la aproximación histórica a nuestro tema, tiene como trasfondo la pregunta sobre el cómo y el por qué los ordenamientos del continente europeo han pasado a partir del s. XIX, del régimen plural del Derecho común, fuertemente caracterizado en sentido jurisprudencial, al unitario y "legal" del Derecho codificado y, por tanto, sobre cuál es el sentido de la existencia de sistemas cerrados y diversos entre sí.

Avanzando un paso más, cabe ampliar la perspectiva preguntándonos si la existencia de una organización supranacional como la Comunidad Europea hace hoy necesario y posible superar esa diversidad con un nuevo Derecho común y si éste debe abarcar el ámbito penal. Y si así fuese tendríamos entonces que plantearnos cuál es el sistema más indicado para sentar las bases de ese futuro Derecho penal europeo.

De momento pueden enumerarse un conjunto de elementos que en cualquier caso habría que tener en cuenta:

- Evidentemente es necesario partir de lo que hay de común en los sistemas europeos desde el punto de vista histórico.
- Luego se tratará de analizar los rastros que ese pasado compartido ha dejado en los actuales sistemas jurídicos europeos y esto presupone necesariamente una aproximación comparada.

- Y por último, será preciso establecer si es necesario y deseable mantener las actuales diferencias de regulación de figuras básicas o, por el contrario, es posible una aproximación de su regulación legal.

Desde esta perspectiva resulta claro que, en la actualidad, el concepto clave para el análisis de las figuras penales básicas, y en concreto de la participación, es el de la codificación. Y ésta no puede entenderse sin partir de la idea de nacionalización del Derecho<sup>91</sup>.

Efectivamente, no podemos olvidar que el fenómeno de la codificación es, en palabras de CAVANNA, "una reciente y sufrida creación del moderno espíritu jurídico europeo que encuentra sus premisas culturales, políticas e ideológicas en los siglos XVI y XVII, edad de formación del Estado moderno y edad en la que empieza a tomar forma, de manera absolutista, la idea de estatalización del derecho"<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Así, J.A. ALEJANDRE GARCÍA, sostiene que "dentro del sentido universal del Derecho racionalista, precisamente por nacer de una común naturaleza y razón humana, en formulación de las normas y en la determinación del ámbito de su vigencia se advierte un innegable nacionalismo, que habría que conectar con las corrientes políticas que persiguen la realización de un Estado nacional sobre la base de una misma lengua, unas mismas instituciones y unos mismos Códigos sobre cada una de las partes del Derecho positivo y vigentes en todo el ámbito de la Nación", en *Temas de Historia del Derecho comparado y de la Codificación*, Sevilla, 1980.

<sup>92</sup> A.CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, op.cit., pág.2.

Existe pues, una evidente relación entre codificación y nacionalización en un proceso que es común a la mayor parte del continente europeo y que inicia en el siglo XVIII.

Hoy los sistemas jurídicos europeos tienen un fundamento común, constituido por los principios y técnicas consolidados a partir del proceso codificador, que encuentra sus raíces en premisas culturales y políticas del siglo pasado.

Es, pues, legítimo preguntarse si esos mismos principios y técnicas siguen siendo igualmente válidos en nuestros días, en los que se asiste a una rápida evolución de aquellos presupuestos ideológicos, que, en no pocos casos, se debe precisamente a un análisis crítico o su puesta en discusión. Ejemplo de ello, y de enorme importancia para el tema que nos ocupa, es la superación del concepto de soberanía estatal. Ésta, considerada hasta ahora intangible, debe ser reexaminada a la luz de la creación de la Comunidad Europea, organización dotada de competencias propias derivadas de la cesión estatal de poderes soberanos.

Previamente, sin embargo, es necesario tener en cuenta que no siempre la situación ha sido ésta. En la historia de Europa estuvo presente un cierto Derecho común de profunda raíz romana. Para decirlo con palabras de IHERING: "tres veces ha dictado Roma sus leyes al mundo. La primera, cuando el pueblo romano se alzó en el apogeo de su fuerza hacia una unidad del Estado. La segunda - decaída aquella -, en la unidad de la Iglesia. La tercera, en una unificación de lo jurídico lograda por la recepción del Derecho romano en la Edad Media. La primera se llevó a cabo por la fuerza externa y el poder de las armas. Las otras dos, por la fuerza del espíritu. La misión y el significado históricamente universal de Roma descansa, en una palabra,

en el vencimiento del principio de nacionalidad mediante el pensamiento de lo universal"<sup>93</sup>.

En materia penal y, en concreto, en relación con el objeto de este estudio, puede aplicarse el esquema trazado por IHERING. Así, existe una base común de la regulación de la participación que empieza a formarse en el Derecho romano; posteriormente es recogida por los glosadores, se integra en los Derechos particulares de los pueblos europeos y, finalmente, se plasma en la regulación que de esta figura hacen los primeros Códigos europeos.

Sigamos, pues, ese itinerario histórico haciendo una breve referencia a la regulación de la autoría y la participación en el Derecho romano.

### **1.1. La participación en el delito en el Derecho romano**

El Derecho penal romano no constituye una unidad substantiva estable y su reconstrucción en lo que respecta la regulación de la participación presenta notables dificultades.

La primera dificultad se plantea a la hora de definir el ámbito material. Como es sabido, el Derecho romano distingue entre *crimina* y *delicta*<sup>94</sup>. Sin embargo la

---

<sup>93</sup> IHERING, *Der Geist des römischen Rechts, en Der Kampf ums Recht, Ausgewählte Schriften*, Nuremberg, 1965, pág.15, texto recogido por J.A. ESCUDERO LOPEZ, en "La problemática de la Escuela Histórica", *Historia del Derecho: historiografía y problemas*, Madrid, 1988, pág. 104.

distinción entre delitos públicos y delitos privados no es ni clara ni constante a lo largo de la historia. La adscripción de las distintas figuras delictivas a una o a otra categoría varía en función de la época.

Todo ello, genera una serie de dificultades a las que se ha hecho referencia y es causa de divergencias doctrinales. A pesar de todo no faltan estudios sobre la regulación de la participación en el Derecho romano<sup>95</sup>. De ellos emergen una serie de consideraciones que podemos sintetizar de la manera siguiente.

Para delimitar con precisión el ámbito de nuestro estudio es preciso hacer referencia a la existencia de una serie de delitos de concurso necesario, como por ejemplo, la enseñanza ilícita y en particular las consultas a adivinos, que son castigados "*qui consultit una cum eo qui respondit*" y como decía Tertuliano "*cadem poena est exilii discipulis et magistis*"<sup>96</sup>; los contratos ilícitos, la corrupción de

---

<sup>94</sup> Se consideran *delicta*, "los actos ilícitos perseguibles mediante un proceso civil, incoado mediante una acción "penal", y sancionados mediante penas dinerarias, dinero, normalmente consistentes en un múltiplo - duplo, triplo cuádruplo - del valor del daño causado. El conjunto de estos delitos privados, perseguibles no de oficio por el magistrado, ni por cualquier ciudadano, sino sólo por quien se considere lesionado en su interés individual, constituye el Derecho penal privado. Se consideran crímenes (*crimina*), los ilícitos perseguibles mediante un proceso penal o criminal, iniciado por el ejercicio de una "acción penal pública", sancionados por penas personales y aflictivas, que suponen la lesión de intereses que por su especial importancia – por ejemplo: atentando contra la vida- afectan a toda la comunidad, por lo que se consideran legitimados para iniciar el proceso tanto la víctima o el perjudicado por la acción criminal, como cualquier ciudadano, o el propio magistrado de oficio". A.FERNANDEZ DE BUJAN, *Derecho público romano*, Madrid, 1996, págs.168 y 169.

<sup>95</sup> Además de los citados en este capítulo, véase para un análisis de la participación en el *furtum*, *rapina*, *adulterio* el trabajo de V.M.AMAYA GARCÍA, *Coautoría y complicidad, estudio histórico, comparativo y jurisprudencial*, Madrid, 1993.

<sup>96</sup> Teruli., de idolol. c. 9 en C.FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1976, pág.108

funcionarios públicos, el contubernio ilícito y el matrimonio prohibido. De esta forma, la primera conclusión que podemos extraer es que el Derecho romano conoce la distinción entre participación necesaria y participación eventual.

Centrándonos en la participación en sentido estricto, no puede afirmarse rotundamente que el Derecho romano estableciese una distinción de las distintas formas de participación a las que aplicar un tratamiento sancionador diferenciado. Obviamente no existe nada parecido a una tipificación general de las figuras delictivas. El tratamiento de la participación se lleva a cabo en relación con los delitos particulares y no da lugar a la elaboración de principios generalmente aplicables.

En una aproximación general tan sólo puede concluirse que los textos legales se limitan a apreciar la posibilidad de la codeincuencia. Así, normalmente las fuentes hablan de delitos cometidos por una pluralidad de personas, sin distinguir los grados de participación<sup>97</sup>.

Esto no impide que se encuentre en otros textos y en relación con figuras particulares de delitos la distinción entre cooperación y coautoría.

En lo relativo a la cooperación se parte de la existencia de un delito único en el que la responsabilidad y la pena de los partícipes encuentra su fundamento en la obra de auxilio o cooperación al delito de otro.

---

<sup>97</sup> Así, por ejemplo, Paulo, sent. 2, 31, 28; Gellio, N.A., 16.4.2, en C.FERRINI, *Ibidem*.

Más discusión doctrinal suscita la hipótesis de coautoría. Se plantean aquí los juristas romanos si se trata de un único delito, y en este sentido viene resuelto por la jurisprudencia romana siempre que resulte que las operaciones de los partícipes converjan en un mismo daño. Esta doctrina encuentra su fundamento en el edicto del pretor "*si familia furtum fecisse dicetur*"<sup>98</sup>. Para los juristas romanos el hurto colectivo es *unum factum*. Esta doctrina del *unum factum o unum delictum* aplicada al hurto se extiende por vía de analogía a otros delitos privados como el robo a mano armada o los robos o hurtos a daños de la familia *publicanorum*.

Analicemos ahora las distintas figuras de los partícipes. Los que toman parte en el delito se denominan, en términos generales, *socii o participes*. Entre ellos existe una clasificación en función de su participación en el delito que es susceptible de reconstrucción.

Así, se distingue *l'auctor o princeps sceleris o princeps delicti*, que desarrolla una función principal en la comisión del delito. Junto a él están los *socii o participes* que intervienen en la consumación del delito, "*qui comitati in ipsa rapina fuerint*"<sup>99</sup>. Y de ellos se distinguen los *ceteri conscii et ministri*. Los primeros son los que, sin tomar parte en la ejecución, ayudan o facilitan a la comisión del delito. Los *ministri*, en cambio, son los siervos que cooperan en la comisión del delito obra de su señor. Su participación se caracteriza, pues, no por la naturaleza de la contribución al delito, sino por su condición social. Se entiende que dada ésta, no actúan por interés propio, sino que es el señor el que actúa a través

---

<sup>98</sup> Dig.47, 6. Cfr. sobre la extensión analógica de este principio a otros delitos privados C.FERRINI, *Diritto penale romano, op.cit.*, págs.109 y ss.

de ellos. Así, ULPIANO “*fecisse rurem dolo malo non tantum is putatur, qui suis manibus vel per suos retinuerit, verum qui alios quoque rogavit*”<sup>100</sup>. Ocupan el último grado en la participación, y en los delitos menores gozan de impunidad<sup>101</sup>.

Aunque el contenido de las distintas figuras arriba descritas no es siempre uniforme pueden extraerse algunas consideraciones de carácter general.

En principio, no parecen existir dudas a la hora de calificar como coautoría las caso de ejecución conjunta del hecho delictivo. Más complicado parece determinar el contenido y la valoración de las formas de complicidad y, en concreto, saber si existen criterios de distinción entre complicidad material y complicidad intelectual. El punto de partida de la diferenciación entre ambas formas de contribución al delito está en la antigua formula del “*ope consilio*”, en la que aparece recogida la participación y en torno a la cual discute la doctrina romana. La polémica se centra en si ambas palabras deben entenderse de manera conjunta o separadamente.

Según la jurisprudencia clásica la cooperación puede ser tanto material como de consejo. Así, en opinión de D'ORS<sup>102</sup>, se distingue entre *ope ferre* y *consilium dare*; éste último exige el resultado de hecho.

---

<sup>99</sup> C.1.3.53.5 (Inst.)

<sup>100</sup> ULPIANO D.2.10.1.1 (Ulp.7 ed)

<sup>101</sup> Distinta la clasificación de los grados de participación elaborada por GIOFFREDI, en *I principi di Diritto penale romano*, Turín, 1970, que distingue entre *princeps sceleris o princeps atque architectus sceleris, auctor (instigador) sciens, conscius o consorte y socii*.

<sup>102</sup> Cfr. A.D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1991, págs.361 y ss.

La cooperación material comprende todos los supuestos de ayuda a la realización del delito de otro sin participar en la ejecución. Es decir, todos aquellos que como afirma GAYO, l.c ., no cometen el delito, pero responden plenamente del auxilio prestado al delito ajeno. Están, pues comprendidas, tanto las hipótesis de complicidad material ordinaria (*adiutorium*), como aquellas de prestación de obra subordinada, a las que ya se ha hecho referencia y que entran en la categoría de *ministerium*.

Por lo general, para que pueda hablarse de complicidad material, es necesario que exista una cooperación activa. En principio en los delitos privados "*nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potest*"<sup>103</sup>. Alguna duda cabe en cambio en la valoración de este tipo de complicidad en los delitos públicos. Así por ejemplo, en el *crimen maiestatis*, se consideran cómplices sólo a aquellos que, no habiendo tomado parte en la conjura, han contribuido a ella con autoridad, dinero o consejo<sup>104</sup>. Sin embargo, respecto a falsificación de moneda se afirma que "queda igualmente sometido a esa misma pena quien, pudiendo impedir tal crimen, no lo hizo"<sup>105</sup>. La consideración de la conducta omisiva en el ámbito de la participación es, pues, otra de las creaciones del Derecho romano y constituye el germen del concurso negativo, obra del Derecho canónico<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> D.50, 17. 109 (Paul.5 ed )

<sup>104</sup> C.9.8.5 6.

<sup>105</sup> D.48.10.10.9.1 (Ulp.8 de off.procons)

<sup>106</sup> Cfr. E.PESSINA, *Elementos de Derecho penal, op.cit.*, pág.492.

La complicidad sólo es castigada como cooperación al hecho de otro. Impune es por tanto la actividad de cooperación en el delito si éste no llega a cometerse<sup>107</sup>. Sí es punible, en cambio, el cómplice, aunque al autor principal no se le aplique la pena por concurrir en él circunstancias subjetivas (por ejemplo en el robo si se trata de un *filius familias*).

También es cómplice el que ratifica la acción del delincuente. Si ésta es previa al delito se asimila al mandato, siguiendo lo establecido para los delitos privados: "por lo que respecta a los delitos, la ratificación vale como el mandato"<sup>108</sup>.

En lo que se refiere al auxilio prestado con posterioridad a la comisión del delito, no es considerado como hipótesis de codelincuencia. De hecho, encubrimiento y receptación son regulados como delitos independientes, así ocurre, por ejemplo, respecto al *furtum conceptum* con el hallazgo de la cosa robada o con el rufianismo en relación con el adulterio<sup>109</sup>.

La complicidad mediante *consilio* asume en el Derecho romano una curiosa y limitada configuración. Así, se considera cómplice a aquel que proporcionan instrucciones útiles para ejecutar el delito; mientras que quedan fuera de estas hipótesis las de instigación a cometer el delito y el mandato.

---

<sup>107</sup> D.47.2.53.3

<sup>108</sup> fr. 50,17

<sup>109</sup> Cfr. T.MOMMSEN, *Derecho penal romano,I*, Madrid, 1898, págs. 109 y 110. En sentido contrario E.PESSINA, que afirma que el receptor era considerado *inter socios* y denominado *auctor*, cfr. *Elementos de Derecho penal, op.cit.*, pág.492.

El tratamiento de la instigación y del mandato en el Derecho romano presenta, pues, una cierta complejidad. Por lo que respecta el hurto parece demostrado que en el Derecho clásico la instigación no es perseguible<sup>110</sup>: "Dice acertadamente Pedio que, así como nadie comete hurto sin dolo malo, así tampoco puede prestar el consejo o la ayuda sin dolo malo. Se entiende que presta el consejo quien persuade, mueve e instruye con su consejo para cometer el hurto -*qui persuadet et impellit*-; presta su ayuda el que aporta su servicio y cooperación para hurtar las cosas"<sup>111</sup>.

Según FERRINI, *persuadere et impellere* deben necesariamente entenderse como persuasión o impulso producidos mediante la promesa de ayuda, de auxilio, etc., es decir como consejo cooperativo<sup>112</sup>. En sentido similar, D'ORS afirma que a pesar de que se tiene en cuenta la intención dolosa, no basta el *consilium* para constituir delito, salvo que se tipifique como crimen de instigación<sup>113</sup> y no como simple inducción delictiva<sup>114</sup>. "La impunidad del *consilium*, (intención sin resultado) constituye un principio general del Derecho criminal y penal"<sup>115</sup>. D'ORS se refiere evidentemente al *consilium exortativo*, no al que se traduce en instrucciones o en cooperación material que sí resultan punibles.<sup>116</sup>

---

<sup>110</sup> C.FERRINI, *Diritto penale romano, op.cit.*, págs.113 y ss.

<sup>111</sup> Dig.47.2.5.3 (Ulp. 37ed) AA.VV, *Digesto*, Pamplona, 1975.

<sup>112</sup> C.FERRINI, *Diritto penale romano, op.cit.*, pág.114.

<sup>113</sup> D.48.19.16

<sup>114</sup> I.4.1.11

<sup>115</sup> A.D'ORS, *Derecho privado romano, op.cit.*, pág. 361.

<sup>116</sup> En el mismo sentido T.MOMMSEN: "al instigador se le designaba como *auctor*, pero es de advertir que no se consideraba como instigación cualquier simple recomendación de cometer el delito sólo que se necesitaba para ello intervenir e influir de un modo decisivo en la resolución

Lo anterior, sin embargo, no puede considerarse un criterio general, porque en relación con otros delitos se aplica un concepto de instigación más amplio y se considera como conducta de participación en el delito.

Así por ejemplo, en el delito de injuria “si se infirió una injuria por mi mandato, cree la mayoría que respondemos con la acción de injurias tanto yo, el mandante como el mandatario (...) si arrendé tus servicios para cometer una injuria, puede ejercitarse la acción de injurias con uno u otro de nosotros, pues la injuria se infirió con mi intervención”<sup>117</sup>.

A pesar de la complejidad de la regulación del mandato y de la instigación, de lo hasta aquí dicho emerge un dato importante para nuestro estudio: la instigación y el mandato son en Derecho romano formas de complicidad y no de coautoría. Como principio general puede, pues, afirmarse que el ejecutor material es considerado *principalis reus* frente al *mandator* mientras que el que presta el *consilio* es considerado cómplice (*consii*)<sup>118</sup> salvo que se trate de una orden o mandato dado a quien actúa para el mandante; como por ejemplo en relación con el robo, puesto que la posesión se puede adquirir *per amnem liberam persomnam*, el acto ejecutivo (adquisición de la posesión) pertenece al mandante y no al otro que no es más que un ministro de aquél<sup>119</sup>.

---

de otras personas". T.MOMMSEN, *Derecho penal romano, op.cit.*, pág.107.

<sup>117</sup> D. 47.10.10.11.3 (Ulp.57ed)

<sup>118</sup> Cfr. C.FERRINI, *Diritto penale romano, op.cit.*, págs.115- 116.

<sup>119</sup> Cfr. C.FERRINI, *Diritto penale romano, op.cit.*, pág.113.

En general, para que exista cualquier tipo de complicidad no es necesario que haya acuerdo previo. Se considera suficiente que quien colabora tenga la intención de ayudar a la comisión del delito incluso aunque el autor principal lo ignore<sup>120</sup>.

Por último, respecto a las penas, es difícil reconstruir un principio general aplicable a todos los delitos y en los diversos momentos históricos. En un primer momento la pena prevista para un hecho delictivo se aplica a todos los partícipes sin distinción, como si cada uno de ellos fuese autor único del delito<sup>121</sup>. Sólo más tarde, se empieza a tener en cuenta el distinto grado de culpabilidad de cada uno de los intervinientes en la comisión de un delito.

Hasta aquí la breve referencia al sistema romano de la participación. La fragmentaria regulación de esta figura hace difícil la reconstrucción completa del concurso de personas en el Derecho romano y, en todo caso, no era ésta la intención con la que se ha acometido esta exposición. Se trataba, tan sólo de encontrar el inicio del poso común que puede reconocerse a través del análisis histórico de esta figura. Desde dicha perspectiva, es indudable que la regulación romana de la participación sienta una serie de principios que, con las debidas matizaciones, pueden calificarse como permanentes y actuales. En el Derecho romano están ya planteados los grandes temas relacionados con el objeto de esta investigación. De

---

<sup>120</sup> D.47.2.54 (Paul.39 ed.)

<sup>121</sup> Cfr. T.MOMMSEN, *Derecho penal romano op.cit.*, págs.109 y 110. Cfr. En sentido similar GIOFFREDI, que señala que el Derecho romano utiliza el principio de causalidad necesaria e igual punibilidad para todos los partícipes, aunque en casos particulares se admite una graduación de la pena en función de la naturaleza de la participación, *I principi, op.cit.*, págs 124 y ss.

ese Derecho proceden, como poco, las diferencias de las distintas formas de participación, y dentro de ellas, de la complicitad por inducción y por ayuda material, así como una cierta graduación de las penas.

El “por qué” y el “cómo” estos principios se convierten en patrimonio común de los sistemas jurídicos que se analizan debe buscarse en la evolución histórica de la recepción del Derecho romano y su encuentro con los Derechos particulares de otros pueblos del continente europeo.

## **1.2. Evolución en Europa del Derecho romano**

No puede entenderse la aparición del Derecho común en Europa, si no se hace referencia a cómo se va formando gradualmente en los distintos países europeos un fundamento unitario cuya base es precisamente el Derecho romano, y el impacto de éste con los Derechos particulares de los pueblos que ocupan esos territorios, especialmente con los de tradición germánica y de ambos con el Derecho canónico.

Simplificando, puede definirse ese proceso como el resultado de la tensión entre el Derecho romano y los Derechos particulares, tensión que se resuelve hasta el s. XVIII a favor del primero con la elaboración del Derecho común, y a partir de ese siglo a favor de los Derechos nacionales plasmados en los primeros Códigos.

A lo largo de toda la Baja Edad media se va forjando en ese proceso el Derecho común que, en la reelaboración de los juristas italianos de los textos

romanos, se extiende por el continente europeo. Se consolida más tarde incluso fuera del lugar geográfico y cultural donde se forma y adquiere una fuerza de expansión prodigiosa, penetrando incluso donde no existían bases de una precedente o suficiente romanización. Allí donde llega se transforma en patrimonio propio de los pueblos, que lo integran dentro de sus tradiciones y costumbres particulares.

Se produce así un curioso fenómeno: El Derecho común, aparece por una parte como Derecho europeo, como normativa general y común universal - fundamento de una unidad jurídica superior por encima de las divisiones particulares- y, por otra, se convierte en Derecho propio, base del proceso de nacionalización del Derecho para el que se prepara Europa<sup>122</sup>.

No puede olvidarse que en la Alta Edad Media, Europa y Cristiandad se identifican por encima de la disgregación territorial y política. A partir del año 800 esa unión, basada en una misma fe, reclama otros elementos de cohesión y entre ellos el jurídico. Pero, desde el punto de vista jurídico, Europa es todo lo contrario de lo que se quiere presentar como un territorio unido políticamente y

---

<sup>122</sup> A.CAVANNA resume de esta manera la situación: "*Da un lato, dunque, il diritto comune ci si presenta quale diritto europeo, cioè quale diritto che, in seguito ad una straordinaria penetrazione nei diversi ambienti politici, diviene normativa di comune e generale applicazione nel continente: fondamento di una unità giuridica sovrastatale superiore a qualsiasi particolarismo nazionale. (...). Dall'altro il diritto comune, proprio perché fu ovunque a qualche titolo presente, ci appare oggetto di tanti e fra loro diversi processi di nazionalizzazione, vari per la intensità, per la forma e per la misura de la autorità concessagli (...). Ciò che spiega questi due simultanei aspetti solo apparentemente contraddittori della vicenda storica del diritto comune - l'aspetto universalistico della europeizzazione e quello particolaristico della varia e differenziata nazionalizzazione - è un dato storico che ven conosciamo: la mancanza, nei vari ordinamenti politici europei, di un rispettivo diritto nazionale e la presenza invece, nell'ambito di ciascuno di essi, di una molteplicità polverizzata di inorganiche normative particolari". Storia del diritto moderno, op.cit., págs. 383 y 38.*

espiritualmente. La realidad es que el principio germánico de la personalidad del Derecho convierte esos territorios en un mosaico de leyes personales, tantas como pueblos o etnias lo habitan.

Esa fragmentación está reclamando una ley común y la va a encontrar en el Derecho romano.

El primer paso es la vuelta gradual al principio de territorialidad del Derecho. A partir de ahí, se inicia un proceso que llevará a la aceptación del Derecho romano como ley del Imperio romano-cristiano. Todo ello hará necesaria un labor de exégesis de los textos romanos que iniciará en el siglo XII con la Escuela de Bolonia.

Veamos como se desarrolla ese proceso en los distintos territorios Europeos.

El caso de Francia es paradigmático. La germanización se produce hacia finales del siglo V, con un cierto retraso respecto al resto de las provincias romanas. La primera ocupación se debe a los visigodos y los burgundios, lo que no incide de manera particular en la tradición romano-gala de los pueblos conquistados. Le sigue la invasión de los Francos. El Derecho romano permanece como ley personal de los pueblos ocupados. Más tarde, con la fragmentación feudal vuelve progresivamente a imponerse el principio de territorialidad del Derecho. Las dos tradiciones se funden dando lugar a esa nota que va a caracterizar al Derecho francés hasta la codificación: el hecho de ser esencialmente “*un droit coutumier*”, resultado de la peculiar

---

combinación de elementos del Derecho romano y del Derecho germánico que cada población realiza. El principio germánico de la personalidad hace que el Derecho romano sobreviva como Derecho personal de numerosos pueblos a pesar de la germanización.

Coexisten, de este modo, un Derecho escrito, el Derecho romano, con un Derecho consuetudinario de influencia germánica. La coexistencia prepara la recepción del *ius commune*, pero ésta no se va a producir de manera idéntica en todos los pueblos, sino que variará en función de la prevalencia del Derecho escrito o del consuetudinario. Así, puede hablarse de un auténtico *ius commune* donde domina el Derecho escrito; mientras sólo es *ratio scripta*, es decir conjunto de principios superiores en los territorios donde el Derecho consuetudinario estaba más fuertemente arraigado.

Tras la caída del Imperio Carolingio se vuelve al principio de territorialidad y cada pueblo aplica de nuevo sus costumbres nacidas de la vulgarización del Derecho romano y de su encuentro con el germánico. Veremos más adelante como el origen imperial de esa base común crea dificultades en Francia para la recepción del Derecho común.

Al contrario de lo que ocurre en Francia, en España el principio germánico de la personalidad del Derecho no fue en realidad aplicado por los visigodos y, ya a mediados del siglo VII, el *Liber Iudiciorum* recoge explícitamente el principio de territorialidad. Este texto, modificado y actualizado, puede considerarse vigente en una amplia zona de España hasta el siglo XVIII, prolongando así durante largo tiempo en nuestro país la tradición romano-visigoda.

El Derecho penal visigótico<sup>123</sup> responde también a esa confluencia entre el Derecho romano y el Derecho germánico; éste último determina fundamentalmente el tipo de penas<sup>124</sup>, pero, por lo general, se distancia de la tradición germánica. Las diferencias entre el Derecho germánico y el visigodo influyen en la regulación de la participación en el delito. Así, mientras el Derecho germánico mide la naturaleza delictiva del acto por criterios objetivos, el Derecho visigodo parte de una concepción subjetiva del delito y en esto no es difícil encontrar rastros de la influencia del Derecho romano, que, por otra parte es el que va a predominar en este ámbito<sup>125</sup>.

Por lo que respecta la responsabilidad, y siempre teniendo en cuenta que se trata de reconstrucciones fragmentarias, el Derecho visigótico acepta la individualización de la responsabilidad penal, negando, por tanto, la responsabilidad colectiva<sup>126</sup> e incluso las consecuencias económicas del delito sobre los herederos.

---

<sup>123</sup> Se hace referencia al Derecho penal visigótico conscientes de que se trata de una reconstrucción elaborada por los historiadores del Derecho en función de la regulación del *Liber Iudiciorum* y del *Breviario de Alarico*, sin que sea posible determinar hasta que punto se aplicaron realmente. Cfr. J.M. PÉREZ-PRENDES, *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1989, págs.1137 y 1138.

<sup>124</sup> “En Alemania medieval el instigador fue equiparado al autor, en cuanto a la penalidad, al menos en una serie de delitos. Por el contrario, respecto a la penalidad del cómplice, la evolución fue completamente distinta en los diversos delitos; ora (como en la Paz territorial-*Landfrieden*- de 1235) el concurso por consejo o acción se equiparaba a los actos del autor, ora (como en el espejo de Sajonia (*Sachsenspiegel*)).II, 2F,1II,113,6 sólo el "verdadero auxiliar" ("*rechler Volleist*") sin cuya cooperación la consumación no hubiese sido posible, era igualmente castigado que el autor, mientras los restantes partícipes eran penados con penas inferiores. Sobre el instigador recaía la misma pena, cuando no superior, que para el autor". F.LIZT, *Tratado de Derecho penal*, *op.cit.*, pág.73.

<sup>125</sup> Cfr. J.LALINDE ABADÍA, *Derecho histórico español*, Barcelona, 1974, pág.396.

<sup>126</sup> En el Derecho germánico, en efecto, se aplica la responsabilidad colectiva es decir es posible extender la responsabilidad del individuo a la comunidad (SIPPE) con el objeto de aislarlo

La concepción subjetiva del delito se refleja, obviamente, en el tratamiento de la participación. Se prevé expresamente la posibilidad de delitos cometidos por una pluralidad de personas y se distingue entre las distintas formas de contribuir a ellos, aunque desde el punto de vista de la punibilidad el criterio utilizado sea por lo general el de la aplicación de misma pena para todos los partícipes<sup>127</sup>.

En general, pues, puede hablarse de una cierta recepción de las distintas figuras de la participación, si bien, el hecho de que se castigue a los cómplices, a veces con igual rigor que a los autores, y otras, con menor pena, hace difícil configurar un tratamiento seguro de las distintas formas de participación. Esto no impide que respecto a determinados delitos se persigan algunos tipos de cooperación. Así, al principio de la Reconquista, por ejemplo, se castiga al "auxiliador", considerando como tal al que ayuda a un declarado enemigo<sup>128</sup>.

Por lo que respecta la inducción, el Derecho visigodo la considera conducta punible referida al robo, y en ocasiones hasta equivalente a la ejecución<sup>129</sup>. En los Derechos locales castellanos, en cambio, se excluye en un primer momento la

---

coaccionándole para que se entregue y así libere a la comunidad de la responsabilidad o viceversa sea la comunidad la coaccionada y acabe entregando al delincuente, Cfr. J.M.PÉREZ PRENDES, *Breviario de Derecho Germánico*, Madrid, 1993, pág.84 y ss.

<sup>127</sup> En el Derecho germánico, en cambio hay que esperar la cristianización para que empiecen a atenderse en cuenta los grados de culpabilidad y las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Cfr. J.M.PÉREZ-PRENDES, *Idem*, pág.87.

<sup>128</sup> Cfr. J.LALINDE ABADÍA, *Derecho histórico español*, *op.cit.*, pág.396.

<sup>129</sup> Cfr. J.M.PÉREZ-PRENDES, *Curso*, *op.cit.*, págs.1137 y 1138.

punibilidad del consejo<sup>130</sup> y sólo más tarde, por influencia de la Iglesia y del iusnaturalismo, se considerará al inductor responsable no sólo del delito, sino también de las consecuencias de éste, incluyendo las no queridas.

Con la derrota de los visigodos y tras la dominación musulmana de la Península, empieza a formarse un Derecho cristiano que rompe con la tradición visigoda y retoma principios germánicos<sup>131</sup>.

Así, desde la perspectiva de la responsabilidad, se vuelve al principio de responsabilidad colectiva haciendo responsable del delito al individuo y a su grupo familiar o vecinal. Este principio llega, por lo menos formalmente, hasta finales del siglo XII y aparece recogido expresamente en el Fuero de Cuenca en su redacción inicial. Más tarde Sancho IV lo sustituye por la responsabilidad individual.

En cuanto a la culpabilidad, el criterio aplicado es esencialmente objetivo. Se atribuye en función del resultado del delito; por eso los grados de participación no se establecen de manera explícita o bien se consideran determinadas conductas como delitos autónomos. De esta manera, “no se otorga demasiada importancia al hecho de venir causado un resultado concreto por la acción de una o varias personas y así ciertos textos establecen la misma pena o calaña para todos y cada uno de los participantes, o en otros casos se castiga por igual (Fuero de Novera)<sup>132</sup>”.

---

<sup>130</sup> “*nemo pro consilio respondeat*”. Cfr. LALINDE ABADÍA, *Derecho histórico español, op.cit.*, pág.396.

<sup>131</sup> J.M.PÉREZ-PRENDES, lo define como un Derecho bastante homogéneo, más próximo al Derecho penal germánico que al romano, *Curso, op.cit.*, pág.1220.

<sup>132</sup> J.M.PÉREZ-PRENDES, *Ibidem*.

Inducción y encubrimiento son frecuentemente considerados delitos autónomos. La primera se encuentra, por lo general, referida a la conspiración contra el rey. Se configura, así, como maquinación o consejo. El encubrimiento también será castigado como delito autónomo y de esta forma, por ejemplo, se considera autor al dueño de la casa donde se aloja el delincuente<sup>133</sup>. Igualmente se van forjando una serie de criterios uniformes y de costumbres locales que empiezan a plasmarse en lo Fueros, de los que nos ocuparemos más adelante.

La influencia del Derecho germánico será en Italia mucho menor que en el resto de los territorios conquistados tras la caída del Imperio romano. La permanencia del Derecho romano es, obviamente, mayor en la península itálica que en el resto de Europa y explica la aparición del Derecho común.

### **1.3. El Derecho común europeo**

A partir del s. XII, la cultura medieval se transforma también en unidad jurídica. Ese ideal de cohesión político-religioso que se plasma en el Sacro Imperio, dará lugar a un renacimiento jurídico cuyo centro de expansión es la Escuela de Bolonia.

El punto de partida de ese renacimiento jurídico es la recuperación de los textos justinianos. Sobre ellos empiezan a trabajar los juristas boloñeses con el objetivo de elaborar una *lex communis* para todos los pueblos del Imperio. El ideal

---

<sup>133</sup> Cfr. J.M.PÉREZ-PRENDES, *Curso, op.cit.*, págs. 1220 y ss

de los glosadores boloñeses es el *ius commune omnium hominum* ya formulado por GAYO, pero el Derecho romano, entonces considerado *ius proprium*, va a ser ahora, junto con el Derecho canónico y el feudal, la base del Derecho común.

La reelaboración de los textos justinianeos se propone como Derecho vigente; su superioridad sobre los Derechos particulares de los pueblos del Imperio deriva precisamente del hecho de ser común a todos ellos. Y como tal va a ser considerado en todo el territorio del Imperio, llegando a alcanzar una legitimación político-formal en muchos países gracias a la recepción oficial que de él hacen el Imperio y el Papado<sup>134</sup>. En otros países, como Alemania, se impone sobre todo por vía cultural debido al prestigio de los juristas italianos.

A partir del siglo XIV cambia esa primera configuración del Derecho común. En parte se abandona la idea de un sistema normativo unitario y, a medida que se organizan los ordenamientos autónomos de los distintos territorios, *el ius commune* irá asumiendo el papel de Derecho supletorio de los Derechos nacionales que se han ido consolidando. Esta nueva configuración del Derecho común refuerza en cierta medida su carácter universal ya que lo convierte en referencia obligada de todos esos Derechos a medida que se van formando.

---

<sup>134</sup> No es posible desarrollar aquí la influencia de la Iglesia en este proceso, baste recordar que, como narra A.CAVANNA, *Storia del diritto moderno, op.cit.*, pág.40, ya Agobardo, arzobispo de Lyon, contemporáneo de Emperador Ludovico el Pio, condenaba la *tanta diversitas legum*, auspiciando el predominio de la ley franca, es decir de la del Emperador, sobre los otros derechos personales. Un siglo y medio después se va a imponer el Derecho romano como ley general.

Esta evolución tendrá importantes consecuencias para los Derechos europeos. Por eso conviene analizarlas antes de examinar la evolución propiamente dicha en cada territorio.

La primera consecuencia es que se vuelve lentamente a la idea de la territorialidad, clásica en el Derecho común y opuesta al principio de la personalidad que es, en cambio, el fundamento que inspira la cultura jurídica germánica.

Se empieza a elaborar una construcción dogmática basada en la armonización de lo universal con lo particular. La idea es crear un sistema coherente de fuentes para resolver la tensión entre *ius commune* y *ius proprium*. Éste último es el resultado de la situación política de Europa a partir del siglo XII, momento en el que se van a ir consolidando las monarquías nacionales, o totalidades relativas, políticamente independientes del Imperio<sup>135</sup>, que todavía representa la República Cristiana.

La finalidad de ese sistema de fuentes no es negar los Derechos particulares, sino, al contrario, ordenarlos en pro de un sistema universal en el que puedan resultar coordinados, subordinándose en función de ese sistema ordenado de fuentes.

Sin embargo, a medida que se refuerzan los Derechos particulares, el Derecho común adquiere una función subsidiaria que en alguna medida seguirá dando coherencia al sistema. Como Derecho subsidiario, colma las lagunas de los

---

<sup>135</sup> Así, por ejemplo, en el Reino de Sicilia, fundado por los Normandos en 1130 en el que se elaboran las *Constitutiones Regni Siculi* iniciadas por Ruggiero el Normando y que, completadas por Federico II, se transforman en el Código de 1231. Estas Constituciones son ejemplares desde el punto de vista de la integración del Derecho penal romano con el Derecho canónico.

Derechos particulares, y ofrece una base interpretativa que desembocará en elaboraciones de alto nivel científico que van permeando los ordenamientos nacionales. De esta manera se “salvaguarda el universalismo mediante la recuperación integrativa de lo particular”<sup>136</sup>.

Este fenómeno se inicia en las Ciudades-Estado italianas. Los propios juristas formados en el Derecho común participan en la elaboración de los Estatutos de las florecientes ciudades italianas y aportan argumentos conceptuales que van a ir penetrando e informando los Derechos nacionales. Derecho romano y Derecho canónico van creando una estructura común en torno a la cual se articulan las nuevas elaboraciones.

Así por ejemplo, la punibilidad del consejo empieza a afirmarse debido a la influencia de la Iglesia. La asimilación del delito al pecado derivada de la influencia del Derecho canónico tendrá, pues, relevancia desde el punto de vista de la participación<sup>137</sup>.

Veamos ahora cómo se lleva a cabo la recepción y posterior evolución del Derecho común en los países que nos interesan.

En España la recepción del Derecho común se inicia a partir de finales del siglo XII, principalmente a través de los estudiantes licenciados en universidades italianas (Padua, Bolonia, Perugia) o francesas (Montpellier, Toulouse). De vuelta

---

<sup>136</sup> A.CAVANNA, *Storia del diritto moderno, op.cit.*, pág.64.

<sup>137</sup> J.LALINDE ABADÍA, *Derecho histórico español, op.cit.*, pág.370.

a España estos estudiantes ocupan puestos judiciales o administrativos. Por ello, la primera penetración del Derecho común tendrá carácter eminentemente práctico y va a tardar en plasmarse en los textos legislativos.

Pero no es esta la única razón por la que la recepción del Derecho común presenta en nuestro país algunas peculiaridades. España se halla en plena Reconquista. Como se indicó anteriormente, en los territorios cristianos se va creando, en torno a la base común que representa el *Liber Iudiciorum*, un conjunto de costumbres y privilegios que se recogen en los Fueros. Éstos, con mayor o menor extensión, regulan la vida de cada comunidad<sup>138</sup>.

Por lo que concierne al Derecho penal, la legislación en esta materia está fundamentalmente recogida en el Fuero Real (Libro VI) y en las Siete Partidas (Séptima). Otras referencias, si bien más escasas, se encuentran en el ordenamiento de Montalvo (Libro VIII), y en las Leyes de Toro (80, 81, 83)<sup>139</sup>. No obstante, estos textos se encontraban ya decisivamente influidos por el Derecho común.

Los primeros Fueros reflejan aquellas peculiaridades, a las que antes hemos aludido. Durante la Reconquista se impone una concepción objetiva del delito. La debilidad del poder real y la inexistencia de autoridades judiciales capaces de

---

<sup>138</sup> Puede incluso hablarse de una cierta hostilidad por parte de los poderes públicos frente al Derecho común, quizá derivado del respeto a los Fueros, hasta el punto que en algunos de éstos se prefiere recurrir a la equidad del juez como criterio subsidiario, en lugar que al Derecho común como en cambio ocurre en otros países. Cfr. A.CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, *op.cit.*, pág 418.

<sup>139</sup> J.M.PÉREZ PRENDES, *Lecciones de Historia del Derecho español*, Madrid, 1994, págs.337 y ss.

evaluar el elemento de la intencionalidad, llevan al desarrollo de una especie de sistema de justicia privada muy alejado de lo que se está construyendo en Europa<sup>140</sup>. Habrá que esperar a la recepción del Derecho común para que empiece a tenerse en cuenta la intencionalidad y se adopten criterios de medición de la pena.

El Fuero Real responde todavía, en lo que se refiere al Derecho penal, a esquemas previos al Derecho común. La regulación de los grados y circunstancias de participación aparece de manera muy tosca<sup>141</sup>. Se parte, en todo caso, de un concepto de delito basado en la voluntariedad de la acción, en cuya ausencia no se aplica la pena<sup>142</sup>. Se recoge el principio de personalidad de la pena: *"todo el mal, debe seguir a aquel que lo face, así que el padre no pene por el fijo, ni el fijo por el padre...."*. Pero, por lo general, el criterio de aplicación de las penas es bastante arbitrario y cruel.

Mucho más interés tienen Las Partidas. En ellas se resuelve brillantemente la paradójica situación que se estaba creando entre una práctica y una elaboración teórica que están ya impregnadas del Derecho común y un Derecho positivo que parece ignorarlo. La divergencia se resuelve nacionalizado el *ius commune* y mezclándolo hábilmente con los Derechos locales. Se traduce al castellano lo mejor de las doctrinas justinianas y canónicas. Las Partidas recogen amplios extractos del Digesto, del Código, de las Instituciones, de las Novelas, así como de las Decretales

---

<sup>140</sup> Cfr. J.LALINDE ABADÍA, *Derecho histórico español, op.cit.*, pág.398.

<sup>141</sup> Cfr. J.M.PÉREZ PRENDES, *Curso, op.cit.*, pág.1268.

<sup>142</sup> Fuero Real, 4,17,1.

y del Decreto. Además se incluyen las elaboraciones jurisprudenciales de Azzone, Acursio, Guiglielmo Durante, Enrico di Susa y Raimundo de Penyafort. Se completa el cuadro con fuentes bíblicas y patrísticas y, por supuesto, con algunas normas del Derecho local castellano-leones<sup>143</sup>.

Todo esto hace de Las Partidas “una fuente de Derecho común en sentido supranacional, como *razón escrita* junto al *corpus iuris*”<sup>144</sup>. De hecho se producen veinticinco ediciones entre el siglo XV y el XIX.

La regulación penal se haya recogida en la Séptima Partida<sup>145</sup> que se ocupa “*De las acusaciones e maleficios que los omes facen e que merescen auer por ende*”; los delitos se definen como los “*malos fechos que se facen a placer de una parte, e daño e deshonra de la otra*” y se dividen en *crimina* y *delicta*, primer signo evidente de la recepción del Derecho romano. Además de definir el delito se regula la responsabilidad, las circunstancias modificativas y la justificación de la pena desde el punto de vista de la reparación.

En relación con el sujeto del delito y los grados de participación, Las Partidas suponen un salto cualitativo respecto de la anterior regulación. Evidentemente, no existe una distinción expresa entre autor y cómplice pero, en relación con los delitos

---

<sup>143</sup> Cfr. A.CAVANNA, *Storia del diritto moderno, op.cit.*, 421.

<sup>144</sup> A.CAVANNA, *Ibidem*.

<sup>145</sup> Sobre las fuentes de la regulación penal en Las Partidas, J.M.PÉREZ PRENDES citando a A.DU BOYS, *Historia del Derecho penal en España*, Madrid, 1872, sostiene que “probablemente no se usó el Código Justiniano sino la *Summa* de Azzo, o alguna similar y que la técnica parece haberse seguido respecto del Digesto y las fuentes canónicas”, en *Curso, op.cit.*, pág. 723.

previstos se hace a menudo referencia a los distintos partícipes. Partiendo de estas previsiones concretas la doctrina elaboró criterios generales válidos para todos los delitos, de manera que puede hacerse una reconstrucción completa<sup>146</sup>.

Está prevista la tentativa y la complicidad. En la Séptima Partida se hace referencia a los *ayudadores* (P.VII, 14,20.3), es decir a aquellos que ayudan a la comisión de un delito con actos tales que sin ellos el delito no se hubiese podido ejecutar. Se les aplica, en este caso, la misma pena que a los autores (P.VII, 14,4), inspirándose directamente en el Derecho romano, hasta el punto que se utilizan los mismos ejemplos y se regulan con minuciosidad los grados de responsabilidad. Así, por ejemplo, respecto al homicidio se distingue entre el voluntario, el justificado por defensa propia y el imprudente; a cada uno de ellos corresponde una pena diversa, desde la pena de muerte hasta el destierro temporal<sup>147</sup>.

La legislación posterior recrucece el sistema de penas previsto por Las Partidas y vacía de sentido la minuciosidad de la medición de los grados de responsabilidad en ellas establecida. En 1562 Bartolomé de Atienza termina de redactar la Nueva Recopilación, que es promulgada por Felipe II el 14 de marzo de 1567. Estará en vigor hasta el siglo XIX y de ella se realizan nueve reimpresiones.

---

<sup>146</sup> Cfr. sobre este punto y sobre el posterior análisis de las distintas formas de participación en Las Partidas, F.TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta* (s. XVI, XVII, XVIII), Madrid,1992, págs.289 y ss.

<sup>147</sup> La misma minuciosidad se aplica a los delitos contra el patrimonio; así, se recoge la distinción romana entre *furtum manifestum*, y *nec manifestum* y se diferencia entre *furtum* y *rapina*. Cfr, sobre este punto la amplia descripción del sistema penal en Las Partidas en J.M.PÉREZ PRENDES, *Curso*, *op.cit.*, págs.1267 y ss.

La última data de 1777. Cada una de las reimpresiones introduce novedades e incluye los autos o acuerdos del Consejo Real con fuerza de ley.

En Francia, como ya se indicó, la recepción del Derecho común encuentra notables dificultades derivadas del recelo de la monarquía francesa hacia ese Derecho imperial. Éste, se lee en claves de vínculo o, más bien, de relación de dependencia no querida con el Impero Romano germánico.

Lo anterior explica que en 1312 Felipe el Hermoso publique una Ordenanza por la que se considera Derecho vigente en el Reino el consuetudinario y no el romano. Este último podía, sin embargo, ser aplicado si el rey lo considera conveniente. La misma Ordenanza regula el estudio del Derecho romano en la Universidad de París. Ya su enseñanza había sido prohibida por un Decreto del Papa Onorio III. Ahora se considera útil su conocimiento en la medida en que representa principios racionales de justicia y equidad. Esta declaración equivale a afirmar que no se le considera aplicable. La razón de la prohibición hay buscarla en la necesidad de la monarquía francesa de crear un Derecho nacional. Se puede lograr construir ese Derecho nacional en la medida en que se consiga transformar el Derecho común en Derecho francés, negándole lo que de común - o de imperial - tenía. Todo ello se lleva a cabo mediante una intensa labor de compilación que ocupa los siglos XVI y XVII<sup>148</sup>.

En Italia, antes de la recepción del Derecho común, el Derecho vigente es el consuetudinario. Así por ejemplo en el Reino de Sicilia está vigente el Derecho

---

<sup>148</sup> Cfr. A.CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, *op.cit.*, págs.396 y ss

germánico plasmado en *Le Assise normanne* (1140) y *Le Costituzioni Augustali* (1231).

En los territorios italianos que durante siglos pertenecieron a la monarquía española, coexisten las costumbres locales con la legislación real española que, por lo general, tiene carácter subsidiario. Las Partidas, por ejemplo eran en Nápoles subsidiarias respecto a las *Consuetudines* napolitanas.

El nuevo Derecho se materializa en los "*Statuti dei cittadini*", compilaciones escritas de las costumbres vigentes y auténticos códigos en los que las nuevas y florecientes ciudades italianas delinean su régimen político y administrativo, reivindicando, así, su independencia respecto al Imperio.

La situación es, a partir de ese momento, la que ya conocemos. Los Derechos nacionales se van forjando en la tensión entre el Derecho romano-imperial y los Derechos locales. Pero, a diferencia de lo que vimos que ocurre en Francia, los juristas boloñeses resuelven esa oposición de una manera admirable con la construcción del *ius commune*, considerado como sistema de fuentes jurídicas que garantiza la cohesión del conjunto<sup>149</sup>.

En los Estatutos de las ciudades italianas y en la doctrina italiana de la época empiezan a diseñarse principios generales aplicables a la participación y a la graduación de penas.

---

<sup>149</sup> A.CAVANNA define acertadamente el *ius commune*: "*tale espressione indicò dunque il diritto romano imperiale concepito come elemento di un sistema organizzato di fonti giuridiche consistenti nel quale esso, come diritto generale e universale, si coordina secondo certe regole*

A los prácticos napolitanos se debe el principio de graduación de la responsabilidad y la distinción entre *socci criminis*, castigados con la misma pena y *socci in crimine*, para los que se prevé una pena inferior. Por lo general, pues, al partícipe se le aplica una pena menor que al autor del delito. También es menor la del auxiliador, excepto *quando causam delicto praebuerit*. Al inductor se le trata de igual manera que al autor material ya que *quod quis per alium fecit, per se ipsum facere videatur*. Esta concepción de equiparación entre el autor, el cooperador necesario y del inductor permanecerá en la tradición europea, e inspirará los primeros Códigos europeos, entre ellos el Código penal español de 1848.

Así, se recoge la doctrina romana de la *rathibitio* y su asimilación al mandato como manifestación de la *voluntas sceleris*, aunque se aplica principalmente a los delitos privados<sup>150</sup>. Para algunos delitos, considerados especialmente graves, se establecen regímenes especiales y más severos con equiparación de penas entre los partícipes y castigo de la omisión de revelación como forma de participación.

En Portugal, la recepción del Derecho común se ve favorecida por la influencia española, que perdura hasta la codificación. Las Partidas influyen indudablemente en las *Ordenações Alfonsinas* que unifican las leyes reales promulgadas desde Alfonso II hasta mediados del siglo XV, integradas con el Derecho justinianeo y canónico. Posteriormente Las *Ordenações Manuelinas* (1521) responden al planteamiento del Derecho común, hasta el punto de que las opiniones

---

*ai diritti locali particolari*". *Storia del diritto moderno, op.cit.*, pág.48,

de los glosadores se consideran vinculantes para los jueces<sup>151</sup>. Esta influencia del Derecho común se prolonga hasta la codificación, ya que inspira también las *Ordenações Filipinas*, promulgadas por Felipe II en 1603.

En definitiva, este Derecho que ha llegado a ser común va a ser el elemento que propicie el fenómeno de la codificación y de la nacionalización del Derecho. Al tiempo que se inicia el proceso de la consolidación de las monarquías absolutas en Europa. El Derecho sigue siendo común, pero se ha consumado definitivamente la división política de Europa.

#### **1.4. El Derecho penal en el origen del Estado moderno**

Con respecto al Derecho penal de esta época, puede afirmarse su carácter marcadamente europeo. El renacimiento del Derecho romano y su reelaboración constituyen la base común que proporciona a los penalistas un inmejorable instrumento de sistematización del Derecho penal, tanto general como especial.

Los textos romanos se consideran vigentes, salvo disposición contraria precisa y escrita. De esta manera, existe un material idéntico sobre el que van a trabajar autores alejados entre sí geográficamente y temporalmente. Todos ellos utilizan los textos romanos y las obras de los glosadores. Se produce así un curioso

---

<sup>150</sup> Cfr. E.PESSINA, *Elementos de Derecho penal, op.cit.*, págs.492 y ss.

<sup>151</sup> Se afirma literalmente "*se guarde a opiniao de Bartolo, porque sua opiniao comunemente he mais conforma a razao*". Cfr. A.CAVANNA, *Storia del diritto moderno, op.cit.*, pág.427.

fenómeno de coincidencia en las conclusiones e influencias recíprocas entre autores de diversos países y diferentes épocas como Damhoudère (s.XVI, Holanda), Julius Clarus (s. XVII, Milán), Farinaccius (s. XVII, Estado Vaticano), Carpzov (s. XVIII, Alemania), que utilizan ampliamente las obras de Bártolo y de los glosadores.

Gracias al prestigio de los autores, el Derecho romano adquiere, en los distintos países europeos, la autoridad de ley viva reconocida por el poder real. También se trasmite y circula por Europa la plasmación en ley positiva de esas elaboraciones. Así, la obra de compendio debida a Carlos V, conocida como Constitución Carolina (1535), es objeto de comentario por parte de los autores italianos y franceses, y contribuye a la unificación y sistematización del Derecho penal y procesal en esos países. En este texto se recoge el principio de graduación de las penas y de la responsabilidad.

En España la evolución del Derecho penal durante este periodo se mueve en dos planos paralelos. En uno se sitúa la configuración legal, que prácticamente no evoluciona desde el siglo XIII, y en otro se coloca el debate y elaboración teórica que alcanza altos niveles de refinamiento. De esta manera la legislación penal de la Monarquía Absoluta española, ignorando los avances doctrinales “vino a ser, en realidad, un sistema represivo al servicio de una determinada concepción del orden público, aquella que aseguraba al Estado moderno una rápida capacidad punitiva”<sup>152</sup>.

La situación de la ciencia del Derecho penal es completamente distinta. La teología moral y la escolástica española abren nuevos horizontes a las grandes

---

<sup>152</sup> J.M.PÉREZ PRENDES, *Curso, op.cit.*, pág.1267.

cuestiones penales como el concepto del delito o el sentido de la pena y, dan lugar a elaboraciones que, como la de Alfonso DE CASTRO<sup>153</sup>, tendrán un gran impacto en la doctrina europea e influirán decisivamente en la configuración del Derecho penal moderno. Juristas y teólogos, utilizan la misma técnica, trabajan sobre las ideas del delito, el libre albedrío, la responsabilidad, pero no como conceptos abstractos, sino casuísticamente. De esta manera, el problema tanto para unos como otros consiste en “reducir las normas jurídicas y morales, de rígida enunciación por su tosquedad técnica o por su laconismo axiomático (“no matarás”) a soluciones flexibles, para la mejor realización de lo justo en concreto”<sup>154</sup>.

Pero estas doctrinas no encontrarán eco en la legislación positiva hasta el siglo XVIII. En él se alcanza el mayor grado de elaboración teórica gracias a la influencia doctrinal de las corrientes humanitaristas iniciadas por la obra de BECCARIA. El giro que supone la doctrina de este ilustre milanés nos introduce en otra etapa histórica.

La Ilustración supone un cambio radical en el sistema hasta aquí analizado. No podrá comprenderse bien ese cambio si no se tiene en cuenta la fractura que en Europa marca el paso de la Edad Media al Renacimiento. Desde el punto de vista jurídico esa ruptura se estaba fraguando a través de la oposición entre *mos italicus*

---

<sup>153</sup> Es conocida la importancia de Alfonso de Castro y de sus dos obras penales *De potestate legis poenalis* y *De justa hoereticorum punitione*, la primera es considerada el primer tratado científico de Derecho penal. Para DE CASTRO, la pena se impone por un delito propio y tiene como fin no sólo el castigo y la reparación del orden perturbado, sino también la disuasión. La medición de la pena debe también tener en cuenta las circunstancias del delito y del delincuente así como la intensidad del dolo. Cfr. Comentario de CUELLO CALÓN a la obra de E.PESSINA, *Elementos de Derecho penal español*, *op.cit.*, pág.12.

<sup>154</sup> F.TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal*, *op.cit.*, pág.88.

*y mos gallicus*. El *mos italicus* se identifica en el siglo XVI con los seguidores de los glosadores, genéricamente conocidos como bartolistas. Se les acusa de formalistas y pragmáticos. BALDO, BARTOLO y los demás oráculos de antaño son ahora considerados carentes de valor por sus propios compatriotas como VALLA o PETRARCA. Ahora, los juristas, ya no tienen tanto interés en resolver casos concretos como en crear ciencia desde el racionalismo jurídico. Esta oposición estalla en el siglo XVIII, en el que se completa la sustitución del teocentrismo medieval por el imperio de la razón y se seculariza entre otras cosas el Derecho. Completamente desvinculada de la Teología, la ciencia jurídica ya no se reconoce en el Derecho común y menos en su fundamento escolástico incompatible con los nuevos tiempos.

### **1.5. El Derecho penal de la Ilustración**

Consumada la transformación de Europa, la evolución del Derecho penal durante la Ilustración gira en torno a Cesare BECCARIA, cuyo Tratado *"Dei delitti e delle pene"* sacude todo el continente que en esta etapa histórica se encuentra en una fase de enorme cohesión. De hecho, hay pocas épocas más "europeas" que la Ilustración. El propio BECCARIA estudia en París donde se contagia de las ideas ilustradas, siendo a su vez admirado por filósofos ilustrados, como MONTESQUIEU, VOLTAIRE o DIDEROT.

Pero la influencia de BECCARIA no es sólo doctrinal, es también o fundamentalmente política. Más que como jurista actúa como los filósofos ilustrados a los que admira, y como uno de ellos, "expone con vigor y convicción las ideas que

flotaban en el ambiente: lo que después se ha llamado la Ideología penal de la Ilustración<sup>155</sup>

En sus aportaciones se fundamentan las reformas llevadas a cabo por la emperatriz Marie-Thérèse de Austria, o la que lleva a la abolición de la pena de muerte por su sucesor, Joseph II en el Código de 1788. La propia Santa Sede se hace eco de esta nueva visión y reforma el sistema represivo.

En España la obra de BECCARIA tendrá gran influencia gracias a LARDIZABAL, que se va a encargar de la reforma de la legislación penal encomendada por Carlos III al Consejo Real en 1770. España se suma así al movimiento reformista al que se hará referencia más adelante. Carlos III propone la creación de un Código criminal, pero, en realidad, lo que el Consejo encarga a LARDIZABAL es una recopilación de las leyes penales vigentes en un texto único, sistemático y articulado. Un pobre intento de reforma<sup>156</sup> y, sin embargo, ésta era en España particularmente urgente, ya que la legislación del S. XVII y principios del XVIII había agravado sensiblemente las penas y endurecido en general el régimen penal. Así, por ejemplo, una pragmática de 1663 admitía el homicidio impune de salteadores de caminos, y más tarde otra de Felipe V en 1735, aplicaba la pena de muerte al autor y al cómplice de robo en el radio de cinco leguas alrededor de la Corte<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> F.TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal, op.cit.*, pág.101.

<sup>156</sup> Para F.TOMÁS Y VALIENTE, "el nombre de Código criminal cubre pomposamente la real mediocridad del intento de reforma" *El Derecho penal, op.cit.*, pág.107.

A pesar de ello, este intento codificador no llega a cuajar ni siquiera en forma de recopilación de leyes penales. De la labor de LARDIZABAL no queda más que su "Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar la reforma", que fue luego puesto a disposición de los redactores del Código de 1822. Éstos, por otra parte, más influidos por BENTHAM que por BECCARIA, lo van a tener poco en cuenta.<sup>158</sup>

En 1796 Carlos IV encarga a Juan REGUERA VALDOMAR la creación de la Novísima Recopilación, compuesta por XII Libros. El Libro XII, formado por 42 títulos, se ocupa "De los delitos y sus penas, y de los juicios criminales". Desde el punto de vista de la participación establece la equiparación de pena entre los cómplices y los autores para los delitos de hurto, muerte y lesiones (Nov., XII, 14-3º). Se caracteriza por la severidad de las penas en general, particularmente a las que se aplican a determinadas categorías de personas tales como gitanos, salteadores y vagos.

Se inicia el siglo XIX y en España los tribunales siguen aplicando la Novísima Recopilación y Las Partidas como Derecho supletorio, lo que hace de la legislación española fuera una de las menos evolucionadas del entorno europeo.

Al final, España acabará sumándose al movimiento reformista. En un primer momento se incorporan los principios revolucionarios franceses como el principio de legalidad o el principio de adecuación de la pena al delito. Principios que, por

---

<sup>157</sup> Cfr. J.M.PÉREZ PRENDES, *Curso, op.cit.*, pág.1270.

<sup>158</sup> Cfr. F.TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal, op.cit.*, pág.109.

otra parte, no resultan desconocidos en la tradición española, pues se encuentran ya en Las Partidas. Más tarde se impondrá la influencia del utilitarismo y después, en la segunda mitad del siglo XIX, del correccionalismo, difundido por el krausismo español y que parte de la concepción subjetiva del delito basada en el libre albedrío. En la codificación, sin embargo, junto con la consideración del libre albedrío, se aceptarán las tesis positivistas y la idea de peligrosidad.

En Francia<sup>159</sup>, Luis XVI inicia en 1788 un plan de reforma penal que no llegará a ser aceptado por el Parlamento, pero que resulta de interés por sus planteamientos, que fundamentalmente se traducen en las ideas de igualdad en la represión, supresión de la arbitrariedad de los jueces y abolición de los delitos contra la religión.

La influencia de BECCARIA alcanza, después, a las Asambleas revolucionarias constituyentes que realizan una autentica labor de codificación y unificación del Derecho penal<sup>160</sup>, pero esta influencia se difuminara con la codificación napoleónica.

El primer Imperio da a luz dos Códigos: los de 1808 y 1810. El Código penal recoge, ciertamente, los principios revolucionarios de legalidad y de igualdad en la represión, pero su inspiración filosófica es bien distinta. No es difícil reconocer la influencia del filósofo inglés BENTHAM y de su Tratado de legislación civil y

---

<sup>159</sup> Sobre la evolución del Derecho penal francés, cfr. STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit Pénal générale*, *op.cit.*, págs.56 y ss.

<sup>160</sup> Véanse las leyes de la Constituyente de 19-22 de julio, de 24 de septiembre y de 6 de octubre de 1791.

penal, traducido al francés unos años antes<sup>161</sup>. BENTHAM se adhiere a las tesis de BECCARIA, al que define como "primer evangelista de la razón", pero, como es sabido, su pensamiento se apoya sobre bases distintas de las de los ilustrados. Es el principio de utilidad y no el iusnaturalismo racionalista lo que fundamenta su teoría del Derecho y su entusiasmo por la codificación<sup>162</sup>.

Esta distinta inspiración se traduce, por lo que respecta al Derecho penal, en un endurecimiento de la represión. En alguna medida puede hablarse de una vuelta atrás ya en parte iniciada anteriormente. El Código del 3 Brumario año IV había endurecido las penas para intentar hacer frente al recrudecimiento de la criminalidad en general y del bandolerismo en concreto.

Los autores del Código penal napoleónico no dudan en elaborar una obra represiva en la que se restablecen penas ya descartadas, como por ejemplo la mutilación.

Respecto al tema que nos ocupa, el endurecimiento es evidente y se traduce en la asimilación de la complicidad al autor principal y la equiparación de todos los partícipes de cara al pago de las penas pecuniarias. Sistema que, dada la vigencia del Código napoleónico, determina la regulación francesa hasta nuestros días, ya que

---

<sup>161</sup> En 1802, DUMON, discípulo de BENTHAM traduce al francés un gran número de escritos de su maestro. Cfr. A.CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, *op.cit.*, pág.602, nota (27).

<sup>162</sup> Los principales argumentos de BENTHAM a favor de la codificación - primacía de la certeza del Derecho y primacía de la legislación - tienen un ilustre precursor en HOBBS y en particular en su concepción del Derecho penal de carácter esencialmente formalista que ve en el delito, no una acción intrinsecamente mala, sino merecedora de castigo en cuanto que viola la norma estatal que la prohíbe. Sobre este punto y su relación con el principio de legalidad, cfr. A.CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, *op.cit.*, págs.333 y 334.

formalmente ese Código ha estado en vigor hasta el 28 de febrero de 1993 y ninguna de las numerosas reformas parciales que se han realizado durante esos años, ha modificando sustancialmente lo relativo a la participación.

Paralelamente, también los Estados germanos inician su obra de reforma sin abandonar las raíces del el Derecho común, materializadas en la Constitución Carolina. Surgen, así, los Códigos penales de Prusia (1793), Austria (1803) y el de Baviera, obra de FEUERBACH (1813).

Mientras tanto, en nuestro país, se está elaborando la Novísima Recopilación (1805), encargada por Carlos IV.

Los Códigos imperiales franceses van a ejercer una notable influencia en otros Estados europeos. No puede olvidarse que serán Derecho vigente en Holanda, Suiza y, por supuesto, en Italia.

En Italia la influencia francesa se traduce en la aprobación de numerosos Códigos penales: el Código penal del Reino de las Dos Sicilias, de 1819; el Código penal del Ducado de Parma, de 1820; El Reglamento de los delitos y las penas de los Estados de la Iglesia, de 1832; el Código penal Albertino de Cerdeña, de 1830 y el Código sardo, de 1859, que, con la unificación italiana será legislación general para todo el nuevo Estado, con excepción de la Toscana y del Reino de las Dos Sicilias.

La Restauración no modifica prácticamente los Códigos, ya que ese marcado carácter represivo se adapta perfectamente al nuevo régimen y a las nuevas

tendencias filosóficas. Así, por ejemplo, la doctrina kantiana de la ejemplaridad del castigo y su concepción de la pena basada en el "*ius talionis*"<sup>163</sup>, sirve de justificación para mantener una dura legislación.

La transformación de la legislación penal pensada por BECCARIA parece olvidada<sup>164</sup> y durante algún tiempo en Europa se deja en suspenso la labor de revisión legislativa, cuando no se traduce en la vuelta a legislaciones prerevolucionarias, lo que conlleva un mayor endurecimiento penal.

La reforma del sistema, con la consiguiente mitigación de las penas, no llegará hasta la Monarquía de julio y la aplicación de los principios del liberalismo doctrinario y la escuela neoclásica. Así, en Francia, una ley de 28 de abril de 1832 reforma el Código penal, suprime los castigos infamantes, reduce sensiblemente las penas y, en definitiva, introduce un sistema más moderado. Ese mismo año, Bélgica y Holanda se suman a la revisión de sus legislaciones penales.

En toda Europa la difusión de la filosofía alemana tan interesada en las cuestiones éticas y su relación con el Derecho, imprimen a los movimientos de reforma un marcado carácter progresista.

---

<sup>163</sup> "Solo la ley del talión (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad de castigo, pero bien entendido que en el seno del Tribunal (no en un juicio privado)" I. KANT, *Metafísica de las costumbres*, Madrid, 1994, pág. 169.

<sup>164</sup> Cuando no contestada: "En cambio el Marqués de Beccaria, por sentimentalismo compasivo de humanitarismo afectado (*compassibilitas*) ha sostenido que toda pena de muerte es ilegal, porque no podría estar contenida en el contrato civil originario". I. KANT, *Metafísica de las costumbres*, *op.cit.*, pág. 171.

En la propia Alemania este proceso dará lugar a una serie de nuevos Códigos<sup>165</sup> que más tarde serán sustituidos por el Código penal de 1873, la gran obra unificadora del Imperio Germánico.

Paralelamente, otros Estados europeos irán sustituyendo sus legislaciones inspiradas en los Códigos napoleónicos por nuevas textos más acordes con los tiempos. Así, Bélgica promulga su nuevo Código penal en 1867; Holanda en 1840; España en 1848, reformado en 1850; y Portugal en 1852<sup>166</sup>.

Esta evolución positiva, sin duda, tiene, sin embargo, pocas repercusiones desde el punto de la regulación de la autoría. La Escuela neoclásica peca de racionalismo, su interés se centra en la pena, olvidando al delincuente.

Vamos ahora a examinar brevemente el proceso de codificación en los países objeto de esta investigación y su relación con la configuración de los distintos modelos de participación.

---

<sup>165</sup> Así por ejemplo los Códigos de Sajonia de 1838, el de Wurtemberg de 1839, el de Hannover de 1840, el de Assia de 1841 y el de Sajonia de la misma fecha. Tras la revolución de 1948 se promulgan nuevos Códigos en Baden y Prusia en 1851 y se reforma en 1855 el de Sajonia y el de Baviera en 1861.

<sup>166</sup> También en otras regiones de Europa se llevan a cabo importantes reformas. Entre 1835 y 1857 este mismo período se publican en Suiza nueve Códigos penales cantonales. En Dinamarca se reforma abundantemente el Danke-low mediante tres nuevas leyes penales; En Noruega se promulga el Código penal en 1842 y en Suecia se lleva a cabo una revisión completa de la anterior legislación en 1864. Grecia adopta un nuevo Código penal en 1834. Este movimiento alcanza también a Rusia, que en 1845 promulga su Código penal, posteriormente reformado en 1862.

## 2. LA CONFIGURACIÓN DE LOS MODELOS DE PARTICIPACIÓN EN LA CODIFICACIÓN EUROPEA

### 2.1. La codificación en Italia

En Italia los Códigos napoleónicos, primero, y el sucesivo movimiento de reforma, después, van a tener una influencia desigual, dada la fragmentación política del territorio italiano y la particular vinculación de los pequeños Estados italianos con Francia. La derrota de Napoleón lleva a algunos Estados, por reacción frente a la dominación francesa, a volver a sus legislaciones precedentes<sup>167</sup>. Otros, en cambio se sumarán a la reforma y promulgarán nuevos Códigos penales<sup>168</sup>.

La mayoría de estos nuevos Códigos parten de la distinción entre las diferentes figuras de los partícipes separándose netamente, del sistema francés de equiparación entre ellos a efectos de pena. Esta fractura con el sistema francés tiene su origen en la legislación napolitana. En efecto, la tradición legislativa napolitana sigue sus propios criterios en materia de regulación de la participación. Ya la ley del Reino de Nápoles de 20 de Mayo de 1808 distingue entre delito directo - delito del autor - e indirecto - en el cual el delito es cometido por otro -, e incluye en éste

---

<sup>167</sup> Así, por ejemplo en Cerdeña se recuperan las antiguas Constituciones y leyes de 1793, los mismos Estados pontificios vuelven en 1814 a aplicar los edictos anteriores a la dominación francesa aunque más tarde se suman a la obra de codificación y en 1831 se publica el Reglamento de procedimientos criminales y en 1832 el Reglamento sobre delitos y penas.

<sup>168</sup> La reforma legislativa que se inicia en numerosos Estados italianos toma como punto de partida los Códigos napoleónicos y los integran con elaboraciones tradicionales de la doctrina italiana, entre ellas la relativa a la participación de personas. Así, por ejemplo, la nueva legislación napolitana de 1919 influyó más tarde en la propia Francia; también responde a esta dinámica el nuevo Código penal del Ducado de Parma de 1820.

último las hipótesis de provocación y auxilio. Más tarde, en este caso como respuesta precisa frente al sistema francés, el Código Napolitano de 1819 configura en los artículos 74 a 77, un sistema completo de concurso en el delito. Este sistema puede esquematizar como sigue: Se distingue entre autor y cómplice; se contempla la figura del cómplice necesario, al que se asimila el instigador, y se les castiga con la misma pena que la del al autor; el encubrimiento es considerado como delito autónomo y se regula la extensión de las circunstancias personales a todos los partícipes y la no comunicabilidad de las materiales.

En este modelo se inspiran los sucesivos Códigos de los demás Estados italianos. Todos ellos, aunque con algunas variaciones, adoptan el sistema napolitano de diferenciar a efectos de pena entre los distintos partícipes<sup>169</sup>.

Cuando Italia se constituye como nación, el Código penal del Reino de Cerdeña, promulgado en 1859, se convierte, como se vio anteriormente, en Derecho general para todo el nuevo Estado, con la sola excepción de Toscana y de Sicilia, donde seguía aplicándose la propia legislación.

Por lo que respecta la participación, el Código toscano de 1853 se diferencia tanto del modelo francés como del napolitano. El concurso en el delito se regula en los artículos 49 a 61. Se distingue entre *autore* y *consiliatore*. El primero puede ser autor material o autor intelectual es decir inductor, ambos castigados con la misma

---

<sup>169</sup> Por ejemplo, El Código de Parma, distingue entre autores, cómplices y agentes principales (cómplices necesarios). En él se inspiran a su vez el Código Albertino de 1839, el Código estense de 1855 y fuera de Italia el Código de Malta de 1852 y el de S.Marino de 1865.

pena. Los demás partícipes son auxiliares y se les aplica una pena menor, salvo que su contribución se considere necesaria o haya habido acuerdo previo.

Algunas reformas sucesivas, y la evolución de la legislación toscana, incompatible con la general del Código de 1859<sup>170</sup>, llevaron a la convicción de la necesidad de elaborar un nuevo Código penal. Más de veinte años va a durar la elaboración de ese nuevo Código<sup>171</sup> y a ella va a contribuir lo mejor de la doctrina italiana del momento.

Prácticamente todos los proyectos que se suceden hasta la aprobación del texto definitivo giran en torno a la distinción de las distintas formas de participación.

Así el Proyecto de 1866 recoge junto con los cómplices accesorios otras dos categorías de partícipes. Los ejecutores y los cómplices necesarios; a todos se les aplica la pena ordinaria prevista par el delito. Los sucesivos Proyectos de 1868,

---

<sup>170</sup> Así, por ejemplo, se lleva a cabo una reforma parcial del Código de 1859 con Decreto de 17 de Febrero de 1861 que recupera alguna de las instituciones del Código napolitano de 1819. En materia de participación el Decreto de 1861 intenta conjugar las regulaciones del Código de Parma y las del Código napolitano. Distingue entre agentes principales y cómplices: Los primeros son los que determinan a otros ejecutar el delito y los que lo cometen en función de la provocación de otro. Los demás partícipes son cómplices y dentro de estos los que contribuyan con un auxilio no esencial son castigados con una pena menor. Por su parte en Toscana la legislación penal evoluciona hacia fórmulas menos represivas; se suprime la pena de muerte y se reforma el sistema penitenciario.

<sup>171</sup> La obra de redacción del Código penal de 1889 inicia en 1863, cuando el entonces Ministro de Justicia PISANELLI crea la Comisión codificadora que elaborará un primer proyecto de Código. Con el cambio de gobierno en 1865 se nombra ministro de Justicia a MANCINI y se elige otra Comisión que elabora un nuevo proyecto. La aprobación definitiva del Código se hará siendo ministro ZANARDELLI. La Cámara y Senado aprueban el proyecto durante el año 1888 y por fin el Código es sometido a la sanción Real en junio de 1889 y entra en vigor el 1 de enero de 1890.

1870, 1873, 1874 y 1875 introducen la figura del cooperador necesario, que en cambio desaparece en el Proyecto de 1876<sup>172</sup>.

Tras estos intentos, el nuevo Código penal, primero del Estado unitario, ve la luz el 30 de junio de 1889, y entrará en vigor el 1 de Enero de 1890. Se le denominará Código ZANARDELLI con el nombre del ministro *guardasigilli* de entonces.

El Código ZANARDELLI se dividía en tres libros: "De los delitos en general"; "De los delitos en especial"; y "De las faltas en especial". La participación al delito estaba regulada en el Título VI del libro 1º en los arts.63 a 66.

En los capítulos sucesivos se hará a menudo referencia a este Código en relación con el español ya que, como se verá, entre ellos puede establecerse un interesante paralelo.

EL Código ZANARDELLI, inspirándose en la legislación toscana, diferenciaba la participación primaria de la secundaria y la material de la moral o psíquica. Se consideraba coautoría - *correitá* - la participación material primaria; la secundaria material, complicidad y la participación psíquica, instigación. En cuanto a las penas, correspondía a los autores y coautores la pena prevista para el delito,

---

<sup>172</sup> La justificación de la desaparición de la figura del cooperador necesario la explica el ministro MANCINI afirmando que: "*Autore del reato non può essere, secondoché la parola suona e la scienza insegna senno colui il quale eseguisce l'atto fisico in cui la consumazione del reato consiste, l'atto dal quale immediatamente si produce l'effetto costitutivo del reato: e tutti gli altri che al reato concorrono, qualunque sia, più o meno direttamente e immediatamente, il grado loro di concorso al fatto criminoso commesso dall'autore, debbono classificarsi fra i complici o delinquenti accessori*" en S.SEMINARA, *Tecniche*, op.cit., pág.31.

para los cómplices estaba prevista una disminución de la pena, excepto en los casos de complicidad necesaria<sup>173</sup>.

El Código ZANARDELLI fue considerado uno de los mejores códigos europeos. En cuanto tal influirá en la labor codificadora de numerosos Estados, no sólo en Europa, sino también fuera de ella. Por ejemplo, influyó notablemente en los Códigos penales de Uruguay y de Chile, así como en diversos Proyectos de Códigos argentinos y cubanos<sup>174</sup>.

En 1919 se inicia una nueva reforma penal. La Comisión, nombrada el 14 de septiembre de 1914 y presidida por Enrico FERRI, elabora el Proyecto de Código penal conocido con el nombre de este jurista. El Proyecto FERRI responde a los postulados de la Escuela positivista. No llegará a ver la luz debido a la fuerte oposición que encuentra en una Italia inestable políticamente. En relación con la participación, el proyecto FERRI adoptaba el sistema de igual tratamiento para todos

---

<sup>173</sup> Art.63: "Cuando varias personas concurren a la ejecución de un delito, cada uno de los ejecutores y de los cooperadores inmediatos queda sometido a la pena establecida para el delito" "A la misma pena queda sometido aquel que ha determinado a otros a cometer el delito; pero a la cárcel perpetua sustituye la reclusión de veinticinco a treinta años, y las demás penas son disminuidas en una sexta parte, si el ejecutor del delito lo ha cometido también por motivos propios"; art.64: "Será castigado con la reclusión por un tiempo no menor de doce años cuando la pena establecida para el delito cometido sea de cárcel perpetua, y en los demás casos con la pena establecida para el delito mismo, disminuida de la mitad, aquel que ha concurrido en el delito: 1º excitando o reforzando la resolución de cometerlo, o prometiendo que prestara asistencia o ayuda después del delito; 2º dando instrucciones o suministrando medios para realizarlo; 3º facilitando su ejecución, o prestando asistencia o ayuda antes o durante el hecho". La disminución de pena para el culpable de alguno de los hechos previstos en el presente artículo no se aplicará si el delito no se hubiese realizado sin su concurso".

<sup>174</sup> Cfr. L.JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal, T.V*, Buenos Aires, 1964, pág.446.

los participantes, pero con la posibilidad de aumentar o reducir la pena en función de una mayor o menor peligrosidad.

El cambio de régimen político llevará a la adopción de un nuevo Código que parte de posiciones distantes de la legislación hasta entonces en vigor y de sus intentos de reforma.

El nuevo Código se debe a Arturo ROCCO y se publica el 19 de Octubre de 1930. Estará en vigor desde el 1 de Julio de 1931 hasta nuestros días.

En relación con la participación, el Código ROCCO adopta un sistema que resulta inexplicable si no se tiene en cuenta el momento histórico en que se lleva a cabo su redacción y aprobación. La comprensión del modelo de participación adoptado requiere preguntarse sobre la influencia que sobre él tiene el momento político en que se elabora.

Como es sabido el actual modelo normativo italiano de participación, que adopta el sistema unitario de autor, es una novedad introducida por el legislador italiano en 1930, y supone una ruptura con la regulación tradicional.

Indagando sobre las causas de adopción del sistema unitario, creemos que no puede ni siquiera buscarse su origen en el anterior proyecto FERRI, ya que como se verá, la Escuela positivista era en principio contraria a ese criterio que no deja espacio a la valoración de la peligrosidad de la conducta. Es más, el Código ROCCO se fragua en polémica con la Escuela positiva, no aceptando de ella sino

la posibilidad de un mayor rigor frente la delincuencia justificada en función de la peligrosidad del agente.

El hecho es que a partir de la promulgación del Código ROCCO el sistema unitario de autor se consolida y no va a ser objeto de reforma global hasta nuestros días.

Es sorprendente que una regulación que se fragua en un clima político determinado y que rompe con la tradicional en la materia, pueda seguir vigente sin que, por lo menos, se cuestione su validez o su fundamento.

La doctrina, es cierto, se ha ocupado del análisis del sistema. Pero, hasta hace poco, lo ha hecho desde un punto de vista técnico jurídico, no desde la perspectiva prioritaria del principio de legalidad y de la compatibilidad con la Constitución<sup>175</sup>. Tradicionalmente, por lo general, la doctrina italiana se ha limitado a asumir el cambio y a explicarlo citando la *Relazione* que acompaña al proyecto, cuya novedad, como se verá, se atribuye a la explícita voluntad del legislador de acoger el principio de causalidad<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> Recientemente se plantea la compatibilidad de la regulación de la participación con las normas constitucionales. Así, F. BRICOLA considera criticable el art. 110 del Código penal italiano desde el punto de vista del principio de legalidad y del de seguridad jurídica. Cfr. *Commento all'art. 25, en Commentario alla Costituzione*, a cura de BRANCA, Bologna-Roma, 1981, pág. 263

<sup>176</sup> Así, se suele citar la Relación n. 134, y en concreto el siguiente párrafo " *il criterio di una eguale responsabilità per tutte le persone che sono concorse nel reato è in diretta dipendenza del principio che si è accolto nel regolare il concorso di cause nella produzione dell'evento; principio in forza del quale tutte le condizioni che concorrono a produrre l'evento sono cause di esso*". Cfr. ROMANO/GRASSO, *Commentario, op.cit.*, págs. 123 y 124.

A pesar de este criterio doctrinal, es innegable que lo que influye en el cambios son las condiciones políticas en las que el Código ROCCO se fragua; condiciones muy diferentes de las actuales democráticas y que no podían dejar de condicionar el Derecho positivo y tanto menos el penal. Para tener una idea de ese clima político basta examinar cualquier publicación de la época<sup>177</sup>. El propio Informe al Rey que fue redactada por el mismo ROCCO afirma que "el Derecho penal no es más que un derecho de conservación y de defensa del Estado, que nace con el Estado mismo, análogo, pero sustancialmente diverso, del derecho de defensa del individuo y encaminado al fin de asegurar y garantizar las condiciones fundamentales e indispensables de la vida en común"<sup>178</sup>.

Que el clima en el que se fragua el Código ROCCO haya o no influido en la nueva configuración de la participación, y que, a pesar de ello, pueda examinarse el sistema unitario de autor más o menos asépticamente, no carece de interés si lo que

---

<sup>177</sup> Como ejemplo de ello se puede citar un curioso opúsculo de la época donde se leen las siguientes afirmaciones: " Tras décadas de propaganda feroz, el verbo marxista, científicamente falso y políticamente nefasto (...) el legislador fascista, eliminada la concepción ultra individualista del derecho a castigar, se ha inspirado en la doctrina, que como se ha dicho está vinculada a la tradición italiana que considera que el derecho a castigar no es más que un derecho de conservación y de defensa, propio del Estado mismo (...). Tal derecho de defensa se ejerce de una doble manera: en vía represiva, mediante la amenaza, la aplicación y la ejecución de la pena y con la vía represiva, mediante la aplicación y ejecución de medidas de seguridad", pág.13. Mas adelante, se afirma que: "el cataclisma social causado por la guerra de 1914, acentuaba dos viejas plagas de la humanidad. el alcoholismo y las contaminaciones sexuales (...) un conjunto de disposiciones penales se coloca hoy de manera admirable en la actuación de un complejo programa con el que el Estado fascista, abandonando el agnosticismo de los precedentes regímenes, afirma su política demográfica y reivindica su derecho a guiar la juventud", pág.18. U.ALOISI, *Il pensiero giuridico italiano, Gli studi di Diritto penale e processuale penale in Italia nel ventennio fascista*, Roma, 1941.

<sup>178</sup> Cfr. L.JIMENEZ DE ASUA, *Tratado*, op.cit., pág.453.

se está buscando es un modelo paradigmático que ofrezca soluciones a los problemas que los modelos europeos vigentes plantean.

En esta línea, recientemente un sector de la doctrina italiana se ha planteado hasta qué punto la actual regulación de la participación en Italia responde sólo a opciones de tipo represivo, o han influido en cambio, también, razones sistemáticas. Se parte para este análisis de la gestación de la reforma ROCCO y de las corrientes teóricas imperantes en Italia antes y después de la reforma<sup>179</sup>.

En principio parece difícil atribuir la causa de la del cambio del modelo de participación a las corrientes predominantes de esa época, ya que éstas eran prevalentemente de inspiración positivista. La ausencia de una contundente construcción dogmática hace posible que se imponga fácilmente la contraria y coherente visión de ROCCO que algunos consideran como el autor de la primera dogmática italiana<sup>180</sup>.

En todo caso los intentos de sustitución del Código ROCCO por otro más acorde con la actual realidad política y con el avance de la ciencia jurídica han sido escasos. El primero se produjo apenas terminada la guerra en 1949 y el siguiente es de 1960. Ninguno de los dos tuvo éxito.

---

<sup>179</sup> Cfr. S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, págs.14 y ss.

<sup>180</sup> Cfr. G.BETTIOL, *Diritto Penale Parte Generale, op.cit.*, 1982, págs.62 y ss.

Ante la dificultad para elaborar un nuevo Código se ha optado por proceder a reformas parciales<sup>181</sup> que no satisfacen a la doctrina. Está pendiente, pues, una reforma total y por eso el análisis comparado de la participación puede tener especial interés este momento.

## 2.2. La codificación en España

### \*El Código penal de 1822

En España la codificación<sup>182</sup> está ligada a los distintos períodos constitucionales. El primero (1810-1813), no produce frutos<sup>183</sup>, pero sí el segundo (1820-1823) del que es producto el Código de 1822. Promulgado el 22 de julio de 1822, entró en vigor el 1 de enero de 1823.

---

<sup>181</sup> Este sistema de reformas parciales a un Código que no convence, ha sido fuertemente contestado por la doctrina. Así, F.ANTOLISEI: *"se si guarda il risultato complessivo di tali riforme, rimane confermato e rafforzato il loro carattere di reazione a situazioni contingenti affrontate alla spicciolata, al di fuori di un organico programma e senza sufficiente coordinazione con un piano chiaro di nuova politica criminale capace di rispondere alle speranze di una società che rapidamente si trasforma"*. F.ANTOLISEI, *Manuale*, op.cit., pág.18.

<sup>182</sup> Cfr. J.F.LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, Madrid, 1970. Véase, también, E.GACTO FERNANDEZ, *Temas de Historia del Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación T.II*, Sevilla, 1981.

<sup>183</sup> Se llegó a nombrar una Comisión para el Código criminal que, sin embargo, no tuvo ni siquiera ocasión de iniciar sus trabajos. Los frutos de las Cortes de Cádiz en materia penal se limitan a una serie de Decretos que modifican las penas, como el Decreto de 22 de abril de 1811 que "suprimía para siempre el tormento y las prácticas de molestar reos con los llamados apremios, esposas, perrillos, calabozos extraordinarios o cualquiera otros; y que los jueces que lo manden sean destituidos de su empleo".

Este primer Código penal español nace prácticamente muerto. Producto del trienio liberal, morirá con el régimen absolutista de Fernando VII<sup>184</sup>. A pesar de su corta vida tiene la importancia de ser la primera codificación moderna del Derecho penal español y de responder plenamente al espíritu codificador europeo de la época<sup>185</sup>. Espíritu que se refleja perfectamente en la exposición a las Cortes que precede al Proyecto de ley. En ella puede leerse que la codificación es común "a los diferentes gobiernos y sociedades políticas de Europa" y es "una feliz consecuencia de los rápidos progresos de las ciencias y el triunfo de la razón y de la filosofía sobre los errores y preocupaciones de los errores de los siglos"<sup>186</sup>. En este contexto cultural y político sobra decir que el Código de 1822 está influido por el francés de 1810 y directamente por el propio BENTHAM. A su vez este primer Código español influirá notablemente en el de 1848.

En materia de participación el Código de 1822 enumera en el artículo 12 las distintas categorías de partícipes: "son delincuentes ó culpables, sujetos a la responsabilidad que les imponga la ley, no solamente los autores del delito o culpa, sino también los cómplices, los auxiliadores y fautores y los receptadores y encubridores". El artículo 13 se ocupa de la autoría y contempla la hipótesis de la autoría mediata: "son autores de delito o culpa: Primero: los que libre y

---

<sup>184</sup> El 1 de octubre de 1823 el Real Manifiesto de Puerto de Santa María se deroga la obra legislativa del Trienio constitucional y se restablecen las antiguas instituciones y consejos, como el Consejo supremo.

<sup>185</sup> Si bien queda mucho del Derecho del antiguo régimen, sobre todo en la aplicación de las penas en las que permanece la publicidad ejemplar, la indumentaria apropiada al delito cometido, ciertos atisbos de "infamia" típicos de la penalidad inquisitorial, en la medida en que se proclama la filiación del delincuente. En este sentido, véanse los artículos 36 a 46 del Código penal en AA.VV, *Textos de Historia del Derecho*, Zaragoza, 1996.

<sup>186</sup> J.F.LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, op.cit., pág.53.

voluntariamente cometen la acción criminal o culpable, Segundo: los que hacen a otro cometerla contra su voluntad, ya dándole alguna orden de las que legalmente está obligado a obedecer y ejecutar, ya forzándole para ello con violencia, ya privándole del uso de su razón, ya abusando del estado en que no la tenga, siempre que cualquiera de estos cuatro medios se emplee a sabiendas y voluntariamente para causar delito y que lo cause efectivamente". En cuanto a las penas, el artículo 15 equipara la pena de los cómplices que "voluntariamente y a sabiendas ayuden y cooperen a la ejecución del autor de la culpa o del delito en el acto de cometerlo". A los demás cómplices, a los auxiliadores y fautores (art.16), así como y a los receptadores y encubridores (art.17), se les aplica una pena menor.

#### **\*El Código penal de 1848 y su reforma en 1850**

Con la restauración del régimen absolutista, se inicia la preparación de un nuevo Código criminal. Mientras tanto, se restablece el Derecho penal del Antiguo Régimen volviendo a considerarse en vigor la *Novísima Recopilación* y, como Derecho supletorio, Las Partidas.

Se elaboran distintos proyectos que no llegan a ver la luz. Respecto al tema que nos ocupa se mantiene siempre la distinción entre las distintos partícipes, aunque no siempre coinciden los diferentes proyectos en la enumeración de esas figuras. Así, el Proyecto de 1830 distingue entre autores, cómplices, auxiliadores, receptadores y encubridores. El Proyecto de 1831 debido a SAINZ DE ANDINO distingue en cambio sólo tres clases de posibles partícipes: autores, cómplices y encubridores. Todos los proyectos optan por la graduación de la pena.

En 1843 se crea la Comisión General de Códigos presidida por Manuel Cortina. Éste encarga la redacción de un Anteproyecto de Código penal a Manuel SEIJAS LOZANO. Fruto de esa labor de codificación es el Código de 1848, inspirado en el Código de 1822 y también como éste en el francés de 1810, en el napolitano de 1819 y en el Código bávaro de 1813<sup>187</sup>. Su inspiración política es liberal conservadora y en sus opciones jurídicas influirá decisivamente PACHECO y, por lo tanto, a través de éste, estará influido por el eclecticismo de Pellegrino ROSSI. Se distancia así del "ilustrado" Código de 1822 en su concepción del delito y de la pena.

El Código de 1848 fue objeto de diversas reformas, todas ellas llevadas a cabo por Decreto. La más importante es del 30 de Junio de 1850 y se debe al Gobierno Narváez. La reforma es una respuesta a la agitada situación política europea y supone un recrudecimiento del carácter represivo del Código. Se castigan de forma general la proposición y la conspiración para delinquir y se tipifican delitos como el atentado y el desacato.

---

<sup>187</sup> Como se verá en el capítulo dedicado al análisis de la participación, la influencia del Código bávaro es patente. De ese texto legal procede la distinción entre codelincuencia o participación principal, que comprende no sólo el autor directo sino también al inductor y al cooperador necesario, de la complicidad. El art.45.5º del Código bávaro de 1813 estaba redactado en los siguientes términos: "No sólo I) El que comete el delito por medio de su fuerza corporal y sus actos, sino también II) El que presta al ejecutor, antes o durante la ejecución, con la intención de que el delito se cometa, una ayuda tal, sin la cual a éste no le hubiese sido posible realizar el hecho; por último, III) Todos aquellos que con intención antijurídica han movido a otros a la comisión y ejecución del delito deben ser castigados como autores del mismo". La regulación del Código bávaro se difundió en España por obra de PACHECO que a su vez sigue a Pellegrino ROSSI cuyo manual fue traducido a nuestro idioma en 1839. Sobre los orígenes de la redacción del art.12 del Código 1848, cfr., J.CEREZO MIR, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993, págs.31 y ss; también, E.PEÑARANDA RAMOS, *La participación, op.cit.*, págs.106 y ss.

La estructura del Código de 1848 es similar a la del primer Código penal español. La participación se recoge en el Título II del Libro 1º: "De las personas responsables de los delitos y las faltas". En él se confirma el modelo normativo adoptado en la primera codificación de diversificación de las distintas figuras de la participación, pero en la regulación de ésta se distancia de nuestro primer Código.

Así, el Código de 1848 en su artículo 11 dispone que "son responsables criminalmente de los delitos: 1º los autores. 2º los cómplices 3º los encubridores. Son responsables criminalmente de las faltas: 1º los autores; 2º los cómplices". Consecuencia de la diversificación se adopta un sistema de aplicación gradual de penas a los distintos sujetos.

El artículo 12 recoge el modelo de concepto legal de autor que llegará hasta nuestros días: "Se consideran autores: 1º los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2º los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo. 3º los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado".

El art.15 se ocupa de la complicidad: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el art.12 cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos".

Por último, el art.16 describe de manera pormenorizada las conductas de encubrimiento.

El modelo seguido por el Código de 1848 que equipara al autor, el cooperador necesario y el inductor se consolidará en nuestra regulación penal,

caracterizándola a partir de ahí, respecto a la legislación de otros países europeos. Pero no hay que olvidar que esta equiparación encuentra sus raíces - como ya se indicó - en las doctrinas medievales de los prácticos italianos difundidas por toda Europa. Tiene pues su origen en el Derecho común europeo y de hecho será adoptada por los primeros Códigos penales europeos que influyen decisivamente en la regulación de la participación del nuestro<sup>188</sup> .

### \*El Código penal de 1870

La nueva Constitución promulgada en 1869 obliga a adaptar la legislación penal. De ello se ocuparán las Cortes Constituyentes y el resultado será el Código penal de 1870. Presentado por el Gobierno a las Cortes Constituyentes como Proyecto de reforma, se aprobará, tras un breve debate, por Ley de 17 de junio de 1870. Se publica por Decreto el 30 de agosto. Nacido con carácter provisional estará en vigor, sin embargo, hasta 1932.

Este nuevo Código responde a la orientación liberal que lo inspira. Suprime las penas infamantes y en general humaniza las demás. Sobre todo, restablece el

---

<sup>188</sup> Así : "el legislador español de 1848 quiso formular en el art.14 del Código penal un concepto jurídico de autor. Se inspiró para ello en dos viejas doctrinas que se remontan a los juristas italianos de la Baja Edad Media y que tuvieron gran difusión en toda Europa, en los siglos XVII, XVIII y XIX: la concepción del inductor como autor moral, que era equiparado al autor material (*quod quis per alium fecit, per se ipsum facere videtur*) y la teoría de la causa necesaria o del cómplice principal, es decir, aquel que coopera a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera efectuado (*quod causam dedit delicto*), debía ser equiparado al autor material". J. CEREZO MIR, *Estudios, op.cit.*, pág.31.

principio de legalidad de las penas, abolido en el anterior Código tras la Reforma de 1850.

Desde la perspectiva de nuestro estudio interesa recordar que el nuevo Código incorpora los delitos de imprenta - hasta entonces regulados por ley especial - y en relación con ellos se prevé una nueva hipótesis de codelincuencia en los artículos 12 y 14, que pasará a los siguientes Códigos españoles hasta el actual.

### **\*Proyectos de reforma del Código penal de 1870 y Código penal de 1928**

Hasta el siguiente Código español, que será el de 1932, la convulsa historia española en el tránsito del siglo XIX al XX hará que se sucedan distintos proyectos de reforma de la legislación penal.

Así, en 1873, la proclamación de la Primera República lleva al nombramiento de una Comisión que contaba entre sus miembros a Concepción ARENAL. La Comisión no llegará a elaborar un nuevo Código penal.

Con el retorno de la Monarquía constitucional en la persona de Alfonso XII se emprende la revisión del Código de 1870 para adecuarlo a la nueva Constitución de 1876. Se inicia una intensa labor que se traducirá en diversos Proyectos y Anteproyectos de Código Penal. Significativos serán el Proyecto de ALONSO MARTÍNEZ de 1882 y el de SILVELA de 1884. En materia de participación, este último introducía, como novedad respecto a la anterior regulación el castigo de la

inducción no seguida de efecto y la regulación del encubrimiento como delito autónomo.

Ninguno de esos Proyectos llegará a entrar en vigor y, dejando al margen el Código de Carlos VII de 1875 emanado durante la última guerra carlista, el siguiente Código será el de 1928, aprobado durante la Dictadura. El Gobierno encomendó a la Comisión General de codificación la adecuación del Código de 1870 a la nueva realidad política. Lo que debería haber sido una simple reforma dio lugar a un nuevo y extenso Proyecto de Código penal que tras su examen y modificación por la Asamblea Consultiva es promulgado por Real orden de 8 de septiembre de 1928 y entra en vigor el 1 de enero de 1929. Tanto en la elaboración del Proyecto como en el texto definitivo influyó de manera decisiva el Prof. CUELLO CALÓN. Así inspirado el nuevo Código introducía notables novedades, algunas de ellas ya previstas en los anteriores Proyectos, como la inclusión por primera vez en un Código español de las medidas de seguridad. En la materia que nos ocupa, como ya preveía el Proyecto SILVELA, suprime el encubrimiento del ámbito de la participación, y lo configura como delito autónomo.

El Código de 1929 tiene una vida corta, ya que la República lo anula al día siguiente de su proclamación junto con todos los Decretos-leyes emanados durante la Dictadura.

### **\*El Código penal de 1932**

Tras la proclamación de la Segunda República vuelve a aplicarse el Código de 1870 mientras se elabora la reforma que adapte el antiguo Código a las mutadas condiciones políticas.

El 2 de mayo de 1931 se publica una primera reforma, que será completada en octubre de 1932. El nuevo Código entró en vigor el 1 de diciembre de 1932. Se trata de una adaptación del Código de 1870 a la Constitución republicana y a los progresos que en la ciencia penal se habían ido consolidando en el entorno jurídico europeo. La introducción de esas mejoras técnicas se debe a la participación en su elaboración de importantes figuras de la ciencia penal española como JIMÉNEZ DE ASUA, ANTÓN ONECA Y RODRÍGUEZ MUÑOZ.

Por lo que respecta la participación, el nuevo Código establece que sólo serán responsables criminalmente de las faltas los autores, salvo para los faltas contra la vida y la integridad corporal o la propiedad en las que serán considerados responsables también los cómplices. También se suprime el 4º supuesto del encubrimiento.

La propia Exposición de Motivos del Código de 1932 reconoce que se trata de una simple reforma del Código de 1870, en tanto que no se elabore un nuevo Código<sup>189</sup>. De hecho los prestigiosos juristas de la Comisión elaboraron también las

---

<sup>189</sup> "Redactar el nuevo Código penal de la República española es trabajo que requiere largo tiempo de estudios preparatorios, de composición del texto definitivo y de busca y consulta de pareceres de peritos de la Universidades, de los Tribunales, de los Colegios profesionales, de la

bases de un nuevo Código penal que no llegaron a completar debido al inicio de la guerra civil.

### **\*El Código penal de 1944 y su reforma en 1973**

El nuevo cambio político tras la guerra civil hace necesario la adaptación de la legislación penal al Régimen franquista. Con tal fin, en un primer momento se hace uso de la legislación penal especial. Así se promulgan una serie de leyes que van configurando el nuevo aparato penal de Régimen, como la de responsabilidades políticas de 1939, la de represión de la masonería y el comunismo de 1941, o la Ley contra el aborto del mismo año. Paralelamente se inician los trabajos para la elaboración de un nuevo texto de Código penal.

Tras dos proyectos presentados en 1938 y 1939, se elabora el Proyecto de 20 de marzo 1944, promulgado por Decreto el 23 de diciembre de ese mismo año en el que se contiene el "Código penal, texto refundido de 1944".

El nuevo Código responde evidentemente a las condiciones socio políticas de la dictadura franquista y se trata, más que de una simple reelaboración del Código de 1848, de un texto nuevo. Es ciertamente un Código represivo, pero su inspiración inmediata no responde tanto al patrón del Derecho de la voluntad del nacional socialismo alemán como al del Derecho penal del fascismo italiano<sup>190</sup>.

---

Asociaciones obreras y de la Academias y Sociedades de cultura. Todo este proceso no podía cumplirse en medio año; por eso se decidió reformar el Código de 1870, para que pueda aguardar a la legislación innovadora. *Exposición de Motivos del Código de 1932* en L.JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado, op.cit.*, (nota 11), pág.793.

<sup>190</sup> Cfr. sobre este tema J.CEREZO MIR, *Curso, op.cit.*, Madrid, 1984, págs.144 y 146.

A los pocos años de su promulgación ya se llevaron a cabo algunas reformas de carácter técnico. Aquí interesa destacar la que la Ley de 9 de Mayo de 1950 realiza en la regulación de la participación. El encubrimiento, hasta entonces considerado como forma de participación, (art.17) se desdobra. De esta manera el encubrimiento con ánimo de lucro pasa a ser tipificado como delito contra la propiedad en los arts.546 bis a) y ss., mientras que las demás hipótesis de encubrimiento seguirán siendo consideradas como formas de participación en el delito (arts.17 y 18).

Una amplia reforma se concluye en 1963. Por Decreto de 28 de marzo de 1963 se aprueba un nuevo texto revisado de Código penal según la Ley de Bases de 21 de diciembre de 1961. Esta nueva reforma afecta fundamentalmente a la parte especial del Código.

Posteriormente, por Decreto 3096/1973 de 14 de septiembre de 1973 fue aprobado un nuevo texto refundido de Código penal con las modificaciones introducidas por la Ley 44/1971 de 15 de noviembre de 1971. Poco tiempo después, se reforma parcialmente este texto por Ley de 28 de noviembre de 1974.

La regulación de la participación de este Código será objeto de estudio en la tercera parte de este trabajo, ya que sobre ella se ha elaborado la doctrina española de los últimos años.

Con la muerte de Franco se inicia en España la transición política que llevará a la promulgación de la Constitución española de 1978. Desde el primer momento

se plantea ya un movimiento de reforma penal que culminará en el Nuevo Código Penal de 24 de noviembre de 1995.

De manera inmediata se llevan a cabo reformas parciales del Código con el fin de suprimir las normas incompatibles con el nuevo régimen democrático. Así la Ley de 14 de Julio de 1976, sobre derecho de reunión y asociación; el Decreto-Ley de 4 de enero de 1977 que incluye en el Código tres artículos procedentes del Código de justicia militar; la Ley de 28 de diciembre que modifica el concepto de reincidencia.

Tras las primeras elecciones democráticas celebradas el 15 de junio de 1977 se abre el período constituyente que lleva a la promulgación de la Constitución de 1978.

Mientras se procede a la elaboración de la Constitución gran parte de los partidos políticos con representación parlamentaria firman el acuerdo que se conocerá desde entonces como los Pactos de la Moncloa. En materia jurídica esto supone el compromiso de adecuar el ordenamiento jurídico al nuevo régimen democrático. Respecto a la legislación penal la adaptación se traduce en numerosas reformas parciales del Código penal que abarcan desde la regulación de los delitos de reunión, manifestación y asociación (Ley Orgánica 4 de 21 de mayo de 1980) hasta la despenalización de delitos como el adulterio y el amancebamiento (Ley 22, de 26 de mayo de 1978). Algunas de esas reformas tendrán por objeto la defensa del propio régimen democrático en peligro por la persistencia del terrorismo (Ley 82/1978).

Paralelamente se reorganiza la Comisión General de Codificación y se acomete la reforma global del Código penal. Se van así a elaborar distintos proyectos y anteproyectos de Código penal. Todos ellos adoptan el sistema tradicional de diversificación de las formas de participación, aunque no faltan intentos de introducir algunas reformas importantes en la materia.

El primer texto que se elabora es el Anteproyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1979, resultado de la ponencia cuatripartita nombrada en abril de 1978 por el entonces ministro de Justicia Landelino LAVILLA. La ponencia estaba formada por CONDE PUMPIDO, DÍAZ DE PALOS, GIMBERNAT ORDEIG y RODRÍGUEZ MOURULLO. El Anteproyecto se firma por la Comisión en febrero de 1979 y pasa al Consejo de Ministros que lo aprueba en septiembre de 1979. Por lo que respecta la participación el art. 29 del Anteproyecto reproduce el art. 14 del entonces vigente Código. En abril de ese mismo año cambia el ministro de justicia, LAVILLA es sustituido por Iñigo CAVERO, circunstancia esta que quizá, explica las notables diferencias que existen entre el Anteproyecto y el Proyecto de Ley Orgánica que al final aprueba el Consejo de Ministros y que se publica en el Boletín del Congreso de 17 de enero de 1980 (nº.101-I)<sup>191</sup>.

El Proyecto de 1980 aporta algunas innovaciones aunque en líneas generales respeta la anterior normativa relativa a la participación.

---

<sup>191</sup> Sobre el Proyecto de Código penal de 1980 véase AA.VV. *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, que recoge las ponencias y comunicaciones del Coloquio sobre el mismo tema celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela los días 10, 11, y 12 de abril de 1980.

Así, el art. 31 establecía que: "Son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1) Los autores; 2) Los cómplices". Se suprime, pues, la figura del encubridor y el encubrimiento pasa a ser tipificado como delito autónomo en el Título de los delitos contra la Administración de la Justicia (art.515 a 517).

El art.32 decía: "Además de quienes realizan el hecho por sí o por medio de otros del que se sirven como instrumento, se consideran autores: 1º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2º Los que inducen a otros a ejecutarlo. 3º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado". Se recoge pues la figura del autor mediato.

En todo caso, el Proyecto de 1980 no va a ser ni siquiera discutido por la Comisión de justicia y terminada la legislatura será abandonado.

La misma suerte corre el Proyecto de Ley Orgánica de reforma parcial del Código aprobado por el Gobierno el 15 de enero de 1982 y publicado en el Boletín del Congreso de 26 de febrero nº.249-I. Partiendo de la dificultad de llegar a elaborar un nuevo Código penal, se optaba más modestamente por proceder a una reforma parcial. Tampoco esta propuesta verá la luz debido al cambio de legislatura y a la nueva situación política que se crea en España con el triunfo en las elecciones del Partido Socialista. En el programa electoral de éste se recogía el propósito de la elaboración de un nuevo Código penal.

Como primera medida y mientras se inician los trabajos de codificación, el nuevo Gobierno procede a una reforma parcial del Código. Se aprueba, así, la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 de Reforma urgente y parcial del Código penal. Se

trata de una reforma importante que tal como afirma la Exposición de Motivos afecta a los principios inspiradores del Código, fundamentalmente al de culpabilidad y al de concreción del hecho con el objetivo de eliminar del sistema los casos de responsabilidad objetiva. El Proyecto preveía la despenalización del aborto, pero más tarde la regulación de este delito fue desglosada del Proyecto de ley para ser objeto de examen independiente.

La tramitación del Proyecto resultó enormemente complicada; se agotaron los plazos parlamentarios y hubo que esperar a la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró parcialmente inconstitucional la despenalización del aborto. Finalmente se aprueba por el pleno del Congreso el 27 de junio de 1985.

Paralelamente se estaba trabajando en la elaboración de un nuevo texto de Código penal. En enero de 1983 el ministro LEDESMA nombró una ponencia compuesta por COBO DEL ROSAL, GIMBERNAT ORDEIG, LUZÓN PEÑA, MUÑOZ CONDE, QUINTERO OLIVARES y el magistrado del Tribunal Supremo GARCÍA MIGUEL. De esta ponencia saldrá el Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983 redactado sobre la base del Proyecto de 1980.

En relación con la participación se recogen las propuestas de reforma anteriormente formuladas. Así el art. 27 establecía: "Son responsables criminalmente de los delitos y las faltas los autores y los cómplices. El art.28 se ocupaba de la autoría: "Además de quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro del que se sirven como instrumento, se consideran autores: 1º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho.2º los que inducen directamente a otros a ejecutarlo. 3º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere

efectuado". El art.29 establecía que "son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos". El encubrimiento pasaba a ser regulado, fuera de la participación, en el Título XVII "Delitos contra la administración de la Justicia" por el art.423 en el que se tipificaba el "favorecimiento personal y real"<sup>192</sup>.

Le sigue el Borrador de Anteproyecto de Código penal de Octubre de 1990. La novedad más importante del Borrador es la regulación de la coautoría. El mismo artículo 25 establece que son coautores los "que realizan el hecho conjuntamente". Por lo demás se mantiene la figura del cooperador necesario ya que el art.26 establecía: "que serán castigados como autores los inductores y los cooperadores necesarios". Por lo que respecta la complicidad se adopta la definición tradicional: "son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado"(art.27).

---

<sup>192</sup> "Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haberse concertado previamente con sus autores o cómplices, interviniere con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes: 1º Auxiliando, sin animo de lucro propio, a los ejecutores para que se beneficien del producto, provecho o precio de un delito. 2º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento. 3º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la intervención de la autoridad o sus agentes, a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Cuando el hecho favorecido sea constitutivo de traición, homicidio del titular de la Corona o su Sucesor, genocidio, terrorismo, rebelión, parricidio, asesinato, robo con homicidio u homicidio, o el reo sea conocidamente habitual de otro delito. b) cuando el favorecedor obrare con abuso o quebranto de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de la libertad, la de inhabilitación para su cargo de dos a cuatro años si el delito favorecido fuere menos grave, y la inhabilitación absoluta de seis a doce años si aquél fuere grave".

Le sucede el Anteproyecto de Código penal de 1992. La participación estaba regulada en los arts. 24 y ss que reproducen la regulación del Anteproyecto de 1983 sin tener en cuenta la referencia a la coautoría que recogía en el art.25 del Borrador de Octubre de 1990. Así, el artículo 25 corresponde al 28 del Anteproyecto de 1983 y el 29 al 28 del mismo Anteproyecto. El encubrimiento se regula en el artículo 421 entre los delito contra la Administración de la justicia (T.XVII) y es prácticamente idéntico al artículo 423 del Anteproyecto de 1983 si se exceptúa que se sustituye la denominación de favorecimiento real y personal por el de encubrimiento del delito.

Dos años después se presenta el Anteproyecto de Ley Orgánica de Código penal de 20 de mayo de 1994. La participación se regula en su Título II "De las personas criminalmente responsables de los delitos y las faltas". La regulación es la siguiente: Art.26: "Son responsables criminalmente de los delitos y las faltas los autores y los cómplices". Art. 27: "Además de quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro, del que se sirven como instrumento, se consideran autores: 1º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2º Los que inducen directamente a otros a ejecutarlo. 3º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado". Art.28: "son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos". El encubrimiento se regula como delito contra la administración de la justicia (Título XVII, cap. III, art. 428)<sup>193</sup>.

---

<sup>193</sup> "Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haberse concertado previamente con sus autores o cómplices, interviniere con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes: 1º auxiliando sin ánimo de lucro propio, a los ejecutores para que se beneficien del producto, provecho o precio de un delito. 2º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito para impedir su descubrimiento 3º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o sus agentes, a sustraerse a la

El Proyecto de Ley Orgánica de 1994 recoge la misma regulación de la participación del Anteproyecto de 1992 cambiando sólo la numeración: el artículo 27 de aquél corresponde al 28 del Anteproyecto y así sucesivamente.

\* **El Nuevo Código penal de 1995**

El Nuevo Código penal español se ocupa de la participación en Libro I, Título II.

Nos limitamos aquí a la descripción de la nueva regulación ya que su análisis y comparación con la regulación del anterior Código y con los diversos proyectos de reforma se abordará siguiente capítulo.

El actual Código penal de 1995 regula la participación en el delito en los artículos 27 a 31:

*Artículo 27:*

"Son responsables criminalmente de los delitos y las faltas los autores y los cómplices".

---

busca o captura siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) cuando el hecho favorecido sea constitutivo de traición, homicidio del titular de la Corona, su cónyuge, el regente, algún miembro de la Regencia o su Sucesor, genocidio, rebelión, asesinato u homicidio. b) cuando el favorecedor obrare con abuso o quebranto de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de la libertad, la de inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito favorecido fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuere grave. 2. Cuando el favorecedor se hubiere concertado previamente con los autores o cómplices será castigado con las penas imponibles a estos últimos".

*Artículo 28:*

"Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se hubiera efectuado".

*Artículo 29:*

"Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

*Artículo 30:*

"1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.

2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:

1º. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate y quienes lo hayan inducido a realizarlo.

2º. Los directores de la publicación o programa en que se difunda.

3º. Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.

4º. Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del

apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior".

*Artículo 31:*

" El que actúe como administrador de hecho o de Derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo de la misma, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Por último, se suprime respecto al art.12 del hasta entonces vigente Código la referencia a los encubridores que pasa a ser regulado como delito contra la administración de la Justicia en el Título XX, Capítulo III "Del encubrimiento", artículos 421 a 453<sup>194</sup>.

---

<sup>194</sup> Artículo 451: "Será castigado con la pena de prisión de seis meses de prisión a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniera con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 1º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio. 2º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo del delito, para impedir su descubrimiento. 3º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concorra alguna de las circunstancias siguientes. a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, rebelión, terrorismo u homicidio. b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de la libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquel fuere grave".

Independientemente de que, como se ha dicho, se analizará la nueva regulación de la participación en el Código de 1995 y su relación con el anterior sistema, conviene dejar constancia de que las principales innovaciones se refieren fundamentalmente a la regulación expresa de la coautoría y de la autoría mediata, y de la responsabilidad de las personas jurídicas.

### 2.3. La codificación en Francia

En Francia la historia de la codificación se identifica casi completamente con el Código napoleónico de 1810 dada su larga vida. Tras casi 150 años de vigencia será sustituido por el actual Código penal el 1 de marzo de 1994.

El Código de 1810 fue preparado, junto con el Código de procedimiento criminal de 1808, por una Comisión nombrada el 27 germinal, año IX y discutido por el Consejo de Estado en 1804. Tras ser sometido al examen de los Tribunales entró en vigor el 1 de enero de 1811. Está dividido en cuatro libros: *"Des peines en matière criminelle et correctionnelle et leurs effets"*, *"Des personnes punissables, exécutoires ou responsables pour crimes ou délits"*; *"Des crimes, des délits et leur punition"*; *"Contraventions de police et peines"*.

Hasta su sustitución por el Nuevo Código penal de 1994 ha sido objeto de numerosas reformas y de integraciones mediante leyes especiales<sup>195</sup>. Ya se ha hecho

---

<sup>195</sup> De los 477 artículos del Código napoleónico menos del 20% conservaban su redacción original el momento de la elaboración del Nuevo Código penal francés. En palabras de PRADEL *"par touches successives, le législateur a donc ravalé très souvent la vieille maison napoléonienne"*

referencia a la primera gran reforma debida al movimiento de renovación liberal y a la Escuela neoclásica. Con la Ley de 28 de abril de 1832 se suprimen determinadas penas infamantes y se rebajan otras. Una ulterior mitigación de las penas se debe a las leyes de 19 de mayo de 1863 y 30 de mayo de 1854.

Las siguientes reformas tienen su origen en la penetración en Francia de los postulados de la Escuela positivista italiana a finales del siglo XIX. En las Leyes de 27 de mayo de 1885 y de 26 de marzo de 1891 se acoge plenamente el concepto de peligrosidad social y se crean nuevas penas para los delincuentes habituales, tales como la "*relégation*" definitiva en Guayana, mientras que se prevén medidas favorables para los delincuentes primarios.

En el período de entreguerras se elabora el Proyecto de reforma de 1934 que responde a las elaboraciones del positivismo crítico sobre la defensa social y las medidas de seguridad. Tras el segundo gran conflicto europeo las ideas positivistas permanecen pero desde otra perspectiva. Se habla de una "defensa social nueva" que no tiene como objetivo únicamente la defensa de la sociedad sino también la de readaptación de la persona del delincuente.

Varios fueron posteriormente los intentos de reforma. Así, en 1974 se elabora un Anteproyecto de Código penal (Parte General); sobre este texto se publica en 1978 un Anteproyecto definitivo que encontró una tibia acogida por parte de la doctrina. La presentación del polémico Proyecto "*securité e liberté*", convertido en

---

*et il l'a fait si souvent que, sur la plupart des questions, le code pénal dit de 1810 était à la veille de sa disparition, aussi moderne que les plus récents des codes étrangers". J.PRADEL, Le Nouveau Code pénal (Partie général), Paris, 199, pág.3.*

Ley el 10 de junio de 1981<sup>196</sup>, y la transformación política que se produjo en Francia con el cambio del Presidente de la República retrasaron la labor de la Comisión. Se continuó trabajando sobre el proyecto anterior, aunque se reformó parcialmente. Paralelamente se última la Parte Especial del Código.

En febrero de 1986 se presenta al Senado un Proyecto de Ley que comprende tres Libros relativos a las disposiciones generales del Código penal (L.I); a los crímenes y delitos contra las personas (L.II); y a los crímenes y delitos contra los bienes (L.III).

Por fin, en febrero de 1989, se presentan al Parlamento tres Proyectos de ley que formaban los tres primeros Libros de Nuevo Código penal. El IV Libro se elaboró más tarde y se sometió al examen de la Asamblea Nacional en 1991. Tras las diferentes lecturas de las Cámaras, el 22 de Julio de 1992 se promulgaron las cuatro leyes que componen el Nuevo Código penal. La entrada en vigor estaba prevista para el 1 de septiembre de 1993, pero una ley de julio de ese año la retrasa hasta el 1 de marzo de 1994.

Veamos brevemente la evolución de la regulación de la participación en los Códigos franceses.

---

<sup>196</sup> La Ley de "*Sécurité et Liberté*" pretendía operar un cambio profundo en la política criminal acentuando la represión de determinados delitos (*infractions de violence*) a la vez que limitaba el poder de los jueces en relación con ellos. El recrudecimiento de la represión levantó numerosas polémicas que provocaron la dimisión de algunos miembros de la comisión codificadora.

El Código de 1810 distinguía autoría y complicidad. Esta última comprendía tanto las hipótesis de provocación, de ayuda material y de asistencia.

El Anteproyecto definitivo de 1978 recogía una clasificación diferente. Distinguía entre autor - tanto material, como autor por omisión del delito cometido por una persona a él sometida -, cómplice - ayuda o asistencia -, e instigador - que comprendía las hipótesis de provocación no acogida, hasta entonces impune en cuanto tentativa de complicidad.

El Proyecto de 1986 mantenía la regulación de 1978 y distinguía entre autor, cómplice e instigador, con la novedad que exigía para la punibilidad de este último que actuase por "*don, promesse, ruse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir*". Se trata de los mismos requisitos previstos para la provocación en el Código de 1810. Otra novedad del Proyecto era la previsión de punibilidad de la instigación no acogida; el Nuevo Código penal de 1994 renuncia a ella.

El Nuevo Código penal regula la participación en el Libro I, Título II que se ocupa "De la responsabilidad penal" (art.121-1 a 122-8)<sup>197</sup> y dentro de éste en el Capítulo I de "Disposiciones generales". La reforma del anterior sistema no es, como se verá, excesivamente relevante si se exceptúa la gran novedad relativa a la admisión, por primera vez en el sistema francés, de la responsabilidad de las personas jurídicas.

---

<sup>197</sup> En Nuevo Código penal francés adopta un nuevo sistema de numeración de los artículos; a cada uno de ellos se les asigna un número cuya primera cifra indica el Libro, la segunda el Título, la tercera el Capítulo y por fin la última el número correspondiente al propio artículo.

Veamos la actual regulación:

Art.121-1: "*Nul n'est responsable pénalement que de son propre chef*".

Este primer artículo del Capítulo dedicado a la participación constituye una novedad en relación con la tradición francesa ya que no existía un precepto similar en el Código penal de 1810.

Por lo que respecta a las figuras de los partícipes el Nuevo Código penal francés adopta un sistema distinto al propuesto por los proyectos de reforma y más parecido al del Código napoleónico. Se regulan y describen sólo las figuras del autor (art.121-4) y del cómplice (art.121-7). No se recoge, pues, la figura del instigador - y por tanto la regulación de la instigación no seguida- ya que las conductas que lo definen se consideran incluidas en la complicidad.

En cuanto a las penas, el Código de 1810, adoptando el principio de "*emprunte de penalite*", como hemos visto, consideraba al cómplice sujeto a la misma pena que el autor del delito. Idéntica solución se adoptaba en el Proyecto de 1986: "*les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou délit*" (art.121-7).

El Nuevo Código penal modifica ese principio al establecer en el art.121-6 "*sera puni comme auteur le complice de l'infraction*". En el capítulo dedicado al estudio comparado de los actuales sistemas de participación tendremos ocasión de

---

Así, el primer artículo de la participación es el 121-1 (L.I, T.II, Cap. I, art.1).

analizar las razones de esta modificación debida al Senado<sup>198</sup>. Basta aquí notar que, mientras que en el anterior sistema el juez podía aplicar al cómplice una pena distinta de la del autor, con la nueva regulación, el cómplice será castigado con la misma pena que le hubiese correspondido de ser él mismo el autor del delito.

Ahora bien, tal como veremos más adelante, si en el plano objetivo al cómplice le corresponde la misma pena que la ley asigna al autor de la infracción, en la práctica, la pena efectivamente aplicada a ambos puede ser distinta. De hecho se podrá aplicar al cómplice una pena mayor en función de su culpabilidad y de las circunstancias agravantes que concurran; y podrá ser, en cambio, menor la pena, si el juez aplica al cómplice alguna circunstancia atenuante que no concurre en el autor.

El modelo del Nuevo Código penal es, en definitiva, con las diferencias que se verán en el siguiente capítulo, prácticamente idéntico al del anterior Código, lo que lleva a pensar en una ocasión perdida de replanteamiento del sistema francés<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> La modificación se debe al Senado y está conectada a la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas. Éstas no reciben las mismas penas que se aplican a los individuos. De manera que cuando concurra una persona jurídica, en calidad de autor, con un individuo que actúe como cómplice, éste no podrá ser castigado de la misma manera que la persona jurídica, es decir como el autor del delito. El nuevo art.121-6 crea así una ficción jurídica que permite castigar al cómplice-individuo con al pena correspondiente al autor.

<sup>199</sup> *"l'interprète ne peut s'empêcher d'éprouver le sentiment d'un immense gaspillage d'énergie puisque après un gros effort pour modifier le Code de 1810, notamment suite à l'arrêt Lecour, le législateur en revient pratiquement à 1810"*. J.PRADEL, *Le Nouveau Code*, op.cit., pág.60.

## 2.4. La codificación en Portugal<sup>200</sup>

El primer Código penal portugués es el de 1852 y es, también en este caso, producto del espíritu revolucionario al que Portugal se suma, iniciando la reforma de su legislación penal. Así, en 1800 y 1802 se promulgan sendos Decretos mediante los cuales se modifica el sistema de penas, hasta entonces establecidas por las Ordenanzas filipinas de 1603. Tras la promulgación de la Constitución de 1826 se hace evidente la necesidad de una reforma global del sistema penal. La labor de codificación se inicia en 1845 y concluye con la aparición del mencionado Código penal de 1852.

En 1886 se lleva a cabo una primera reforma de ese primer Código y se promulga un nuevo Código el 16 de septiembre de ese mismo año. Este nuevo texto está inspirado en los Códigos español, francés y napolitano y desde el punto de vista doctrinal se nota particularmente la influencia de ROSSI.

Ya en nuestro siglo, el régimen dictatorial portugués introduce reformas en la legislación penal y penitenciaria. El Decreto-Ley de 28 de mayo de 1936 modifica el sistema penitenciario y más tarde el Decreto-Ley de 1954 se ocupa del sistema de penas e incorpora las medidas de seguridad.

Tras un intento de reforma en 1963 correspondiente a la Parte General, y otro en 1966 sobre la Parte Especial, en 1982 se elabora un Código penal, promulgado por Decreto-ley, n<sup>o</sup>400/82 de 23 de diciembre.

---

<sup>200</sup> Se recoge aquí la evolución de la regulación de la participación en Portugal ya que

Por lo que respecta la regulación de la participación, el Código penal portugués establecía.

*Artículo 26 (Autoría):*

“Es punible como autor quien ejecuta el hecho por sí mismo o por medio de otro, o toma parte directa en su ejecución por acuerdo o conjuntamente con otro u otros, así como el que dolosamente determina a otra persona a realizar el hecho siempre y cuando se haya dado comienzo a la ejecución”.

*Artículo 27 (Complicidad):*

1. “Es punible como cómplice quien, dolosamente con cualquier medio, presta auxilio material o moral a la comisión por otro de un hecho doloso.
2. Es aplicable al cómplice la pena fijada para el autor, especialmente atenuada”.

*Artículo 29 (Ilicitud de la participación):*

1. “Si la ilicitud o el grado de ilicitud del hecho dependieran de ciertas cualidades o relaciones especiales del agente, basta, para aplicar a todos los partícipes la pena respectiva, que esas cualidades o relaciones se verifiquen en cualquiera de ellos, excepto si fuera otra la intención de la norma incriminadora.
2. Siempre que, por efecto de la regla del artículo anterior, resultara para alguno de los partícipes la aplicación de una pena más grave, ésta podrá, consideradas las

---

en la tercera parte de este trabajo se hará referencia, aunque marginalmente a ella.

circunstancias del caso, ser sustituida por la que hubiese sido aplicable de no haber intervenido tal regla<sup>201</sup>”.

La Ley 35/94 y el Decreto-Ley nº.48/95 de 15 de mayo que reforman el Código penal portugués dejan inalterados estos artículos.

La actual regulación de la participación difiere de la prevista en el Proyecto de 1963 que regulaba conjuntamente autoría y complicidad, de manera que la complicidad era considerada como un de las modalidades de autoría<sup>202</sup>. La Comisión de Revisión, aun sin pronunciarse sobre esta opción modifica la redacción del

---

<sup>201</sup> Artigo 26 Autoria: “É punível como autor quem executa o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou toma parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determina outra pessoa a prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.”

Artigo 27 Cumplicidade: “É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, presta auxílio material o moral à pratica por outrem de um facto doloso.

2. É aplicável ao cúmplice a pena fixada para autor, especilmente atenuada”.

Artigo 28 Ilicitude na compartipação:”1. Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os participantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora.

2. Sempre que, or efeito da regra do numero anterior, resulte para algum dos participantes a aplicação de pena mais grave, pode esta, consideradas as circunstancias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra nao interviesse”.

<sup>202</sup> “El Proyecto de 1963 estructuraba claramente la participación en función de la causalidad, en la visión de la doctrina clásica de Farinacio y de Feuerbach(...), previendo los casos de autoría inmediata o material singular, de caoautoría mediata o moral, incluyendo los casos designados por la doctrina alemana de instigación y los de complicidad. Así sigue siendo, aunque las referencias a la causalidad son menos claras. Se trata de doctrina consolidada y que debe ser seguida siempre salvo que se le oponga la ley. Ahora esto no sucede, y por el contrario, la expresión legal *quem, dolosamente, determina outra pessoa à prática do facto* contiene subyacente una regla de causalidad. M.MAIA GONÇALVEZ, *Código penal portugues, anotado*

artículo 27 y desdobra en dos preceptos distintos la regulación de autoría y participación volviendo, pues, al sistema tradicional. De manera que, como se dijo, el Nuevo Código penal regula la complicidad como figura autónoma, y aplica al cómplice la pena del autor especialmente atenuada.

El nuevo Código elimina la figura de la instigación como figura autónoma. Se prevé en cambio la figura del autor mediato moral como forma de complicidad, forma que por otra parte requiere el dolo (art.27).

El artículo 28 se ocupa de la ilicitud de la participación. La redacción de este artículo también se debe al Proyecto de 1963 que, por otra parte no varía el régimen tradicionalmente aplicado a partir de la sentencia de 9 de diciembre de 1951 que sienta la jurisprudencia aplicable a la comunicación de las circunstancias a todos los partícipes<sup>203</sup>.

Por último, el encubrimiento y la receptación estaban regulados por el Código de 1886 como formas de participación. Actualmente son considerados delitos autónomos regulados en la Parte Especial del Código en los artículos 367 (*Favorecimento pessoal*) y 231 (*Receptação*).

---

*e comentado e legislação complementar*, Coimbra, 1996, pág. 171.

<sup>203</sup> "A partir do assento de 19 de Dezembro de 1951, que fixou a jurisprudência no sentido de que as qualidades exigidas nas incriminações dos arts.312º y 313ºeran elementos constitutivos dos respectivos crimes, sendo por tanto as sanções desses artigos aplicáveis tanto aos autores materiais como ais morais, seguiu-se geralmente todas as infracções a orintaçãoaqui formulada no nº.1". M.MAIA CONÇALVES. *Código penal português*, op.cit., pág.178.

Los proyectos de reforma de los años sesenta inspiran la posterior reforma que da lugar al actual Código penal portugués aprobado en 1995 por Ley 35/94 y por Decreto-Ley 48/95. La regulación de la participación en este nuevo Código permanece inalterada respecto a lo hasta aquí expuesto.

### 3. CONCLUSIONES

1. A lo largo de su historia, Europa ha estado unida o separada desde el punto de vista penal. Hasta el siglo XIX los ordenamientos del continente europeo se caracterizan por el régimen plural del Derecho común. A partir de entonces la codificación llevó a la promulgación de reglas idénticas aplicables a todo el territorio nacional. Este salto demuestra que una comunidad jurídica puede decidir instaurarse sobre una opción de unificación, es decir, de aplicación de normas idénticas. La unificación penal, es pues, por lo menos desde un punto de vista histórico, una posibilidad real.

2. Las técnicas normativas aplicadas a la participación en el delito de las vigentes regulaciones europeas son también el resultado de una evolución histórica que parte de las raíces comunes constituidas por el sustrato compartido del Derecho romano. En él, a pesar de las dificultades para reconstruir la regulación de la participación, es posible identificar la diferencia entre *auctor o princeps sceleris y socii o participes*. Igualmente procede del Derecho romano la distinción entre cooperación material –*ope ferre*- y la inducción –*consiglio dare*-, así como una cierta graduación de las penas.

3. Esas primeras construcciones sobre la participación en el delito se convierten en patrimonio común de los sistemas jurídicos analizados. En España, la recepción del Derecho común se inicia a partir de finales del siglo XII, y presenta algunas peculiaridades, ya que se produce en plena Reconquista. Por lo que concierne al Derecho penal, la legislación en esta materia está fundamentalmente recogida en el Fuero Real (Libro VI) y en las Siete Partidas (Séptima). En el primero, la regulación de los grados y circunstancias de participación aparece de manera muy tosca. Las Partidas en relación con la participación suponen un salto cualitativo respecto de la anterior regulación ya que, aunque no existe una distinción expresa entre autor y cómplice, se recogen en ellas distintas formas de participación. Así, en la Septima Partida se hace referencia a los *ayudadores* que son los que contribuyen a la comisión de un delito con actos tales que sin ellos no se hubiese podido ejecutar, Se les aplica la misma pena que a los autores, inspirándose directamente en el Derecho romano.

En Francia la recepción del Derecho común encontró notables dificultades derivadas del recelo de la monarquía francesa hacia el Derecho imperial. En Italia el nuevo Derecho se materializa en los "*Statuti dei cittadini*". En ellos aparecen por primera vez los principios generales aplicables a la participación. Los prácticos napolitanos elaboran el principio de graduación de la responsabilidad y la distinción entre *socci criminis*, castigados con la misma pena y *socci in crimine*, a los que se aplica una pena inferior. Al cómplice, por lo general, se le aplica una pena menor que al autor del delito. Al inductor y al cooperador necesario, en cambio, se les trata de igual manera que al autor material. Este tratamiento de las formas de participación inspirará los primeros Códigos europeos y es la que todavía permanece en algunos de los vigentes.

4. La evolución del Derecho penal sigue ligada a la transformación política de Europa y se plasma en la codificación. Con ella se fragua la configuración de los distintos modelos de participación que son resultado de los antecedentes analizados y de influencias recíprocas. Así, en Italia los nuevos Códigos se inspiran en la legislación napolitana y parten de la distinción entre las diferentes figuras de los partícipes, diferenciándose netamente del sistema francés de equiparación entre ellos a efectos de pena. En España la codificación está vinculada a los distintos períodos constitucionales, y claramente influida por la codificación francesa. El primer Código de 1822, inspirado en el francés, de 1810 influirá, a su vez el de 1848. En Francia, dada la larga vida del Código napoleónico de 1810, la historia de la codificación se identifica casi completamente con éste. Las reformas llevadas a cabo en este Código, que en gran parte tienen su origen en la penetración en Francia de los postulados de la Escuela positivista italiana a finales del s.XIX, no afectan sustancialmente a la regulación de la participación. Como tampoco cambia de manera significativa la técnica empleada por el Nuevo Código penal francés de 1994 que sustituye, tras casi 150 años de vigencia, al napoleónico.

5. La codificación supone, pues, la consolidación de las técnicas normativas aplicables a la participación. Pero estas técnicas, aunque diferentes, son el resultado de una evolución histórica y doctrinal compartida. Esto hace posible un análisis comparado que tenga como finalidad la búsqueda de lo común o extrapolable entre los diversos sistemas analizados.

*"Les connaissances que l'on a acquises dans quelques pays, et que l'on acquerra dans des d'autres, sur les règles les plus sûres que l'on puisse tenir dans les jugements criminels, intéressent le genre humain plus qu'aucune chose qu'il y ait au monde."  
(MONTESQUIEU)*

## **TERCERA PARTE**

# **LOS MODELOS DE REGULACIÓN LEGAL DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS DERECHOS POSITIVOS VIGENTES ESPAÑOL, ITALIANO Y FRANCÉS**

## **1. PANORÁMICA DE LA REGULACIÓN DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS**

La complejidad de la participación en el delito, que doctrinalmente se traduce en la falta de acuerdo sobre su naturaleza, es una de las causas de que no exista tampoco uniformidad en la regulación de esta figura en los distintos ordenamientos penales. En el capítulo anterior hemos visto cómo las diferentes técnicas normativas que a ella se refieren son resultado de una evolución histórica y doctrinal. Así, a partir de las primeras codificaciones, mediante la recepción en las sucesivas reformas de las distintas interpretaciones doctrinales, se han ido configurando las regulaciones de la participación en los países europeos.

Tanto la evolución histórica como las corrientes doctrinales son comunes a la mayoría de los sistemas jurídicos de los países de nuestro entorno y, enlazándose entre sí, han ido creando divergencias y afinidades entre ellos. Por esta razón, con el propósito de llevar a cabo un análisis comparado, es posible agrupar los vigentes ordenamientos europeos en función de la afinidad de la técnica normativa utilizada para la regulación de la participación en el delito.

Desde la óptica de la comparación de los actuales ordenamientos europeos y de sus precedentes históricos, emerge que las principales soluciones en materia de participación pueden agruparse en torno a tres configuraciones posibles. Dos de ellas podemos denominarlas principales en la medida en que suponen alternativas claramente diferenciadas. La tercera es mixta ya que utiliza elementos de las otras dos.

Las dos configuraciones principales consisten en:

1- Negar la posibilidad o la necesidad de distinción entre las figuras de los partícipes a un hecho delictivo, salvando la posibilidad de establecer luego una diferenciación de la pena, mediante el uso de las circunstancias agravantes y atenuantes en función del papel desempeñado por cada partícipe. Son los llamados modelos unitarios. A esta técnica responde el vigente Código penal italiano.

2- Partir de la distinción de las conductas de participación tipificándolas y estableciendo una disminución de la pena para algunos de los partícipes. Éste, como se vio, era el sistema clásico de los primeros Códigos europeos<sup>204</sup>. Se suele hacer referencia a ellos como modelos de diferenciación. A esta configuración responde el vigente Código penal español.

La tercera posibilidad es utilizar elementos de los dos modelos principales de manera que es posible:

3- Admitir que existen en abstracto diferencias entre las conductas de los distintos partícipes, describiéndolas con mayor o menor precisión, pero afirmando que todos responden por igual del delito y, por tanto, equiparándolos a efectos de la aplicación de la pena<sup>205</sup>. Podemos denominarlos modelos mixtos. Así, el Código francés de

---

<sup>204</sup> Como precedente de este modelo ya se hizo referencia al Código penal bávaro de 1813.

<sup>205</sup> Este modelo genéricamente denominado sistema romano-francés de responsabilidad "*in solidum*" tiene su origen en el Derecho romano y, más concretamente en la solidaridad subjetiva integral que se aplicaba por los delitos públicos. A través del Derecho germánico, y posteriormente del Derecho canónico medieval, esta construcción es recogida por el Código francés revolucionario de 1791. Inspiran luego el vigente sistema francés de "*emprunt absolut*".

1810 y el vigente Código penal francés de 1994, ya que este nuevo texto ha aportado algunas novedades a la anterior regulación de la participación sin modificar esencialmente el criterio del precedente Código. También puede incluirse en este grupo, aunque con matices, el Código penal portugués, que aplica al cómplice la pena del autor atenuada.

En definitiva, las vigentes regulaciones de la participación se mueven entre los dos polos representados por las soluciones adoptadas por los ordenamientos español e italiano. Esto explica que en este trabajo de investigación se confronten principalmente estos modelos.

Entre ambas técnicas normativas cabe, como hemos dicho, que el sistema empleado sea mixto. Las soluciones adoptadas por el ordenamiento francés – y por el portugués –, representativo de este tercer grupo, se utilizarán en la medida que puedan arrojar luz sobre los problemas que los dos sistemas principales presentan.

Hay que advertir que la clasificación es conscientemente esquemática<sup>206</sup> y parece casi inútil señalar que en cada uno de estos grupos se pueden encontrar

---

<sup>206</sup> Somos conscientes de que existe una cierta simplificación en la distinción aquí propuesta y que caben otras posibles clasificaciones, como la clásica de KIENAPFEL, quizá más completas. El problema es que por perfectas que puedan parecer las clasificaciones propuestas, a la hora de encajar las regulaciones positivas no resulta fácil establecer las diferencias entre un Código que prevé genéricamente las distintas formas de participación, y otro que sin mencionarlas apenas establece una reducción de pena para las contribuciones de menor importancia. En todo caso, quizá no tenga sentido apurar más las clasificaciones cuando del examen del debate doctrinal en materia de participación se deduce que éste, normalmente, se ha desarrollado en torno a las dos posibles técnicas normativas que aquí hemos denominado "principales". Cfr. sobre el tema S.SEMINARA, *Tecniche*, *op.cit.*, págs. 3 y ss.

matices tales que a veces crean dificultades de colocación de los distintos ordenamientos<sup>207</sup>.

Sin embargo, desde la óptica de búsqueda de lo común que persigue este trabajo, no puede negarse que los vigentes Códigos penales europeos responden en mayor o menor medida a una de las tres configuraciones anteriormente descritas. Por ello, aún reconociendo nuevamente que toda clasificación es reductiva y que no permite matizar la riqueza de los distintos sistemas, consideramos que es posible agrupar los ordenamientos de nuestro entorno siguiendo el esquema propuesto. Veámoslo

## **I. I. Primer grupo: Modelo unitario**

### **a) El Código penal noruego de 22 de mayo de 1902**

No prevé una distinción entre las distintas figuras de la participación puesto que, a diferencia del modelo italiano, ni siquiera existe una regulación específica de la participación. Son los propios tipos de la Parte Especial los que se refieren a quien "ocasiona o coopera". La única referencia explícita a la comisión del delito por una pluralidad de personas está contenida en el artículo 58, que completa el sistema estableciendo que: "Si varias personas han colaborado a una acción criminal la pena puede ser reducida más allá del límite previsto y ser de una categoría inferior para

---

<sup>207</sup> Así, por ejemplo, otra solución normativa intermedia se refleja en el Código mejicano, que, partiendo de un modelo unificado, establece la posibilidad de una disminución de la pena para algunos de los participantes. El Código mejicano usa como criterio de punibilidad diversificada

aquellos cuya colaboración haya sido provocada por una situación de dependencia hacia uno de los culpables, o haya sido de escasa importancia respecto a la de los demás. Cuando la pena pueda traducirse en una multa, así como en caso de falta, puede ser simplemente suprimida".

#### **b) El Código penal danés de 15 de abril de 1930**

El Código penal danés prevé una reducción de la pena, en principio igual para todos los partícipes, sólo para aquéllos cuya contribución sea considerada de escasa importancia. Así, el artículo 23 dice: "La pena prevista por una infracción a la ley se aplica a todos los que con, instigación, consejos o actos, han contribuido a la ejecución del ilícito. La pena puede ser reducida para aquellos que han querido sólo prestar una asistencia de importancia secundaria o reforzar una resolución ya tomada".

#### **c) El Código penal austríaco de 1 de enero de 1975**<sup>208</sup>

Por último, responde a esta técnica normativa el Código penal austríaco, cuyo artículo 12 aplica el mismo tratamiento a todos los participantes en el delito. El

---

el criterio de mayor peligrosidad. En una manera similar se orientó el proyecto FERRI en Italia.

<sup>208</sup> Tanto el Código penal danés como el austríaco se consideran normalmente representativos de los modelos unitarios, sin embargo no son iguales al modelo noruego o al italiano, pues, en cierta medida admiten, si no una diferenciación clara de las conductas de participación, sí una referencia a distintas categorías de partícipes en las que pueden identificarse el autor, el instigador y el cómplice a los que se aplica, en todo caso, la misma pena.

mencionado artículo dispone lo siguiente: "No solo el autor inmediato ejecuta la acción punible, sino también todo el que determina a otro a la ejecución, o de alguna manera coopera con la misma; el artículo 13 se refiere a la punibilidad independiente de los partícipes: "Si en el hecho participan varios, cada uno será castigado de acuerdo con su propia culpabilidad". Por último, el artículo 14 se ocupa de las cualidades y relaciones del autor y dice así: "Si la ley hace depender la punibilidad o la gravedad de la pena de cualidades personales especiales o de relaciones personales especiales del autor, que se refieran a la ilicitud, la ley será aplicable a todos los partícipes, inclusive si estas cualidades o relaciones sólo concurren en uno de ellos".

## **1.2. Segundo grupo: modelo diferenciado**

Se trata del modelo de diferenciación de las conductas de participación con aplicación de pena reducida para algunos partícipes. Además del Código penal español pueden incluirse en este grupo<sup>209</sup>:

### **a) El Código penal alemán de 1 de enero de 1975**

El artículo 25 de este Código dispone: "Es castigado como autor quien ejecuta el hecho por sí o sirviéndose de otro sujeto. Si el hecho es cometido conjuntamente

---

<sup>209</sup> También responde a este sistema, por influencia española, numerosos Códigos sudamericanos.

por varias personas, cada uno responde de él como autor (coautor)". Los artículos 26 y 27 completan el sistema estableciendo el primero que: "Como instigador es castigado, en igual medida que el autor, quien dolosamente ha instigado a otros a un hecho antijurídico doloso"; el segundo se refiere al auxiliador: "Como auxiliador es castigado quien ha doloso prestado ayuda a un hecho antijurídico doloso. La pena del auxiliador se determina sobre la base de la aplicable al autor, reducible según el art.49.1"

#### **b) El Código penal holandés de 3 de marzo 1881**

En el artículo 47 de este texto se dispone: "Son castigados como autores de un hecho ilícito: 1. Los que cometen el hecho, lo hacen cometer o concurren a su comisión; 2. Los que, con dones, promesas, abuso de autoridad, violencia, amenaza o engaño o proporcionando ocasiones, medios o indicaciones provocan dolosamente el hecho. Respecto a estos últimos serán tomadas en consideración sólo las conductas que hayan dolosamente instigado". En el artículo 48 se regula la complicidad en estos términos: "Son castigados como cómplices de un delito: 1. Los que prestan conscientemente su asistencia para cometer el delito; 2. Los que procuran conscientemente la ocasión, los medios o las indicaciones para cometer el delito". Por último el artículo 49 prescribe que: "Respecto a los cómplices el máximo de la pena prevista será reducida de un tercio (...)".

### **c) El Código penal finlandés de 19 de diciembre de 1889**

Regula la participación en los artículos 1 a 3 del Capítulo V. Respecto a la autoría el artículo 1 dispone: " Si dos o más individuos toman parte en la realización de un delito, cada uno de ellos es castigado como autor principal". El artículo 2 prevé que, "quien haya incitado o inducido a otros intencionalmente a cometer un delito con provocaciones, dotes, seducciones o de otra manera es castigado, en calidad de instigador, como si fuera el autor principal, siempre que el delito haya sido consumado o tentado"; Por último, el art.3 describe la complicidad afirmando que: "quien facilita intencionalmente la realización de un delito antes o durante la ejecución, con consejos actos o incitaciones, es culpable de complicidad, siempre que el acto criminal haya sido consumado o haya llegado al menos a la fase de tentativa(...).

### **d) El Código penal griego de 1 de enero de 1951<sup>210</sup>**

Regula la participación en los artículos.45 a 47. El artículo 45 dispone: "Cuando varios sujetos cometen conjuntamente un hecho punible, cada uno de ellos es castigado como autor del hecho"; el artículo 46 prevé que:" Es castigado con la misma pena reservada al autor a) quien ha dolosamente provocado a otros a cometer un acto injusto; b) quien ha dolosamente prestado un concurso directo al autor durante la comisión del acto principal(...); Quien ha dolosamente prestado cualquier

---

<sup>210</sup> La inclusión del Código penal griego en este grupo podría ser contestada ya que la disminución de la pena es facultativa o, mejor, el juez posee la facultad de aplicar al cómplice la misma pena que al autor por razones de política criminal.

asistencia antes o durante la comisión del acto ilícito, excluido el caso previsto en la letra b) del artículo precedente, se considera como cómplice y es castigado con una pena reducida. Es aplicable lo dispuesto en el artículo 42, apartado 2º, es decir: " Si el tribunal considera que la pena reducida (...) no es suficiente para impedir al agente que cometa otros hechos punibles, puede imponer la pena prevista por la ley para el acto consumado, excluida la pena de muerte"

#### e) El Código penal belga de 1867

Todavía en vigor, aunque en vías de revisión<sup>211</sup>. El artículo 66.1 establece que: "Serán castigados como autores de un crimen o de un delito los que hayan ejecutado o hayan cooperado directamente a su ejecución" y el art.67 se ocupa de la complicidad en los siguientes términos: "Serán castigados como cómplices de un crimen o de delito: Los que hayan dado instrucciones para cometerlos; los que hayan proporcionado armas, instrumentos o cualquier otro medio que haya servido al crimen o delito, con la conciencia de que sería utilizado para ello; los que, fuera del caso previsto en el apartado 3 del art. 66, hayan conscientemente ayudado o asistido al autor o a los autores del crimen o delito en los hechos que lo han preparado o facilitado o en aquellos que lo han consumado". Para el cómplice se prevé una pena atenuada.

---

<sup>211</sup> El Anteproyecto de Código penal de 28 de enero de 1986 abandona el sistema de distinción entre autor, coautor y cómplice y adopta una concepción general de la participación fundada en las nociones de cooperación, de auxilio y de provocación remitiendo su apreciación

### 1.3. Tercer grupo: modelo mixto

Corresponde, en cambio, al tercer grupo o modelo normativo mixto, además del francés, el Código penal portugués, cuya regulación ya ha sido recogida en el la segunda parte de este trabajo. Recordamos aquí que este Código se ocupa de la participación en los artículos 26 a 28, definiendo al autor, en el primero de este modo: "quien ejecuta el hecho por si mismo o por medio de otro, o toma parte directa en su ejecución por acuerdo o conjuntamente con otro u otros, así como el que dolosamente determina a otra persona a realizar el hecho siempre y cuando se haya dado comienzo a la ejecución", y al cómplice en el artículo 27, cuyo apartado segundo dispone que "es aplicable al cómplice la pena fijada para el autor, especialmente atenuada".

Concluyendo, la precedente panorámica nos sirve para fijar los términos de la comparación que se plantea en este capítulo y el objetivo de la misma. Un grupo de los ordenamientos jurídicos europeos adopta, como el italiano, el sistema unitario, otros, como el español aceptan la distinción entre autor y cómplice; por último, el francés y el portugués optan por un sistema mixto que, como los modelos diferenciados, describen las distintas figuras de participación, pero, como los unitarios, consideran equiparables todos los partícipes a efectos de la pena, *admitiendo si acaso una disminución facultativa de ésta para el cómplice. Mediante la descripción, evaluación y confrontación de los ordenamientos elegidos como representación de cada grupo será posible hacerse una idea de los problemas y soluciones que cada una de las opciones ofrece.*

---

al juez. Todos los partícipes son en todo caso castigados como los autores del delito.

Una vez realizada esa comparación podrá alcanzarse el objetivo que se persigue a través del análisis de estos modelos normativos, que es llegar a establecer cuál es el que mejor responde a los problemas que la figura de la participación plantea, de manera que a la hora de pensar un posible Derecho común europeo exista un modelo o por lo menos una orientación sobre las ventajas y desventajas de las configuraciones que inspiran los vigentes Códigos penales de los países comunitarios.

## **2. ESTUDIO DE LOS MODELOS ITALIANO, ESPAÑOL Y FRANCÉS**

### **2.1. El modelo unitario: sistema normativo italiano**

Como hemos visto en la introducción histórica, la tradición italiana responde al sistema clásico de diferenciación de responsabilidad entre autor y cómplice. Éste era el modelo que, desde el período preunitario, acogían los Códigos de Nápoles, de Parma y del Estado Sabauda, y es el que se impuso tras la unificación.

La distinción de las categorías de partícipes a efectos de aplicación diferenciada de la pena es, también, el eje en torno al cual giran los distintos proyectos de Códigos que precederán al luego definitivamente adoptado en 1889 por el Código ZANARDELLI.

Siguiendo este criterio, el Código ZANARDELLI de 1889 establecía diferencias entre el ejecutor, el cooperador inmediato, el inductor (art.63) y el partícipe necesario (art.64)<sup>212</sup>.

La doctrina criticó casi unánimemente este sistema, especialmente por las dificultades que surgían en el momento de encajar los casos reales en los esquemas formalmente preestablecidos, considerando, por lo general, que la mayor certeza aparente del sistema no compensaba los fallos planteados en la dosificación de las penas<sup>213</sup>.

Pues bien, justamente esta dificultad ponía en cuestión el objetivo último de la regulación del Código ZANARDELLI, que no era tanto definir las distintas

---

<sup>212</sup> Recordamos aquí la redacción de estos artículos: Art. 63: "*Quando più persone concorrono nella esecuzione del reato, ciascuno degli esecutori e dei cooperatori immediati soggiace alla pena stabilita per il reato commesso. Alla stessa pena soggiace colui che ha determinato altri a commettere il reato; ma all'ergastolo è sostituita la reclusione da venticinque a trenta anni, e le altre pene sono diminuite di un sesto, se l'esecutore del reato lo abbia commesso anche per motivi propri*".

Art. 64: "*È punito con la reclusione per un tempo non minore dei dodici anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo diminuita della metà, colui che è concorso nel reato 1.con l'eccitare o rafforzare la risoluzione di commetterlo, o col promettere assistenza od aiuto da prestarsi dopo il reato; 2.col dare istruzioni o col somministrare mezzi per eseguirlo; 3. col facilitarne l'esecuzione, prestando assistenza od aiuto prima o durante il fatto. La diminuzione di pena per il colpevole di alcuno dei fatti preveduti nel presente articolo non è applicabile, se il reato senza il suo concorso non si sarebbe commesso*".

<sup>213</sup> Así por ejemplo, C.PEDRAZZI, *Il concorso*, op.cit., pág.111: "*Ai fini de la certezza del diritto la soluzione (del Codice Zanardelli) può sembrare apprezzabile. Ma il vantaggio non compensa le manchevolezze en ordine all'assunto principale: il dosaggio delle pene. Le figure classiche dei compartecipi sono astrazioni aprioristiche, ove per necessità logica la realtà viene depauperata dai tratti più singolari.(...) Collegando a simili figure il meccanismo degli aumenti e delle diminuzioni di pena, si rischia di erigere a criterio decisivo quello che non è che un elemento di giudizio*"

categorías de partícipes, como trazar una neta distinción entre coautoría y complicidad a efectos sancionatorios<sup>214</sup>.

El Código penal vigente modificó radicalmente esta concepción y adoptó el sistema de identidad de tratamiento para todos los que participan en el delito.

### 2.1.2. Descripción y evaluación del sistema italiano

El vigente Código penal italiano se ocupa de la participación en el Capítulo III: “*Del concorso di persone nel reato*”, Título IV, Libro I, artículos 110 a 119.

Todo el sistema gira en torno al art.110: ” ***Pena per coloro che concorrono nel reato.*** - “*Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti*”<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> Así se deduce de las propias palabras del legislador, que en la Relación que acompaña al Proyecto afirma “*D'altronde, non pare che in questa parte del Codice, dove si tratta del concorso di più persone nel delitto, si debba definire chi sia l'autore del medesimo, il quale si intende di leggeri non possa essere che l'esecutore immediato dell'atto che lo costituisce. Qui si deve soltanto stabilire chi, essendo più i partecipanti, sia da reputarsi coautore, cioè correo e chi da reputarsi complice*”. RELAZIONE DI ZANARDELLI sobre el Proyecto presentado a la Cámara de los Diputados el 26 de Noviembre de 1883 en S.SEMINARA, *Tecniche, op.ci.t.*, pág. 111 .

<sup>215</sup> Se recoge en nota el resto de la regulación: ***Art.111.Determinazione al reato a persona non imputabile.*** *Chi a determinato a commettere un reato una persona non imputabile, ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, risponde del reato da questa commesso, e la pena è aumentata* (El último periodo ha sido añadido por el D.L de 13.5.1991, nº.152, conv.por l.12.7.1991,nº.172).

*Se chi ha determinato altri a commettere il reato ne è il genitore esercente la potestà, la*

---

*pena è aumentata fino alla metà o, se si tratta di delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza, da un terzo a due terzi".*

*Párrafo añadido por el D-L. de 31-12-1991, n.419 (Istituzione del Fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive), convalidado por L. 18-2-1992, n.172*

*Art.112.Circonstanze aggravanti.-" La pena da infliggere per il reato commesso è aumentata:*

*1) se il numero di persone, che sono concorse nel reato, è di cinque o più, salvo che la legge disponga altrimenti;*

*2) per chi, anche fuori dei casi preveduti dai due numeri seguenti, ha promosso od organizzato la cooperazione nel reato, ovvero diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo*

*3) per chi, nell'esercizio della sua autorità, direzione o vigilanza, ha determinato a commettere il reato persone ad esso soggette;*

*4) per chi, fuori del caso preveduto dall'articolo precedente, ha determinato a commettere il reato un minore degli anni diciotto, o una persona in stato d'infermità o deficienza psichica, ovvero si è comunque avvalso degli stessi nella commissione di un delitto per il quale è previsto la flagranza( Este último párrafo ha sido añadido por el art.11 de d.l 13-5-1991,n.152 provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata),conv. por L.12-7-1991,n.203)*

*la pena è aumentata fino alla metà per chi si è avvalso di persona non imputabile o non punibile, a cagione di una condizione o qualità personale, nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza ( Párrafo añadido por el art.11 del d.l citado sobre provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata),conv. por L.12-7-1991,n.203)*

*Se chi a ha determinato altri a commettere il reato o si è avvalso di altri nella commissione del delitto ne è il genitore esercente la potestà, nel caso previsto dal secondo comma la pena è aumentata fino a due terzi( Párrafo añadido por el d.l. 31 -12-1991, conv.por L.18-2-1992 )*

*Gli aggravamenti di pena stabiliti nei numeri,1,2 e 3 di questo articolo si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile.*

*Gli aggravamenti di pena stabiliti nei numeri 1,2e 3 di questo articolo so applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile*

*Art. 113 Cooperazione nel delitto colposo.- Nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso.*

*La pena è aumentata per qui a determinato ad altri a cooperare nel delitto, quando concorrono le condizioni stabilite nell'articolo 111 e nei numeri 3 e 4 dell'articolo 112.*

*Art.114 Circostanze attenuanti.-"Il giudice qualora ritenga che l'opera prestata da taluna*

---

delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena.

*Tale disposizione non si applica nei casi indicati nell'articolo 112.*

*La pena può altresì essere diminuita per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato, quando concorrono le condizioni stabilite nei numeri 3 e 4 del primo comma e nel terzo comma dell'articolo 112(Parrafo modificado por el d.l 31-12-1991 conv. con modificaciones popr L.18-2-1992)*

**Art.115.- “Accordo per commettere un reato. Istigazione.** *“Salvo che la legge disponga altrimenti, qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo.*

*Nondimeno, nel caso di accordo per commettere il delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza.*

*Le stesse disposizioni si applicano nel caso di istigazione a commettere un reato, se l'istigazione è accolta, ma il reato non è stato commesso.*

*Qualora l'istigazione, non sia accolta, e si sia trattato d'istigazione a un delitto, l'istigatore può essere sottoposto a misura di sicurezza”.*

**Art.116. –“ Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti. -Qualora il reato commesso da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione”.**

**Art.117.-“ Mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti.-** *Se, per le condizioni o le qualità personali del colpevole, o per i rapporti fra il colpevole e l'offeso, muta il titolo del reato per taluno di coloro che vi sono concorsi, anche gli altri rispondono dello stesso reato. Nondimeno, se questo è più grave, il giudice può, rispetto a coloro per i quali non si sussistono le condizioni, le qualità o i rapporti predetti, diminuire la pena”.*

**118.-“ Valutazione delle circostanze aggravanti o attenuanti.-** *Le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti a alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono ( Artículo reformado por la Ley 7-2-1990, n.19 art.3)”.*

**Art.119.- “ Valutazione delle circostanze di esclusione della pena.-** *Le circostanze soggettive (70.2) le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato (46, 48, 88, 96, 97, 98, 649) hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono.*

*Le circostanze oggettive che escludono la pena(50-54) hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato”.*

Ya se advirtió en la introducción histórica, que para entender este brusco cambio del modelo de regulación de la participación en Italia es necesario tener en cuenta el entorno político y doctrinal en el momento de elaboración del nuevo Código. Entonces, llegamos a la conclusión de que la reforma, más que una opción consciente y técnica, encuentra sus raíces en opciones de política criminal derivadas de la particular situación política italiana.

En todo caso, es necesario hacer referencia al ámbito doctrinal en el que se fragua la reforma. Desde principios de siglo dominaban en Italia las corrientes positivistas cuyas construcciones son más antropológicas y sociológicas que de tipo dogmático.

Producto de esas corrientes doctrinales es el Proyecto FERRI del 1921<sup>216</sup>, que por primera vez en la historia de Derecho penal italiano propuso la solución de igual tratamiento sancionatorio para todos los participantes. Se preveía, sin embargo, la posibilidad de modificar la pena, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad de la conducta de cada partícipe a nivel individual. Al final, esta concepción fue parcialmente adoptada por la reforma definitiva que dió lugar al Código penal vigente; si bien las premisas de la reforma definitiva fueron distintas de las del mencionado Proyecto.

---

<sup>216</sup> El art.17 del Proyecto preliminar de Código penal italiano de 1921, conocido como Proyecto FERRI, establecía: "*Chiunque, come autore, coautore o complice, materialmente o moralmente, concorre in qualsiasi modo al delitto, è sottoposto alla sanzione stabilita per questo. Può essere diminuita la sanzione, secondo le norme dell'art. 76, per chi abbia partecipato con una azione che ne dimostri una minima pericolosità*".

Los miembros de la escuela positiva no eran, sin embargo, partidarios del concepto unitario de autor. El propio FERRI no admitía teóricamente dicho criterio, que consideraba como no correspondiente a la realidad. La elección de la equiparación sancionatoria respondía, por tanto, a razones de oportunidad política, es decir, a la convicción de que era imposible traducir la distinción entre los partícipes en una disposición normativa. La pena, por tanto, estaba ligada a la mayor o menor peligrosidad del agente, y no al contenido objetivo de la conducta<sup>217</sup>.

Así las cosas, no puede afirmarse que la actual regulación tenga su origen en la Escuela positiva, aunque, evidentemente, el acento que esta Escuela pone en la peligrosidad del agente recibe eco en el clima político y cultural en el que madura la actual regulación de la participación en Italia, que presupone un mayor rigor frente a la criminalidad<sup>218</sup>.

Pero también es cierto que la adopción del nuevo Código penal se fragua en un clima de reacción contra la Escuela positiva. Por ello, no son sólo o fundamentalmente ideas de tipo represivo las que inspiran la reforma, sino también motivos técnicos ligados a la certeza del Derecho y a la necesidad de corregir las deficiencias que, en la práctica, suponía el sistema del Código ZANARDELLI<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> Para un análisis de la postura de Escuela positivista italiana en tema de participación, cfr. S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, págs.16 y ss.

<sup>218</sup> De hecho en la propia Relación al Proyecto definitivo puede leerse que: "*il modo di partecipazione al reato può essere preso in considerazione, non per assegnare alle singole azioni dei concorrenti un diversa importanza causale, ma per dedurre elementi sintomatici sulla maggiore o minore pericolosità dei colpevoli*". *Relazione al Progetto definitivo*, pág.166.

<sup>219</sup> Véase, en todo caso S.MIR PUIG, para el que el concepto unitario de autor "responde ante todo a una opción política-criminal que estima conveniente castigar por igual a todos los intervinientes en un hecho. De ahí que la tesis haya sido defendida por la dirección moderna que

No parece necesario profundizar más sobre las razones y los condicionamientos históricos que llevaron a la reforma del Código ZANARDELLI y a la adopción de una técnica normativa radicalmente distinta. Interesa, en cambio, recordar que la formulación del Código actual encuentra su fundamentación en el principio de causalidad o, más exactamente, en el de la equivalencia de condiciones. El propio legislador afirma en el Informe que acompaña el Proyecto definitivo que: *"in conformità della più autorevole dottrina, anche in tema di concorso di più persone nel reato, la possibilità di discernere e separare le quote di causalità nelle determinazioni di un evento, ritenendo che tutto quanto è stato posto in essere perché l'evento si produca, debba considerarsi causa di questo"*<sup>220</sup>.

La doctrina causal ha influido, pues, de manera notable en elaboración de la teoría de la participación en Italia. No es, por tanto, sorprendente que la actual regulación haya encontrado en ella su principio inspirador. De hecho, la tradicional distinción entre autor y cómplice empieza a ponerse en tela de juicio justamente cuando comienza a imponerse la doctrina del delito entendido en sentido causal<sup>221</sup>.

El resultado, en todo caso, es la adopción del modelo unitario que se mantiene hasta nuestros días. Actualmente este modelo es contestado por un amplio sector doctrinal desde diversos puntos de vista. Una primera postura crítica considera que el art.110 no es más que una cláusula general, incompatible con el principio de

---

basa el Derecho penal en la peligrosidad del delincuente, por considerar especialmente peligrosa la intervención de varios delincuentes, y por la corriente nacionalsocialista de la Escuela de KIEL, que partía de un 'derecho penal de voluntad': Legislativamente ha sido acogida en Italia (art.110) tal vez por influjo de la Escuela positiva". *DPPG, op.cit.*, pág.390.

<sup>220</sup> *Relazione del Guardasigilli sul Progetto definitivo di Codice Penale.*

<sup>221</sup> Cfr. A.R.LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato*, en Enciclopedia del Diritto,

legalidad, ya que en este artículo se renuncia a cualquier delimitación de la responsabilidad de los distintos partícipes<sup>222</sup>. Desde otra perspectiva se señala críticamente que, con el actual sistema, la evaluación de la responsabilidad deja de ser un problema de tipicidad del hecho y se desplaza al momento de aplicación de la pena. Se contesta, pues, el art.110 no sólo desde el punto de vista del *an*, sino también desde el punto de vista del *quantum*<sup>223</sup>.

Con el fin de poder profundizar sobre el alcance de estas observaciones y la posibilidad de ofrecer alternativas, es preciso, ahora, buscar los fundamentos del sistema italiano, examinando la real influencia del principio causal en la opción por un modelo unitario, o mejor determinar si la normativa italiana responde exclusivamente a criterios objetivos.

El punto de partida es la constatación de que junto con la equiparación del tratamiento de los participantes prevista en el tan discutido art.110, se colocan las normas que regulan las circunstancias subjetivas y objetivas. A través de éstas, el legislador ha introducido un sistema de individualización de la pena para cada partícipe, regulado, en general, en el art.133 y, de manera específica, en materia de participación, en los arts.112 y 114<sup>224</sup>.

---

Vol.VIII, Milán,1961, pág.572.

<sup>222</sup> Cfr. F.BRICOLA, *Commento all'art.25, op.cit.*, pág.263.

<sup>223</sup> Cfr. sobre las críticas en este sentido, S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, págs.1 y ss.

<sup>224</sup> Esta es la opinión de gran parte de la doctrina que ven en estas normas un sistema de corrección al principio de igualdad de tratamiento. Así, por ejemplo GALLO: " (...) *ma unicità del titolo non può significare meccanica uguaglianza del quantum di pena, sorge la necessità di graduare le pene per esigenze di giustizia ridistribuitiva, è ciò il legislatore ha fatto in un sistema esattamente congegnato. Gli articoli 112 y 114 prevedono le circostanze attenuanti e aggravanti specifiche per il concorso, contemplano le situazioni che più caratteristicamente conducono ad*

El artículo 114 dispone que el juez puede disminuir la pena en los casos en los que considere que la obra de alguno de los participantes "*abbia avuto minima importanza*". Para entender el alcance de este precepto, es necesario determinar cuándo se puede decir que la conducta de uno de los partícipes ha tenido una importancia mínima, porque si el criterio utilizado es meramente objetivo nos encontraríamos frente a una simple derogación del principio de causalidad adoptado por el Código, y sería por lo menos sorprendente que el legislador, después de haber afirmado con extrema claridad el principio de equivalencia de condiciones se apartase, ahora, de él, afirmando lo contrario.

Hay que advertir que esto es lo que mayoritariamente sostienen la jurisprudencia y la doctrina italianas. La primera considera que para la aplicación de esta atenuante es necesario que exista una menor eficiencia causal de la aportación del partícipe respecto a las de los demás<sup>225</sup>. La doctrina mayoritaria considera que la atenuante es aplicable sólo en aquellos casos en los que la aportación del partícipe sea marginal en la economía del delito, es decir cuando su eficacia condicionante se ejerza sobre elementos circunstanciales de un hecho que - aunque con modalidades distintas - se hubiese verificado en todo caso<sup>226</sup>.

Más correcto nos parece interpretar estos artículos en el sentido ya mencionado, es decir como introducción de un elemento de corrección que permita

---

*una responsabilità maggiore o minore dei compartecipi*". M.GALLO, *Lineamenti, op.cit.*, pág. 92.

<sup>225</sup> Así, por ejemplo, Cass. 15 de noviembre de 1983 y Cass.30 de octubre de 1986.

<sup>226</sup> ROMANO/GRASSO, *Commentario, op.cit.*, pág.194.

al juez la adecuación de la pena a la realidad de los hechos<sup>227</sup>. Sobre esto, en todo caso, volveremos más adelante.

Este inciso, nos ha servido para destacar cómo, aún desde la perspectiva que admite la importancia del principio causal en la regulación de la participación, se plantea la necesidad de tener en cuenta las distintas contribuciones a la realización del hecho delictivo. Así, un sector de la doctrina, a pesar de que sostiene que todo individuo que concurre en la comisión de un delito es autor y como tal es considerado por el Derecho vigente, admite luego que hay que distinguir entre los distintos partícipes, ya que la valoración de sus respectivas contribuciones depende de infinitas circunstancias y varía mucho en cada caso<sup>228</sup>.

Otros consideran decididamente que el criterio causal es completamente insuficiente para enfrentarse a todos los problemas que deberían ser resueltos mediante su aplicación y, aun reconociendo su importancia, creen necesario tener en cuenta otros elementos como la personalidad del agente y el conjunto de factores psicológicos<sup>229</sup>. Por último, a pesar de estar, en principio, de acuerdo con la no distinción legislativa entre los participantes, se admite la utilidad de la distinción

---

<sup>227</sup> S.RANIERI, considera que se trata de "*una specie di valvola di sicurezza con cui il legislatore ha voluto fornire al giudice il mezzo per evitare conseguenze palesemente ingiuste*". *"Il concorso, op.cit., pag.14.*

<sup>228</sup> " (...) *ogni individuo che concorre alla commissione del reato, ne è autore e tale è considerato dal diritto vigente*" pero "*la valutazione del contributo delle persone che concorrono nel reato dipende da infinite circostanze e varia molto da caso a caso*". F.ANTOLISEI, *Manuale, op.cit., pág.428.*

<sup>229</sup> S.RANIERI, *Il concorso, op.cit., pág.21.*

por aquellos que atribuyen al concurso de personas un valor ontológico y sitúan las conductas de participación en la realidad de las cosas.<sup>230</sup>

Niegan, en cambio, con contundencia la utilidad de la distinción entre los partícipes los que interpretan el sistema italiano desde los presupuestos de la teoría de la *fattispecie plurosoggettiva eventuale*. Desde esta perspectiva, autor o ejecutor y partícipe concurren a la formación de la *fattispecie plurisoggettiva* y por lo tanto todos ellos son simplemente partícipes<sup>231</sup>. Ya se analizó a grandes rasgos la teoría de la *fattispecie plurisoggettiva eventuale*. La negación de la distinción entre conductas de participación encuentra su fundamento en que no existen conductas atípicas; todas ellas son típicas no en cuanto tales, sino en función del nuevo tipo resultante de la unión del art.110 y el tipo concreto de la Parte Especial. Por ello resulta inútil la tipificación y descripción de las diferentes conductas de participación. La conducta del autor, es decir la conducta descrita por la norma especial, no se distingue de ninguna manera de la conducta del partícipe, ya que ambas concurren a formar el nuevo tipo eventual.

---

<sup>230</sup> "Noi riteniamo che la nuova legislazione abbia fatto bene ad eliminare la vecchia casistica, la quale ferreamente delineata com'era, dava luogo a seri inconvenienti, ma con ciò non riteniamo affatto che sia venuta meno ogni distinzione tra una forma principale ed un secondaria di partecipazione, perché tale distinzione è radicata nella realtà delle cose e non può in quanto tale, essere trascurata dal legislatore". G.BETTIOL, *Diritto Penale, Parte Generale*, op.cit., pág. 576.

<sup>231</sup> "Non sono ammissibili in sede di concorso eventuale distinzioni tra le condotte dei concorrenti (...) in sede di concorso eventuale, tutti i soggetti, nessuno escluso, devono a rigore, essere denominati solo e soltanto concorrenti alla realizzazione della figura plurisoggettiva eventuale". R.DELL'ANDRO, *La fattispecie*, op.cit., pág.2, (nota. 1); ver también págs. 15 y ss. y 31 y ss. de la misma obra.

Por lo general, sin embargo, la doctrina, admite desde distintas perspectivas la necesidad de plantearse la distinción entre las figuras de la participación y, en particular, la de elaborar un concepto de autor. Vamos a hora a centrarnos en esta cuestión.

### **2.1.3. El concepto de autor en el sistema normativo italiano**

Se trata aquí simplemente de evaluar si tiene sentido o no hablar en el sistema italiano de valoración de las distintas formas de participación y de examinar las principales elaboraciones doctrinales sobre el concepto de autor. Volveremos sobre el debate doctrinal cuando lo confrontemos con las opciones de los otros ordenamientos que más adelante se analizan y con los problemas específicos que plantean cada uno de ellos.

El Código italiano es considerado como paradigma del modelo unitario. La regulación de la participación que contiene corresponde -se dice- al concepto unitario de autor, o al menos al concepto extensivo de autor. Sin embargo estas afirmaciones son, como se verá enseguida, contestadas por una parte de la doctrina italiana para la que el sistema del actual Código parte de un concepto restrictivo de autor.

Hicimos referencia en su momento a como la contraposición entre los distintos conceptos lleva en su aplicación a la participación a distinguir entre criterios objetivos y criterios subjetivos con los que medir la contribución de los distintos partícipes. Los primeros configuran los modelos diferenciados de

participación, mientras que los segundos dan lugar a los modelos que acogen un concepto unitario de autor. Se identifica, pues, el concepto extensivo de autor con la posibilidad de distinguir los partícipes sólo desde el punto de vista psicológico, es decir, con el concepto unitario de autor. Sin embargo, tal identificación no es evidente y de hecho puede no darse. En efecto, el concepto extensivo se caracteriza por ampliar la noción de autor más allá del dato de ejecución de la acción típica, mediante la utilización de diversos criterios de evaluación que pueden ser causales, subjetivos o teleológicos, por lo que no se excluye la posibilidad de distinción a efectos sancionatorios de las distintas conductas de participación.

El concepto unitario, en cambio, se fundamenta en la equivalencia causal de todas las contribuciones. Las conductas de participación son autónomamente punibles y equivalentes a efectos sancionatorios. No hay entre ellas ninguna distinción objetiva. Así puede afirmarse que el concepto unitario de autor es sólo una de las posibilidades en las que puede traducirse el concepto extensivo de autor. La identificación entre ambos se producirá únicamente cuando el criterio para calificar al autor sea el causal<sup>232</sup>.

Pues bien, prácticamente ya nadie en Italia sostiene como fundamento del sistema italiano la concepción causal de autor, en función de la cual la participación no es más que la causación de un hecho antijurídico y consecuentemente cada partícipe es castigado en función de su contribución causal al hecho, no existiendo la posibilidad de distinción entre las distintas contribuciones de los diferentes partícipes.

---

<sup>232</sup> Cfr. S.SEMINARA, *Tecniche*, *op.cit.*, págs. 185 y ss.

Hasta aquí los argumentos frente a la asimilación del sistema italiano con el concepto unitario de autor. Pero además, un importante sector doctrinal considera que la adopción del modelo unitario en el sistema italiano se acompaña de una contundente negación del concepto extensivo de autor y de la correspondiente aceptación de la concepción restrictiva de autor, de manera que éste sólo puede ser el que realiza todos y cada uno de los elementos del tipo y, consecuentemente, las normas que regulan la participación son normas extensivas de la punibilidad, que hacen punibles comportamientos que de otra manera escaparían a la sanción penal<sup>233</sup>.

Desde esta perspectiva, se consideran no oponibles al sistema italiano las objeciones que normalmente se dirigen en contra de los modelos unitarios y a favor de los diferenciados. Así, por ejemplo, se contesta que el modelo unitario deba identificarse con la punibilidad de cualquier forma de tentativa en la participación, afirmando que el modelo italiano acoge una solución más restrictiva de la clásica propia de los modelos diferenciados, ya que no castiga ninguna forma de tentativa de participación y tan sólo se prevé la imposición de una medida de seguridad para la tentativa de instigación<sup>234</sup>.

Tampoco se acepta que el modelo unitario deba necesariamente encontrar dificultades en relación con los delitos especiales que en la medida en que suponen

---

<sup>233</sup> En este sentido M.GALLO, *Lineamenti, op.cit.*, págs.7 y ss; M.BOSCARELLI, *Contributo, op.cit.*, págs.80 y ss; C.PEDRAZZI, *Concorso, op.cit.*, págs. 6 y ss; S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, págs.186 y ss; ROMANO/GRASSO, *Commentario, op.cit.*, págs.121 y ss.

<sup>234</sup> Véanse los artículos 115/1 y 6 del Código penal italiano.

una cualificación subjetiva del autor impiden considerar tal a cualquiera que haya contribuido a su realización.

De esta rápida panorámica en torno al concepto de autor podemos extraer una breve conclusión que sirva de introducción al posterior análisis de las distintas figuras de la participación desde un punto de vista comparado. Puede afirmarse en términos generales que la introducción en el Código penal italiano del modelo unificado, modificando la concepción legislativa tradicional desde el período preunitario, fue valorado positivamente por la mayoría de la doctrina puesto que aportaba una cierta facilitación a la resolución de los casos concretos. Ahora bien, la vigente regulación unitaria no ha adormecido la polémica doctrinal acerca de la necesidad de distinguir entre autor y demás partícipes, y sobre los distintos modos de formular tal distinción.

De ahí que, a pesar de la adopción del modelo unificado, se considere necesaria una distinción entre autor y cómplice. Y de esta necesidad deriva que, también para la doctrina italiana el problema fundamental de la participación siga siendo encontrar criterios que sirvan para diferenciar al autor del resto de los partícipes. Así, una parte de la doctrina italiana cree oportuno establecer una diferencia entre los diversos tipos de conductas de los partícipes en función de los mismos criterios de los que se sirven la doctrina de los sistemas diferenciados<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup> Recientemente se reivindica, incluso, la posibilidad de realizar tal distinción en función de la teoría de dominio de hecho afirmando que: "(...) *una volta affermato che nel concetto di azione penalmente rilevante è implicito (per i reati dolosi) un atteggiamento psicologico coincidente con il dolo ed espressivo del dominio esercitato dall'agente sul fatto tipico è inserita (per i reati dolosi) una componente subiettiva caratterizzante la direzione della volontà del soggetto attivo, dovrebbe ritenersi che la nozione di autore designi non il mero esecutore del reato ma colui che, del reato, si presenta come i dominus*". S.SEMINARA, *Tecniche*, op. cit.,

Veremos en qué medida funcionan esos criterios en el modelo unitario cuando los exponamos. Ahora nos limitaremos, para centrar los términos del debate, a asumir la afirmación de LATAGLIATA quien considera que "*per quanto i compilatori del Codice penale si siano sforzati di unificare la disciplina del della correatà, la distinzione tra quelle due forme di concorso resta la chiave di volta per una corretta interpretazione delle disposizioni legislative in tema di compartecipazione criminale*"<sup>236</sup>.

Situado el problema del autor, la doctrina italiana aborda la cuestión de la identificación y análisis de los requisitos de la participación. Exponemos a continuación las principales elaboraciones sirviéndonos del mismo esquema utilizado por dicha doctrina.

#### **2.1.4. Estructura de la participación**

Para que pueda hablarse de participación la doctrina italiana considera necesario que se den cuatro elementos o requisitos estructurales:

##### **1) Pluralidad de partícipes**

En relación con este primer elemento se plantea la importante cuestión de determinar si todos los que participan en la comisión de un delito pueden ser considerados partícipes, aunque sean no imputables o no punibles. La respuesta

---

pág. 339.

mayoritaria<sup>237</sup> de la doctrina es afirmativa, y encuentra su fundamento en los arts. 111, 119 y sobre todo en el art.112.ult.co. Este último dispone que las agravantes de pena establecidos por el propio artículo se aplican también si alguno de los partícipes no es imputable o no es punible.

El tema se encuentra evidentemente relacionado con la autoría mediata y tiene como consecuencia que la mayoría de la doctrina italiana niegue, como veremos más adelante, la aplicabilidad de la figura del autor mediato en el sistema italiano.

## 2) La realización del elemento objetivo del delito

Se trata de un presupuesto indispensable para que pueda hablarse de participación, ya que en el ordenamiento italiano la tentativa de participación no es punible. Presupone que uno, todos juntos, o cada uno de los partícipes hayan realizado el hecho objetivo de un delito.

El problema fundamental que plantea este requisito es el de determinar qué se entiende por delito y esto está, obviamente, relacionado con la accesoriedad. Ya analizamos en su momento la postura de la doctrina italiana respecto a este principio; basta ahora recordar que la opinión mayoritaria considera que debe tratarse de un hecho típico y antijurídico, no siendo necesario que sea culpable. A esta conclusión se llega a partir del art. 119.co.2°, según el cual las circunstancias

---

<sup>236</sup> A.LATAGLIATA, *I principi*, *op.cit.*, pag.591.

<sup>237</sup> Cfr. F.ANTOLISEI, *Manuale*, *op.cit.*, págs.481 y ss.; M.GALLO, *Lineamenti*, *op.cit.*, págs.31 y ss; con menor convicción S.SEMINARA, *Tecniche*, *op.cit.*, págs. 352 y ss.

objetivas que excluyen la pena se comunican a todos los que han participado en el delito<sup>238</sup>.

Para otro sector de la doctrina, sin embargo, el art.119.co.2º debe ser interpretado en sentido exactamente contrario, entendiendo que no sólo no excluye la existencia de la participación en los casos en que se dé una causa de justificación, sino que, por el contrario, la confirma ya que se trata de una eximente que se aplica sobre el presupuesto y dentro del esquema de la participación en el delito<sup>239</sup>.

### 3) La contribución de cada uno de los partícipes

La doctrina italiana, a pesar de la opción legislativa en favor del modelo unitario, sigue planteándose la necesidad de diferenciar las distintas contribuciones al delito. Ya se ha hecho referencia a algunas de las posiciones sobre el tema, pero ahora es necesario añadir que existen otras razones que hacen ineludible el planteamiento de esta cuestión.

---

<sup>238</sup> En este sentido aunque desde una posición diversa también ANTOLISEI para el que *"la punibilità dei semplici partecipanti (determinatori, istigatori e ausiliatori) è subordinata alla condizione che l'autore abbia realizzato un fatto punibile o per lo meno un fatto che sarebbe punibile, se non facesse difetto un requisito soggettivo"*. *Manuale, op.cit.*, pág. 484.

<sup>239</sup> Así, ROMANO/GRASSO, *Commentario, op.cit.*, pág.145: *"tale disposizione, infatti, non esclude l'esistenza di un concorso di persone nel reato quando opera una causa di giustificazione, ma piuttosto la conferma. Le esimenti si applicano proprio sul presupposto ed all'interno dello schema di un concorso nel reato: esse si comunicano a tutti i concorrenti, sulla base dell'art.119, co 2º, proprio se è possibile ipotizzare una situazione di concorso. Deve quindi escludersi che la sussistenza di un concorso di persone nel reato richieda la realizzazione di un fatto non solo tipico (cioè conforme alla figura di reato), ma anche antigiuridico"*.

La primera razón por la que se considera necesario replantear esta distinción es la de establecer el umbral mínimo de contribución para que una conducta pueda considerarse como participación punible. En relación con este tema se recurre nuevamente a la eficacia causal, tanto en sentido estricto de *conditio sine qua non*<sup>240</sup>, como en sentido amplio, es decir considerando no sólo el resultado del delito, sino también la acción o el conjunto de acciones que lo han determinado<sup>241</sup>.

Pero los criterios causales - ya se ha visto - presentan dificultades objetivas cuando se trata de explicar determinadas hipótesis de participación. Así, resultan insuficientes para explicar la ejecución fraccionada, en la que ninguno de los partícipes realiza la acción típica, por lo que falta el segundo término de la relación causal. La doctrina italiana cree, pues, necesario buscar otros criterios que acompañen o sustituyan a los simplemente causales permitiendo distinguir los posibles papeles de los partícipes. Se diferencia, así, entre participación material y participación moral, y dentro de la primera se habla de actividad ejecutiva o típica y de actividad atípica que responde a la denominada participación auxiliar.

La actividad material típica - del autor o del coautor - no plantea obviamente problemas para ser considerada contribución al delito, sobrando en este caso el recurso a los criterios causales, ya que su relevancia penal deriva directamente de

---

<sup>240</sup> Cfr., por ejemplo, C.PEDRAZZI, *Concorso*, *op.cit.*, págs. 80. y ss.

<sup>241</sup> Así, entre otros, para F.ANTOLISEI: "*Debe però ritenersi causale anche il fatto senza il quale non si sarebbe verificato quella data attività esecutiva che effettivamente si è verificata. L'azione che ha influito sulla conformazione in parola, in altri termini, l'azione la cui assenza avrebbe fatto sì che diverso sarebbe stato il comportamento degli altri compartecipi, non può ritenersi priva d'efficacia*", *Manuale*, *op.cit.*, pág.486.

la posibilidad de reconducirla al tipo legal<sup>242</sup>. El criterio causal es también innecesario - además de inservible - para explicar los casos de ejecución fraccionada<sup>243</sup>.

Más dificultades ofrece la participación material atípica. Con relación a ella la mayoría de la doctrina considera como único criterio aplicable para establecer la relevancia de la contribución el criterio causal o mejor el "*criterio condizionalistico*"<sup>244</sup>. Desarrollaremos el tema más adelante. Veamos, ahora, el cuarto elemento.

#### 4) El elemento subjetivo

Tampoco existe acuerdo en la doctrina sobre la amplitud con que debe ser considerado el elemento subjetivo.

Para un sector doctrinal este requisito se identifica con la voluntad de cooperar con otros en la realización de un delito. Esto implica el conocimiento o la representación de las acciones que otros realizan para la ejecución del delito y la voluntad de contribuir con la propia aportación a la realización de hecho<sup>245</sup>. Desde

---

<sup>242</sup> Cfr. ROMANO/GRASSO, *Commentario, op.cit.*, pág.148.

<sup>243</sup> Cfr. M.GALLO, *Lineamenti, op.cit.*, pág 53 y ss.

<sup>244</sup> Este criterio se considera aplicable tanto a las contribuciones atípicas a la ejecución como para las conductas de participación moral y las de participación por omisión. Cfr. C.PEDRAZZI, *Concorso, op.cit.*, pág.77 y F.ANTOLISEI, *Manuale, op.cit.*, pág.487.

<sup>245</sup> "*A nostro modo di vedere il requisito psichico del concorso delittuoso consiste nella volontà di cooperare al fatto che costituisce il reato. Esso implica due elementi: 1) in primo luogo, la conoscenza o la rappresentazione delle azioni che altre persone hanno esplicito,*

otra perspectiva, basta la conciencia de cooperar con otros<sup>246</sup>, incluso si ésta existe en uno sólo de los partícipes<sup>247</sup>.

Sí existe, en cambio, unanimidad en considerar no necesaria la existencia de acuerdo previo (*previo concerto*), siendo suficiente un acuerdo espontáneo manifestado durante la ejecución del delito<sup>248</sup>.

Volveremos sobre el elemento subjetivo cuando nos ocupemos de figuras que, como el del agente provocador, requieren análisis más precisos.

Hasta aquí, la descripción general que hace la doctrina italiana de la estructura de la participación. Pero, para completar el análisis, es necesario añadir que la regulación de la participación del Código penal italiano prevé la medición de la responsabilidad de los partícipes a través de la técnica de las circunstancias recogidas en los arts.111 y ss. Así, el art.111 - *Determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile* - aumenta la pena al que ha llevado a un sujeto no imputable o no punible a cometer un delito. La interpretación de esta norma está vinculada al debate doctrinal en torno a la autoría mediata y a la posibilidad de que esta disposición sea un reconocimiento de esa figura. Veremos en su momento las

---

*esplicano o esplicheranno per la realizzazione del fatto che si ha di mira; 2) in secondo luogo, la volontà di contribuire col proprio operato al verificarsi del fatto medesimo*", F.ANTOLISEI, *Manuale, op.cit.*, pág.489.

<sup>246</sup> Cfr., por ejemplo, A.R. LATAGLIATA, *I principi, op.cit.*, pág.164.

<sup>247</sup> Así, ROMANO/GRASSO: " *in questo caso, però le disposizioni sul concorso, nella loro duplice funzione, saranno applicabili soltanto al concorrente nel quale è presente il necessario requisito soggettivo*", *Commentario, op.cit.*, pág.165.

<sup>248</sup> Cfr., F.ANTOLISEI, *Manuale, op.cit.*, pag.489; ROMANO/GRASSO, *Commentario, op.cit.*, pág.166. En esta última obra amplia referencia a la jurisprudencia en este sentido.

distintas posturas de la doctrina. Aquí nos interesa destacar un sólo aspecto. Esta disposición se encuentra colocada junto a las normas que regulan la participación en general, por lo que le serán aplicables el resto de las normas del sistema. Así, será necesario que el que determina al no imputable o no punible realice una ofensa típica, por lo menos en grado de tentativa e, igualmente se utilizarán los criterios de los arts.116 y 117 por lo que respecta el cambio del título del delito.

Los artículos 112 y 114 recogen el sistema de circunstancias que el legislador incorporó para regular la responsabilidad de los distintos partícipes a efectos sancionatorios que, como se verá, es interpretado por un sector doctrinal como introducción del criterio de distinción entre autoría y participación, mientras que para otros no va más allá de simple instrumento para la graduación de penas.

El art.113 hace referencia a la cooperación en el delito culposo. Se trata de una novedad respecto al sistema tradicional italiano que fue introducida por el Código ROCCO. Con ella se pone fin a la polémica doctrinal sobre la admisibilidad de la participación en este tipo de delito.

Las restantes normas que completan el sistema de participación del Código italiano tienen por objeto regular la "interdependencia de los partícipes"<sup>249</sup>; es decir el título de imputación (art.117); acuerdo para cometer el delito y arrepentimiento de algún partícipe (art.115); variaciones al proyecto común (art.116).

---

<sup>249</sup> Cfr. F.ANTOLISEI, *Manuale, op.cit.*, pág. 496.

Por último, cierran la regulación de la participación la evaluación de las circunstancias agravantes o atenuantes (art.118) y la de las circunstancias de exclusión de la pena (art.119). Conviene reenviar el análisis de estas disposiciones de manera que, una vez descritos los sistemas aquí estudiados, sea posible confrontarlas con otras opciones legislativas.

Vamos a ocuparnos ahora del sistema español de participación que consideramos representativo del modelo de diferenciación de las formas de participación.

## **2.2. La distinción entre autor y cómplice en la legislación española**

Tal como expusimos en capítulo de introducción histórica, en la tradición legislativa española es constante el sistema de diferenciación de las conductas de participación y, contrariamente al caso italiano, este modelo permanece en la legislación vigente.

Entre las tradiciones legislativa italianas y española existen evidentes puntos de contacto. La metodología del clasicismo italiano influyó notablemente en los distintos ordenamientos de la España moderna, y en particular modo en el Código de 1848. Los sucesivos Códigos son el producto de varias reformas, que tienen como base el citado texto legal. Así, el texto de 1973, recientemente reformado, no es sino una reforma parcial del Código de 1944, y éste, como se reconoce en el preámbulo del Decreto de promulgación, no era sino una edición renovada del Código de 1848. El sistema de predeterminación de las distintas formas de

participación ha permanecido más o menos inalterado desde mediados del siglo pasado.

El nuevo Código penal de 1995 reforma parcialmente la regulación de la participación sin modificar la estructura.

### **2.2.1. Descripción del sistema en el Código penal de 1973 y en el nuevo Código penal de 1995**

El derogado Código de 1973 se ocupaba de la participación en el Título III del Libro 1º: "De las personas responsables de los delitos y las faltas".

La regulación respondía al modelo clásico de diferenciación:

Así, el art.12 establecía tres diferentes formas de participación: "Son responsables criminalmente de los delitos y las faltas: 1) Los autores, 2) Los cómplices, 3) Los encubridores".

Junto a esa distinción de los responsables se preveía un sistema de aplicación gradual de las penas. La diversificación de las conductas no era, pues, puramente cualitativa sino que servía como fundamento de las reglas de aplicación de las penas, de tal manera que resultaba obligado aplicar una penalidad distinta a cada una de las categorías mencionadas<sup>250</sup>.

---

<sup>250</sup> Cfr. G.RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I op.cit.*, pag.798.

El autor se describía en el art.14, los cómplices en el art.16, y el encubridor en el art.17, y aunque en su momento ya lo señalamos, es necesario añadir que hasta la Ley 9 de Marzo de 1950 se consideraba conducta de participación la receptación.

Por último, completaban el sistema los artículos 13 a 15 en los que se preveía un régimen especial para los delitos cometidos a través de la prensa y los medios de comunicación de masa.

El Código de 1973, como ya se indicó, extendía a las faltas las normas relativas a la participación. En los Códigos anteriores al de 1944, los cómplices eran considerados responsables de este tipo de violación sólo en el caso en que atentasen a la propiedad o a la incolumidad individual. Los encubridores no eran en ninguna circunstancia susceptibles de pena.

Sin perjuicio de analizar más adelante analizaremos con mayor profundidad el tema, conviene recordar ahora que tal extensión fue criticado desde una perspectiva práctica. Parecía, en efecto, que, dada la reducción de la pena que se aplicaba a la complicidad, la imposición de una pena necesariamente mínima, no compensaba los inconvenientes que todo proceso penal lleva aparejados<sup>251</sup>.

El Nuevo Código penal de 1995 modifica parcialmente la regulación de la participación anteriormente descrita. En todo caso, en este trabajo haremos referencia a ambos textos legales ya que, por un parte, la regulación no cambia sustancialmente con respecto a la opción tradicional y por otra, dado lo reciente de

---

<sup>251</sup> En este sentido, cfr. A.FERRER SAMA, *Comentarios, op.cit.*, pag.33.

la reforma, la mayor parte de la doctrina se ha elaborado teniendo en cuenta el anterior Código penal.

El Nuevo Código penal español regula la participación en Libro I, Título II en los artículos 27 a 31:

*Artículo 27:*

"Son responsables criminalmente de los delitos y las faltas los autores y los cómplices".

La primera observación que puede hacerse sobre esta nueva regulación es que desaparece del ámbito de la participación la figura del encubridor. El encubrimiento pasa a ser regulado como delito contra la administración de la Justicia en el Título XX, Capítulo III: "Del encubrimiento", artículos 421 a 453.

La segunda reflexión es que hubiese sido quizá preferible poner en relación este artículo con el 28 y con 29<sup>252</sup> incluyendo junto a los autores y a los cómplices a los que se consideran autores.

---

<sup>252</sup> Cfr. M.DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que considera esa terminología herencia del concepto unitario limitado de autor del anterior Código y cree que "los redactores del NCP han dejado pasar una buena ocasión para aclarar algo la cuestión, declarando responsables criminales de los delitos y las faltas, además de a los autores y a los cómplices, a los que serán considerados autores, o sea, según el art.28, segundo párrafo NCP, a los inductores y a los cooperadores necesarios". "*Autoría y participación*", en LA LEY, nº.3984 de 28 de febrero de 1996, pág.1284.

*Artículo 28:*

"Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se hubiera efectuado".

Respecto a la regulación anterior constituye una innovación la distinción entre autor del delito y quien se considera tal a efectos de pena. Otras novedades son la regulación expresa de la coautoría y la de la autoría mediata

La regulación de la complicidad permanece inalterada respecto al anterior texto. El artículo 29 reproduce el antiguo artículo 16: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

Por último, el artículo 30 hace referencia a la participación en los delitos y faltas cometidos mediante medios mecánicos; el artículo 31 se ocupa de la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas. También esta última hipótesis constituye una novedad del nuevo Código.

Hasta aquí la descripción de la regulación de la participación en el derogado Código penal de 1973 y en el vigente de 1995. Veamos a continuación el contenido de las distintas formas de participación.

### **2.2.2. Evaluación del sistema normativo español: el concepto de autor**

El derogado Código penal español de 1973 dedicaba un entero artículo a definir el concepto de autor.

El art.14.establecía lo siguiente: "Se consideran autores:

- 1) los que toman parte directa a la ejecución del hecho.
- 2) los que fuerzan o inducen a otros a ejecutarlo.
- 3) los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado".

Durante años el texto de esta norma ha dado lugar a un intenso debate doctrinal. Las reflexiones en torno a la definición del autor se han centrado más en el contenido de la norma y en los criterios que la han inspirado que en intentar nuevas construcciones conceptuales.

La primera reflexión que suscita el art.14 del Código penal de 1973 se refiere a la utilización de la expresión "se consideran autores", en lugar de "son autores". Parece evidente que la propia norma quiere dejar clara la naturaleza no declarativa, sino de verdadera y propia creación legislativa de las previsiones contenidas en ella. La doctrina sin embargo, se encuentra con el problema de determinar cuál - o cuáles - de las conductas descritas en la norma corresponde efectivamente a la noción de autor.

La orientación tradicional afirma que son autores en sentido estricto sólo los contemplados en el número 1 del artículo 14, es decir, sólo aquellos que toman parte directa en la ejecución del hecho, mientras que los números 2 y 3 extienden la calificación de autores a sujetos que no actúan como tales y constituyen por tanto una ampliación del concepto de autor<sup>253</sup>.

Ahora bien, esta interpretación del artículo 14 no resuelve el problema de la identificación del autor en sentido estricto, pues, previamente es necesario aclarar qué se entiende por “tomar parte en la ejecución del hecho”. Esta expresión dista mucho de ser clara, ya que, en principio, todos, autores y demás participantes toman parte en la comisión del delito.

Un importante sector de la doctrina española interpreta la expresión normativa en el sentido de la teoría objetivo-formal: toma parte en la ejecución del hecho "el que ejecuta, siquiera sea parcialmente, el injusto tipificado por la Ley"<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> Así, por ejemplo: "El artículo 14 establece tres formas de autoría, de las cuales sólo la primera es autoría en sentido propio, mientras que la inducción y la cooperación necesaria cuyos conceptos se fijan en los apartados 2º y 3º, constituyen ampliaciones del concepto de autor a personas que no serían tales sin la expresa declaración de dichos párrafos en cuanto su conducta no puede estimarse como realizadora de los actos previstos en las correspondientes hipótesis típicas". A. FERRER SAMA, *Comentarios, op.cit.*, pag.32. Más allá va VIVES ANTÓN para el que el artículo 14.1 hace referencia al autor directo, al coautor e incluso al autor mediato pues, en su opinión, también éste ejecuta el hecho: " Autor real es, pues, el que ejecuta por si solo la totalidad del tipo. Pero también el co-ejecutor y autor mediato son autores reales. Todos ellos se encuentran incluidos en el numero 1 del artículo 14 porque todos ellos 'toman parte directa' en la ejecución de los hechos". T.S.VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Madrid, 1977, pág.189.

<sup>254</sup> Así: "Por tanto la única solución admisible parece la tesis objetivo-formal que, entendiendo que autores son los descritos en el numero 1º del art.14, sustenta un concepto amplio de acción, según el cual la acción ejecutiva comienza o puede comenzar antes del juicio del acto concreto al que, de manera inmediata, hace referencia la formulación típica. Autor será pues, el

Los partidarios de esta teoría adoptan, en todo caso, un concepto amplio de ejecución para salir al paso de las críticas relacionadas con la dificultad de explicar, desde esta concepción, las hipótesis de autoría mediata. Así, afirman que, partiendo de un concepto amplio de ejecución, no parece imposible decir que el autor mediato "ejecuta" y que, además, no se pueden confundir los términos "inmediato" y "directo" pues no cabe excluir que lo mediato pueda ser directo<sup>255</sup>.

Estas objeciones han llevado a la doctrina a seguir indagando sobre el significado de la expresión usada por el número 1 del artículo 14 que es, dada su ambigüedad, susceptible de diferentes respuestas.

Así, la expresión "tomar parte en la ejecución", puede interpretarse desligada del concepto de autor si se entiende que autor en sentido estricto es sólo aquel que por sí realiza el tipo correspondiente. El artículo 14.1 se referiría, en cambio, a cualquiera que participe "directamente" en la ejecución de hecho. Para los partidarios de esta concepción, la noción de autor se obtiene ya del tipo de la parte especial y la norma en examen constituiría, por tanto, una causa de extensión de la pena a los sujetos no definibles como autores en sentido estricto, comprendiendo en su propio ámbito de aplicación a todos aquellos que concurren en el hecho realizando actos de ejecución. Es decir, la expresión "tomar parte" habría sido

---

que en el sentido propuesto toma parte en la ejecución de los hechos, es decir, el que ejecuta siquiera parcialmente, el injusto tipificado por la Ley (...). Tomar parte en la ejecución es, así, la característica general de la autoría en el Código penal español". COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *DPPG, op.cit.*, pág.573. Una amplia bibliografía sobre esta interpretación en E. GIMBERNAT ORDEIG, *A y C; op.cit.*, págs.15 y ss.

<sup>255</sup> "Si se admite, como no hay más remedio que hacer, que la actuación del autor mediato sobre el instrumento constituye ya tentativa, esto es, 'da principio a la ejecución del delito directamente' entonces no hay posibilidad de negar que 'toma parte directa en la ejecución'.

utilizada por el legislador para comprender tanto a los ejecutores como los cooperadores inmediatos<sup>256</sup>.

Desde esta óptica, podría afirmarse que el criterio determinante para el legislador es el de la relación directa e inmediata entre el hecho y la conducta del partícipe. Ahora bien, esta relación no se verifica en determinadas conductas como, por ejemplo, en la del vigilante y en todas aquellas que genéricamente entran en la categoría del cooperador inmediato. La diferencia de pena aplicable a éste y al cómplice respecto al cooperador necesario lleva a problemas interpretativos no fácilmente solubles que, como se verá, se resuelven en la práctica jurisprudencial recurriendo a la teoría del acuerdo previo, es decir, prescindiendo del análisis interpretativo de la norma.

En esta línea crítica respecto a la doctrina clásica se sitúa un importante sector de la doctrina española actual para la que el concepto de autor no se encuentra recogido en el número 1 del artículo.14 sino que deriva directamente del tipo

---

COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *DPPG*, *op.cit.*, pág.575.

<sup>256</sup> En este sentido SEMINARA afirma que: "*in effetti sembra che quest'ultima soluzione sia, rispetto all'altra più convincente. La dizione dell'art.14 n.1 cod.pen è infatti riferita a quanti "prendono parte" alla esecuzione del fatto e non può essere interpretata alla luce di una concezione restrittiva di autore, come se la norma fosse stata formulata nel senso di comprendere coloro che "eseguono" il fatto*". SEMINARA fundamenta esta afirmación en la comparación de la regulación española con el Código penal italiano de 1889: "*del resto, è sufficiente considerare a questo proposito che il codice italiano del 1889 prevedeva distintamente gli esecutori diretti e i cooperatori immediati, conservando così la nozione di autore in senso stretto e a questa equiparando quoad poenam la situazione di coloro che, pur non agendo tipicamente rispetto alla fattispecie di parte speciale, avessero svolto un'opera contestuale a quella degli esecutori o comunque a questa immediatamente rapportabile*". S.SEMINARA, *Tecniche*, *op.cit.*, pág.43.

correspondiente<sup>257</sup>. Desde esta perspectiva, ese precepto regularía formas de participación accesoria al hecho del autor o coautores y no, como entienden los partidarios de la teoría objetivo-formal, supuestos de coautoría.

Así, para RODRÍGUEZ MOURULLO, autor es quien realiza personalmente la figura delictiva, luego la autoría en sentido estricto no deriva del art.14 sino de los tipos de la parte especial<sup>258</sup>. La misma posición asume GIMBERNAT, quien piensa que ningún apartado del art.14 define el autor en sentido estricto ya que autor es sólo aquél que realiza todos los elementos del tipo. Por lo tanto, el concepto de autor debe buscarse en la descripción que de cada uno de los delitos lleva a cabo la parte especial del Código. Así, para GIMBERNAT: "el que ayudado e instigado por otros toma con ánimo de lucro una cosa mueble ajena realiza, ciertamente, actos ejecutivos del art.514. Pero no es preciso condenarle en base al 514 núm.1 en relación con el 14.1, cuando el 514 núm.1 basta y sobra para justificar la punición de tal conducta. El art.14 núm.1 está ahí más bien para fundamentar la pena de los que, realizando actos ejecutivos, lleven a cabo una conducta que no es directamente subsumible en el tipo de la parte especial"<sup>259</sup>.

En definitiva, según GIMBERNAT el art.14 es una norma extensiva de la responsabilidad en la medida que castiga conductas que no serían punibles si tal norma no existiese.

---

<sup>257</sup> Cfr. E.GIMBERNAT ORDEIG, *A y C.*, *op.cit.*, págs.215 y ss; J.M.RODRÍGUEZ DEVESA, *DPPG*, *op.cit.*, págs.560 y ss; G.RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I*, *op.cit.*, pág.828.

<sup>258</sup> G.RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios, I*, *op.cit.*, pág.828.

<sup>259</sup> E.GIMBERNAT ORDEIG, *A y C*, *op.cit.*, pág.219.

A esta interpretación del concepto de autor se le puede objetar que ignora la voluntad del legislador, o mejor que no parece posible castigar como autor a codelincuentes no incluidos en alguna de las categorías del art.14, aún dentro del marco de una interpretación objetiva que prescinde de la voluntad del legislador histórico dado que el artículo 49 es una norma de referencia, contenido en las reglas de aplicación de las penas y conectado con los arts.12 y 14<sup>260</sup>. Negar que éste último contenga la regulación de la autoría se considera, pues, por un sector doctrinal, incorrecto desde el punto de vista formal<sup>261</sup> y peligroso en la medida en que puede llevar a consecuencias indeseables de cara a la identificación del autor real. Así, por ejemplo, se objeta que "el que sujeta a una mujer para que otro pueda yacer con ella no sería verdadero coautor, sino sólo partícipe de la violación, porque no es él quien "yace". El problema es que tampoco el que yace realiza la violación, pues "yacer" no es aun violar". La posición aquí expuesta debería llegar a la curiosa conclusión de que en el caso contemplado no hay autor en sentido propio"<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> Cfr. J.CEREZO MIR, "Autoría y participación en el borrador del Anteproyecto de Código penal", Problemas fundamentales de Derecho penal español, Madrid, 1982, pág.338.

<sup>261</sup> Así, en relación con la opinión de RODRÍGUEZ DEVESA, que incluye sin más la autoría en la participación se afirma que: "el art.14 contiene una regulación completa de la autoría, de modo que la admisión de un autor extraído directamente de los tipos es formalmente incorrecta y produce consecuencia indeseables (...) y que en la medida en que niegan al coejecutor el carácter de autor real, contradicen abiertamente el criterio de la Ley que, en el art.3, identifica el comienzo de la realización del tipo con el principio de la ejecución". COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *DPPG*, *op.cit.*, pág. 572.

<sup>262</sup> S.MIR PUIG, *DPPG*, *op.cit.*, pág.415. Para MIR el criterio determinante para definir al autor es la "pertenencia, exclusiva o compartida, del hecho", pág. 396, y más adelante lo explica de la siguiente manera: "La autoría supone, en efecto que es imputable al sujeto como sujo. Esta pertenencia corresponde en primer lugar al ejecutor material individual, cuando es el único causante al que es imputable el tipo (no hay inductores ni ningún otro causante del hecho), porque no existe otra posibilidad de atribuirle a otro aquella pertenencia, y cuando concurren otros causantes no ejecutores (así, un inductor), porque éstos desempeñan un papel previo menos próximo y decisivo en cuanto dependen de que el primero ejecute o no el delito, que queda en sus manos a título propio". Coherentemente con esta interpretación entiende que "lo acertado es,

Más recientemente, otro importante sector de la doctrinal estima que el concepto de autor encuentra su más acertada explicación en la teoría del dominio del hecho<sup>263</sup>.

Así, para CÓRDOBA RODA el concepto de autor está en función del concepto de acción, "si la acción es definida como comportamiento humano, dominado por la voluntad rectora, orientado a un determinado resultado (...) será perfectamente comprensible que se recurra al criterio de acto para circunscribir la esfera de los autores: autor es quien ostenta el dominio del acto"<sup>264</sup>.

Desde una posición en cierta medida intermedia, CERESO matiza la interpretación de CÓRDOBA afirmando que la noción de autor no deriva del concepto de acción, sino de la concepción del injusto que inspira el Código: "autor es en primer término, todo aquel que realiza la acción típica o un elemento del tipo, en los delitos dolosos y culposos (...). En los delitos culposos realiza el tipo todo el que causa un resultado mediante una acción (...). En los delitos dolosos es autor todo el que realiza en todo o en parte la acción típica aunque no tenga el dominio del

---

pues, considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. A todos ellos 'pertenece' el hecho, que es 'obra' inmediata de todos, los cuales 'comparten' su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar", pág.417. De esta manera para MIR, todos los actos de coautoría que impliquen ejecución típica están incluidos en el 14,1º, el nº3, que servirá para castigar supuestos de cooperación necesaria en la fase preparatoria y en la fase ejecutiva que no constituyan parte esencial del plan".

<sup>263</sup> Cfr. J.CERESO MIR, *Estudios sobre la moderna reforma*, op.cit, pág.38, y J. CÓRDOBA RODA, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal de Maurach*, Barcelona, 1962, págs.310 y ss; E.BACIGALUPO, *Principios*, op.cit., págs.211 y ss.

<sup>264</sup> En J.CERESO MIR, *Estudios sobre la reforma*, op.cit págs.36. Véase, también J. CÓRDOBA RODA. *Notas a la traducción*, op.cit., pág.310,( nota 3).

hecho"<sup>265</sup>. CEREZO completa esta construcción, partiendo de la consideración de que el Código español se inspira en una concepción personal del injusto (por eso se castiga la tentativa incluso inidonea), de ahí que el que tenga el dominio del hecho será autor aunque no realice un elemento del tipo, porque aparece como "el centro personal del injusto"<sup>266</sup>. En definitiva, CEREZO distingue entre quien tiene el dominio del hecho y el que hace posible la realización del delito, reflejo éste último del enfoque causal de la teoría de la causa necesaria que poco tiene que ver con el dominio del hecho. Así, entre los cooperadores necesarios habrá - en opinión de CEREZO - algunos que posean el dominio del hecho y sean en realidad autores (autores mediatos o coautores), pero habrá otros que sean sólo partícipes<sup>267</sup>.

Al concepto de autor que resulta de la aplicación de la teoría del dominio del hecho, pueden hacerse algunas observaciones.

La primera se refiere a la amplitud del propio concepto de autor que se deriva de la aplicación de esta teoría. Se produce, o puede producirse, una dilatación excesiva de la conducta de autoría que podría llegar a comprender cualquier

---

<sup>265</sup> J.CEREZO MIR, *Estudios sobre la reforma*, *op.cit.*, pag.36.

<sup>266</sup> En cambio, reconoce CEREZO que en los Códigos inspirados en una concepción objetiva de lo injusto, como mera lesión o peligro del bien jurídico, todo el que pusiera una condición de la producción del resultado o de la realización de la acción típica sería, en principio autor: "no podría hablarse entonces de un centro personal del injusto. Se llegaría a un concepto extensivo de autor, aunque el Derecho partiera del concepto de acción finalista, pues el juicio desvalorativo de la antijuridicidad recaería entonces, exclusivamente, sobre el lado objetivo o extensivo de la acción". J. CEREZO MIR, *Estudios sobre la reforma*, *op.cit.*, pág. 37.

<sup>267</sup> Cfr. J.CEREZO MIR, *Estudios sobre la reforma*, *op.cit.*, pág.36.

aportación esencial al delito, reduciendo el cooperador necesario a una hipótesis marginal<sup>268</sup>.

La segunda tiene más interés en un estudio que, como éste, quiere indagar en las influencias recíprocas entre los distintos sistemas normativos europeos. Se refiere a la posibilidad de leer el artículo 14 desde las claves de una teoría que ha sido pensada y elaborada en el sistema alemán, o más exactamente, a la posibilidad de hacer la transposición de una teoría pensada para un sistema que prevé una neta distinción entre las figuras de los distintos partícipes - en concreto, entre autor en sentido estricto y coautor - al sistema español, en el que la distinción resulta menos neta, pues, en principio, adopta un concepto más amplio de autor<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> Así, por ejemplo, SEMINARA opina que de esta manera, *"la figura del cooperatore necessario viene ingiustificatamente relegata ad un ruolo marginale, che non potrebbe superare la fase degli atti preparatori all'esecuzione del reato, ponendosi altrimenti come coautoria"*. SEMINARA, S, *Tecniche*, op.cit., pág. 47; En sentido similar VIVES ANTÓN, en relación con la afirmación de ROXIN: "Así, para sostener que 'una conducta realiza el tipo si se tiene el dominio del hecho', no pudiendo apoyar tal afirmación en las correspondientes descripciones típicas, se ve obligado a afirmar que 'esta conclusión es totalmente independiente del derecho positivo y es un conocimiento objetivo deducible de la conducta humana'. Tras una afirmación de tal calibre, que en modo alguno puede convencer, se hallan importantes razones de justicia material: en el Código penal alemán la complicidad es, en todo caso, objeto de un atenuación que en multitud de ocasiones, dada la importancia de la intervención del cómplice parece inadecuada. Tal situación puede explicar el recurso a criterios materiales y a una cierta *relajación* en el entendimiento de la tipicidad; pero la legislación española ofrece ya una adecuada solución del problema, al castigar *como autor* al cómplice necesario. La ampliación de los tipos por el recurso al dominio del hecho no se justifica, pues, ni material ni formalmente". COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *DPPG*, op.cit., pág. 571.

<sup>269</sup> Así, S. SEMINARA: *"La possibilità di leggere l'art.14 n.1 cod. Pen. alla luce di questa teoria appare però assai dubbia, poiché essa è stata elaborata in Germania sulla base della normativa ivi vigente e la sua praticabilità nel codice spagnolo supporrebbe quindi una identità di sistema o quantomeno un'omogeneità di disciplina, che non è dato invece riscontrare. Il codice tedesco, infatti, è caratterizzato da una rigida distinzione, valida anche quod poenam, tra autore in senso stretto autore mediato e coautore da un lato e agevolatore dall'altro, mentre quello spagnolo adotta una nozione di autore materiale più ampia e a questa accosta la figura del complice necessario ( art.14 n.3); da ciò deriva( come emergerà anche dell'indagine*

Por último, es necesario hacer referencia a una reciente interpretación del artículo 14.1 que afirma que en él se recoge un concepto unitario de autor<sup>270</sup>, “aunque esto parece tener que relativizarse, pues el propio Código penal hace una clara distinción entre autor y cómplice”<sup>271</sup>.

Veremos más adelante como funcionan estas teorías explicativas del concepto de autor en relación con las demás formas de participación.

---

*sull'ordinamento tedesco) che i due sistemi sono fondati su nozioni di autore concettualmente diverse e tra loro incompatibili". S.SEMINARA, Tecniche, op.cit., pág.47.*

<sup>270</sup> Cfr. E.BACIGALUPO ZAPATER, *Principios, op.cit.*, págs.131 y ss.

<sup>271</sup> M.DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría en el Derecho penal, op.cit.*, pág.43.

### 2.2.3. Las categorías asimiladas al autor en el sistema normativo español

#### a) El inductor

Junto con la participación directa a la ejecución en el delito, el anterior Código español contenía en los números 2 y 3 del artículo 14 otras figuras asimiladas al autor.

El 14.2 hacía referencia al concurso psíquico, es decir, a la inducción, y junto a ésta se tomaba en consideración el uso de la fuerza física.

En la interpretación de esta última hipótesis no existía unanimidad en la doctrina española. Para todos se trataba de fuerza material, pero, no había acuerdo doctrinal sobre si debía entenderse como "*vis absoluta*", es decir, como aquella fuerza que, anulando la voluntad del sujeto sobre el que se ejerce, lo transforma en mero instrumento<sup>272</sup> o, en cambio podía sólo hablarse de "*vis compulsiva*"<sup>273</sup>.

En general se afirmaba que las hipótesis de "*vis absoluta*" estaban fuera del ámbito de la participación, ya que no parece que sea admisible hablar de participar

---

<sup>272</sup> Cfr. A.FERRER SAMA. *Comentarios, op.cit.*, pág.49.

<sup>273</sup> En este sentido se afirma que no puede entenderse en este caso que se trate de fuerza física absoluta e irresistible. "La 'fuerza' a la que alude el párrafo 2º del art.14 no es sin una modalidad de inducción. Entenderla de otro modo - como violencia física absoluta o como fuerza irresistible - supondría incardinar en el número 2º del art.14 supuestos de autoría ya contemplados en el número 1º", COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *DPPG, op.cit.*, pág.580; cfr. también, L.RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio, op.cit.*, pág.215.

en el hecho de otro cuando se ha llegado a anular la voluntad del sujeto contra quien se ha ejercido la fuerza<sup>274</sup>.

La mayoría de la doctrina optaba, pues, por una interpretación restrictiva de la norma, dado que "la ley exige que el forzado 'ejecute' el hecho y el sujeto que obra bajo el efecto de una fuerza irresistible lo hace en un supuesto de ausencia de acción que le impide 'ejecutarlo'"<sup>275</sup>. Así, en caso de anulación total de la personalidad, se consideraba que el ámbito correcto de estudio era el de las eximentes de la responsabilidad y no el de la inducción<sup>276</sup>.

El nuevo Código penal español elimina el problema de la interpretación de esta norma ya que suprime la referencia a la fuerza. La nueva redacción del artículo 28 a) -"los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo"- recoge, pues, solo las hipótesis de coacción psíquica.

Esta última se produce cuando alguien hace surgir en la mente de otro (autor material) la resolución para ejecutar el delito<sup>277</sup>. El que induce, pues, determina a

---

<sup>274</sup> "En la medida que el sujeto que padece una fuerza de tal índole no realiza ninguna acción, quien despliega dicha fuerza aparece como autor directo del hecho.(...) el empleo de la vis absoluta no constituye una hipótesis de participación en el hecho ajeno, sino la realización del hecho propio con todas las consecuencias que entraña". G.RODRÍGUEZ MOURULLO.,*Comentarios I, op.cit.*, págs.845 y 846.

<sup>275</sup> S.MIR PUIG, *DPPG, op.cit.*, pág.429.

<sup>276</sup> "En la inducción no se precisa exactamente la anulación de una voluntad por otra, ni siquiera, quizá, la prevalencia o dominio absoluto de la espiritual sobre la física". A.QUINTANO RIPOLLÉS, *Autoría penal, op.cit.*, pág.149.

<sup>277</sup> Se entiende que hay inducción: "cuando una persona ha hecho surgir de manera intencional en la mente de otra el propósito de cometer un delito, llegando éste a ser puesto en ejecución y siempre que el ejecutor material sea sujeto penalmente responsable". A.FERRER

otro a la realización de un delito haciendo nacer en él la voluntad delictiva que no tenía, ya que "la incitación llevada a cabo sobre quien, de todos modos, se halla resuelto a cometer el delito (*omnimodo facturus*) no es inducción"<sup>278</sup>.

Los elementos de la inducción son, siguiendo a RODRÍGUEZ MOURULLO los siguientes que el influjo psíquico determine al autor material a delinquir; que el inductor haya procedido dolosamente a la determinación; y que el hecho se ejecute aunque sea parcialmente<sup>279</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas, como el francés, el Código penal español no indica los medios a través de los cuales se ejerce la inducción. Veremos en su momento las consecuencias de estas dos opciones legislativas diversas.

## 2) El cooperador necesario

---

SAMA, *Comentarios*, *op.cit.*, pag.50.

<sup>278</sup> S.MIR PUIG, *DPPG*, *op.cit.*, pág. 580. Como se verá más adelante la doctrina italiana se plantea con particular intensidad el problema de las consecuencias de la inducción en la medida en que se considera tal la actividad consistente en reforzar el propósito criminal. La jurisprudencia italiana ha llegado a admitir como inducción simples acciones de adhesión psicológica como la mera presencia en el lugar del delito (Cass. 22 de julio de 1986, Rp.1983 p.714; Cass. 14 de julio de 1982, Rp. 1983, 422 entre otras). Criterio criticado por la doctrina italiana: Así ROMANO/GRASSO, *Commentario*, *op.cit.*, pág.160, para los cuales "*non potrà ritenersi rilevante in sede concorsuale l'impulso dato alla risoluzione di chi fosse già comunque determinato a commettere il reato (il c.d. omnimodo facturus)*".

<sup>279</sup> G.RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I*, *op.cit.*, págs. 853 y ss. Aunque como se verá la jurisprudencia se mueve por caminos distintos. Así, por ejemplo, admite como suficiente: el mero pacto - sentencias 22 de diciembre de 1883; 10 de febrero de 1902; 29 de noviembre de 1952; 24 de mayo de 1982 - , la relación causal entre la intervención del inductor y el acto inducido - sentencias de 17 de enero de 1984; 8 de julio de 1968, 25 de febrero de 1974, 18 de octubre 1975, 4 de Mayo de 1968, 25 de Febrero 1984 - o incluso un simple estímulo - sentencias de 4 y 24 de mayo y 17 de junio de 1983, en L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio*, *op.cit.*, págs.250 y ss.

El nº.3 del artículo 14 del anterior Código penal consideraba el cooperador necesario como figura asimilada al autor, manteniendo así la clásica distinción entre cooperación necesaria y no necesaria. La primera se asimilaba a la ejecución y a la de inducción, mientras que la segunda se identificaba con la complicidad.

La figura del cooperador necesario responde a la tradición europea de los sistemas diferenciados en los que esta distinción se traduce en una disminución de la pena para algunos partícipes<sup>280</sup>.

En tales sistemas el cooperador necesario se sitúa como figura intermedia entre la autoría y la complicidad, planteando a la doctrina y a la jurisprudencia el problema de encontrar criterios de delimitación entre estas conductas.

Con respecto al autor- o mejor al coautor- la figura del cooperador necesario se diferencia en función del momento de la aportación al delito. A esta primera conclusión es posible llegar por la propia definición normativa. En la norma se habla de cooperar a la ejecución del hecho, sin exigir por tanto la participación directa en la ejecución. El cooperador necesario, por tanto, se diferencia del autor de los actos ejecutivos porque no participa directamente en la ejecución del delito. La cooperación necesaria es, pues, participación al hecho de otro. Ésta parece la única

---

<sup>280</sup> Se encuentra ya prevista en los Estatutos italianos, se recoge, luego en el Código bávaro de 1813 y de ahí pasa a los Códigos español, italiano y belga. Cfr. E. PESSINA, *Enciclopedia del Diritto penale italiano*, 1960, pág.135 y S.SEMINARA *Tenciche*, *op.cit.*, pág.51.

interpretación posible de la previsión del artículo 14.3, ya que las hipótesis de participación directa están reguladas en el párrafo 1 de la misma norma<sup>281</sup>.

Corolario de la anterior afirmación es la determinación de la fase de realización del delito en la que debe darse la cooperación necesaria. De lo dispuesto en el número 3 del artículo 14 puede afirmarse que se trata de la fase preparatoria; sólo excepcionalmente podrá darse también en la fase ejecutiva, siempre que no se trate de una actividad esencial, ya que entonces se trataría de una conducta de autoría prevista en el art.14.1. En todo caso, es preciso advertir que, generalmente, se considera conducta de cooperación y no de encubrimiento, la promesa de ayuda posterior al delito, cuando sea realizada con anterioridad a la ejecución<sup>282</sup>.

Más problemática resulta la diferenciación entre cooperación necesaria y complicidad. Siempre partiendo de la regulación legal, se trata de establecer cuándo un acto ha sido tan importante para determinar la realización del delito, como para poder afirmar sin él éste no se hubiese llevado a cabo.

El hecho de que el elemento diferenciador entre el considerado autor -cooperador necesario- y el cómplice sea la importancia objetiva de la cooperación, origina problemas de interpretación no distantes, como se verá, de los que plantea el artículo 114 del Código penal italiano.

---

<sup>281</sup> “La cooperación necesaria se diferencia de la coautoría material o ejecutiva en que el partícipe no 'ejecuta' el hecho típico, sino algo ajeno pero necesariamente relacionado: participación en el hecho ajeno, en definitiva”. L.RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio, op.cit.*, pág.253.

<sup>282</sup> Cfr. S.MIR PUIG, *DPPG, op.cit.*,pág.469; y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I, op.cit.*, pág.891.

La cuestión asume diferentes aspectos según se interprete el concepto de necesidad en sentido abstracto o en sentido concreto.

Los criterios más frecuentemente utilizados por la doctrina española abarcan un amplio espectro, que va desde la consideración de la cooperación necesaria como conducta con eficacia causal, hasta la aplicación del criterio del dominio del hecho, según el cual cooperador necesario es aquel que en las circunstancias concretas posee el dominio para impedir o interrumpir la ejecución de la conducta típica<sup>283</sup>. Estas y otras interpretaciones doctrinales se examinarán más adelante comparándolas con las aportaciones de las doctrinas francesa e italiana.

El nuevo Código penal español, deja inalterada esta figura a pesar de las críticas que importantes sectores doctrinales le han dirigido.

Hasta aquí una aproximación a las interpretaciones doctrinales sobre la anterior regulación de la figura del autor en el Código penal vigente hasta hace poco. *Veamos que permanece y que cambia en la vigente regulación.*

#### **2.2.4. El concepto de autor en el Nuevo Código penal**

El nuevo Código penal español mantiene el sistema diferenciado, puede afirmarse incluso que adopta un modelo más neto de separación entre las formas de

---

<sup>283</sup> Cfr. para una completa descripción y análisis de las distintas interpretaciones doctrinales sobre este tema L.RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio, op.cit.* págs.254 y ss.

participación, ya que distingue con mayor claridad entre autor o autores, partícipes que se asimilan a éstos y cómplices.

La principal novedad radica en que, a diferencia de la anterior regulación, formula un concepto de autor. El artículo 28 declara "que son autores...", allí donde el antiguo artículo 14 se limitaba a afirmar que "se consideran autores". El propio artículo 28 distingue, luego, entre quien es autor y "quienes se consideran autores". La distinción de esas conductas tiene como objetivo asimilarlas de cara a la aplicación de la misma pena. De hecho, el artículo 61 del nuevo texto se referirá sin más a "los autores".

No parece, sin embargo, que la nueva regulación vaya a eliminar la polémica doctrinal en torno al concepto de autor. Las primeras elaboraciones sobre el nuevo texto o sobre los proyectos que lo precedieron reproducen la búsqueda de ese concepto, aplicando las teorías elaboradas en relación con el Código anterior.

Así, para CEREZO, el concepto de autor que se formula es un concepto restringido objetivo-formal: autor es el que realiza el hecho, entendiendo que por "hecho" se está haciendo referencia a la acción típica<sup>284</sup>.

Para otro sector "la teoría del dominio del hecho es perfectamente defendible también bajo la vigencia del nuevo Código penal, incluso resulta más ajustada, pues, antes el viejo artículo 14.1 se refería a los que 'toman parte directa en la ejecución del hecho', mientras que el actual art.28 señala que 'son autores quienes realizan el

---

<sup>284</sup> En relación con el art.25 del Borrador de Código penal de 1990, cfr. J.CEREZO MIR.

hecho'. Y evidentemente tomar parte en la ejecución no es lo mismo que realizar el hecho"<sup>285</sup>.

Para aquellos que como GIMBERNAT consideraban que ninguno de los números del artículo 14 hacían referencia al autor, sino que esta noción deriva directamente de los tipos de la parte especial, la nueva regulación se considera inaceptable y se interpreta como toma de posición del legislador en la polémica doctrinal<sup>286</sup>. En opinión de GIMBERNAT, a partir de ahora hay dos clases de autores asimilados al autor en sentido estricto: "los autores asimilados de 'la categoría A', que sin cumplir el tipo - y de los que se predica no obstante que son autores -, realizan el hecho conjuntamente con el autor en sentido estricto, y los autores asimilados de la 'categoría B', que inducen o cooperan necesariamente al hecho, y de los que se dice, esta vez correctamente - porque tampoco son autores en sentido estricto -, que asimismo y a los únicos efectos de la penalidad, deben ser 'considerados' autores"<sup>287</sup>.

*La segunda novedad consiste en la regulación de la coautoría: son coautores los que realizan el hecho conjuntamente.*

---

*Estudios, op.cit.,* pág.184.

<sup>285</sup> J.LÓPEZ BARJA, *Autoría y participación, op.cit.,* pág.38.

<sup>286</sup> "El Código penal de 1995 se entromete nuevamente en una discusión científica abierta y en su art.28 toma posición descarada a favor de la primera tesis. A estos efectos, se suprime en la definición del art.28 a los 'que toman parte directa en la ejecución del hecho' del art.14.1 del Código penal de 1973, sustituyéndolos por 'quienes realizan el hecho...conjuntamente' y afirmando que ellos son autores, diferenciándolos de los inductores y de los cooperadores necesarios del art.28a) y b) del Código penal de 1995 de los que se dice que sólo serán considerados autores" E.GIMBERNAT ORDEIG, "*Diatriba del nuevo Código penal*", en LA LEY, D-4043 de 24 de mayo de 1996, pág.1336.

La coautoría en el viejo Código penal planteaba problemas de interpretación, debido a la ausencia de una referencia expresa a esta hipótesis de participación. La cuestión se resuelve aparentemente con la nueva redacción del art.28.

La doctrina dominante para delimitar los supuestos de coautoría de las demás figuras de participación aplicaba tradicionalmente la teoría objetivo-formal: autores son los que toman parte directa en la ejecución del hecho, es decir aquellos que realizan un acto típico. En las hipótesis de coautoría, puesto que ninguno de ellos realiza el tipo, no funciona el principio de accesoriedad, sino más bien el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones, de manera que cada uno de los coautores es considerado como autor de la totalidad del delito<sup>288</sup>.

Otro sector fundamenta el concepto de coautor en el dominio funcional del hecho. Desde esta perspectiva se considera positiva la inclusión de la referencia expresa a esta figura en el art.28 del nuevo Código<sup>289</sup>. También a CERESO, comentando los distintos anteproyectos de Código penal, le parecía un gran acierto la introducción de la coautoría y también la fórmula empleada según la cual son coautores los que realicen algún elemento del tipo mediando entre ellos un acuerdo de voluntades para la ejecución del hecho.<sup>290</sup> Es decir, aceptando la clásica fórmula de definición de la coautoría<sup>291</sup>.

---

<sup>287</sup> E.GIMBERNAT ORDEIG, *Ibidem*.

<sup>288</sup> Cfr. S.MIR PUIG, *DPPG*, *op.cit.*, pág. 413,

<sup>289</sup> Cfr. J.LOPEZ BARJA, *Autoría y participación*, *op.cit.*, págs.79 y ss.

<sup>290</sup> Cfr. J.CERESO MIR, *Estudios*, *op.cit.*, pág.187.

<sup>291</sup> "Coautores son los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo el hecho". H.H.JESCHECK, *Tratado*, *op.cit.*, pág. 941.

El problema que se plantea con la nueva regulación es el de la distinción entre coautor y cooperador necesario, que ahora se ven en términos de posible solapamiento. Desde la perspectiva del dominio del hecho el criterio diferenciador sería el del momento de la aportación: el coautor realiza su aportación en la fase ejecutiva; por el contrario, el aporte del cooperador necesario se produce 'antes' de la fase ejecutiva. Esto obliga a admitir que no hay diferencias cualitativas entre el aporte del coautor y el del cooperador necesario: ambos son esenciales y difíciles de remplazar. La única diferencia estriba, por consiguiente, en el momento de la prestación del aporte al hecho, porque de eso depende que tenga o no el dominio del hecho"<sup>292</sup>.

Por último, el nuevo Código penal recoge también la autoría mediata: "son autores quienes realizan el hecho (...) por medio de otro del que se sirven como instrumento". Con ello se pone fin a una larga polémica doctrinal sobre si era necesaria la regulación expresa de esta figura en nuestro sistema o bastase lo previsto en el antiguo artículo 14. Nos ocuparemos más adelante de los problemas que la admisión de la autoría mediata planteaba en relación con la anterior legislación y de opciones alternativas, tanto normativas como doctrinales, a nuestro sistema.

---

<sup>292</sup> J.LOPEZ BARJA, *Autoría y participación, op.cit.*, pág.81. En este sentido, CEREZO MIR piensa que cabría incluir en el concepto de autoría a "aquellos que, aunque no realicen un elemento del tipo, tengan el dominio funcional de hecho". Ya que " no tienen el dominio del hecho los que realizan un acto meramente preparatorio, pero sí los que cooperan en la ejecución del hecho con actos de mero auxilio que, de acuerdo con el plan delictivo, representan una contribución esencial, indispensable, a la comisión del delito". J.M.CEREZO MIR, *Estudios, op.cit.*, pág.189.

### 2.3. El modelo mixto: la regulación de la participación en el Código penal francés

La regulación de la participación en el Nuevo Código penal francés de 1994 modifica, en parte, la del Código penal de 1810, que la recogía en el Libro II, artículos 59 a 69, " *De personnes punissables, excusables ou responsables pour crimes ou pour délits*.

El viejo Código napoleónico adoptaba un sistema normativo distinto de los hasta aquí analizados y que no ha sido imitado por otros ordenamientos. Ya en este texto se delinea la original construcción del modelo francés en el que, a pesar de establecer como criterio general la equiparación a efectos de la pena entre el cómplice y el autor del delito, se llevaba a cabo una amplia y detallada descripción de las conductas delictivas constitutivas de complicidad, si bien no se detenía en hacer un análisis similar de las conductas de autoría<sup>293</sup>.

Los intentos de reforma del Código se mantuvieron en la misma línea, aunque el Anteproyecto definitivo de 1978 y el Proyecto de Ley de 1986 incluían el instigador como figura intermedia entre el autor y el cómplice.

El nuevo Código penal de 1994 renuncia a la inclusión de la figura del instigador, de manera que la actual regulación se asemeja más a la del anterior Código que a las propuestas de reforma.

---

<sup>293</sup> A pesar de ser este el criterio general, el Código penal francés establece excepcionalmente penas menores para algunos supuestos. Así mismo, en la Parte Especial se deroga a menudo el sistema general de la participación, incriminando conductas preparatorias o

Las principales diferencias entre el Nuevo Código y el anterior están en la supresión de la forma de complicidad consistente en proporcionar los medios del delito. Tampoco se prevé la punibilidad de la instigación no acogida a diferencia de lo que proponían, en cambio, el Anteproyecto de 1978 y el Proyecto de 1986.

La supresión de la complicidad basada en proporcionar los medios del delito es considerada positivamente, entendiendo que ésta no va más allá de una forma de asistencia.

La no inclusión de la instigación no acogida se debe al Senado, que se opuso a ello argumentando con la dificultad de prueba y aplicó una visión garantista con la intención de evitar la incriminación de delitos de intención. La doctrina francesa coincide en términos generales con las conclusiones del Senado aunque expresa su preocupación sobre la posibilidad de impunidad del "cerebro" en determinados delitos, como, por ejemplo, los de terrorismo.<sup>294</sup>

Veamos la nueva regulación.

---

de instigación no seguida de efecto.

<sup>294</sup> Cfr. J.PRADEL, *Le Nouveau Code pénal, op.cit.*, pag.63

### 2.3.1. La regulación de la participación en el Nuevo Código penal

El Título II del Nuevo Código penal de 1 de marzo de 1994: "*De la responsabilité pénale*"<sup>295</sup> se encuentra dividido en dos capítulos titulados "*Dispositions générales*" y "*Des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité*". Los artículos que componen el Título (121-1 a 122-8) se ocupan, junto con la descripción de las figuras de la participación, de temas tan variadas como la regulación del elemento moral del delito, la responsabilidad de las personas jurídicas, la tentativa y las causas atenuantes y eximentes de la responsabilidad.

EL Título II comienza afirmando el principio general de responsabilidad personal, es decir, la necesidad de participación personal. Así el art, 121-1 establece que: "*nul n'est responsable pénalement que de son propre fait*". Se trata de una novedad introducida por el vigente Código penal francés, ya que dicho principio no se hallaba formulado en el antiguo Código de 1810. Mediante la inclusión del art.121-1 se consagra una constante elaboración jurisprudencial en materia de responsabilidad personal<sup>296</sup>.

---

<sup>295</sup> En el Anteproyecto de 1978, el Título II llevaba un encabezamiento distinto, "*La persome*". La doctrina lo criticó por considerarlo excesivamente neutro. En el Proyecto de 1983 se introdujo el encabezamiento actual que fue mantenido en el Proyecto de 1986, y por fin, adoptado definitivamente por el texto actual vigente.

<sup>296</sup> La jurisprudencia en numerosas ocasiones ha hecho referencia al principio de responsabilidad personal utilizando la fórmula "*nul n'est responsable pénalement que par son propre fait personnel*", casi idéntica a la que ahora acoge el Nuevo Código penal. Véase, por ejemplo: Crim.16 dic. 1948, Bull. crim., nº 291; 28 de febrero de 1956. JCP., 1956.II.9304.

La doctrina ha acogido favorablemente la incorporación del artículo 121-1 afirmando que Derecho penal y responsabilidad por el hecho del otro se concilian mal<sup>297</sup>, ya que no es admisible que una persona pueda ser condenada por un delito cuando le es material y psicológicamente ajeno. El Derecho penal es por naturaleza personal, y por lo tanto la sanción no puede ser impuesta sino a aquel que ha participado en el hecho delictivo<sup>298</sup>.

La doctrina no está de acuerdo con que el principio de responsabilidad personal se altere en relación con los delitos cometidos en el marco de una empresa por un empleado. En ellos se considera responsable al jefe de la empresa, y, por tanto, podría interpretarse que se trata de hipótesis de responsabilidad por un hecho ajeno. Se prefiere, sin embargo, en estos casos hablar de "*déplacement*" de la responsabilidad, entendiendo que el jefe es responsable, no por haber cometido

---

<sup>297</sup> En el Derecho francés existían determinados casos de responsabilidad colectiva algunos en vigor hasta la actual reforma. Así, el art. 313 del antiguo Código penal establecía que en caso de delitos cometidos "*en réunion séditieuse, avec rébellion ou pillages, son imputables aux chefs, auteurs, isitigateurs et provocateurs de ces réunions, rébellions ou pillages, qui seront punis comme coupables de ces crimes ou délits, et condamnés aux mêmes peines que ceux qui les auront personnellement commis*".

<sup>298</sup> La doctrina desde siempre descartaba la posibilidad de admitir una responsabilidad colectiva a pesar de que, como acabamos de indicar, existían en el anterior Código penal algunos delitos que parecían indicar la presencia de este tipo de responsabilidad. Así, el art. 314 del anterior Código Penal, castigaba a los organizadores de reuniones en las cuales los participantes hubiesen cometido actos de violencia, y también el art. 313 antes recogido. Se negaba, sin embargo, por parte de la doctrina que pudiese hablarse en estos casos de responsabilidad colectiva ya que entre la participación a la acción colectiva y los actos de violencia existe en todo caso un nexo de causalidad, mientras que la responsabilidad colectiva se caracteriza porque el sujeto está llamado a responder por un acto al que es totalmente ajeno. Cfr. A.DECOCQ, *Droit pénal général*, París, 1971, pág.199 y J.PRADEL, *Le Nouveau Code pénal, op.cit.*, pág. 55.

materialmente el delito, sino por haberlo dejado cometer a su subordinado, por lo que se puede seguir hablando de responsabilidad personal<sup>299</sup>.

El mismo argumento se usa en relación con la reciente tipificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>300</sup> que lleva a cabo el nuevo art.121-2. Sin ocultar que, en estos casos, existe el riesgo de caer de nuevo en la responsabilidad colectiva<sup>301</sup>, la doctrina francesa entiende que no puede hablarse de excepción al principio general de responsabilidad personal<sup>302</sup>.

#### **a) El autor**

art.121-4. *"Est auteur de l'infraction la personne qui:*

*1º. commet les faits incriminés;*

---

<sup>299</sup> Cfr. J.PRADEL, *Le Nouveau Code pénal, op.cit.*, pág.56; J.LARGUIER, *Droit pénal, op.cit.*, págs.85 y ss.

<sup>300</sup> El problema de la compatibilidad de la responsabilidad de las personas jurídicas con el principio de responsabilidad personal se planteó con particular intensidad en la en el momento de la discusión del Proyecto de Código penal de 1986, pero se enmarcaba en una más amplia discusión sobre la necesidad y conveniencia de la tipificación de este tipo de responsabilidad. El argumento excede de los objetivos de este trabajo pero no podemos evitar recoger aquí el hecho de que el debate tiene una dimensión europea y ha sido en parte guiado por la Comunidad Europea. El Tribunal de Justicia de Las Comunidades Europeas en la sentencia BÉLGICA/VANDEVENNE, as.7/90 admite la posibilidad de regular la responsabilidad de las personas jurídicas; El Consejo de Ministros de manera más explícita recomienda la regulación (Recomendación 18/88).

<sup>301</sup> *"On approuvera le principe ainsi exprimé, non sans indiquer cependant deux danger: celui de la résurgence d'une sorte de responsabilité collective dans la mesure où la sanction atteignant la personne morale retentira sur les membres innocents, sur les employés et créanciers; celui d'une pénalisation excessive du monde des affaires"* J.PRADEL, *Le Nouveau Code pénal, op.cit.*, pág. 107.

<sup>302</sup> Cfr. J.LARGUIER, *Droit pénal général, op.cit.*, págs.85 y ss.

2°. *tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit.*

Contrastando con la detallada descripción de la complicidad, el artículo 121-1 se limita a afirmar que es autor el que comete los hechos incriminados. Dada esta ausencia de descripción de las conductas de autoría es necesario analizar, por varias e importantes razones, qué entiende el sistema francés por autores.

La determinación de quien es el autor del delito es imprescindible dado que en el ordenamiento francés se aplica el criterio de "*criminalité d'emprunt*", en función del cual, la responsabilidad del cómplice depende totalmente de la del autor. De esta manera, responderá de homicidio el que participe como cómplice en la muerte de sus propios padres y de parricidio si ha participado como autor.

La delimitación del concepto de autor será también necesaria cuando se trate de faltas, ya que en éstas la complicidad no es punible.

Por último, la agravante relacionada con el número de partícipes se refiere a los autores, luego también de cara a su aplicación se deberá clarificar el concepto de autor.

Actualmente la doctrina sostiene mayoritariamente que es autor el que reúne en sí todos los elementos constitutivos del delito<sup>303</sup>. Se parte, pues, de un concepto

---

<sup>303</sup> "*A la différence des certaines législations - qui distinguent l'auteur du complice suivant que le rôle joué a été déterminant (instigateur) ou accessoire, ou suivant que l'individu a voulu s'associer activement à la commission de l'infraction et a eu l'intention d'être auteur (animo auctoris), ou au contraire n'a entendu que s'associer à la infraction (animo socii) et y contribuer, sans y jouer un rôle actif - c'est sur critère objectif que le droit français fonde sa*

restrictivo de autor y se afirma que en el Derecho francés una persona es responsable cuando ha ejecutado materialmente el acto prohibido por la ley. El Código adopta una concepción objetiva de la infracción: autor es el que realiza los actos materiales constitutivos de ésta<sup>304</sup>, y, en caso de infracción por omisión el autor material será aquel al que correspondía la obligación de actuar.

Poco importa, pues, que haya decidido cometer él solo el delito o, que haya sido provocado o preparado por otro que no haya participado en la ejecución del hecho. Tampoco importa que lo haya ejecutado solo o con otros. Desde el momento que un sujeto ha realizado los actos ejecutivos es autor, o, en caso de pluralidad de autores, coautor del delito<sup>305</sup>.

Autor es, pues, también el coautor en la medida en que, igual que aquél, realiza personalmente, con una o varias personas los actos materiales que constituyen un delito<sup>306</sup>. El que sustrae junto a otro la cosa ajena es coautor del

---

*distinction de l'auteur et du complice. Pour lui l'auteur est celui qui réunit en sa personne tous les éléments (matériel et moral) de l'infraction; c'est celui en accompli personnellement les actes matériels constitutifs". STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, Droit pénal (1992), op.cit., pág.255. Cfr., también, J.PRADEL, Le Nouveau Code pénal, op.cit., pág.60.*

<sup>304</sup> *"D'après le Code pénal qui ha adopté une conception objective d'infraction, l'auteur c'est celui qui a accompli personnellement les actes matériels constitutifs de l'infraction et qu'on appelle l'auteur matériel; C'est par exemple celui qui a tiré le coup de feu ou donné le coup de poignard qui a tué, celui qui ha ouvert le coffre-fort et en a soustrait l'argent ou les bijoux qu'il renfermait". STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, Droit pénal (1994), op.cit., pág.238.*

<sup>305</sup> Cfr. STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal (1994), op.cit., pág.238.*

<sup>306</sup> *"De même, celui qui, avec un autre et comme cet autre, soustrait la chose d'autrui (art.311-1 N.C.Pén) est coauteur d'un vol; tandis que celui, qui sans accomplir lui-même et personnellement l'acte matériel de soustraction, n'ait fait qu'aider ou assister l'auteur de la soustraction (en faisait le get par exemple, ou en lui fournissant un chalumeau pou découper un coffre-fort) est en principe complice (art.211-7 N.C.Pén)". STEFANI/ LEVASSEUR/BOULOC, Droit penal (1994), op.cit., pág. 239.*

delito, mientras que el que no realiza personalmente actos materiales de sustracción es considerado cómplice. El coautor es un autor "*à part entière*", de manera que su situación jurídica es diferente de la del cómplice. Su responsabilidad penal es estrictamente personal y no depende en absoluto de la de los demás coautores. Es punible, y puede ser castigado independientemente de la existencia de causas de exención de la punibilidad en otros coautores. Así mismo, las circunstancias agravantes y atenuantes de las penas se aplican a cada coautor y no producen efectos sobre los demás, de modo que las penas son completamente independientes.

Por último, para ser considerado autor material no es necesario haber ejecutado el acto material hasta el final de la ejecución, o que la infracción haya producido un resultado. El Nuevo Código Penal establece, en el art.121-4, que es autor el que ha tentado de cometer un crimen o, en los casos indicados por la ley un delito<sup>307</sup>.

La jurisprudencia no siempre ha aceptado el concepto restrictivo de autor. Sólo una minoritaria orientación jurisprudencial acoge ese concepto de autor cuando afirma que el solo hecho de formar parte de un grupo de personas, de las que una ha realizado materialmente la infracción es, en principio, insuficiente para atribuirle la calidad de autor<sup>308</sup>. La jurisprudencia dominante, en cambio, lo amplía hasta llegar

---

<sup>307</sup> Y en el art. 121-5 se establece que: "*La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle à été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur*".

<sup>308</sup> Así lo entiende la jurisprudencia: "*Lorsqu'une infraction a été commise par un groupe des personnes, chacune d'elles ne peut être poursuivie comme auteur que s'il est établi avec certitude quelle a pris part à l'exécution matérielle de l'infraction. Le seul fait de faire partie ne suffit pas, en principe, pour être retenue comme auteur de l'infraction*". (Crim. 22 mars 1966, Gaz. Pal 1966.2.46, J.C. P.1967.II.4978, note REIG.).

a considerar autores - o más bien coautores - no sólo a los ejecutores materiales sino también a todos los asistentes a la consumación del delito, como por ejemplo, al vigilante<sup>309</sup>, confundiendo así autoría y complicidad. Confusión particularmente grave cuando se trata de faltas, en relación con las cuales la complicidad por auxilio no es punible.

Veamos, ahora, cómo se entiende la complicidad y las repercusiones que la distinción tiene a efectos sancionatorios. A pesar de la facilidad con que a veces la jurisprudencia la ignora, la distinción entre autor y cómplice existe; es más, es lo que, junto con la equiparación de las penas caracteriza al sistema francés

## **b) El cómplice**

*Art.121-6 "Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7".*

*Art.121-7." Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.*

---

<sup>309</sup> Cfr. sobre la jurisprudencia en este sentido J.PRADEL, *Le Nouveau Code pénal*, op.cit., pág.64 y S.SEMINARA, *Tecniche*, op.cit., pág.88.La-evaluación de la doctrina sobre la jurisprudencia francesa es unánimemente crítica ya que se le atribuye la única finalidad de asegurar la represión de determinadas conductas: "*A vrai dire cette distinction entre le coauteur e le complice a été souvent méconnue par la jurisprudence. Dans le but d'assurer la répression, elle assimile parfois a des coauteurs, des individus qui n'ont pas commis eux mêmes les actes matériels constitutifs de la infraction, et qui ont simplement assisté ou accompagné celui qui les a commis personnellement*" STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal (1994)*, op.cit., pág.240.

*Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre".*

La nueva regulación de la complicidad varía respecto a la del Código anterior en la supresión de la hipótesis de la complicidad por asistencia, pero por lo demás sigue la misma técnica de tipificación detallada de las conductas.

La técnica usada por el antiguo Código francés ha llegado a ser considerada como ejemplo paradigmático de descripción de las conductas atípicas de participación en el delito<sup>310</sup> y en líneas generales lo mismo puede decirse de la actual regulación.

Para que pueda hablarse de complicidad es necesario que se dé el elemento legal, es decir, un hecho principal punible; el elemento material o acto positivo; y el elemento moral o intencional. Examinemos estos requisitos.

#### 1) Hecho principal punible:

Consecuencia del principio de "*emprunt de la criminalité*", para que pueda hablarse de complicidad es necesario que exista un hecho principal punible, salvo previsión expresa de la ley que considere determinados actos de complicidad como delitos autónomos<sup>311</sup>. El cómplice sólo podrá ser perseguido si el hecho del autor se

---

<sup>310</sup> Cfr. S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, pág.90.

<sup>311</sup> Así, la complicidad en el suicidio no es punible, mientras sí lo son la provocación al suicidio o la publicidad de métodos para suicidarse ya que el Nuevo Código Penal en los arts.223-

considera como una infracción. Debe tratarse, además, de un hecho principal constitutivo de delito, salvo que la ley prevea excepcionalmente la punibilidad de la complicidad en un hecho constitutivo de falta.

Tampoco será punible la complicidad si el hecho principal no ha sido consumado o por lo menos tentado. La complicidad de actos preparatorios no existe. Así, mientras se admite la complicidad en el delito tentado, no está prevista la tentativa de complicidad.

A menos que sea considerado como coautor, no será punible el cómplice de un delito si el autor no lo es por la existencia de una causa de justificación o por gozar de una inmunidad que haga imposible la punibilidad del hecho principal. No es necesario, en cambio, que el autor del hecho principal sea efectivamente castigado para que se considere punible al cómplice. Éste será perseguido y castigado aunque se desconozca la identidad del autor, haya fallecido, se trate de un inimputable o exista cualquier otra razón que haga imposible su persecución.

Por último, el cómplice puede ser castigado con una pena superior a la del autor, si en éste se dan circunstancias subjetivas que la atenúan. Igualmente se le aplicará la pena al cómplice cuando las circunstancias subjetivas que concurren en el autor lo hagan beneficiario de una exención de responsabilidad.

Si la infracción principal ha sido cometida en Francia, el acto de complicidad cometido en el extranjero será punible en Francia. En el caso contrario, es decir, si el delito ha sido cometido en el extranjero, el acto de complicidad ejecutado en

---

13 y 223-14 los configura como delitos distintos.

Francia será juzgado por los tribunales franceses si el hecho principal es considerado delito tanto por la ley extranjera como por la ley francesa y ha sido juzgado, con decisión definitiva, por la jurisdicción extranjera<sup>312</sup>.

2) El elemento material: características del acto de complicidad.

Para ser punible, la complicidad debe traducirse en un acto de participación; pero no basta un acto cualquiera, debe tratarse de uno de los enumerados en el art.121-7 del NCp. Hasta el punto que, para facilitar el control, el juez debe mencionar cuál de ellos aplica al caso concreto<sup>313</sup>. Analicemos las características del acto de complicidad.

Acto positivo:

Todos los actos mencionados en el art. 121-7 son actos de comisión. No cabe, por tanto, complicidad por omisión, salvo que dicho acto se configure como un delito autónomo (por ejemplo, la omisión de socorro, art.223-6 N.C.p.). Para que exista complicidad es necesaria, pues, una actividad material.

La jurisprudencia ha matizado esta concepción castigando omisiones cuando considera que el agente estaba obligado a actuar, por ejemplo, condenando al contable que había omitido controlar la contabilidad de su cliente en caso de fraude

---

<sup>312</sup> Art.113-5 del Nuevo Código penal.

<sup>313</sup> *"Pour être punissable (...) la complicité, suppose un acte de participation, non un acte quelconque, mais l'un de ceux limitativement énumérés par l'article 60 du Code pénal. Et la décision doit mentionner de quel acte il s'agit et en préciser les circonstances afin de permettre à la Cour de Cassation d'exercer son contrôle"*. STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal* (1992), *op.cit.*, pág.232.

fiscal<sup>314</sup>. O bien ha considerado en el caso de asistencia pasiva de un sujeto al aborto de su amante, que es punible el acto de apoyo moral prestado<sup>315</sup>.

Acto consumado:

Como ya hemos indicado, el Código francés, que admite la complicidad en el delito tentado, no considera en cambio punible el tentativo de complicidad.

Acto anterior o concomitante:

Los actos posteriores a la comisión del delito no son considerados actos de complicidad. Los actos anteriores descritos en la norma que estamos examinando son: la provocación, las instrucciones, la ayuda o la asistencia.

A diferencia de lo que ocurre en otros Derechos, para el sistema francés el provocador no es autor moral del delito, sino que se le considera cómplice. La provocación, para ser calificada como tal, debe consistir en regalos, promesas, amenazas, abuso de autoridad o de poder. El simple consejo no es complicidad. Estos medios deberán dirigirse a una persona determinada, ya que la provocación pública o colectiva puede ser un delito distinto, pero nunca un acto de complicidad y deben, además, ser empleados directamente, no siendo suficiente, por ejemplo, fomentar sentimientos de rencor ya existentes en otro.

Las instrucciones son una especie de medios intelectuales y según la jurisprudencia no es necesario que tengan como objeto al autor<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> Crim. 15.janv.1979, Rev.jurisp.comm., 1982, en STEFANI/LEVASEIR/BOULOC. *Droit pénal (1994)*, op.cit., pág.293.

Por último, la ayuda o asistencia debe ser anterior o concomitante; puede consistir en actos de diverso tipo que tengan como objeto facilitar la preparación o consumación del delito.

### 3) El elemento intencional:

Se traduce en la intención de contribuir a la realización de un delito concreto. Tal exigencia deriva de la prescripción establecida en el art.121-7 que, en relación con la provocación, hace referencia a las instrucciones dadas para "cometer" una infracción y respecto a la ayuda y asistencia exige que sean prestadas "conscientemente".

La intención del cómplice es, afirma la doctrina, distinta de la del autor, ya que consiste precisamente en la voluntad de asociarse al acto delictivo de éste, mediante un acuerdo precedente o concomitante a la comisión.

El requisito de la intencionalidad plantea la cuestión de si es posible la complicidad en los delitos imprudentes. La mayoría de la doctrina opina que en este tipo de delitos no puede haber más que coautores ya que la complicidad requiere siempre la intención delictiva<sup>317</sup>

### 4) La sanción de la complicidad

---

<sup>315</sup> Crim.5 nov.1941 S.1942.1-89 en STEFANI/LEVASEUR/BOULOC, *Ibidem*.

<sup>316</sup> Cfr. J.LARGUIER, *Droit pénal*, *op.cit.*, pág.78.

<sup>317</sup> Cfr. STEFANI/LEVASEUR/BOULOC; *Droit pénal (1994)*, *op.cit.*, pág.267;

El cómplice recibe el mismo tratamiento que el autor. El nuevo sistema, sin embargo, varía respecto al adoptado en el Código de 1810. El art.59 de este Código estaba redactado en los siguientes términos: "*les complices d'un crime ou un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou ce délit, sauf dans le cas où la loi aurait disposé autrement*".

El antiguo Código acogía, pues, en lo que concierne la represión del delito, el criterio de "*emprunt absolue de criminalité*". Según este principio la criminalidad del acto del cómplice depende de la criminalidad del acto del autor, o mejor, como afirma la doctrina, no hay criminalidad de la persona, sino del acto<sup>318</sup>.

La responsabilidad tiene, pues, carácter completamente objetivo, la pena aplicada al cómplice es idéntica, por naturaleza y duración, a la del autor principal, ya que depende completamente del acto de éste. No se tiene en cuenta el hecho de que la culpabilidad del autor puede ser distinta de la del cómplice.

La aplicación práctica de este sistema podía llevar a la impunidad del cómplice, por ejemplo cuando el autor del delito hubiese desistido, o bien causar una agravación de la responsabilidad, si existían en el autor principal circunstancias ignoradas por el cómplice.

---

CHAVERT, /SUR, *Droit pénal, op.cit.*, págs.69 y ss.

<sup>318</sup> "*Il n'y a pas en effet criminalité de la personne, mais seulement criminalité de l'acte*" STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal,(1992) op.cit.*, pág.241.

El Nuevo Código modifica el sistema descrito. Por lo que respecta el *quantum* de la pena, se mantiene en la actual legislación el principio de "*emprunt de criminalité*", mientras que el de "*emprunt de pénalité*" ha sido abandonado<sup>319</sup>.

La gestación de este nuevo sistema no ha sido fácil. El Proyecto de Ley de 1986 reproducía substancialmente el criterio del anterior Código, manteniendo el principio de "*emprunt de pénalité*" en la medida en que preveía que "*le complice de l'infraction était passible des mêmes peines que l'auteur de cette infraction*". Respecto a la redacción del Código de 1810 la redacción del Proyecto refleja la posibilidad de que el juez pueda imponer al cómplice una pena distinta de la del autor.

El Nuevo Código Penal en el art.121-6 establece que "*sera puni comme auteur le complice d'une infraction*". A partir de este momento la pena aplicada al cómplice será idéntica no a la del autor concreto sino a la prevista por la ley para el autor del delito. En definitiva esta redacción, debida al Senado, lleva a cabo una asimilación del autor y del cómplice creando una ficción que se explica desde la perspectiva de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este nuevo Código. El hecho de ser equiparado al autor desde el punto de vista de la pena (según el art.121-6 N.C. Pén.) encuentra su explicación en la necesidad de evitar que una persona física se vea expuesta a las penas de las personas jurídicas cuando éstas sean culpables.

---

<sup>319</sup> Cfr. J.PRADEL, *Le Nouveau Code pénal, op.cit.*, pág.63.

Efectivamente, en la medida en que se prevén penas específicas para las personas jurídicas, si se hubiese conservado el anterior sistema se deberían imponer las mismas sanciones a los cómplices. Se rompe por tanto el criterio de "*emprunt de pénalité*", y , en la práctica al cómplice se le podrán aplicar penas diferentes de las que se aplican al autor, tanto mayores como menores.

La nueva redacción del Código puede producir efectos en relación con las llamadas circunstancias mixtas, es decir, aquellas que atienden tanto a la persona como al acto. Así, mientras que antes de la reforma el cómplice de un parricidio, en función del principio de *emprunt de pénalité*, recibía necesariamente la misma pena que el parricida, actualmente será castigado como si fuese autor de ese delito, es decir, de homicidio. Inversamente, al cómplice en el homicidio de su propio padre se le aplicará la agravante prevista en el art.221-4<sup>320</sup>.

El análisis de las regulaciones de la participación en los tres modelos elegidos, así como del concepto que cada de uno de ellos acoge, nos permite ahora poner en relación las elaboraciones de la doctrina sobre las distintas figuras de partícipes.

---

<sup>320</sup> Cfr. J.PRADEL, *Ibidem*

### 3. DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS ESTUDIADOS EN RELACIÓN CON LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN ASIMILADAS AL AUTOR

De la descripción de los sistemas hasta aquí analizados resulta bastante evidente la dificultad de establecer una clara noción de autor. Aquí nos limitaremos recordar que dicha noción puede ser enfocada desde dos perspectivas diversas. La primera parte de la conducta e identifica al autor con el ejecutor del hecho. La segunda perspectiva se sitúa a partir de la pena: el autor será aquel o aquellos a los que no se van a aplicar los beneficios sancionatorios de los cómplices.

El Código español hasta ahora vigente adoptaba el primer criterio, que sin embargo no servía para delimitar a efectos sancionatorios las conductas de autoría y de complicidad. La tipicidad de la conducta identificaba al ejecutor del delito, pero, no bastaba para establecer a efectos sancionatorios diferencias rigurosas entre los distintos partícipes en el delito. Y la ausencia de criterios claros para distinguir entre los distintos partícipes ha llevado a abandonar el problema de la medición de la pena en manos de los jueces<sup>321</sup>.

Así, el artículo 14 del anterior Código penal español planteaba evidentes problemas de aplicación. Prueba de ello es que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han elaborado interpretaciones que intentan superar - cuando no

---

<sup>321</sup> Como afirma SEMINARA: *"in un sistema normativo ove sia accolta una tipologia delle condotte di partecipazione la reato anche a effetti sanzionatori, la determinatezza della fattispecie è legata alla nozione di autore che ivi venga enunciata in contrapposizione a quella di complice: qualsiasi incertezza di essa conduce inevitabilmente alla massima discrezionalità del giudice"*. S.SEMINARA, *Tecniche*, op.cit., pág.48.

negar- las previsiones de esa norma. Las reflexiones y elaboraciones de doctrina y jurisprudencia son más que un síntoma de la inadecuación del sistema<sup>322</sup>.

El Nuevo Código penal mantiene este criterio de identificación del autor con el ejecutor y luego asimila a efectos sancionatorios otras dos categorías de partícipes. Tampoco, pues, puede decirse que de acuerdo con la nueva legislación el concepto de autor sirva para la delimitación clara de los distintos partícipes.

En todo caso las diferencias entre los sistemas que se están analizando se verán más claras a partir del análisis comparado de las figuras de participación distintas del autor.

### **3.1. La inducción**

La conducta del inductor es objeto de distinta valoración por parte de los sistemas italiano, español y francés.

El Código italiano se ocupa expresamente del inductor - *istigatore*- en el ámbito de las circunstancias agravantes. Según esta concepción el inductor no sólo

---

<sup>322</sup> En este sentido, SEMINARA: *"in conclusione, il dato maggiormente rilevante che si ricava dalla ricostruzione operata riguarda la tendenza manifestata sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina al superamento della formulazione adottata dall'art. 14. e questo è sufficientemente indicativo di un'effettiva inadeguatezza del sistema normativo"*, *Ibidem*.

es considerado partícipe al delito, sino como un partícipe más peligroso y, por tanto, merecedor de una pena agravada respecto a la que corresponde al autor material<sup>323</sup>.

El Código penal francés considera la instigación como una forma de complicidad. Tuvimos ocasión de ver como el Avant-Proyect definitivo de 1978 proponía una nueva clasificación de las categorías de los partícipes distinguiendo entre autor, instigador y cómplice. El instigador se introducía, así, como figura intermedia entre el autor y el cómplice y comprendía en realidad dos hipótesis de conducta: la de quien hace cometer a un tercero una infracción y la de quien induce a la comisión del delito aunque éste no se lleve a cabo -"*lorsque cette provocation n'a pas été suivi d'effet en raison des circonstances indépendants de sa volonté*"<sup>324</sup>.. La reforma no fue aceptada, pero tiene interés que se haya planteado pues sirve de referencia para el debate sobre la necesidad de ocuparse de esta particular conducta de participación. Volveremos sobre ello más adelante.

El nuevo Código penal francés mantiene el sistema tradicional, y sigue considerando la inducción como una forma de complicidad. Pues bien, el clásico sistema francés se caracteriza por la detallada descripción de las formas con las que debe darse la conducta de instigación. El objetivo de tan minuciosa regulación es, como ya tuvimos ocasión de decir, la de evitar que sea el juez el que discrecionalmente establezca cuando existe o no existe instigación.

---

<sup>323</sup> Cfr. M.GALLO, *Lineamenti, op.cit.*, págs. 93 y 94.

<sup>324</sup> Artículo 31 del Avant-proyect definitivo de 1978.

A pesar de que éste sea el fin perseguido por la norma, no todas las descripciones de conductas consiguen la pretendida precisión. Así, por ejemplo, la que consiste en dar instrucciones para cometer el delito - art. 121-7: "*donné des instructions pour la commettre*"- deja un amplio margen de discrecionalidad al juez.

La doctrina francesa manifiesta su preocupación por esta indeterminación de la norma e insiste en la necesidad de distinguir claramente entre instrucciones y simples informaciones, considerando estas últimas no punibles. De hecho, se pide al juez que describa de qué tipo de instrucciones se trata y qué influencia han tenido en la realización del delito<sup>325</sup>.

En el Código penal español la inducción es tratada como conducta asimilable a efectos de pena al autor directo y al cooperador necesario. El texto español se limita a establecer que se consideran autores los que inducen a la comisión del delito, sin prever una descripción de las conductas en las que puede manifestarse la inducción. En esto el Código español se aparta de los modelos diferenciados que, por lo general, se caracterizan por llevar a cabo la anterior descripción.

En este sentido, puede tener interés examinar la regulación del Código penal italiano de 1889 y las elaboraciones de la doctrina sobre ese antiguo texto que, en

---

<sup>325</sup> "*Il ne s'agit pas de simples et vagues renseignements, mais d'indications précises que le juge doit décrire, de nature à rendre possible o à faciliter l'exécution d'un crime ou d'un délit et données en connaissance de cause en sachant qu'elles devaient en servir à la servir à la réalisation de ce crime ou délit*". STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal* (1994), *op.cit.*, pág.262.

muchos aspectos, contenía una regulación de la participación muy similar a la española.

El Código ZANARDELLI distinguía entre "*determinatore*" e "*istigatore*", el primero venía equiparado al autor mientras el segundo lo era al cómplice. Además, el art. 63,3º establecía una reducción de pena para el "*determinatore*" en aquellos casos en los que el autor hubiese actuado también por motivos propios.

La delimitación entre ambas figuras y la valoración de la posible disminución de la pena en la hipótesis antes mencionada llevó a la doctrina italiana a prestar una particular atención a estas particulares conductas de inducción.

Las interpretaciones doctrinales cubren un amplio espectro que abarca desde las perspectivas psicológicas hasta la utilización de criterios causales. En todo caso, la doctrina mayoritaria se inclinaba por estos últimos entendiendo que el concepto de "*determinatore*" coincidía con "*la causa prima ed efficiente del reato*"<sup>326</sup>. Seguramente ésta era la solución más acertada si tenemos en cuenta las premisas causales objetivas sobre las que se asentaba el Código ZANARDELLI<sup>327</sup>.

El criterio causal fue puesto en discusión por la jurisprudencia italiana en relación con los delitos realizados en el ámbito de una asociación hacia los años 80.

---

<sup>326</sup> Así por todos, ROMANO/GRASSO, *Commentario, op.cit.*, pág. 155: "*Anche riguardo alla compartecipazione psichica, in tutte le sue forme, l'unico possibile criterio di tipificazione della condotta -in quanto capace di garantire la sufficiente certezza - è il criterio causale: rilevanti saranno da considerare solo quei contributi, intervenuti nella fase dell'ideazione, senza i quali il fatto tipico- descritto nelle forme che si sono indicate - non si sarebbe verificato*".

<sup>327</sup> Cfr. S.SEMINARA. *Tecniche, op.cit.*, págs.73 y ss.

Según esta orientación jurisprudencial, probablemente dictada por razones de orden público, se llegó a considerar que todos los miembros de una asociación criminal, o por lo menos los promotores y dirigentes, eran responsables de los delitos atribuibles a la organización, independientemente de que hubiesen participado efectivamente en la realización de un hecho concreto<sup>328</sup>.

Este discutible criterio jurisprudencial, que ampliaba de manera injustificada el ámbito de la instigación, fue rápidamente corregido por la Corte di Cassazione. Baste como ejemplo, la sentencia de 1 de julio de 1983: *"In tema di concorso di persone nel reato, di cui all'art.110 cod. pen., ricorre il concorso morale tutte le volte che un soggetto, diverso da quello il quale curerà materialmente l'esecuzione del reato, si profila nella fase preparatoria ed ideativa del reato, rafforzando nell'altro il proposito ed il disegno criminoso, indicando i mezzi per portarlo a compimento ovvero assicurando l'assistenza o l'aiuto prima o dopo la sua consumazione; ma proprio perché il concorrente morale è persona diversa da quella che materialmente eseguirà il reato, è indispensabile, ai fini della dimostrazione della penale responsabilità, che il giudice di merito indichi i collegamenti tra l'uno e l'altro soggetto, non trascurando altresì di precisare come e perché il reato sia venuto a realizzarsi proprio in conseguenza e in virtù di quelli incentivi e di quelle determinazioni. In definitiva, il giudice deve indicare il rapporto di causalità efficiente tra la attività incentivante del concorrente morale e quella posta in essere dall'autore materiale del reato"*<sup>329</sup>.

---

<sup>328</sup> Cfr. Ass. Turín, 26 de julio de 1983; Ass. Génova 26 de febrero de 1983, Ass. Roma de 24 de enero de 1983. En ROMANO/GRASSO, *Commentario, op.cit.*, pág.156. Éstos consideran criticable el criterio jurisprudencial, afirmando que se trata de una especie de "responsabilità di posizione".

<sup>329</sup> Rp. 1984, p.301, en S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, pág.267. En el mismo sentido

El concepto de "*determinatore*" implica que el autor del delito haya sido inducido a cometerlo exclusivamente por él. En este caso es fácil probar la relación causal entre la inducción y la posterior realización del delito.

Más problemas plantean aquellos casos en los que la resolución de cometer el delito hubiese ya surgido en el autor, de modo que éste se ve sólo reforzado o estimulado por la conducta del inductor. La dificultad, en este caso, deriva de que se trata de hipótesis muy variadas, que se traducen en distintas formas de apoyo psicológico del autor del delito. La doctrina y la jurisprudencia italiana se plantean hasta qué punto es necesario que estas actividades hayan tenido una efectiva influencia en la conducta del autor, o sea en cambio suficiente la mera adhesión moral, para poder hablar de inducción<sup>330</sup>.

Aplicando el criterio causal, que como se ha visto, es adoptado mayoritariamente por la doctrina y la más reciente jurisprudencia, la única solución posible es la de considerar que hay inducción sólo cuando pueda demostrarse que entre la actividad de apoyo y la realización del delito existe un efectivo vínculo causal, de manera que éste, sin la actividad del instigador, no se hubiese producido, o bien se hubiese realizado de manera distinta<sup>331</sup>.

---

Cass. 18 de mayo de 1984; Cass. 12 de julio de 1985, en ROMANO/GRASSO, *Commentario*, *op.cit.*, pàg.156.

<sup>330</sup> Cfr. sobre las distintas posiciones de la doctrina italiana ROMANO/GRASSO, *Commentario*, *op.cit.*, págs.158 y 159.

<sup>331</sup> *"Il rafforzamento del proposito criminioso può avere rilevanza solo quando con tale espressione si faccia riferimento all'effettivo impulso dato ad un proposito criminioso che altrimenti (in mancanza, cioè, del sostegno del istigatore) non si sarebbe manifestato all'esterno (a causa dei dubbi e delle perplessità ancora esistenti nell'istigato), oppure si sarebbe manifestato in forme diverse ( si pensi all'ipotesi in cui le esortazioni dell'istigatore inducono*

La cuestión, en todo caso, no es pacífica; así por ejemplo ANTOLISEI considera que la participación psíquica puede darse tanto cuando el partícipe determina a la comisión del delito, como cuando se limita a reforzar un propósito criminal ya existente<sup>332</sup>.

El Código español, por su parte, renuncia a describir las distintas formas que puede asumir la inducción.

Tradicionalmente se consideraban figuras de inducción el mandato, la orden, la constricción, el consejo y la asociación. Actualmente parece aceptado pacíficamente admitir que la inducción puede revestir cualquier forma.

La ley española pone como única condición que la inducción - y en la anterior regulación, la fuerza física- sea empleada directamente.

La doctrina española interpreta este requisito en el sentido que entre la conducta del inductor y la del autor material debe existir una relación de causalidad. Obviamente, se exige la realización de un acto antijurídico para que la inducción sea considerada punible. Desde el punto de vista de la voluntad es necesario el dolo. No es suficiente que objetivamente la decisión del ejecutor aparezca como el resultado de la influencia psíquica del inductor, es preciso, también, que ese resultado haya

---

*l'esecutore del reato di lesioni a prostrarre la propria condotta, infliggendo più gravi danni all'integrità fisica della vittima)* ROMANO/ GRASSO, *Commentario, op.cit.*, págs. 159 y 160.

<sup>332</sup> "La partecipazione psichica non presenta molte varietà. In essa si delineano abbastanza nettamente due figure: quella del compartecipe che suscita, fa sorgere in altri un proposito criminoso che prima non esisteva e quella del compartecipe che si limita a rafforzare in un'altra persona un proposito criminoso già esistente. Il primo si dice 'determinatore'; il secondo 'istigatore'. F.ANTOLISEI, *Manuale, op.cit.*, pág.480.

sido provocado dolosamente por el inductor<sup>333</sup>. De esta manera "la causación de la resolución debe ser, además imputable objetivamente al inductor y debe consistir en un influjo psíquico, no en una mera facilitación en la comisión del delito"<sup>334</sup>.

Por último, la norma española exige que la inducción sea directa, lo que excluye que pueda considerarse como tal una provocación abstracta o general<sup>335</sup>

En el ámbito de la inducción se coloca tradicionalmente la figura del agente provocador<sup>336</sup>.

La doctrina discute desde siempre la punibilidad de la conducta del provocador. Generalmente, se considera responsable al agente en los casos en los que éste quiera la realización del delito que provoca, ya que, entonces, pierde

---

<sup>333</sup> G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I, op.cit.*, pag.852.

Dolo reforzado en opinión de MIR para él que "el tipo subjetivo de la inducción a un delito doloso requiere el dolo en el inductor. Se entiende que concurre cuando el inductor no sólo quiere causar la resolución criminal en el autor, sino que también quiere que éste realice efectivamente el hecho (doble dolo) S.MIR PUIG, *DPPG, op.cit.*, pág.473.

<sup>334</sup> S.MIR PUIG, *DPPG, op.cit.*, pág.431.

<sup>335</sup> Cfr. S.MIR PUIG, *Ibidem*.

<sup>336</sup> Hay que advertir que, aunque tradicionalmente la figura del agente provocador se coloque en el ámbito de la instigación, en realidad ha sufrido un "proceso de progresiva dilatación" de manera que en él pueden incluirse, no sólo las clásicas hipótesis de instigación, en las que el agente induce a otro a la comisión del delito, sino también aquellas en que actúa como sujeto pasivo del delito, o como infiltrado en organizaciones criminales. Así, por ejemplo, en los delitos que, como el tráfico de droga, requieren una relación contractual y en los que el agente provocador actúa como comprador. Cfr. en este sentido ROMANO /GRASSO, *Comentario, op.cit.*, págs.166 y 168.

relevancia la razón de la inducción y es indiferente que sus motivos no coincidan con los de aquel que efectivamente ejecuta el delito<sup>337</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina italiana que entiende que la intención del autor del delito no tiene efectos sobre la responsabilidad<sup>338</sup>. En todo caso, para que pueda hablarse de punibilidad del agente provocador, no basta que haya aceptado el riesgo de realización del delito es necesario, en opinión de un sector de la doctrina, que haya existido una efectiva contribución causal a la realización del hecho. Esa contribución podrá ser material o psíquica, excluyéndose la responsabilidad cuando el agente se haya limitado a la observación o al control de los que preparan y luego ejecutan el delito<sup>339</sup>.

El análisis no puede ser el mismo en aquellas hipótesis en las que el agente provocador quiere impedir la realización del delito, o no toma ni siquiera en consideración que pueda llegar a ejecutarse efectivamente<sup>340</sup>. En esta última posibilidad, se puede fundamentar la ausencia de dolo del inductor sobre la base de la falta de voluntad de consumación del delito<sup>341</sup>. Sin embargo, cabría aún plantear

---

<sup>337</sup> "Son irrelevantes los fines que persiga el inductor y no importa que sus motivos coincidan o discrepen con los del inducido". J.M<sup>o</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *DPPG, op.cit.*, pag.656.

<sup>338</sup> "L'intenzione di denunciare gli autori di un reato nel nostro ordinamento giuridico non ha efficacia scriminante". F.ANTOLISEI, *Manuale, op.cit.*, pág.440.

<sup>339</sup> Cfr. ROMANO/ GRASSO, *Commentario, op.,cit.*, pág.169.

<sup>340</sup> Ver en este sentido, ROMANO/GRASSO, *Commentario, op.cit.*, pág.168.

<sup>341</sup> MIR PUIG, criticando la concepción de quien admite la punibilidad del provocador aún en caso de falta de dolo, afirma que "este planteamiento sólo podría aceptarse si se considera suficiente la voluntad del agente provocador de que el provocado intente la consumación del delito en términos en que la tentativa sea punible (poder). Más sí el fundamento del castigo de la

la existencia de responsabilidad del agente que no logra impedir la ejecución del hecho, aunque sea a título de dolo eventual o de imprudencia<sup>342</sup>.

Hasta aquí se ha hecho referencia a la inducción acogida y eficaz, es decir, seguida de una conducta que se traduce en una lesión. Examinemos ahora la inducción frustrada, que no es acogida o, que, aunque acogida, no produce efectos.

El Código penal italiano prevé en el art.115 la aplicación de medidas de seguridad en aquellos casos de acuerdo e inducción a los que no sigue la comisión de un delito. En ausencia de determinación del inducido, o de no ejecución por parte de éste, no existen los requisitos de punibilidad, ya que ésta depende, como se ha visto, de la realización de un acto penalmente relevante<sup>343</sup>. La comisión de un delito

---

participación (la inducción lo es) es el favorecimiento de la lesión al bien jurídico por el autor, subjetivamente habrá que requerir para la acción dolosa, la voluntad de favorecer efectivamente dicha lesión". S.MIR PUIG, *DPPG*, *op.cit.*, pág.435.

<sup>342</sup> "Si pese a su deseo de que no se produzca la consumación el agente provocador no logra impedirlo y éste llega efectivamente a producirse, podrá, en su caso, responder de imprudencia, si se cumplen los respectivos presupuestos". G.RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I*, *op.cit.*, pág.856. En este sentido MIR opina que: " Como el agente provocador no quiere que el autor produzca la lesión , no puede ser castigado como inductor doloso. Sólo así cabe explicar la solución correcta en caso de que el provocado consiga, contra la voluntad del provocador, consumir el delito: sería absurdo afirmar entonces la inducción dolosa del agente provocador a una lesión que no ha querido; lo acertado es castigarle en tal caso como autor (accesorio) de un delito imprudente, salvo que la consumación fuera absolutamente imprevisible de antemano" *DPPG*, *op.cit.*, pág.434. En la doctrina italiana, por todos, ROMANO /GRASSO: "*E nel caso in cui poi il reato provocato - contrariamente alla rappresentazione dell'agente provocatore - si verifici effettivamente, sarebbe possibile configurare una responsabilità colposa dell'agente provocatore, ove sia in concreto ravvisabile la violazione de una regola cautelare*", *Commentario*, *op.cit.*, pág.168.

<sup>343</sup> "*L'istigazione non accolta, o accolta e non seguita da esecuzione, è al di fuori della punibilità coerentemente col principio generale che condiziona l'applicazione della pena all'estrinsecarsi della volontà criminale in un atto idoneo e oggettivamente diretto, in maniera univoca, alla causazione della lesione*". N.NUVOLONE, *Il sistema di Diritto penale*, Padua, 1975, pág.386.

aparece así como requisito indispensable para que pueda hablarse de participación punible<sup>344</sup>. La aplicación de la medida cautelar presupone que se verifique la peligrosidad del sujeto<sup>345</sup>.

En el ordenamiento español, el problema de la inducción frustrada se colocaba en relación con los actos preparatorios punibles previstos en el art.4 del anterior Código y que el Nuevo Código penal reproduce en el artículo 17.2. A partir de la reforma de 1944 dichos actos preparatorios son punibles con carácter general.

El art.4 se ocupaba de la proposición y de la provocación. Respecto a la primera la norma establecía que: "La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo" (artículo 4II). La provocación, prevista en el 4 III se configura como sigue: "la provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción".

Parecería, por tanto, que el legislador de la reforma de 1944 hubiese querido castigar la inducción no seguida de la perpetración del delito como provocación. En este sentido interpreta la previsión normativa en examen un sector de la doctrina,

---

<sup>344</sup> "Funziona così da premessa indispensabile per la sussistenza di una partecipazione punibile". A.R.LATAGLIATA, *I principi*, op.cit., pág. 577. La doctrina italiana ha llegado a conceder a esta norma el rango de principio general. De ella se hace derivar la validez de la teoría de la accesoria y la no punibilidad de las acciones atípicas antes de la realización de la acción principal. Cfr .C.PEDRAZZI, *Il concorso*, op.cit., pág.28.

<sup>345</sup> Cfr. ROMANO/GRASSO, *Commentario*, op.cit., pág.201.

considerando que numerosos casos de ineficacia de la inducción son subsumibles en la hipótesis legal introducida por la reforma<sup>346</sup>.

Distinta es la opinión de quien considera que la provocación se diferencia netamente de la inducción. En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA, analizando la historia de la configuración de la provocación en nuestro Derecho, llega a la conclusión de que ésta se ha caracterizado siempre por el uso de determinados medios de publicidad. El origen histórico de la figura - explica este autor- está ligada a la represión de delitos que se cometen frecuentemente en campañas políticas o de prensa, que cuando incurren en la incitación al delito, pueden empujar a determinados sujetos, particularmente frágiles, a cometerlos. La peligrosidad de estas conductas lleva a su punibilidad, aun cuando no hayan producido esos efectos. Aquí reside la diferencia con las conductas de inducción que la *ratio legis* considera no punible<sup>347</sup>.

Por último, como argumento a favor de la diferencia entre inducción y provocación suele indicarse la exigencia de que esta última se dirija a una pluralidad de personas. Este requisito no resulta explícitamente de la redacción de la norma pero, para quien mantiene este criterio, puede deducirse de una interpretación

---

<sup>346</sup> Así, A.FERRER SAMA: "en la actualidad, muchos casos de ineficacia de la inducción o de desistimiento por parte del ejecutor material hacen incurrir al inductor en responsabilidad penal a título de provocación al delito en virtud de lo que dispone el último párrafo del art. 4 del Código reformado", *Comentarios, op.cit.*, pag.55; cfr. también, A.QUINTANO RIPOLLES, *Autoría penal, op.cit.*, pág.149.

<sup>347</sup> J.M.RODRÍGUEZ DEVESA, *DPPG, op.cit.*, pág.658.

teleológica de la que resulta que la punibilidad de la provocación deriva del mayor peligro de realización del delito que esta supone<sup>348</sup>.

La interpretación hasta aquí expuesta, a pesar de su fundamentación histórica, tiene el inconveniente de crear un vacío legislativo ya que, de ser cierta, no existiría en nuestro ordenamiento la posibilidad de sanciones para los casos de inducción no eficaz.

El problema de posibles lagunas en relación con la inducción no acogida es el mismo al que se ha hecho referencia en relación con la reforma del Código penal francés. Vimos en su momento cómo en Francia se planteó recientemente un debate sobre la necesidad de tipificación y castigo de esta forma de inducción para evitar la impunidad de determinadas conductas. La dificultad de prueba y el riesgo de acabar incriminando delitos de intención fueron los criterios que desaconsejaron la tipificación. La Asamblea Nacional francesa expresó, sin embargo, su preocupación alegando que la no regulación de este tipo de inducción podía llevar a consecuencias indeseables, como, por ejemplo, la impunidad del "cerebro" de actos terroristas. Prevalció, sin embargo, el criterio del Senado, según el cual este riesgo era menor que el de llegar, por esta vía, a la incriminación de simples delitos de intención<sup>349</sup>.

---

<sup>348</sup> Ya que "si se castiga la provocación, y no la inducción fracasada, y no seguida de realización, es porque en la provocación hay mayor peligro de realización del hecho, y ese mayor peligro solamente puede afirmarse si se acude a una interpretación teleológica del precepto". S.MIR PUIG, *DPPG*, *op.cit.*, pág. 554.

<sup>349</sup> En este mismo sentido se pronunciaron los jueces y confederaciones sindicales de abogados consultados, cfr. J.PRADEL, *Le Nouveau Code pénal*, *op.cit.*, págs.60 y 61.

Como primera aproximación a la evaluación de la exposición comparada sobre la complicidad moral puede decirse que el sistema español aparece configurado como un conjunto de términos esencialmente equívocos. Más aceptable parece el sistema del Código penal francés, que ofrece un modelo de inducción cualificada (dones, promesas...). La regulación francesa es esencialmente correcta<sup>350</sup>, ya que la punibilidad de la instigación depende de la efectiva influencia que el instigador ejerce sobre el autor del delito y no de la simple manifestación de la voluntad; de ahí que no sean punibles aquellas actividades no idóneas o unívocas. De esta manera es penalmente irrelevante la instigación que se traduce en una simple opinión y deja al autor del delito sus facultades decisionales inalteradas.

### 3.2. La cooperación necesaria

La tercera hipótesis que nuestro Código define como conducta de autor es la de cooperación necesaria prevista en el art.14-3 del antiguo Código penal, hoy regulada por el art.28 b) del nuevo Código. La regulación de esta figura mantiene la clásica distinción entre la cooperación necesaria y la no necesaria. La primera es asimilada a la conducta de ejecución y a la de inducción. La segunda se traduce en complicidad.

---

<sup>350</sup> Así opina SEMINARA: *"Da tale disposizione deriva la non punibilità di chi si limita a suggerire o consigliare la commissione del illecito o manifesta un compiacimento interiore che -quantunque possa effettivamente rafforzare la decisione dell'esecutore - non configuri le note normativamente tipizzate. In tal modo, il sistema raggiunge il massimo grado di determinatezza astrattamente concepibile, stabilendo una presunzione assoluta in ordine all'irrelevanza penale delle attività morali non espressamente menzionate e così riducendo sensibilmente la discrezionalità del giudice". Tecniche, op.cit., págs.266 y 267.*

Doctrina y jurisprudencia se encuentran con el problema de determinar los criterios de delimitación de las conductas de cooperación necesaria y las de complicidad. La diferencia entre ambas conductas está en el elemento objetivo de la aportación al delito, por ello puede establecerse un paralelo entre los planteamientos de la doctrina española y los problemas con los que se enfrenta en Italia la doctrina para interpretar el artículo 114.

A pesar de esta similitud, existe, sin embargo, una diferencia de enfoque entre los dos sistemas. El legislador italiano ha querido confiar la tarea de interpretar la importancia de la contribución al delito al juez. En el sistema español, en cambio, es el propio legislador quien intenta establecer el criterio diferenciador en la definición de la cooperación necesaria. Así, cooperadores necesarios son "los que cooperan a la ejecución de un hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado"(art.14 del anterior Código penal y 28 b) del nuevo Código).

La interpretación de la norma española pasa, pues, por establecer cuando un acto es tan importante que ha determinado la realización del delito, de manera que sin él no se hubiese efectuado. La respuesta varía en función de que se interprete esa importancia en sentido abstracto o en sentido concreto<sup>351</sup>.

Interpretarla abstractamente parece difícil, más bien, se tratará en cada caso de examinar el hecho y determinar en concreto la importancia real de la conducta del cooperador. De esta dificultad era ya consciente la doctrina italiana. En este sentido

---

<sup>351</sup> O "menos abstracta" como anota justamente GIMBERNAT afirmando que "en vez de una posición abstracta y otra concreta lo que defiende la doctrina española, es una única posición abstracta, existiendo solo discrepancia respecto a cual ha de ser el grado de abstracción". E.

PEDRAZZI afirma: "*quali in concreto siano gli elementi di giudizio decisivo è impossibile dire a priori, saranno, di volta in volta, i più disparati, sarà anzi un complesso di considerazioni a farci concludere che nell'insieme, esaminato il fatto sotto tutti gli aspetti, e in tutte le fasi, il contributo de soggetto ha importanza prevalente*"<sup>352</sup>. Tampoco parece fácil utilizar una interpretación estrictamente concreta, pues se corre el riesgo de poder pensar que toda cooperación ha sido necesaria para la realización de ese delito concreto<sup>353</sup>.

Veamos, aunque brevemente, algunos de los criterios usados por la doctrina española, de manera que sea posible compararlos entre sí y con los que aporta la doctrina de los otros países sometidos a examen.

El criterio tradicionalmente más extendido es aquel que considera que, para que pueda hablarse de la cooperación necesaria, debe tratarse de una conducta con eficacia causal, a diferencia de la complicidad, que revestiría la forma de una conducta con eficacia meramente condicional. Existiría, pues, cooperación necesaria siempre que la conducta del cooperador haya sido condición precisa para que la ejecución pudiera llevarse a efecto tal y como se ha llevado<sup>354</sup>.

Sobre la eficacia causal cabe objetar que parte de la premisa falsa de que los actos de complicidad no deben tener valor causal o lo deban tener menor. De hecho, analizar la figura del cooperador necesario en estos términos puede llevar a dos

---

GIMBERNAT ORDEIG, *A y C*, *op.cit.*, pág.133.

<sup>352</sup> C.PEDRAZZI, *Il concorso*, *op.cit.*, pág.117.

<sup>353</sup> Cfr. E.GIMBERNAT, *A y C*, *op.cit.*, pág.134 y ss.

<sup>354</sup> A.FERRER SAMA, *Comentarios*, *op.cit.*, pág.59.

soluciones: o bien se considera que la conducta del cooperador necesario no ha influido en el desarrollo y ejecución del delito y, entonces, más que de complicidad debe hablarse de un hecho penalmente irrelevante, o bien, que esa conducta ha influido efectivamente en la ejecución del delito, en cuyo caso podría tratarse de complicidad ya que todas las conductas de participación en el delito deben considerarse como necesarias a éste<sup>355</sup>.

Otros autores, como DEVESA hacen referencia a la posibilidad que el cooperador hubiese podido ser sustituido o no. La cooperación de un sujeto se entenderá como necesaria si ninguno de los demás que han tomado parte en la realización del delito podía sustituir o actuar en lugar de ese agente. Pero, el criterio de la posibilidad de sustitución presenta inconvenientes, tanto si se interpreta en abstracto, como si su evaluación se refiere al caso concreto. En el primer caso, puede concluirse que, en abstracto, toda acción es, en principio, sustituible; en concreto, resulta imposible saber si esa aportación hubiese podido ser llevada a cabo por otro, ya que se debería, entonces, determinar, también, por quién<sup>356</sup>.

Sobre la posibilidad de valorar la contribución del cooperador necesario en función de la mayor o menor facilidad de encontrar un sustituto resulta revelador el propio escepticismo del legislador italiano de 1887 que adoptaba este criterio. En el Informe que acompañaba el Proyecto del Código ZANARDELLI se

---

<sup>355</sup> Cfr. S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, págs.55 y 56.

<sup>356</sup> Es este sentido M.GALLO: "*perché se viene inteso in modo presuntivo, non è utilizzabile in quanto si può sostituire l'opera di qualsiasi concorrente, se invece viene inteso in concreto è di impossibile accertamento, in quanto non è possibile sapere se in concreto un ausiliatore poteva essere sostituito da un altro e si dovrebbe addirittura individuare la persona che l'avrebbe sostituito*", *Lineamenti, op.cit.*, pág.130.

puede leer que: "*chi presta l'arma non è per lo più, un complice necessario, perché l'assassino avrebbe potuto munirsi di un'altra arma o anche non adoperare alcuna, ma il farmacista, che fornisce il preparato venefico, sarà quasi sempre complice necessario nel veneficio*". La ambigüedad del criterio aparece evidente al propio legislador que usa la expresión "*per lo più*", reconociendo explícitamente los límites de estas presunciones abstractas<sup>357</sup>.

Parar salvar estos inconvenientes un sector de la doctrina propone el uso de "un juicio hipotético a posteriori", que versa sobre las posibilidades del autor principal en un momento histórico concreto"<sup>358</sup>. Esta es la solución que adopta la mayoría de la doctrina española .

No faltan, sin embargo, propuestas de criterios distintos para establecer la necesidad de una cooperación. Así, GIMBERNAT, propone un nuevo enfoque que tiene su fundamento en lo que este autor denomina "teoría de los bienes escasos". El criterio determinante pasa a ser la escasez, es decir la dificultad de encontrar, en un imaginario mercado de la criminalidad, una contribución como la prestada por el partícipe: "si el partícipe coopera al delito con un objeto difícil de obtener, con uno del que el autor no dispone (bien escaso) es coautor del art.14-3 prescindiendo de

---

<sup>357</sup> Cfr. S.SEMINARA, extremadamente crítico con esta postura afirma que: "*in realtà, questa interpretazione esclude un accertamento condizionalistico e ricorre a valutazioni astratte de tipo ipotetico, confondendo la necessità del contributo con la importanza di esso e così risolvendo la nozione di complicità necessaria un serie di presunzioni arbitrarie e indefinite, secondo cui, ad esempio, l'arma è un oggetto facilmente disponibile mentre il veleno non lo è*". *Tecniche, op.cit.*, pág.58.

<sup>358</sup> G.RODRÍGUEZ MOURULLO. *Comentarios I, op.cit.*, pág.875.

sí por un azar o realizando un esfuerzo el autor material hubiese podido o no obtener después el bien que el cooperador necesario le proporciona"<sup>359</sup>.

Otro sector de la doctrina explica la figura del cooperador necesario desde la teoría del dominio del hecho. En este sentido CÓRDOBA RODA, afirma que " los cooperadores necesarios tienen siempre el dominio del hecho"<sup>360</sup>. Matiza esta postura CERZO MIR para el que "en realidad los cooperadores necesarios serán coautores cuando tengan el dominio funcional del hecho y (...) no siempre será así, sin embargo, no tendrán el dominio funcional del hecho, como señala ROXIN, cuando realicen actos meramente preparatorios, ni cuando lleven a cabo actos de mero auxilio, en la fase de ejecución, que no aparezcan ex ante como una contribución esencial, independiente, a la comisión del delito"<sup>361</sup>.

Contesta SEMINARA la interpretación de la figura del cooperador necesario desde la óptica de la teoría del dominio de hecho, y apela, para ello, a las modernas interpretaciones de esta noción, considerando que no existe afinidad entre esta noción y la regulación española, ya que la primera requiere la señoría sobre la realización del hecho por parte del autor, mientras que la cooperación necesaria

---

<sup>359</sup> E.GIMBERNAT ORDEIG, *A y C, op.cit.*, pág. 159.

<sup>360</sup> Cfr. J.CÓRDOBA RODA, *Notas a la traducción, op.cit.*, pág. 310, ( nota 3).

<sup>361</sup> J.CERZO MIR, *Curso, op.cit.*, pág.191.De esta manera: "el vigilante de un robo tendrá el dominio funcional del hecho y será coautor, cuando su contributo, con arreglo al plan delictivo aparezca, ex ante, como esencial a la comisión del delito. No así, en cambio, cuando la cooperación de un vigilante aparezca, ex ante, como inesencial, aunque luego tenga que intervenir y su intervención sea decisiva para la comisión del delito. La figura del cooperador necesario refleja un enfoque causal - y se basa en una contemplación ex post. El dominio funcional del hecho se basa en una, en cambio, en una contemplación ex ante".

comprende cualquier hipótesis de contribución indispensable por parte de quien puede no tener el dominio sobre el hecho <sup>362</sup>.

Hasta aquí, algunas de las elaboraciones de la doctrina que ofrecen una idea de las dificultades teóricas de definición de las hipótesis de cooperación necesaria. Pues bien, en el sistema español el problema no se plantea sólo a este nivel ya que la determinación de un criterio válido de distinción de las distintas conductas tiene obviamente repercusiones prácticas, puesto que al cómplice se le aplica una pena inferior a la prevista para los autores y demás partícipes asimilados.

Examinemos ahora cuál es en la práctica la aplicación de las normas que regulan estos supuestos de participación.

La primera observación que puede hacerse del examen de la jurisprudencia en materia es que entre ésta y la doctrina no existe acuerdo en cuanto a la determinación de los criterios aplicables.

El Tribunal Supremo español ha utilizado, en ocasiones, criterios materiales para la delimitación entre autoría y complicidad, pero, más a menudo, ha recurrido

---

<sup>362</sup> Así, S. SEMINARA, *Tecniche*, *op.cit.*, pág. 68: "*non sembra invero di potere rinvenire alcuna affinità tra questa e la figura utilizzata nel codice spagnolo. la prima, infatti, richiede una signoria da parte del autore sul decorso del avvenimento, laddove l'altra comprende chiunque apporti un contributo indispensabile per la verifica del fatto, pur non ponendosi come dominus di questo*". SEMINARA ilustra esta concepción a través del ejemplo del técnico que fabrica una bomba, o del que presta el dinero a un ladrón para entrar en el museo donde sustrae la cosa. Ambos realizan, en opinión de SEMINARA actividades indispensables para la ejecución del delito, pero no dominan, por ello, el resto de los acontecimientos que llevan al delito.

a la teoría del acuerdo previo<sup>363</sup>. Puede de hecho afirmarse que para el Tribunal Supremo el acuerdo previo ha sido la clave para poder calificar a un partícipe como autor. Este criterio ha sido empleado por el alto Tribunal para colmar las lagunas que aparecen en la aplicación del número 1 del art.14 que exige la comisión de actos ejecutivos. En principio, quedan fuera de la aplicación de esta norma el ideador y el promotor del delito que no hayan participado directamente a su ejecución. En estos casos, a pesar de la no participación con actos ejecutivos, el Tribunal Supremo, aplicando la teoría del acuerdo previo, considera aplicable el número 1 del art.14

364

---

<sup>363</sup> Que el criterio del acuerdo previo sea el tradicionalmente utilizado por el Tribunal Supremo no impide que el propio Tribunal haya manejado otros como el del dominio de hecho. Así, por ejemplo, CEREZO MIR cita numerosas sentencias (1 de julio de 1964, 4 de marzo y 5 de junio de 1965, 3 de junio de 1968, 1 de marzo de 1972, 17 de mayo de 1976, 18 de noviembre de 1977 y 23 de noviembre de 1978) en *Estudios sobre la moderna reforma penal, op.cit.*, págs. 38 y ss. Sobre un cambio de rumbo y abandono de la doctrina del acuerdo previo en sentencias más recientes véanse las citadas e S.MIR PUIG, *DPPG, op.cit.*, pág. 415 y, en concreto las de 20 de noviembre de 1988, 11 de diciembre de 1970, 26 de septiembre 1971 y 25 de enero de 1977. También, L. RODRÍGUEZ RAMOS sobre la corrección de este criterio por parte del Tribunal Supremo, destaca como, junto al acuerdo previo, el Tribunal exige que exista una actividad del partícipe que objetivamente sea de cooperación necesaria, de manera que el elemento subjetivo debe concretarse en actos objetivos para poder ser juzgados como una u otra modalidad de participación; cita en este sentido las sentencias de 14, 23 y 28 de enero, 7 de abril y 15 de junio de 1981; 30 de junio y 28 de octubre de 1982; 27 de enero, 18 de febrero, 22 de abril y 27 de junio de 1983, 21 y 27 de marzo y 10 de mayo de 1984), *Compendio, op.cit.*, pág 265. Sobre el análisis y crítica de la teoría del acuerdo previo, cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *A y C, op.cit.*, págs.57 y ss.

<sup>364</sup> Así, por ejemplo, la sentencia del 9 de Junio de 1940 determina: "Toda vez que tiene reiteradamente declarado este Supremo Tribunal que existiendo unidad de acción y mutuo acuerdo, los actos individuales de cada uno de los reos son simples accidentes de la acción común y son autores por asociación directa, todos los que concurren a la ejecución del delito si existe concierto previo de voluntades, unidad de acción y mutuo concurso cualquiera que sea la parte que accidentalmente tome cada uno de los culpables para asegurar la consumación del delito". En el mismo sentido véanse: T.S., 31 de marzo de 1955, A.1109; 27 de marzo de 1965, A.136; 18 de octubre de 1974, A.3832; 13 de noviembre de 1957, A.2973.

Esta aplicación doctrinal del art. 14.1 es considerada inadmisibles por la mayoría de la doctrina española, que, como se ha visto, considera aplicable esta norma sólo en caso de realización de actos ejecutivos.

La doctrina del acuerdo previo sirve además a nuestro Tribunal para interpretar el número 2 del art.14. Desde esta perspectiva, la existencia de un acuerdo se traduce en inducción, mas precisamente, en inducción recíproca<sup>365</sup>.

Por último, también en la aplicación del número 3 del art.14, el Tribunal Supremo recurre al acuerdo previo: en presencia de éste se considera superfluo indagar sobre la "necesidad" de la aportación del partícipe, a pesar de lo explícito de la definición legal. Así, en la sentencia de 6 de octubre de 1974 se califica a un sujeto como autor de un delito de violencia carnal aplicando el número 3 del art.14, a pesar de que ese sujeto había permanecido en el interior del automóvil observando la ejecución del delito sin tomar parte en él. El razonamiento para llegar a esta sorprendente conclusión merece ser aquí reproducido: "cuando varias personas se ponen de acuerdo o conciertan para cometer un delito y convienen la intervención que ha de tener cada cual, eligiendo el lugar de acción y el momento adecuado, todos adquieren la categoría de autores aunque alguno de ellos no realizase materialmente acto alguno típico de la infracción"<sup>366</sup>.

---

<sup>365</sup> Así el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de Octubre de 1960 afirma: "Como reiteradamente tiene declarado esta Sala, el acuerdo o concierto de voluntades que engendra la resolución de cometer un delito, y su realización, constituye una de las formas de inducción", A.3506; y también véase 17 de junio de 1957, A.1740.

<sup>366</sup> 26 de octubre de 1974, A.3986; véase también S. de 5 de junio de 1965; 30 de octubre y 24 de noviembre de 1981, 2 de abril, 27 de febrero, 12 de noviembre de 1982, 5 de abril, 5 y 26 de mayo, 27 de octubre, 12 y 16 de noviembre de 1983; 11 de febrero; 14 y 19 de mayo de 1984.

La consecuencia de esta aplicación indiscriminada del principio del acuerdo previo es que el Tribunal Supremo llega a calificar conductas como propias de autor haciendo referencia al art.14 en general sin especificar si se trata de un autor de actos ejecutivos, de un inductor, o de un cooperador necesario; “en presencia del concierto previo se considera superfluo cualquier otra averiguación”<sup>367</sup>.

Frente a esta postura jurisprudencial la mayoría de la doctrina, y no sólo la española, adopta una posición crítica.

En efecto la doctrina del acuerdo previo, en tiempos aceptada mayoritariamente en Italia por los autores clásicos, se considera hoy, en este país, superada. Es significativa en este sentido la contundencia con que se pronuncia ANTOLISEI: "*per l'esistenza del concursus delinquentum nel diritto vigente non è necessario che i soggetti si siano preventivamente accordati per commettere il reato, quello che i nostri classici denominavano previo concerto non è elemento*

---

<sup>367</sup> A esta visión corresponde la sentencia de 19 de mayo de 1942: " ( los hechos)... constituyen elementos muy suficientes para asignarles la participación de autores y su correspondiente responsabilidad criminal en tal concepto, con arreglo a las normas establecidas en el art.14 C.p., por la directa cooperación de cada uno de aquellos sujetos en el hecho delictivo desde sus actos preparatorios hasta el aprovechamiento del producto del mismo con perfecta unidad de pensamiento y pleno concierto de voluntades para lograr el resultado que todos se propusieron, sent. de 19 de mayo de 1942, A. 703; véanse también: 13 de noviembre de 1957, A.2973; 18 de octubre de 1974, A.382. En esta última se puede leer “que la codelincuencia se genera cuando diversas personas confabuladas subjetiva e idealmente para realizar una concreta infracción criminal, la realización objetiva a medio de una acción conjunta, concurrente con los actos plurales, idénticos o diversos, que den vida a la idea criminal previa y que los coautores deban encajar en lo dispuesto en el art. 14 de C.p”. Para M.DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “la confusión de la jurisprudencia parece rebasar a veces el ámbito de lo terminológico y apuntar materialmente hacia un concepto unitario (limitado y funcional) de autor”. *La autoría en Derecho penal, op.cit.*, pág.211 y también el reciente trabajo de E. MORENO Y BRAVO, *La autoría en la doctrina del Tribunal Supremo*, Madrid, 1997.

*essenziale della compartecipazione delittuosa, la quale sussiste anche in caso accordo improvviso che si manifesti durante l'esecuzione del reato*"<sup>368</sup>.

No menos crítica es la doctrina española, que considera inaceptable el criterio de Tribunal Supremo. Valga como ejemplo del juicio sobre esta orientación jurisprudencial el de quien afirma que, "nacida para paliar lagunas político criminales de la regulación legal, constituye una interpretación integradora, ilegal e inconstitucional, que carece de toda consistencia dogmática: para el autor no basta el acuerdo, sino que se requiere la realización"<sup>369</sup>.

La postura crítica sobre la doctrina del acuerdo previo no se limita a considerarla inadmisibles desde el punto de vista del principio de legalidad<sup>370</sup>, sino que se extiende a las consecuencias de su aplicación, en la medida en que crea una notable inseguridad, ya que, "todo depende de que el Tribunal, en el momento de dictar sentencia, se acuerde de una tesis (la del acuerdo previo) o de otra (la de la importancia de la contribución) (...) el resultado de este procedimiento es conocido por todos, conductas idénticas son calificadas unas veces de autoría y otras de complicidad"<sup>371</sup>.

---

<sup>368</sup> F.ANTOLISEI, *Manuale*, *op.cit.*, pág.488 y 489.

<sup>369</sup> COBO y VIVES, *DPPG*, *op.cit.*, pág.567.

<sup>370</sup> Cfr. E.GIMBERNAT ORDEIG, *A y C op.cit.*, págs.79 y ss. Véase, para un reciente y completo análisis de la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo, M.DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, *op.cit.*, págs.349 y ss.

<sup>371</sup> E.GIMBERNAT ORDEIG, *A Y C*, *op.cit.*, págs. 83 y 84.

Así las cosas, la teoría del acuerdo previo puede verse como una superestructura que obvia la interpretación del texto legal, de manera que establecer quién se considera autor depende de esa interpretación integradora del texto elaborada por el Tribunal Supremo<sup>372</sup>.

La exposición de la doctrina y jurisprudencia española sobre la figura del cooperador necesario ilustra los problemas que plantea la definición de esta figura. Las mayores dificultades derivan, justamente, de la posición intermedia de esta hipótesis de participación, colocada entre el autor y el cómplice, y pensada precisamente para atenuar la rigidez de la distinción entre éstos.

De esta manera, el cooperador necesario tendría sentido como figura a través de la cual se resuelve o reduce la rigidez del sistema, sirviendo, en la práctica jurisprudencial, a restaurar la justicia, sancionando más severamente conductas que, en cada caso concreto, aparezcan al juez como merecedoras de mayor desvalor penal<sup>373</sup>.

Ahora bien, esta mayor severidad debería basarse en una descripción objetiva de las conductas con mayor relevancia penal. Esto, sin embargo, parece difícil y, en todo caso, no es lo previsto en el Código español, de ahí que se produzca esa situación, casi inevitable, en la que, en ausencia de parámetros objetivos, la

---

<sup>372</sup> G.RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I, op.cit.*, págs.875 y ss.

<sup>373</sup> En este sentido, S.SEMINARA escribe: "*Il concetto di complice necessario costituisce per tanto una valvola di apertura del sistema, in grado di aggirare le rigide formule normative e ripristinare la giustizia sostanziale nel caso concreto*" *Tecniche, op.cit.*, págs.65 y 66.

jurisprudencia del Tribunal Supremo utiliza para considerar necesaria o contingente una cooperación criterios que tienen una base "más emocional que legal"<sup>374</sup>.

Consecuencia de lo anterior, es la pérdida de sentido del propio sistema de diversificación de las conductas de participación. Al final, sistemas diferenciados e indiferenciados se aproximan si es el juez el que, en última instancia, decide quien debe ser castigado con una pena más severa<sup>375</sup>.

Prueba de ello es la praxis del Tribunal Supremo español, que, como se ha visto, a través de la aplicación de la teoría del acuerdo previo ignora y convierte en completamente inútiles los principios sobre lo que se asienta la descripción normativa de las distintas conductas de participación.

Las dificultades para llegar a una definición suficientemente precisa de la figura del cooperador necesario pueden conducir a la inutilidad de la tipificación normativa de las conductas de participación, lo que significaría la pérdida de sentido de las exigencias de taxatividad y de limitación de la discrecionalidad del juez que son la base de los sistemas diversificados. De esta manera, éstos se acercan, en la aplicación práctica, a aquellos otros sistemas en los que se parte de la equiparación de todos los partícipes y se deja en manos de los jueces posibles reducciones de pena para algunos.

---

<sup>374</sup> L.RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio, op.cit.*, pág.254.

<sup>375</sup> Así, por ejemplo, S.SEMINARA: *"La figura del complice necessario si traduce infatti in un ampio margine di discrezionalità, che nella pratica annulla la rigidità della distinzione tra autore e complice e consente al giudice di stabilire, al di là della oggettività del contributo prestato, quali concorrenti meriti di essere puniti più severamente e così essere esclusi della categoria di complici". Tecniche, op.cit.*, pág.65

En definitiva, la figura del cooperador necesario es discutible pues esta categoría intermedia entre la coautoría y la complicidad complica la, ya de por sí difícil, distinción entre estas dos formas de participación.

### 3.3. El autor mediato

Analizamos ahora la figura del autor mediato que supone otro elemento de diferenciación entre los sistemas europeos de la participación. Sobre la admisión de esta figura se enfrentan dos concepciones doctrinales que a su vez se reflejan en las distintas regulaciones legales. El sistema italiano y el español pueden servir de referencia a la exposición de las diferentes opciones<sup>376</sup>. Veamos brevemente como se puede centrar el tema<sup>377</sup>.

Los orígenes históricos de esta figura se remontan al Derecho común europeo y, más concretamente, están ligados a la concepción del mandato de los juristas

---

<sup>376</sup> En el sistema francés no existe previsión legislativa de las hipótesis de autoría mediata, es la jurisprudencia la que resuelve estos casos incluyendo la categoría de autor mediato en la de autor material. En todo caso, la doctrina francesa se ha ocupado marginalmente del tema. Cfr. J.PRADEL, *Le Nouveau Code pénal, op.cit.*, pág.279. El nuevo Código penal portugués elimina la instigación como forma autónoma de participación la sustituye por la autoría mediata. Así, el artículo 26 considera autor también a quien "*quem, dolosamente, determina a outra pessoa à pratica do facto*". La doctrina portuguesa entiende que, a falta de especificación legal, el autor mediato puede servir de cualquier tipo de medio ( consejo, amenaza, temor reverencial o usar al otro o como mero instrumento) para determinar al autor inmediato a la comisión del delito. Cfr. M.MAIA GONÇALVES, *Código penal, op.cit.*, pág.172.

<sup>377</sup> El problema de la autoría mediata es uno de los más complejos de la participación. No se pretende aquí agotar el tema sino solo hacer referencia a los elementos de distinción entre las opciones de los ordenamientos que se examinan.

italianos de la baja Edad Media<sup>378</sup>. A partir de ese momento pasa a ser enunciada y desarrollada por la doctrina penal alemana del s. XIX<sup>379</sup>.

En el capítulo dedicado a la accesoriidad y tuvimos ocasión de comprobar cómo el concepto de autor mediato fue elaborado por la doctrina alemana en relación con la idea de accesoriidad máxima, según la cual la participación es posible sólo si existe un hecho principal antijurídico y culpable.

Inicialmente, por tanto, el autor mediato aparece como creación doctrinal íntimamente ligada a la concepción de la accesoriidad máxima y al concepto restrictivo de autor. Luego, pasa a convertirse en un complemento del sistema de participación, y su configuración será más o menos amplia según que se requieran más o menos elementos para definir al sujeto de un delito y, consecuentemente, en proporción a la cantidad de casos no subsumibles en las normas de la participación.

Así, partiendo del dogma de la accesoriidad máxima se afirma que, "*che solo quando l'agente è colpevole potrà aversi l'illiceità penale e quindi l'escuzione criminosa*"<sup>380</sup>; por eso, en los casos en los que la ejecución criminal se realiza por

---

<sup>378</sup> La afirmación admite matices y no es pacífica. Así, PEÑARANDA contesta que exista una exacta correspondencia entre la concepción del mandato - del que es preferible hablar en términos de *autoría intelectual* - en la doctrina del Derecho común y la categoría moderna de *autoría mediata*. Ambas interpretaciones, en todo caso, están ligadas al más amplio problema de la relación de ésta figura con la accesoriidad. Sobre el tema véase E. PEÑARANDA RAMOS, *La autoría*, *op.cit.*, págs. 46 y ss.

<sup>379</sup> La primera formulación del concepto de autor mediato se debe a STÜBEL, que distingue entre una forma mediata y otra inmediata y otra mediata comprendiendo ésta última tanto la *autoría mediata intelectual* como al *autoría mediata física*. Cfr. E. PEÑARANDA RAMOS, *La autoría*, *op.cit.*, pág. 92 y ss.

<sup>380</sup> S. RICCIO, *L'autore mediato*, Nápoles, 1939, pág. 8.

obra de un sujeto no culpable, no serán aplicables las normas de la participación. Quedarían impunes, por tanto un gran número de casos.

El mismo argumento es válido para la concepción de la participación como accesoria a un acto antijurídico (accesoriedad limitada o media) o de un acto típico (accesoriedad mínima). El ámbito de los casos no punibles a través de las normas que regulan la participación será más restringido, pero existirán, en todo caso, situaciones que no puedan resolverse cuando el autor no actúe antijurídicamente o no lo haga de manera típica.

El vínculo entre la accesoriedad y el autor mediato lleva, evidentemente, a la negación de la utilidad de esta figura por parte del sector doctrinal que no basa en la accesoriedad el fundamento de la participación. Esta es, como se verá, enseguida, la postura de una parte de la doctrina italiana, que no acepta el principio de accesoriedad y considera, por tanto, las hipótesis que dan lugar a la autoría mediata subsumibles en la regulación de la participación<sup>381</sup>.

En todo caso, hoy se niega que la función del autor mediato sea la de cubrir lagunas de punibilidad del sistema de participación. Así, desde la óptica de la teoría del dominio de hecho, se considera esta figura como una verdadera forma de autoría<sup>382</sup> ya que, "al igual que la autoría inmediata, se caracteriza porque supone la existencia del dominio del hecho"<sup>383</sup>.

---

<sup>381</sup> Así por ejemplo, en relación con el ordenamiento italiano, ANTOLISEI afirma que "*anche le persone sfornite di sanità e maturità mentale sono anonverabili fra i concorrenti del reato medesimo e quindi considerati come tali*". F.ANTOLISEI, *Manuale*, *op.cit.*, pág. 482.

<sup>382</sup> Cfr. H.H.JESCHECK, *Tratado*, *op.cit.*, págs.919 y 920; COBO y VIVES, *DPPG*,

Veamos ahora las elaboraciones doctrinales sobre el tema en relación con los sistemas de participación español e italiano.

El análisis de doctrina italiana sobre la autoría mediata resulta particularmente interesante dado el sistema unitario que, en principio, adopta el Código italiano. Reconstruyamos brevemente las distintas soluciones que esa doctrina ha ido ofreciendo al problema de la autoría mediata.

La escuela clásica consideraba que no existe delito si en el hecho que lo constituye no concurren el elemento moral y el material. De esta manera, no puede hablarse de delito cuando el hecho haya sido cometido por un inimputable. La anterior concepción llevaba automáticamente a atribuir la condición de autor al que hubiese instigado a un inimputable. A éste, no se le reconoce capacidad penal, ni capacidad de realizar conductas penalmente relevantes, no es un agente del delito, sino un mero instrumento en las manos del que lo induce al delito, único y verdadero autor<sup>384</sup>.

---

*op.cit.*, pág.574;

<sup>383</sup> Cfr. H.H. JESCHECK, *Tratado, op.cit.*, pág.919.

<sup>384</sup> Así CARRARA, en su *Programa, Parte Generale* a propósito del inimputable que "*si rappresenta non più un agente ma uno strumento cieco e puramente passivo della volontà prava di colui che lo mise in moto: l'essere morale in costui sparisce, e non resta che la materia agita dall'altro*". El auténtico autor será, "*colui che con la mano lanciò il sasso, colui che con le arti proprie spinse l'infante o il mentecatto ad uccidere. Quando il fatto materiale non può riferirsi come a sua causa morale immediata a la volontà libera ed intelligente di chi lo eseguisce, non è fatto di questo: costui è la lunga mano di chi volle il delitto, e del suo braccio si valse come puro strumento*" en S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, pág.325. Cfr., en el mismo sentido E.PESSINA, *Elementos, op.cit.*, págs.355 y ss.

Las consecuencias de esta concepción son, evidentemente, inaceptables en la práctica. De la aplicación rigurosa de esta posición caben dos alternativas. En caso de que el agente sea un inimputable, o bien se busca un culpable distinto prescindiendo de las modalidades del delito y del elemento psicológico, o bien, se valoran éstos y se llega a la conclusión de que no puede castigarse a nadie, pues ninguno de los partícipes posee la cualidad de autor<sup>385</sup>.

Más tarde, la escuela positiva adopta una postura crítica con respecto a la posición dominante anterior. Se considera inaceptable desde el punto de vista ético la identificación del inimputable con la ausencia total de conciencia y voluntad y su asimilación a un mero instrumento en manos del verdadero autor. Se escinde la imputabilidad de la culpabilidad. Se parte, entonces, de que el inimputable posee, aunque limitada, "capacidad penal". No es posible, se dice, asimilar la acción de ningún hombre a la de una cosa o a la de un animal. Comienza, así, el camino que llevará a la actual posición de la doctrina italiana que, partiendo de los anteriores presupuestos, llega a la conclusión de que también el inimputable puede actuar con

---

<sup>385</sup> Así, S.SEMINARA: *"Sul piano pratico, anzitutto, tale teoria si trova costretta a qualificare come autore colui che abbia istigato o agevolato il non imputabile non solo quando oggettivamente e soggettivamente nella sua condotta siano riscontrabili tutti i connotati caratterizzanti, rispettivamente, l'istigazione e l'agevolazione ma anche quando egli ignorasse lo stato di inimputabilità dell'esecutore. In questo senso, la concezione in esame conduce ad un'alternativa le cui possibili soluzioni sono entrambe insoddisfacenti, risolvendosi esse o nella rigida regola per cui taluna deve rispondere in qualità di autore -a prescindere dalle modalità della sua condotta o dall'atteggiamento psicologico - ogni volta che l'esecutore non sia penalmente responsabile ovvero in quella per cui - dovendo l'illecito coincidere con la colpevolezza, sicché ogni condotta ha rilevanza giuridica solo in quanto accompagnata dal dolo corrispondente- il fatto commesso dal non imputabile resta impunito qualora nessuno, tra i concorrenti, possieda una volontà di autore"*, *Tecniche, op.cit.*, pág.326.

dolo o culpa<sup>386</sup> y cabe, por tanto la posibilidad de que sea autor de un delito al que otros participen<sup>387</sup>.

Como consecuencia de la anterior evolución, actualmente la doctrina dominante en Italia niega que la figura del autor mediato sea admisible en el sistema italiano. En todo caso, para negar la aplicación de esta forma de autoría en el sistema italiano la doctrina parte de presupuestos distintos.

En primer lugar, niegan la utilidad de la figura del autor mediato aquellos que plantean el problema de la participación en términos de "*fattispecie plurisoggettiva eventuale*"<sup>388</sup>.

Otro sector de la doctrina considera innecesaria la figura del autor mediato, afirmando que las normas de la participación están concebidas de manera que regulan también las hipótesis de participación de un sujeto no imputable o no punible<sup>389</sup>. En este sentido, BETTIOL, negando la utilidad del concepto de autor mediato, distingue los casos en los que la voluntad del sujeto que actúa mediatamente resulta completamente anulada, de aquellos en los que puede encontrarse en él un mínimo de voluntad. En el primer caso, no puede hablarse de autoría mediata, porque existe sólo un autor, es decir aquel que ha dirigido y querido

---

<sup>386</sup> Véanse los arts.222 y 224 del Código penal italiano en los que se impone al juez la obligación de controlar la intensidad del dolo en el hecho del inimputable.

<sup>387</sup> Cfr. F.ANTOLISEI, *Manuale*, *op.cit.*, págs.534 y 483.

<sup>388</sup> Cfr. R.DELL'ANDRO, *La fattispecie*, *op.cit.*, pág.67.

<sup>389</sup> En este sentido cfr. además de F.ANTOLISEI, *Manuale*, *op.cit.*, págs.485 y ss, M.GALLO, *Lineamenti*, *op.cit.*, págs.70 y ss; ROMANO/GRASSO, *Commentario*, *op.cit.*,

el resultado; y, tampoco en el segundo puede hablarse de autor mediato porque existe una actividad con relevancia penal que puede, por tanto, ser evaluada desde las normas que regulan la participación<sup>390</sup>.

Las normas que regulan la participación, bastan, pues, para comprender las hipótesis a las que se refiere la autoría mediata. Así, se hace referencia, en primer lugar, al artículo 111, que considera un agravante el hecho de haber determinado a la comisión de un delito a una persona no imputable o no punible. En segundo lugar, se recurre al artículo 119, el cual dispone que las circunstancias subjetivas que excluyen la pena de algunos de los concurrentes se aplican sólo a la persona a la que se refieren, y, entre esas circunstancias se encuentra la de falta de imputabilidad y de dolo.

Por último, se argumenta que el artículo 112 ult.co., dispone que los aumentos de pena previstos por los números 1, 2 y 3 de esa misma norma se aplican aunque alguno de los partícipes no sea imputable o punible. Esto significa - se dice - que en el ordenamiento italiano también las personas que carecen de salud y madurez mental son consideradas partícipes del delito.

---

págs.138 y ss; R.DELL'ANDRO, *La fattispecie*, op.cit., págs. 36 y ss.

<sup>390</sup> *"Nel primo caso parlare di reità mediata è un controsenso perché chi viene preso in considerazione è soltanto colui che ha saputo dare alla situazione concreta un'impronta decisamente personale; egli è autore sic et impliciter. Nel secondo caso, se tal soggetto immediatamente agisce si riconosce una certa autonomia, nel senso che si può ammettere la presenza di una azione anche se non colpevole, è assurdo voler considerare l'attività stessa come assolutamente irrilevante per riferirla esclusivamente all'azione del soggetto che agisce mediamente, qui si può ammettere benissimo la figura della partecipazione". G.BETTIOL, *Diritto Penale, Parte Generale*, op.cit., pág.585.*

En conclusión, un amplio sector de la doctrina italiana afirma que, puesto que el ordenamiento italiano prevé expresamente la posibilidad de que un delito sea cometido por un sujeto no imputable o no punible, no existe ningún inconveniente para que dicho sujeto sea considerado como autor del mismo<sup>391</sup>.

De esta manera, siempre que exista la voluntad de cooperar a la comisión del delito, son aplicables las normas que regulan la participación, y nada impide que, incluso, pueda hablarse de un concurso de personas con un solo responsable<sup>392</sup>.

Una parte de la doctrina italiana, sin embargo, admite la figura del autor mediato<sup>393</sup> y busca su colocación, fuera del ámbito de la participación<sup>394</sup>, en aquellas disposiciones en las que "*o la volontà o la coscienza sono annullate per l'illiceità opera altrui*"<sup>395</sup>.

---

<sup>391</sup> Cfr. F.ANTOLISEI, *Manuale, op.cit.*, pág.482. Cfr. también M.GALLO, *Lineamenti, op.cit.*, págs.33 y ss; S.RANIERI, *Manuale, op.cit.*, pág.168.

<sup>392</sup> "*Qualora, peraltro, questo (la volontà di cooperare) e gli altri requisiti ricorrano, non vediamo come e perché dovrebbe negarsi l'applicazione delle norme sulla compartecipazione delittuosa, la quale, si può verificare anche con un solo responsabile*". F.ANTOLISEI, *Manuale, op.cit.*, pág.483.

<sup>393</sup> Cfr. A.R.LATAGLIATA, ligado a la construcción de la tentativa en *I principi, op.cit.*, pág.79 y ss; S.RICCIO, *L'autore mediato, op.cit.*, págs.13 y ss.

<sup>394</sup> Así por ejemplo: "*Il problema dell'autore mediato deve essere impostato diversamente, in modo da escludere ogni carattere di sussidiarietà rispetto all'istituto della partecipazione ed eliminare, conseguentemente, quella variabilità ed elasticità del contenuto cui gli si verrebbe necessariamente ad attribuire a seconda della diversa portata che si riconosce all'istituto del concorso*". D.PISAPIA, "*Sul criterio distintivo tra partecipazione criminosa e reità mediata*", en Riv. it. Dir.pen. 1943, pág.257.

<sup>395</sup> Cfr. S.RICCIO, *L'autore mediato, op.cit.*, pág.146.

Las normas que según estos autores son aplicables a las hipótesis de autoría mediata son las siguientes: los artículos 46 "*Costringimento fisico*"; 48 "*Errore determinato dall'altrui inganno*"; 54 ult.co, "*Stato di necessità*"; 86 "*Determinazione in altri dello stato di incapacità allo scopo di far commettere un reato*" y 111 "*Determinazione al reato di una persona non imputabile e non punibile*".

Lo primero que sorprende en esta construcción es que para elaborar una categoría unitaria, como es la del autor mediato, se recurra a un conjunto de normas que pertenecen a distintos capítulos del Código penal italiano. Así, las primeras dos normas están contenidas en el Capítulo del delito consumado y tentado (Cap. I, del Título III, L.I.), otra se encuentra en el Título IV del Libro primero, Capítulo de la imputabilidad, y la última forma parte de las normas que regulan la participación<sup>396</sup>.

Las críticas que ha merecido la anterior concepción parten justamente de la heterogeneidad de las normas a las que se recurre. Así, se dice que el artículo 111 no puede ser utilizado para justificar la admisión en el sistema italiano de la figura del autor mediato, pues pertenece a la disciplina de la participación<sup>397</sup>. También se niega que el artículo 46 pueda ser aplicable en la medida en que se fundamenta en la ausencia de una conducta humana penalmente relevante<sup>398</sup>. Tampoco se considera que la previsión de la autoría mediata pueda deducirse de lo previsto en los artículos 48,54 y 86. Estas normas - se dice - regulan "hipótesis especiales de

---

<sup>396</sup> Cfr. S.RICCIO, *L'autore mediato, op.cit.*, págs.134 y ss; A.R.LATAGLIATA, *I principi, op.cit.*, págs. 73 y ss.

<sup>397</sup> Cfr., por ejemplo, M.GALLO, *Lineamenti, op.cit.*, pág.73.

participación"<sup>399</sup>, de manera que si no existiesen esa especial previsión normativa a esas hipótesis serían aplicables los artículos 110 y ss., en consecuencia, la responsabilidad de quien induce a error a un sujeto, lo amenaza o lo pone en estado de incapacidad, no deriva de la referencia al autor mediato, ni de las normas que regulan la participación, sino del encuentro de los artículos 48, 54 o 86 con las normas de la parte especial. A estas disposiciones, pues, se les atribuye "*natura concorsuale*" y se les considera dependientes de las normas que regulan la participación a las que estarán sujetas en todo lo no previsto por ellas en sentido contrario<sup>400</sup>. Vale, pues, respecto de ellas, lo dicho en relación con las normas de participación y su relación con la autoría mediata.

Veamos cómo se plantea la cuestión en el ámbito español. A diferencia del Código actual, el anterior no contemplaba expresamente la autoría mediata. A pesar de ello la doctrina española admitía mayoritariamente esta figura, considerándola incluida en el artículo 14. No existía, sin embargo, acuerdo doctrinal sobre la ubicación de esta hipótesis de autoría respecto a los distintos tipos de conductas descritas por esta norma.

---

<sup>398</sup> Cfr. S.SEMINARA, *Tecniche*, *op.cit.*, pág.350.

<sup>399</sup> "*In effetti, la responsabilità di chi induce in errore un altro soggetto o usa minaccia o pone altri in stato di incapacità al fine di commettere un reato non trae origine né dall'ambiguo riferimento all'autore mediato né dal ricorso agli art.110 ss., ma proprio dall'innesto rispettivamente dell'art.48, dell'art.54 ult.co.e dell'art.86 sulle singole norme incriminatrici di parte speciale*". ROMANO/GRASSO, *Commentario*, *op.cit.*, pág.141. En el mismo sentido, cfr. M.GALLO, *Lineamenti*, *op.cit.*, pág.73.

<sup>400</sup> Así por ejemplo, el artículo 115 que regula la instigación no acogida, sería aplicable a lo dispuesto en los artículos 48, 54, 86 de manera que hay que excluir que pueda hablarse de tentativa del autor del engaño, de la amenaza etc., cuando el ejecutor material no haya, al menos

En efecto, como tuvimos ocasión de ver, un sector de la doctrina española considera que entre los tipos de autores descritos por el art. 14, sólo el autor de los actos ejecutivos (nº1. del art.14) es autor en sentido estricto, siendo los otros dos tipos casos de extensión de la responsabilidad. Este concepto de autor, restrictivo por un parte, pero amplio en la configuración de la responsabilidad por otra, permitía a la doctrina española considerar la posibilidad de incluir el autor mediato en la categoría de autor.

Los problemas empezaban cuando se trataba de colocar al autor mediato en una de las tres categorías descritas por la ley.

Para algunos, el autor mediato podía situarse en el nº1 del art.14, junto al autor de los actos ejecutivos, recurriendo a la común opinión de que el autor mediato se sirve de otro sujeto como de un mero instrumento, o más precisamente, como medio de ejecución. Así, FERRER SAMA, afirma: "una noción amplia del fenómeno de la autoría mediata, que es la que creemos admisible, nos lleva a estimar como autor directo del delito al sujeto que se sirve como verdadero medio de ejecución de personas cuya conducta ha de resultar impune, por ausencia de antijuridicidad, de culpabilidad"<sup>401</sup>.

A esta interpretación se le critica que no explica la evidente contradicción existente entre la definición del autor mediato y la legal de autor ejecutivo. La ley exige, para calificar a un sujeto como autor ejecutivo, que éste haya participado directamente en la ejecución del delito; el autor mediato es aquel que para la

---

tentado la comisión del delito. Cfr. ROMANO/GRASSO, *Commentario, op.cit.*, pág.143.

ejecución de un delito se sirve de la acción de otra persona, por tanto se puede decir todo excepto que haya tomado parte en la ejecución. Bien es verdad, que los partidarios de la anterior posición doctrinal intentan salvar este obstáculo afirmando que no se pueden equiparar los términos "inmediato" y "directo", ya que dicha equiparación "carece de justificación semántica y contradice la historia del nº1 del art. 14" de manera que se puede ser autor directo y mediato<sup>402</sup>.

Otro sector de la doctrina consideraba punible al autor mediato haciendo referencia al nº2 del art. 14, y más exactamente a la primera parte donde se habla de "fuerza irresistible": "el que fuerza a otro se sirve de él como si fuera un ser inanimado. No hay diferencia entre romper con una piedra un cristal o lanzando contra él a un tercero desprevenido<sup>403</sup>". Para otros, la autoría mediata estaría incluida

---

<sup>401</sup> A.FERRER SAMA, *Comentarios, op.cit.*, pág. 46.

<sup>402</sup> Así, en COBO/VIVES, que añade: "si se admite, como no hay más remedio que hacer, que la actuación del autor mediato sobre el instrumento constituye ya tentativo, esto es, da principio a la ejecución del delito directamente, entonces no hay posibilidad de negar que 'toma parte directa en la ejecución'. La relación entre el artículo 3º y el 14.1 es una relación inevitable, de modo que la ejecución ha de ser entendida en ambos de manera unitaria. Las posturas que rompen el concepto de ejecución hacen hablar al Código un lenguaje de ventrílocuo y son, en suma, contradictorios, y, por ello, necesariamente falsas. *DPPG, op.cit.*, pág. 575.

<sup>403</sup> En contra, COBO/VIVES, ya que "la autoría mediata es, ante todo, verdadera autoría, el autor mediato realiza el injusto típico como propio", por eso niegan que pueda considerarse al autor mediato comprendido en los números 2 y 3 del artículo 14, ya que estas dos hipótesis "regulan la participación en el hecho ajeno y no supuestos de realización de hechos propios". *DPPG, op.cit.*, pág. 577. También, L.RODRÍGUEZ RAMOS, " pues bien, aun cuando exista alguna discrepancia entre los autores se suele admitir la figura del autor mediato formando parte de esta autoría principal, material y real del nº1, plus otras soluciones, como la inclusión en el nº2, seguida por la jurisprudencia (sentencias de 31 de marzo de 1946, 6 de diciembre de 1957 y de mayo de 1981), significan que el autor no sea principal, siendo su responsabilidad accesoria respecto a la del autor sino mero instrumento". *Compendio, op.cit.*, pág. 249.

en las hipótesis de inducción del art.14.2, por entender que, en caso de fuerza irresistible hay que hablar de autoría directa y no de autoría mediata<sup>404</sup>.

Sin embargo, esta asimilación no es pacífica, ya que colocar el autor mediato junta a la inducción y a la cooperación necesaria, además de estar en conflicto con la accesoriedad de la participación, significa mezclar conceptos. En efecto, inducción y cooperación necesaria son conductas de participación al hecho de otro, lo que no ocurre con las conductas de autoría mediata. Así, mientras que en la instigación la forma de cometer el delito es la de forzar la psique de otro, en la autoría mediata no se pretende determinar a otro a la comisión del delito sino más bien asumir la acción del otro<sup>405</sup>.

Por último, algunos consideran que el autor mediato no estaba comprendido en ninguno de los tipos descritos en el art.14 y que la elaboración dogmática de esta figura derivaba directamente de la descripción de los delitos de la Parte Especial del Código<sup>406</sup>.

Las polémicas doctrinales reflejan los límites que la regulación de la participación en el anterior Código español presentaba a la hora de resolver el

---

<sup>404</sup> Cfr. G.RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I, op. cit.*, pág.845; E.GIMBERNAT, *A y C, op.cit.*, págs.220 y 221.

<sup>405</sup> En esta sentido S.RICCIO, afirma que "*nell'istigazione si vuol cagionare l'evento ma nella forma particolare della penetrazione nella psiche di un altro individuo; in quanto direzione con partecipazione al fatto principale, nella reità mediata, invece l'evento si vuole cagionare non determinando l'altrui determinazione a commettere il fatto, ma unicamente assumendo l'altrui azione*". *L'autore mediato, op. cit.*, pág. 66.

<sup>406</sup> Cfr. G.RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I, op.cit.*, págs.467 y ss; E.GIMBERNAT ORDEIG, *E, A y C, op.cit.*, pág. 219.

problema de la autoría mediata. Por esta razón, se planteó en la doctrina española un debate sobre la necesidad de su inclusión en la regulación legal. Los que sostenían la necesidad de regulación expresa<sup>407</sup> afirmaban que no se trataba de una solución ajena a nuestra tradición, ya que el art. 13 del Código penal de 1822 recogía diversas hipótesis de autoría inmediata<sup>408</sup>.

Respondiendo a las exigencias de la doctrina<sup>409</sup> los diversos proyectos de reforma del anterior Código penal incluían la figura del autor mediato<sup>410</sup>.

El nuevo Código penal de 1995 pone fin a la discusión doctrinal ya que modifica la anterior redacción del artículo 14 suprimiendo la referencia a los que toman parte en la ejecución del hecho e introduciendo expresamente la referencia a

---

<sup>407</sup> No toda la doctrina estaba de acuerdo con la necesidad de la introducción de esta figura en el ordenamiento español. Así, G.RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código Penal español, en La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980 y comentaba el Proyecto de 1980 afirmando que "El Proyecto, como se deduce de la simple lectura del párrafo inicial del art.32, confiere estatuto de naturaleza a la autoría mediata cuya admisibilidad y posible apoyo legal resulta hartamente discutible, pese a la innegable necesidad político-criminal y dogmática de dar cabida a dicha forma de autoría", pág.34.

<sup>408</sup> Eso mantiene J.CEREZO MIR para el que la inclusión " de la autoría mediata no debe ser considerada como una solución extranjerizante" pues se hallaba ya prevista en el art.13 del primer Código penal español: "los que hacen a otro cometerla contra su voluntad, ya dándole alguna orden al que legalmente está obligado a obedecer y ejecutar, ya forzándole para ello con la violencia, ya privándole del uso de razón, y abusando del estado en que no la tenga; siempre que cualquiera de esos cuatro medios se emplee a sabiendas y voluntariamente para causar delito y que lo cause efectivamente". *Estudios, op.cit.*, pág.186.

<sup>409</sup> Abogaban por la introducción del autor mediato entre otros J.CEREZO MIR, cfr. entre otras obras *Autoría y participación, op.cit.*, pág.339; E.BACIGALUPO ZAPATER, *Principios, op.cit.*, pág.39.

<sup>410</sup> Así, en el Proyecto de 1980, art.32; en el Anteproyecto de 1983, art.28; en el Proyecto de 1992, art.25 y en el Proyecto de 1994, art.28.

la autoría mediata<sup>411</sup>. El artículo 28 del nuevo Código dispone que: "son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento".

Como conclusión puede decirse que la gran confusión que se ha ido creando alrededor de la figura del autor mediato deriva, como se ha visto, de su vinculación al complejo tema de la accesoriedad de la participación, y de la disparidad de contenidos que la doctrina le atribuye.

Sin embargo, no es posible resolver el problema como lo hace la doctrina italiana entendiendo que se trata de una mera creación doctrinal ya que, en la práctica, es indudable que se produce la realización de hechos delictivos mediante la utilización de otros sujetos, y estos casos no siempre pueden ser resueltos mediante la aplicación de las normas que regulan la participación.

En general, pues, debe juzgarse de manera positiva la inclusión del autor mediato en el nuevo Código penal español.

Por la que respecta a la concreta regulación adoptada por el nuevo Código, desde un punto de vista técnico, el artículo 28 puede ser quizá discutible, y ciertamente no comprende todos los casos de autoría mediata señalados por la doctrina<sup>412</sup>, pero tiene, sin embargo, el mérito de enfrentarse a la problemática

---

<sup>411</sup> "Complementando así el criterio formal con el criterio material" ya que el autor material no realiza el hecho sino que se sirve de otro para ello, pues, el concepto restringido de autor no puede explicar la figura del autor mediato. J.CEREZO MIR, *Estudios, op.cit.*, pág. 184.

<sup>412</sup> Así, por ejemplo se plantearían dudas sobre la admisión de la autoría mediata en los

relativa al concepto de autor mediato de un modo distinto al tradicional en el ordenamiento español, abriendo nuevas posibilidades de análisis de esta figura delictiva.

#### **4. LA COMPLICIDAD: su tratamiento en los Derechos positivos objeto de estudio**

La mayor parte de los problemas que suscita el análisis de esta forma de participación han sido ya tratados en los apartados precedentes al examinar los tres modelos posibles de regulación de la participación. A estos tres modelos corresponden tres formas distintas de entender la complicidad.

En el ordenamiento italiano el concepto de complicidad ha desaparecido completamente ya que no puede considerarse el art. 114 del Código penal italiano como un intento de recrear la distinción entre autor y cómplice.

El modelo francés distingue entre autor y cómplice describiendo las conductas de complicidad, pero tal distinción no tiene efectos sancionatorios ya que, en principio, todos los partícipes al delito responden de éste por igual.

---

delitos imprudentes pues, "la expresión 'a través de otra persona de que *se sirve* como instrumento puede dar lugar a que se considere que la autoría mediata, que la comisión de un hecho a través de otro, sólo es posible en los delitos dolosos, pues el verbo 'servirse' implica una cierta intencionalidad en la utilización de otra persona para cometer el delito", J.U. HERNANDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, 1996, pág. 61.

El sistema adoptado por nuestro ordenamiento se basa en la clásica distinción entre conductas de autoría y de complicidad. Ésta se define negativamente, y la distinción entre ambas conductas sirve de criterio para la aplicación diversificada de las penas. Así, el actual artículo 29 del nuevo Código penal español, reproduciendo el anterior artículo 16, dispone: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior cooperan a la ejecución de hecho con actos anteriores o simultáneos".

Para poder abordar el análisis de la anterior norma y de las elaboraciones doctrinales se puede partir de la comparación del Código penal español con dos textos que adoptan el sistema de distinción de las formas de participación, pero, ofrecen una respuesta diferente a la regulación de la complicidad.

Desde esta óptica conviene hacer referencia al Código penal italiano de 1889 que, como el Código penal español, acogía un modelo diversificado. La comparación con el anterior Código penal italiano presenta además especial interés, porque la regulación por él adoptada ha determinado una aproximación doctrinal al problema que se sitúa en coordenadas distintas de las empleadas por nuestra doctrina.

El Código ZANARDELLI regulaba en su artículo 64 las formas de complicidad, tanto físicas como morales, y lo hacía a través de una precisa descripción de las conductas constitutivas de la complicidad<sup>413</sup>. La precisión de la descripción normativa hace que la doctrina italiana se haya centrado en la

---

<sup>413</sup> *"Eccitare o rafforzare la risoluzione di commettere il reato o di promettere assistenza o aiuto da prestarsi dopo il reato; di dare istruzioni o somministrare mezzi per eseguire il reato; di facilitare l'esecuzione, prestando assistenza o aiuto prima o durante il fatto"*, (art.64 del

delimitación entre complicidad y conductas penalmente irrelevantes, en lugar de partir, como ocurre en nuestro entorno, de la diferenciación entre conductas de autoría y complicidad. El criterio que generalmente se maneja para determinar la relevancia de una conducta es el de la necesaria existencia de relación efectiva entre ésta y la comisión del delito. De esta manera, el criterio causal encontraba acomodo en la concepción material del Código ZANARDELLI.

Por lo que respecta a la regulación francesa de la complicidad, ya hubo ocasión de señalar que ha sido considerada como ejemplo paradigmático de descripción de conductas atípicas de participación. La minuciosa descripción de los actos a través de los cuales se manifiesta esta figura vincula al juez a la hora de calificar las conductas.

Ambos textos tienen, pues, en común, el propósito de limitar la discrecionalidad judicial en la evaluación de las conductas atípicas; sin embargo, ninguno de los dos lo consigue plenamente. En la práctica, resulta difícil encajar los supuestos concretos en cada una de las categorías descritas por la norma, y, al final, la jurisprudencia acaba por ignorar los rígidos límites de demarcación respecto a la autoría.

Los problemas que se presentan en el contexto español son, en alguna medida, distintos a los hasta aquí referidos. La definición de la complicidad que emerge de la norma tiene carácter completamente negativo, ya que no se lleva a cabo una descripción de las conductas en las que puede manifestarse esta forma de participación.

---

Código penal italiano de 1889).

En el sistema español, dada esa definición negativa de la complicidad, el problema no consiste tanto en esclarecer el concepto de cómplice, sino en definir el concepto de autor, y luego por exclusión llegar al de cómplice. La óptica del análisis se desplaza, pues, de la configuración concreta de la complicidad hacia la búsqueda de la delimitación entre esta forma de participación y la autoría.

Así las cosas, de la propia definición legal se deduce que la interpretación de esta norma debe moverse en dos planos distintos: por un lado, la delimitación de la complicidad respecto a la cooperación necesaria y por otro, la distinción de la complicidad respecto al encubrimiento, entendidos como límites superior e inferior de la complicidad.

En relación con el límite superior de la complicidad, es decir, para establecer la diferencia entre ésta y la cooperación necesaria, la doctrina, como se advirtió en su momento, se sirve de una serie de teorías, en parte elaboradas en otros países europeos y que han sido aplicadas, más o menos adaptadas, al ordenamiento español.

Sintetizando lo visto hasta aquí, recordaremos brevemente que el problema ha sido enfocado desde las distintas perspectivas de las teorías objetivas, subjetivas y mixtas.

Para las teorías objetivas el elemento determinante para establecer la distinción entre autor y cómplice es la diversa contribución al delito. Dentro de ellas caben a su vez dos aproximaciones según se considere relevante el valor de la

aportación del partícipe - Teoría objetivo-material- o se tenga, en cambio, en cuenta el dato normativo de la tipicidad -Teoría objetivo-formal-.

Para los partidarios de la teoría objetiva-formal, autor es quien pone en acto un elemento del tipo (o, en otra versión, un acto ejecutivo<sup>414</sup>), cómplice será el que se limite a cooperar con el delito, sin realizar el elemento típico (o un acto de ejecución). Como ya tuvimos ocasión de comprobar, el problema de esta interpretación radica en que puede esclarecer la distinción entre cómplice y autor directo, pero no sirve para distinguir la complicidad de la cooperación necesaria y de la inducción.

Desde la óptica de la teoría objetivo-material, que distingue entre causa y condición, el autor es la causa del delito y el cómplice la condición. Se resuelve así la distinción entre ambas conductas afirmando "que la problemática se contrae, en realidad, a señalar la frontera entre la autoría y la complicidad en sede a los dos tipos de cooperación, una necesaria (autor), otra, secundaria (cómplice). La primera, será causa del resultado, la segunda la condición"<sup>415</sup>. Esta visión presupone aceptar que la conducta del autor es causa del resultado, es decir, que la conducta del autor está caracterizada por el hecho de que sin ella el delito no habría podido producirse.

---

<sup>414</sup> Cfr. E.GIMBERNAT ORDEIG, *A y C*, *op.cit.*, págs. 31 y 32, en ellas matiza las afirmaciones de la teoría objetivo-formal "la verdad es ésta: para la teoría objetivo-formal, autor no es únicamente el que realiza todo el tipo, ni tampoco sólo el que realiza un elemento: Su concepto de autor es mucho más amplio. Autor, en sentido objetivo-formal, es todo aquel que realiza un acto ejecutivo".

<sup>415</sup> J.DEL ROSAL, *Derecho penal español,op.cit.*,pág. 130. En este mismo sentido se pronuncia un importante sector doctrinal: cfr., A.FERRER SAMA, *op.cit.*, pág. 14; A.QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal, I*, Madrid, 1963, pág.248; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal I*, Barcelona, 1960, pág.619.

Hemos visto, hablando del autor, los problemas que esta interpretación lleva consigo; por eso un sector de la doctrina para definir al cómplice recurre al elemento subjetivo a pesar de reconocer la base objetiva de la definición legal. Partiendo de la teoría de la equivalencia de las condiciones se afirma que no es posible establecer una distinción objetiva entre las conductas del autor y del cómplice, por tanto la diferencia a la que se refiere la ley no es otra que el elemento subjetivo. Existe, pues, para los partidarios de esta teoría, un "*animus auctoris*" distinto del "*animus socii*" del partícipe.

En España la teoría subjetiva no ha encontrado mucho eco. Numerosos autores españoles se muestran extremadamente críticos con esta teoría, que definen como incompatible con "las exigencias de la regulación legal y los postulados de un Derecho penal democrático"<sup>416</sup> y "con la más elemental sensibilidad jurídica"<sup>417</sup>. A pesar de esto, algunos autores españoles, en principio partidarios de la teoría objetivo-material, han recurrido al elemento subjetivo haciendo referencia a la voluntad de auxiliar<sup>418</sup>.

La descripción de la complicidad, indudablemente objetiva, contenida en el Código español, ha llevado, como se analizó en su momento, a numerosos

---

<sup>416</sup> COBO Y VIVES, *DPPG.*, *op.cit.*, pág. 668; la cita completa expresa netamente esta postura crítica: "operan (las teorías subjetivas) un inadmisibles desplazamiento de la autoría, desde la contribución al hecho hacia la voluntad. El ánimo, no la aportación a la realización del tipo es, en ellas, decisivo, por lo que resultan incompatibles con las exigencias de la regulación legal y los postulados de un Derecho penal democrático".

<sup>417</sup> E. GIMBERNAT ORDEIG, *A y C.*, *op.cit.*, pág. 123.

<sup>418</sup> Cfr. J. DEL ROSAL, *Derecho penal*, *op.cit.*, págs. 131 y ss.

estudiosos a buscar la diferenciación teórica entre el concepto de autor y el de cómplice en la doctrina de origen alemán del dominio de hecho.

Según esa doctrina, autor es el que tiene en su propia mano la posibilidad de impedir la consumación del delito, impidiendo su ejecución<sup>419</sup>; autor y cómplice "cooperan en la ejecución del hecho, pero el cómplice carece del dominio del hecho"<sup>420</sup>. Hemos mencionado ya la oposición que suscitaba la transposición de esta teoría alemana al sistema español<sup>421</sup>.

Evidentemente, no puede desconocerse que el criterio del dominio del hecho es más fácilmente aplicable en ordenamientos en los que no existe un criterio diferenciador expreso entre autor y cómplice; en el Código español existen, en cambio, criterios objetivos para distinguir entre el autor y - las categorías a él

---

<sup>419</sup> En nuestra doctrina, J.CEREZO MIR sostiene que es autor el que tiene el dominio del hecho, aunque no realice ningún elemento del tipo, cfr., "*La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española*", en *Problemas fundamentales de Derecho penal español*, Madrid, 1982, págs. 51 y 52. J.CÓRDOBA RODA considera que la autoría es dominio del acto ya que es un problema de la acción no del tipo, la determinación de la autoría, para el ilustre penalista, tiene lugar en un plano óptico, prejurídico, derivado directamente de la acción", *Notas a la traducción, op.cit.*, págs. 247 y 248.

<sup>420</sup> J.LOPEZ BARJA, *Autoría y participación, op.cit.*, pág.147.

<sup>421</sup> Sobre las críticas a esta teoría del dominio del hecho nos remitimos a la primera parte de este trabajo, aquí se puede recordar que GIMBERNAT nota justamente, que también el cooperador necesario tiene el dominio del hecho, puesto que sin su intervención el delito no hubiese sido realizado; pero la aplicación de la doctrina del dominio del hecho, no resuelve los problemas de valoración sobre la necesidad o la no necesidad de un comportamiento y no esclarece si esta debe ser interpretada en abstracto o en concreto. E.GIMBERNAT ORDEIG, *A y C, op. cit.*, pág.53. Así mismo, en COBO Y VIVES, *DPPG, op.cit.*, pág. 569, se puede leer en relación con esta teoría que es "una fórmula imprecisa; interpretarla rigurosamente resultaría inaplicable, pues el hombre nunca llega a dominar por entero el curso de los acontecimientos; y al contrario, en sentido amplio podría predicarse de cualquier clase de acción voluntaria, pues todas ellas suponen un cierto dominio del hecho".

asimiladas - y el cómplice. Éste se distingue, por un lado, del autor, en función de la ejecución directa del hecho, y por otro, del cooperador necesario, en función de la realización de un acto sin el cual no se habría llevado a cabo el delito <sup>422</sup>.

Respecto al límite inferior de la complicidad, es decir, la diferencia entre ésta y el encubrimiento, hay que recordar que este último era considerado por el anterior Código español como forma de participación. Ya explicamos el cambio de regulación que respecto a esta figura realiza el Nuevo Código penal español.

El texto español describe la complicidad como cooperación con actos anteriores y simultáneos. Es, pues, el momento de la aportación lo que diferencia esta conducta del encubrimiento, que es considerado cooperación post-delictum. A pesar de esto cabe, cuando existe acuerdo previo o promesa previa, la posibilidad de calificar actividades objetivamente posteriores a la realización del delito como constitutivas de complicidad<sup>423</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina francesa, para la que los actos posteriores no pueden ser, en principio, considerados como actos de complicidad<sup>424</sup>. Por lo general estos actos serán constitutivos de encubrimiento real o personal -*recel de choses volées ou détournées*, art.321-1 N.C.P o *recel des malfaiteurs*, art.434-6 N.C.p.<sup>425</sup>.

---

<sup>422</sup> Cfr. G.RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I*, op.cit., pág. 826.

<sup>423</sup> Cfr. A.FERRER SAMA, *Comentarios*, op.cit., pág. 69.

<sup>424</sup> Cfr. STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal*, (1995) op.cit., pág.265.

<sup>425</sup> Hasta la ley de 22 de mayo de 1915 el encubrimiento real era considerado una forma de complicidad

La jurisprudencia francesa, sin embargo, ha llegado a considerar como complicidad actos posteriores si entre ellos y el delito existe un vínculo directo y premeditado, o cuando ese acto se ha acordado con anterioridad al delito<sup>426</sup>.

Por lo que respecta a la complicidad por omisión, el empleo en el texto legal español de la expresión "cooperar con actos" crea algún problema de interpretación con respecto a esta figura. La doctrina en gran parte la admite. Así, QUINTANO afirma que no existe en la legislación, ni menos, en el espíritu de nuestra legislación común, nada que repugne a la punición de las formas de complicidad omisionales<sup>427</sup>.

De distinto parecer es la doctrina francesa, para la que resulta inadmisibile la complicidad por omisión ya que, para que exista esta forma de participación, se exige una actividad material<sup>428</sup>.

En este tema puede ser interesante recordar que en la discusión del Código Penal español fue propuesta la inclusión de un segundo párrafo que contemplase la complicidad por omisión. Al no llegarse a un acuerdo sobre la redacción del texto

---

<sup>426</sup> Cfr. Crim.30 avr.1963, Bull. n° 157; Crim.8 nov.1972, Bull, n°. 329; Crim, 28 janv.1981, Bull n°41 en STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal (1995)*, op.cit., pág.266.

<sup>427</sup> A. QUINTANO RIPOLLÉS, "Complicidad", en Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona 1951, pág.509. Niegan, en cambio la posibilidad de complicidad omisiva los que consideran la conducta de complicidad desde un punto de vista causal, pero a ello se opone que ésta " no debe juzgarse desde puntos de vista estrictamente causales, la omisión también puede ser una forma de complicidad cuando ha tenido por efecto *facilitar* la comisión del hecho". E.BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, op.cit., pág.239.

<sup>428</sup> Cfr. STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal(1995)*, op.cit., pág.260.

se optó por abandonar la iniciativa, dejando así inalterada la regulación de la *complicidad*.

Para terminar consideramos oportuno volver, brevemente, sobre los criterios jurisprudenciales para calificar la *complicidad*.

Como dijimos, hablando del autor, el Tribunal Supremo considera el acuerdo previo como elemento suficiente para atribuir a un sujeto la calificación de autor, concediendo, por tanto, notable importancia al elemento subjetivo. Se vio también como la doctrina considerase excesivo ese uso de previo acuerdo como criterio determinante para definir la *autoría*.

Distinta es la actitud que la jurisprudencia asume frente a la *complicidad*<sup>429</sup>. En efecto, cuando el Tribunal Supremo decide considerar una conducta como *complicidad* se sirve de argumentaciones correctas que se basan sobre todo en el elemento objetivo, incluso en el caso en que se haya producido en concreto un acuerdo previo; así la Sentencia de 2 de julio de 1974: "como forma menor de *coparticipación*, cuando la actividad sea *no necesaria o contingente*, como autor disminuido y subalterno en la asociación, participando periféricamente y accidentalmente en la ejecución sin los cuales el resultado se hubiese producido también, aunque acaso no con tanta facilidad por ser de rango inferior, dentro de la

---

<sup>429</sup> Sobre el análisis de la jurisprudencia en materia de acuerdo previo, véase E.GIMBERNAT ORDEIG, *A y C*, *op.cit.*, págs.54 y ss.

causalidad dado el carácter accidental y subordinado que no es condicionante del resultado<sup>430</sup>.

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo recurre a la teoría del dominio del hecho e, incluso, a la de los bienes escasos, llegando a afirmar que el elemento material "viene a ser el quicio de la distinción, ya sea atendiendo, para establecer el ansiado distingo, al mayor o menor rango causativo de la conducta puesta en el partícipe, al llamado dominio del acto por el autor, poderío ausente en el cómplice o, en fin, al reciente criterio doctrinal de los bienes o actividades escasos de modo que cuando la cooperación ofrecida por el partícipe sea de difícil consecución conforme a criterios prácticos derivados del tráfico y de la convivencia social, habrá que ser estimada necesaria según la dicción de n.3 del art.14 de C.p., para ser degradada a cumplida conforme al art. 16 en caso contrario"<sup>431</sup>.

De nuevo es evidente que la distinción entre autor y cómplice presenta notables dificultades, y que ni siquiera la doctrina adopta un criterio uniforme para distinguir uno de otro, pero esto no justifica el uso por parte del Tribunal Supremo de criterios ya superados, como el del acuerdo previo, ni la diversidad de criterios que maneja para su definición.

Por otra parte hay que reconocer que en ausencia de criterios objetivos, o ante la dificultad de establecerlos, se produce un inevitable deslizamiento hacia el criterio

---

<sup>430</sup> Sentencia de 2 de julio de 1974, A. 3043. Véase también la Sentencia de 25 de septiembre de 1974, A.3306.

<sup>431</sup> Sentencia de 8 de octubre de 1974, A.3674.

subjetivo. Ahora bien, el recurso al elemento subjetivo hace que la expresión objetiva "actos" pierda por completo su contenido<sup>432</sup>.

La dilatación del concepto de autor y su manipulación en la práctica jurisprudencial es por otra parte un constante histórica y se da, como hemos visto, en muy diversos contextos. Nuevamente emerge la falta de adecuación entre la regulación legal y la aplicación a los casos concretos. Se trata de un evidente síntoma de que el criterio utilizado en el sistema español es inadecuado para resolver los problemas que plantea la participación o por lo menos presenta disfunciones importantes.

Todo ello hace legítimo que nos planteemos si puede realmente funcionar el sistema del Código español, o por el contrario si resultarían preferibles algunas de las soluciones adoptadas por los otros ordenamientos sometidas a examen<sup>433</sup>.

---

<sup>432</sup> Criticando este recurso al elemento subjetivo afirma SEMINARA que, "*la nozione di complicità finisce così col confluire verso criteri di natura soggettiva, tali da attrarre nell'area della responsabilità penale coloro che abbiano aderito al fatto illecito con condotte scarsamente rilevanti. L'espressione "cooperar a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultaneos" viene così svuotata di ogni contemuto, dimostrando la propria evanescenza*", *Tecniche, op.cit.*, pág 88.

<sup>433</sup> En este sentido, el análisis sobre la dificultad de distinguir entre cómplice y cooperador necesario lleva a CEREZO MIR a proponer la supresión de la figura del cooperador necesario y a la introducción de una atenuante facultativa de la pena para los cómplices, de manera similar a como ocurre en el vigente Código italiano, cfr. J. CEREZO MIR, "*Autoría y participación en el Código penal español vigente y en el futuro Código penal*", *op.cit.*, pág., 338.

## 5. EL ENCUBRIMIENTO Y LA RECEPCIÓN

Conceptualmente el encubrimiento y la receptación han sido considerados en la tradición europea desde dos puntos de vista diversos: como formas de participación o como delitos autónomos.

A favor de la inclusión de estas figuras en el ámbito de la participación se han ofrecido varios argumentos; fundamentalmente se admite la posibilidad de *concursum susequens* partiendo del concepto de la unidad del bien jurídico lesionado.

En cambio para los partidarios de la tesis del encubrimiento y la receptación como delitos autónomos es inadmisibles considerar como partícipe de un delito a un sujeto cuya acción comienza después de su ejecución. La doctrina moderna y gran parte de los Códigos penales vigentes se sitúan en esta perspectiva regulando ambas figuras en la Parte especial.

En el ordenamiento italiano vigente el encubrimiento se encuentra regulado en los arts. 378 (encubrimiento personal) y 379 (encubrimiento real), colocados en el ámbito de los delitos contra la justicia (capítulo I, Título III, Libro II). La receptación es castigada por el art. 648 como delito contra el patrimonio mediante fraude (capítulo II, Título XIII, Libro II).

En España el criterio adoptado tradicionalmente por los diversos Códigos ha sido el de considerar el encubrimiento y la receptación en el ámbito de la participación al delito. Como única excepción, el Código del 1928 que configuraba

el encubrimiento como delito autónomo, regulándolo junto a los delitos contra la Administración de la Justicia.

El anterior Código español adoptaba el criterio tradicional considerando el encubrimiento y la receptación como formas de participación. Frente a esta regulación la doctrina asumía una posición unánimemente crítica, llegando a afirmar que se trataba de "uno de tantos casos de inexplicable respeto por parte del legislador a preceptos que sin responder a ninguna razón ni teórica ni práctica, o mejor dicho, que estando en contraposición con dichas razones, permanecen en el articulado de manera absurda ya que es voz unánime de los escritores la que reclama una profunda reforma"<sup>434</sup>.

Esta reforma solicitada por la doctrina tenía dos objetivos: uno, la configuración del encubrimiento como delito contra la administración de la justicia y otro la regulación de la receptación como delito contra la propiedad. En estos términos fue redactado el Proyecto de reforma de 1948 presentado al Parlamento.

La reforma se llevó a cabo por la ley de 9 de Mayo de 1959, pero se aparta notablemente de la propuesta inicial. En efecto, se mantienen en el ámbito de la participación las conductas que más fácilmente pueden ser consideradas como delitos autónomos, y se configura, en cambio, como delito autónomo la receptación, colocándola en un nuevo capítulo VI: "Del encubrimiento con ánimo de lucro y de la receptación", en el Título XII del Libro II. El art. 546 bis consideraba receptor,

---

<sup>434</sup> A.FERRER SAMA, *Comentarios, op.cit.*, pág.72.

"el que con conocimiento de la comisión de un delito contra la propiedad se aproveche para sí de los efectos del mismo".

La inclusión de la receptación entre los delitos contra la propiedad, planteaba el problema de la aplicación de la norma a la receptación de los objetos de un delito que no atentase contra aquella.

Como intento de obviar esta dificultad, en 1963 se modificó el art. 546, sustituyendo la expresión "delitos contra la propiedad" por la más amplia de "delitos contra los bienes". Esto permitía castigar la receptación real relacionada con delitos que no atentasen contra la propiedad siempre que tuviesen contenido patrimonial.

A pesar de la reforma, este concepto restringido de la receptación originaba lagunas en relación con delitos no patrimoniales. Hubiese sido preferible configurar la receptación con una fórmula más amplia como hace el Código Penal italiano, que castiga la receptación de dinero o cosas provenientes de cualquier delito<sup>435</sup>. Dicha configuración no habría sido, además, contraria a la tradición de nuestro país, ya que, en la tradición de los precedentes Códigos españoles se castigaba la receptación de objetos provenientes de delitos en general.

La regulación creaba también conflictos de normas. A diferencia de lo previsto por el Código penal italiano, para el que el receptor es aquél que obtiene

---

<sup>435</sup> Artículo 648 del Código penal italiano: "*Fuori dei casi di concorso nel reato, chi, al fine di procurare a sé od ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare, è punito con la reclusione da due ad otto anni e con la multa da lire un milione a lire venti milioni*".

el beneficio para sí o lo procura a otros, el Código español consideraba receptor solamente aquél que obtiene un beneficio para sí mismo. De esta manera quien se limita a procurar un beneficio a los partícipes en un delito era considerado por la ley española como encubridor. Si el sujeto en cuestión, además de obtener un beneficio para sí, presta su ayuda a los partícipes, se verificaba un concurso de normas entre el art. 17 n.º 1 - encubrimiento real - y el art. 546 bis a). Por otra parte, si esta última norma no resultaba aplicable, por no tratarse de un delito contra el patrimonio, se debía necesariamente recurrir al n.º 1 del art. 17, castigando como partícipe en el delito al sujeto que obtiene un beneficio para sí y presta ayuda a los partícipes.

En conclusión, no resultan claras las razones que llevaron a "aconsejar esta parte de la reforma y someter a una regulación completamente diversa hechos que tienen entre sí íntima semejanza"<sup>436</sup>.

El encubrimiento real y personal era, en cambio, considerado tras la reforma como conducta de participación, y estaba regulado en el art. 17 del anterior Código penal<sup>437</sup>. Los números 1 y 2 de esa norma recogían el encubrimiento real, mientras que el número 3 se ocupaba del encubrimiento personal.

---

<sup>436</sup> E.CUELLO CALÓN, *"Modificaciones introducidas en el Código penal en materia de encubrimiento por la ley de 9 de Mayo de 1950"*, ADPCP, III, pág.340.

<sup>437</sup> Artículo 17: "Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores o como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes: 1.º auxiliando a los delincuentes para que se aproveche de los efectos del delito o falta. 2.º ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de delito o falta, para impedir su descubrimiento. 3.º albergando, ocultando o proporcionando la fuga culpable, siempre que ocurra alguna de las circunstancias siguientes: primera, la de intervenir abuso de funciones públicas por parte del encubridor. Segunda, la de ser el delincuente reo de traición, homicidio contra el Jefe de Estado o su sucesor, terrorismo, parricidio, asesinato o reo conocidamente habitual de otro delito".

La inclusión del encubrimiento en el ámbito de la participación llevaba necesariamente a la doctrina a plantearse el problema de la accesoriedad de esta figura.

En los Códigos precedentes al vigente, el requisito exigido para la existencia de encubrimiento era la realización de un delito<sup>438</sup>. En el Código de 1973, tras la reforma del 1944, se sustituyó el término delito por el de hecho punible. Una interpretación literal de la ley podría llevar a la conclusión que resultaba aplicable a esta figura el criterio de accesoriedad máxima, es decir, la necesidad de un hecho principal, antijurídico y culpable. A pesar de eso, la mayor parte de la doctrina coincidía en atribuir al encubrimiento el mismo grado de accesoriedad que tienen las demás conductas de participación.

Para sostener que la accesoriedad del encubrimiento es la misma que la de las demás conductas de la participación se utilizaba el argumento de que el propio legislador establecía expresamente la accesoriedad mínima de la receptación. Así, el art. 546 f) disponía que "Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho de que provenieren los efectos o beneficios aprovechados fuere irresponsable o estuviese exento de pena"<sup>439</sup>.

Sin embargo, para algunos no es legítimo el recurso a una institución completamente extraña a la participación para explicar el grado de accesoriedad de

---

<sup>438</sup> Cfr. J.M.RODRÍGUEZ DEVESA, "Encubrimiento", en Nueva Enciclopedia Jurídica", Vol. VII, Barcelona 1956, pág.463.

<sup>439</sup> Cfr. sobre este tema, G.RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I, op.cit.*, pág.902.

figuras que sí están reguladas en ese ámbito. La distinta regulación en nuestro Código de las figuras del encubrimiento y de la receptación, impide que de ésta pueda extraerse una conclusión general para explicar el grado de accesoriadad de la otra<sup>440</sup>.

Más correcto parecía justificar la punibilidad del encubrimiento en caso de ejecución de un acto no culpable considerando que también quien impide la realización de un proceso que lleva a la exclusión de la culpabilidad está creando obstáculos a la administración de la justicia<sup>441</sup>.

El sujeto del encubrimiento puede serlo cualquiera. En los casos de encubrimiento personal incluso el sujeto pasivo del delito principal puede ser encubridor. En cambio, no pueden ser encubridores ni el autor ni el cómplice del delito.

En efecto, la ley define al encubridor negativamente como aquel que no ha participado al delito como autor o cómplice. De esto resultaba la no punibilidad de los actos de encubrimiento que hayan realizado los partícipes al delito; el encubrimiento es una conducta subsidiaria a las demás formas de participación. De esta manera, en presencia de actos de encubrimiento llevados a cabo por los

---

<sup>440</sup> T.VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa, op.cit.*, pág.165, literalmente: "La regulación de la accesoriadad del encubrimiento y concretamente del art.546 f) del Código Penal (...), es sencillamente una regla distinta, referida a una institución de naturaleza diferente; y en consecuencia no cabe extraer de ella conclusión general alguna en torno a la accesoriadad de la participación".

<sup>441</sup> Cfr. G.RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I, op.cit.*, pág. 903.

partícipes, se da un concurso de leyes que se resuelve, por tanto, con la aplicación de la ley principal<sup>442</sup>.

En cambio, como se vio precedentemente, si el sujeto ha prometido el auxilio posterior antes de la realización del delito, no podrá hablarse de encubrimiento sino de complicidad o incluso de inducción o de cooperación necesaria.

Desde el punto de vista de la punibilidad, el encubrimiento sí exige el conocimiento de la realización del delito. No existe acuerdo en la doctrina sobre como tiene que entenderse este requisito. Para algunos, "es preciso el dolo y este ha de abarcar el conocimiento del delito que se ha cometido"<sup>443</sup>. Para otros, no es incompatible el encubrimiento con el dolo eventual pues se considera que el encubridor "no precisa conocer con idéntico grado de certeza los elementos que individualan la figura del concreto hecho punible ejecutado"<sup>444</sup>.

En todo caso, para ser punible, la conducta del sujeto debía corresponder a uno de los tipos taxativamente determinados en el art.17.

El primer caso de encubrimiento previsto por la ley es aquel en el que el sujeto presta auxilio a los delincuentes para que éstos puedan beneficiarse de los efectos del delito. Hasta la reforma de 1950, como hemos tenido ocasión de

---

<sup>442</sup> Así J.M.RODRÍGUEZ DEVESA: "No cabe concurso de delitos entre las diferentes formas de participación criminal, sino que se da entre ellas un concurso de leyes que se resuelve a favor de la ley principal", *Derecho penal español, op.cit.*, pág.676.

<sup>443</sup> J.M.RODRÍGUEZ DEVESA, *Idem*, pág.675.

<sup>444</sup> G.RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I, op.cit.*, pág. 904.

comentar, en esta norma se regulaban también los casos de beneficio personal por parte del sujeto encubridor. En el Código de 1973 esta hipótesis pasa a ser considerada como delito autónomo.

El segundo caso de encubrimiento se refería a aquellos que destruyen y ocultan los efectos, los instrumentos o el cuerpo del delito; se trata, en otros términos, del encubrimiento real.

Las diferencias entre ambos residen, entre otras cosas, en la naturaleza del bien jurídico lesionado. Así, en el primer caso - el previsto por el nº1 del art.17-, la conducta del encubridor lesiona también el bien jurídico contra el que se ha cometido el delito principal; en el segundo - el del nº2 del art.17- se atenta exclusivamente contra la administración de la justicia.

El tercer y último caso tipificado en el art. 17 era el encubrimiento personal. Esta norma consideraba punible el encubrimiento personal en dos casos: abuso de funciones públicas, por un lado, y por otro de en aquellos supuestos en que el delito principal era uno de los considerados por la ley particularmente graves y que están taxativamente indicados en la propia norma. El anterior Código adoptaba un concepto restringido del encubrimiento personal.

En el Nuevo Código penal español de 1995 el encubrimiento, por fin, abandona la Parte general. Se configura, así, como delito autónomo regulado en los artículos 451 a 454 del Título XX relativo a los "Delitos contra la Administración de la Justicia".

Sobre esta regulación, cuya valoración ya se ha realizado con anterioridad a través del examen de la postura crítica de la doctrina, pueden hacerse ahora dos observaciones.

La primera tiene como objeto un aspecto concreto de la nueva legislación que mantiene la relación con la participación. Nos referimos al artículo 453 del nuevo Código, el cual establece que "las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto fuere irresponsable o estuviere exento de pena"<sup>445</sup>. La afirmación de este artículo es absolutamente inútil, pues aplicando el criterio de accesoriadad limitada, mayoritariamente aceptado por la doctrina española, resulta evidente que aún en el caso de que el autor encubierto no sea punible el encubridor sí lo es. Resulta, pues, curiosa esta fórmula, que parece, en alguna medida, seguir vinculando el encubrimiento a la participación.

La segunda observación se refiere al alcance de la autonomía del delito de encubrimiento. Que el encubrimiento no sea una forma de participación parece asumido por la mayoría de las regulaciones europeas y de la doctrina; pero eso no quiere decir que tenga carácter de delito autónomo. El encubrimiento está necesariamente vinculado a la realización de un delito principal. A partir de ahí, lo único que hay que decidir es si vincular la punibilidad del encubridor a la del autor del delito, como se hacía en el anterior Código español (inferior en dos grados) o, castigar el encubrimiento con independencia del hecho encubierto a efectos de la

---

<sup>445</sup> En sentido similar el artículo 378 del Código penal italiano establece: "*Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando la persona aiutata non è imputabile o risulta che non ha commesso il delitto*".

pena<sup>446</sup>. El nuevo Código español parte de la aplicación de una pena independiente para las distintas hipótesis de encubrimiento y la vinculación con el delito encubierto se establece en el artículo 452, el cual impide que pueda imponerse al encubridor una pena privativa de libertad que exceda del delito encubierto. El Código penal italiano, en cambio, impone penas distintas, en función de la distinta gravedad del delito encubierto. En ambos casos se reconoce la vinculación a la participación advirtiendo que las normas en cuestión son aplicables "*fuori dei casi di concorso*" en el caso italiano o "sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice" según la norma española. La vinculación a la participación, pues, crea una zona inevitable de contacto, y, ocasionalmente de conflictos, que no puede ser ignorada.

## **6. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PARTICIPES**

Nos ocupamos, brevemente, de la responsabilidad de los partícipes, analizando una serie de hipótesis en las que se modifican las reglas generales de los sistemas de participación.

### **6.1. Delito diverso del querido por algunos de los partícipes**

En la realización de un hecho delictivo puede ocurrir que el resultado final sea distinto del querido por uno o varios de los que han participado en él. Surge en estos

---

<sup>446</sup> Cfr. S. MIR PUIG, *DPPG, op.cit.*, págs. 442 y 443.

casos el problema de la punibilidad del sujeto que no deseaba ese resultado de la acción criminal.

Conceptualmente existen dos posibles soluciones al problema: considerar que todos los partícipes responden del delito efectivamente cometido, o escindir la responsabilidad, castigando a cada partícipe de acuerdo con el delito que pretendía cometer.

El Código penal italiano, en el art.116, dispone que todos los partícipes responden del delito efectivamente cometido, y establece una atenuante para quien se proponía cometer un delito menos grave.

En los Códigos penales francés y español no existen, en el ámbito de la participación, normas que regulen estas hipótesis; por esa razón las doctrinas de ambos países se han ocupado en menor medida del análisis de las consecuencias de la realización de un delito diverso del querido. La comparación de las elaboraciones doctrinales que aquí se plantea está fundamentalmente orientada a la evaluación de la regulación italiana, frente a la que la mayoría de los autores italianos asume una posición crítica.

Empezaremos por decir que la interpretación del artículo 116 no es pacífica, ya que en el seno de la doctrina italiana se enfrentan dos visiones distintas. La dificultad de la reconstrucción interpretativa de la norma tiene raíces históricas. Veamos brevemente por qué.

El artículo 116 constituía una hipótesis de responsabilidad objetiva querida por los redactores del Código ROCCO quienes plantearon el problema del castigo por delito distinto del querido en términos de causalidad. La justificación de la norma tenía un doble fundamento; desde el punto de vista dogmático se justificaba en función de la unidad del título de imputación y desde el punto de vista político-criminal en la creencia de que la cooperación en la realización de una ofensa penalmente relevante comporta el riesgo de que se produzcan lesiones mayores a los bienes protegidos<sup>447</sup>.

En relación con esta concepción, que está en el origen del artículo 116, se instaura en Italia un interesante debate doctrinal sobre estos peculiares supuestos. En ellos la responsabilidad de los sujetos no viene determinada de acuerdo con los principios generales de aplicación del dolo, pues, parece que lo que la norma tiene en cuenta de cara a la imputación es la intención de realizar una ofensa penalmente relevante, descuidando la evaluación de la coincidencia entre la ofensa efectivamente realizada y la que el sujeto se proponía realizar<sup>448</sup>.

La aplicación del artículo 116 requiere la existencia de una serie de requisitos. En primer lugar debe, evidentemente, tratarse de una hipótesis de participación, es decir el partícipe o los partícipes que no han querido el delito efectivamente

---

<sup>447</sup> Cfr. ROMANO/GRASSO, *Commentario, op.cit.*, pág.202.

<sup>448</sup> "È innegabile l'anomalia di questa forma di responsabilità posta all'art. 116 in quanto il dolo appare quantitativamente depauperato. Vediamo infatti come la disposizione si pone rispetto all'oggetto del dolo. Essa stabilisce che realizzata la partecipazione a una offesa diversa da quella voluta, ciò che occorre per la imputazione è la rappresentazione di una offesa penalmente rilevante. Non importa che il soggetto si sia rappresentata l'offesa effettivamente realizzata". M.GALLO, *Linamenti, op.cit.*, pág.121.

cometido deben tener conciencia de estar participando en la comisión de un hecho delictivo; deben además haber querido la realización de un delito, aunque distinto del que se ha cometido, y por último es necesario que el delito cometido (diverso del querido) esté cubierto al menos por el dolo del ejecutor material.

Esta singular configuración de la responsabilidad del artículo 116 ha llevado a una parte de la doctrina a dudar que en esta norma se contenga una forma típica de participación, ya que no parece responder a la lógica interna de las reglas del concurso de personas<sup>449</sup>.

El sector doctrinal que ve en el principio de causalidad el fundamento de la normativa de la participación considera, en cambio, que el art. 116 es perfectamente coherente con las normas que regulan esta materia<sup>450</sup>. Se afirma que es necesario recurrir a ese principio cuando un hecho sucede a causa de una acción o de una omisión de un sujeto que no quería que tal hecho se verificase<sup>451</sup>.

Si se considera que el nexo causal entre la conducta del sujeto y el hecho efectivamente realizado es determinante para establecer la responsabilidad de un sujeto es inevitable llegar a la conclusión de que el art. 116 contempla un caso de responsabilidad objetiva. Esta es, en efecto, la interpretación de una parte de la

---

<sup>449</sup> "(...) l'art. 116 prevede una particolare ipotesi del concorso di persone, tuttavia non si può certo dire che la disciplina ivi contenuta sia ineluttabilmente commessa alla logica interna del concorso". A.PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, op.cit., pág.2.

<sup>450</sup> Así, por ejemplo, BELLAVISTA, considera que "(...) il criterio che ispira la disposizione dell'art. 116 è d'altra parte armonico ai principi accolti dallo stesso codice in tema di nesso di causalità e di concorso di cause", G.BELLAVISTA, "Appunti sull'art. 116 del Codice Penale", en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1937, pág.181.

doctrina, que en este sentido considera el mencionado artículo como una derogación de los principios generales del dolo. De hecho se ha planteado su compatibilidad con el artículo 27 de la Constitución italiana, que consagra el principio de personalidad de la responsabilidad penal. El posible conflicto fue resuelto por la *Corte Costituzionale* mediante la sentencia interpretativa de 1965/42<sup>452</sup> que declaró infundada la cuestión de legitimidad acogiendo la tesis de la posibilidad de representación en la psique del partícipe de los resultados no queridos, es decir, exigiendo, además de la relación de causalidad, que el delito diverso efectivamente cometido hubiese podido ser previsto por el partícipe como normal posibilidad de desarrollo del delito efectivamente querido<sup>453</sup>.

Para ANTOLISEI el rigor de esta norma, que considera como indudable hipótesis de responsabilidad objetiva, se atenúa si se interpreta de acuerdo con el artículo 41,1 del Código penal italiano, de manera que, para que exista el vínculo causal, no basta que la acción o la omisión haya sido condicionada por un acontecimiento, sino que se exige que éste no se haya verificado por factores

---

<sup>451</sup> Cfr. S.RANIERI, *Il concorso*, *op.cit.*, págs.120 y ss.

<sup>452</sup> Con sentencia de 8 de febrero de 1988, nº1988/364 de la Corte Costituzionale confirmó este requisito estableciendo que el principio de personalidad personal requiere al menos la existencia de culpa.

<sup>453</sup> Literalmente afirma la sentencia que "*il reato diverso o più grave debba poter rappresentarsi alla psiche dell'agente nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto*" en ROMANO/GRASSO, *Commentario*, *op.cit.*, pág.204.

excepcionales. En este último caso, no existe la relación de causalidad y por lo tanto no podrá atribuirse el delito diverso a aquellos que no lo hayan querido<sup>454</sup>.

A pesar de la atenuación propuesta y de la sentencia interpretativa de la Corte Constitucional esta disposición ha sido duramente criticada, pues se la considera el resultado de una política preventiva de carácter autoritario en evidente contradicción con los principios ético jurídicos de la responsabilidad criminal<sup>455</sup>.

Un sector de la doctrina, en cambio, piensa que el artículo 116 contempla hipótesis de responsabilidad dolosa. Para sostener esta interpretación se utilizan dos tipos de argumentos. En primer lugar se recurre al criterio de la posibilidad de prever el resultado no querido. Así, se afirma que en el dolo de quien participa en la comisión de un delito debe necesariamente entrar el cálculo de posibilidades de que el ejecutor modifique el plan acordado en función, por ejemplo, de hacer frente a acontecimientos no previstos<sup>456</sup>. El segundo tipo de argumentación parte de la ampliación del dolo en relación con las hipótesis de participación de manera que en estos casos puede hablarse de un *dolus generalis* que basta para justificar la responsabilidad dolosa de cualquier partícipe respecto a cualquier resultado en función de la conciencia de contribuir a una ofensa (cualquiera) penalmente relevante<sup>457</sup>.

---

<sup>454</sup> F.ANTOLISEI, *Manuale*, *op.cit.*, pág. 503.

<sup>455</sup> A.LATAGLIATA, literalmente lo considera como "*una esigenza di indiscriminata prevenzione generale caratteristica di regimi autoritari e che contraddice il principio etico-giuridico della responsabilità criminale*". *I principi*, *op.cit.*, pág.189.

<sup>456</sup> Cfr. A. LATAGLIADA, *Idem*, *op.cit.*, pág.197.

<sup>457</sup> Cfr. M.GALLO, *Lineamenti*, *op.cit.*, pág.107.

Aunque, como veremos en seguida, la doctrina española actual se aleja notablemente en la interpretación de estas hipótesis de la responsabilidad objetiva, puede tener interés recordar que una interpretación similar a la italiana se ha dado también en España a través de la aplicación a estos supuestos del artículo 50 nº1 del Código penal español de 1973. Esta disposición establecía que: "En los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecuta el culpable, se impondrá a éste la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo". En función de esta norma se llegaba a afirmar que todos los partícipes, incluido el que no quería la realización de ese delito, son responsables del hecho efectivamente realizado. La pena de éste, obviamente se debería calcular de acuerdo con lo previsto en el art.50<sup>458</sup>.

La Reforma Urgente y Parcial de junio de 1983 ( LO 8 de 1983 de 25 de junio) eliminó esta disposición. Las razones de su supresión nos recuerdan la crítica italiana al art.116. Efectivamente, se la consideraba hipótesis de responsabilidad

---

<sup>458</sup> "Cuando el compartícipe disidente tuviera intención de cometer un delito distinto del que querían ejecutar los demás y éste ha sido realmente producido, tenemos que estimar que todos ellos, incluso el disidente, serán responsables del hecho, pero al que quería la realización de otro delito se aplicaran las penas conforme a las reglas contenidas en el art.50". A.FERRER SAMA, *Comentarios, op.cit.*, pág.28. En caso de inducción o cuando el autor material es el que se excede, FERRER SAMA, considera igualmente aplicable el art.50 nº1, y también las circunstancias atenuantes previstas en el art.9 nº4 C.p. ( no haber tenido el delincuente la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que se produjo). De tal manera recurre a la preterintencionalidad para mitigar las consecuencias de la aplicación del art.50. Así, afirma que "desde el punto de vista objetivo puede atribuirse al inductor la producción del resultado, ya que si no se hubiese inducido al otro a lesionar, no se hubiese producido la muerte y desde el plano objetivo, la conducta presenta los caracteres de delito preterintencional", A.FERRER SAMA, *Comentarios, op.cit.*, pág.53. Por lo que respecta el recurso a la preterintencionalidad que FERRER SAMA justifica en función de la posibilidad de previsión del resultado, se puede contestar que existe una notable diferencia entre prever un resultado y quererlo.

objetiva herencia del principio medieval del *versare in re illicita*<sup>459</sup>, incompatible con el principio de culpabilidad consagrado con la nueva redacción del artículo 1.

Pues bien, aunque en la actualidad el problema se haya eliminado desde la perspectiva de la evaluación de la norma italiana es necesario juzgar el recurso al antiguo artículo 50. El juicio no puede no ser crítico, empezando por decir que esta norma está pensada para otro tipo de situación, es decir, que tipifica casos en los que es el propio autor del delito el que no quería la realización del hecho más grave.

Por otra parte, el tema no es nuevo para la doctrina italiana, que también se había planteado el problema de la posible relación entre el artículo 1 y la llamada *aberratio delicti* regulada por el artículo 83 del Código penal italiano<sup>460</sup>. Las conclusiones a las que se llega son trasladables al ámbito español. Según LATAGLIATA, entre el art.83 del C.p. italiano y el art. 116 del mismo texto existe una diferencia sustancial que explica la diversidad de tratamiento de los casos contemplados en las dos normas. El art. 116 regula los casos en los que no existe una diferencia de intención criminal entre los partícipes y el ejecutor que realiza un delito distinto; casi no puede hablarse de un delito diverso, sino más bien de un delito que el autor material cumple intencionalmente para hacer posible la realización del hecho delictivo que se quería realizar, de manera que no debe hablarse en estos casos de culpa o de preterintencionalidad sino de auténtico dolo<sup>461</sup>. El artículo 83, en cambio,

---

<sup>459</sup> Sobre los orígenes del artículo 50 y las consecuencias de la Reforma de 1983, cfr. S.MIR PUIG, *DPPG*, *op.cit.*, págs.309 y ss.

<sup>460</sup> Sobre los elementos comunes a ambas normas cfr. M.GALLO, *Lineamenti*, *op.cit.*, pág.103.

<sup>461</sup> A.LATAGLIATA, *I principi*, *op. cit.*, afirma literalmente que se trata "(...) de un reato

exige como presupuesto que el delito no querido haya sido ocasionado por error en los medios de ejecución u otra causa relativa a la ejecución del delito. De tal modo que el artículo 83 será aplicable a las hipótesis de participación en las que exista error de uno de los partícipes cuando ese error no sea previsible<sup>462</sup>.

Por lo que respecta a la doctrina española, ésta mayoritariamente considera que cada "partícipe responde de acuerdo con su propia reprochabilidad. El *exceso* del ejecutor sobre lo previsto por el partícipe sólo podrá imputarse, en principio, a éste en la medida en que el carácter de su intervención lo permita y dentro de los límites trazados por su propia culpabilidad"<sup>463</sup>. Así, se afirma que el principio de culpabilidad constituye un límite al principio de accesoriedad, lo que "significa que no responderá del *exceso* cometido por el ejecutor material cuando sea relevante para el título de imputación"<sup>464</sup>.

---

*che l'esecutore compie intenzionalmente per realizzare o assicurare il risultata criminoso perseguito. Non è possibile pertanto parlare di colpa o di preterintenzionalità ma di vero dolo",* pág.198.

<sup>462</sup> Cfr. ROMANO/GRASSO, *Commentario, op.cit.*, pág.208.

<sup>463</sup> COBO Y VIVES, *DPPG, op.cit.*, pág. 579.

<sup>464</sup> J.M.RODRÍGUEZ DEVESA, *DPPG, op.cit.*, pág. 821. En el mismo sentido cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios, op.cit.*, pág.839. y S.MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Derecho penal de JESCHECK*, Barcelona, 1981, pág.951. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General*, Valencia 1996: "cualquier tipo de exceso de los coautores repercute en la forma de imputación subjetiva del resultado que haya cometido por exceso; así, unos pueden responder a título de dolo y otros a título de imprudencia o no responder en absoluto del exceso" pág. 456, la misma regla se aplica a la complicidad (pág.465) y a la inducción en relación la exceso del inducido: así, "en la *aberratio ictus* (...) siempre hay un cambio del título de imputación, por lo que, en principio, la desviación del curso causal es relevante para el inductor que solo responderá de tentativa, salvo que la inducción misma esté el peligro de que se produzca el error, en cuyo caso responderá también del resultado imprudentemente provocado", pág.463.

En Francia, a pesar del rígido sistema de "*emprunt de criminalité*" - y con el anterior Código de *emprunt de pénalité*- la doctrina considera escindible la responsabilidad del cómplice de la del autor que se ha excedido. Así, en el caso de que el autor haya cometido un acto de naturaleza distinta de aquel al que el cómplice quería asociarse no será aplicable a éste último la misma pena que al autor<sup>465</sup>.

En definitiva es en el sistema italiano donde se plantean mayores problemas en relación con estos supuestos. La posible reforma de la regulación italiana debe por la supresión de la norma estudiada, ya que, a pesar de la interpretación de la Corte Costituzionale de la que deriva la exigencia del requisito de la posibilidad concreta de previsión del resultado no querido, parece dudosamente compatible con el principio de personalidad de la responsabilidad penal. Ésta es por otra parte la propuesta de un sector de la doctrina italiana, que solicita su reforma radical o su supresión<sup>466</sup>.

## 6.2. La participación de un extraño en un delito especial

Examinamos ahora la participación de un extraño en los delitos especiales. Doctrina y jurisprudencia se plantean cómo funcionan las normas de la participación

---

<sup>465</sup> "*C'est seulement lorsque l'acte commis par l'auteur principal est d'une nature entièrement différente de celui auquel le complice avait voulu s'associer, que l'aggravation de la peine de l'auteur principal ne s'étend pas au complice* ». STEFANI/LEVASEUR/BOULOC, *Droit pénal* (1992), *op.cit.*, pág.243. En el mismo sentido, cfr J.LARGUIER, *Droit pénal*, *op.cit.*, pág.75. En sentido contrario CHABERT/SUR para los que el cómplice es también responsable de las consecuencias del acto cometido por el autor principal, *Droit pénal*, *op.cit.*, pág.69.

<sup>466</sup> Cfr. ROMANO/GRASSO, *Commentario*, *op.cit.*, pág.208.

en la comisión de estos delitos por parte de varias personas cuando uno o varios de los partícipes no poseen las cualidades que la ley exige.

La cuestión, vinculada a la unidad del delito cometido por una pluralidad de personas, tiene importancia no sólo por razones de política criminal, sino también desde el punto de vista dogmático, ya que está en directa relación con la noción de autor y con las teorías explicativas del fenómeno de la participación en el delito.

Veamos como se plantea la cuestión en los ordenamientos examinados.

El Código penal italiano, que es particularmente riguroso en la regulación de esta materia, se ocupa de la participación del extraño en los delitos especiales en el art.117<sup>467</sup>. Consecuentemente en Italia el interés de la doctrina se ha centrado en el análisis del contenido y de la extensión de esta norma. Empezamos por decir que la doctrina italiana no hace uso de la distinción entre delitos especiales propios e impropios, refiriéndose en general a los delitos especiales a los que se denomina *reati propri*. En todo caso, el artículo 117 se refiere a los que en el ámbito español se denominarían delitos especiales impropios ya que regula la mutación del título del delito por la participación de un *intrañeus*. Lo que la doctrina italiana discute es si el artículo 117 es aplicable a todas las hipótesis de esta particular forma de participación, o se trata sólo de una excepción al régimen general.

---

<sup>467</sup> Art.117: "*Se, per le condizioni o le qualità personali del colpevole, o per i rapporti fra il colpevole o l'offeso, muta il titolo del reato per taluno di coloro che vi sono concorsi, anche gli altri rispondono dello stesso reato. Nondimeno, se questo è più grave, il giudice può, rispetto a coloro per i quali non sussistono le condizioni, le qualità o i rapporti predetti, diminuire la pena.*"

Para la mayoría de los penalistas italianos los supuestos generales de participación de personas en los delitos especiales no están regulados por el artículo 117, sino por las normas generales del concurso de personas y, por lo tanto, dichos supuestos son reconducibles al artículo 110. La participación de un *extraneus* en un delito especial es, pues, perfectamente posible, ahora bien, debe tratarse de una participación dolosa y ésta requiere como requisito indispensable el conocimiento de la calidad de *intraneus* de otro partícipe. El *extraneus* responderá del delito especial siempre que conozca la participación del *intraneus*. El conocimiento de la calidad de *intraneus* pertenece en este caso al objeto del dolo<sup>468</sup>. Desde esta perspectiva, el artículo 117 contemplaría solamente aquellas hipótesis de participación en un delito especial en las el *extraneus* no conoce la calidad de *intraneus* de otro partícipe.

Se ha señalado justamente que el criterio anteriormente reseñado se traduce en una interpretación *in mala partem*, ya que al extraño no responsable también por un delito común o al que conoce la calidad del *intraneus* se le aplicará el artículo

---

<sup>468</sup> "La natura unitaria del reato che trae origine dal concorso criminoso impone una risposta affermativa, ma ad un condizione, e precisamente alla condizione che L'extraneus ( e cioè colui che non riveste la qualità prescritta) sappia che l'altro la possiede. F.ANTOLISEI, *Manuale*, op.cit., pág.496. En otros términos: "salvo quanto risulta dalla previsione dell'art.117 una dolosa partecipazione dell'extraneus presupponga necessariamente la conoscenza della qualificazione soggettiva dell'intraneus, la quale rientra nell'oggetto del dolo", ROMANO /GRASSO, *Commentario*, op.cit., pág.209. Cfr. M.GALLO, *Lineamenti*, op.cit., pág.104; G.BETTIOL, "Il concorso di persone nel reato proprio", en *Scritti giuridici*. Padua, 1966, pág.450 y ss. Algunos autores consideran que no es necesario que el extraño conozca la condición de intraneo del otro partícipe, en consideración de la unidad del delito que no puede romperse en función de la averiguación de dicho conocimiento. "l'indagine sulla conoscenza delle condizioni o qualità personali del colpevole, né i rapporti tra colpevole e offeso, porterebbe a scindere il reato per ciascun partecipe, e ciò sarebbe, in pieno contrasto con il principio affermato dell'identità del reato per tutti". S.RANIERI, *Il concorso*, op.cit., pág.120.

110, y, por lo tanto, igual pena que al *intraneus*, mientras que el que ignore la presencia del partícipe *intraneus* se beneficiará de la disminución de pena prevista por el art.117<sup>469</sup>.

En todo caso, en relación con la aplicación del artículo 110, la doctrina italiana se encuentra con la misma necesidad a la que se enfrentan la doctrina española o la francesa de preguntarse sobre el funcionamiento de los criterios generales de la participación respecto a estas hipótesis. Así, se plantea cuál debe ser el papel del *intraneus* para que pueda hablarse de participación. Es otras palabras, si es posible que el sujeto no cualificado realice la acción típica mientras que el *intraneus* se limita a auxiliar o instigar, o si cabe considerar responsable al *extraneus* por participación en el delito especial cuando el *intraneus* no sea culpable o punible.

En relación con el primer aspecto, es decir sobre el papel del sujeto cualificado, un sector de la doctrina considera necesario para que pueda configurarse la participación en un delito especial que el *intraneus* actúe como autor, ejecutando el tipo descrito para las hipótesis monosubjetivas. Así, por ejemplo, LATAGLIATA considera imprescindible que el *intraneus* tenga en el hecho cometido por una pluralidad de personas el mismo papel exigido al autor en la hipótesis de delito individual que configura el delito especial<sup>470</sup>. De esta misma opinión es BETTIOL, para quien la falta de cualidades personales que la ley exige priva al sujeto de la

---

<sup>469</sup> S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, pág.396.

<sup>470</sup> "Occorre che l'intraneo abbia nella fattispecie di concorso lo stesso ruolo richiesto dalla corrispondente ipotesi individuale per il configurarsi del reato proprio". A. LATAGLIATA, *I principi, op cit.*, pág.301.

relación personal con el bien tutelado que está en la base de la consideración de la calificación de autor de un delito especial<sup>471</sup>.

Obviamente, esta visión no es compartida por el amplio sector de la doctrina italiana que, negando la accesoriedad de la participación, no distingue entre autor y cómplice. Desde esta última perspectiva lo que interesa es la realización de la conducta típica, no que ésta venga realizada por el sujeto cualificado. Es por tanto perfectamente posible hablar de participación en un delito especial cuando la conducta típica se deba al *extraneus* y el *intraneus* participe mediante una contribución atípica. Para fundamentar esta convicción se establece un paralelo con la llamada ejecución fraccionada, de manera que el delito especial se realiza con la aportación de la conducta típica del *extraneus* y la de la calidad subjetiva del *intraneus* por parte de éste<sup>472</sup>. Así las cosas, la participación de un *intraneus* mediante una conducta atípica convierte en delito especial un hecho que sería, sin la aportación de éste, un delito distinto o un hecho penalmente irrelevante.

En esta óptica se afirma que si el *intraneus* resultase no culpable o no punible se aplicarán los artículos, 111 y 112 ult.coma, en función de los cuales resulta

---

<sup>471</sup> Literalmente "la mancanza della qualità personale richiesta dalla legge rappresenta un ostacolo insormontabile alla possibilità che un estraneo diventi autore del reato proprio, perché essa è l'espressione della mancata posizione o relazione personale del soggetto agente col bene tutelato dalla norma". G.BETTIOL, *Concorso*, op.cit., pág.452.

<sup>472</sup> "Si dovrà ammettere così, p.e. un concorso nel reato di concussione, quando la minaccia che costringe in privato alla prestazione dell'utilità sia comunicata allo stesso da persona diversa al pubblico ufficiale, la quale esegue in tale modo l'attività di costrizione richiesta per la sussistenza del reato" ROMANO/GRASSO, *Commentario*, op.cit., pág.210; cfr. también: M.GALLO, *Lineamenti*, op.cit., pág.76; R.DELL'ANDRO, *La fattispecie*, op.cit., pág.136 y ss. De esta interpretación se exceptúan, obviamente los delitos de propia mano que exigen la actuación personal del sujeto cualificado.

irrelevante la no punibilidad de uno de ellos, incluido, pues, el *intraneus*. En principio, pues, no parece necesario que el *intraneus* sea culpable, requisito que, como veremos, sí se exige para la aplicación del art.117. Normalmente se exceptúan de esta solución aquellos delitos que presuponen la participación dolosa del *intraneus* para que pueda hablarse de lesión al bien tutelado; se excluye entonces la responsabilidad del *extraneus*, pues si falta el dolo del sujeto cualificado el hecho carece de tipicidad<sup>473</sup>. En relación con el criterio general que admite la participación de un extraño al hecho no doloso del *intraneus*, SEMINARA afirma que los problemas con los que se encuentra la doctrina reflejan la alternativa entre el desvalor de la conducta y el del hecho y entre la lesión de un deber personal y la violación de un bien jurídicamente protegido. En otras palabras, es necesario determinar si la punibilidad de un hecho deriva de la lesión de un deber personal del sujeto cualificado o, en cambio, de la lesión a un bien tutelado. Así, para SEMINARA, los delitos contra la Administración Pública (314 y ss) no pueden configurarse en ausencia de dolo del *intraneus*, porque esos delitos suponen un desvalor de la conducta del sujeto cualificado que consiste en el abuso de su

---

<sup>473</sup> La mayoría de la doctrina considera ésta la mejor solución para algunos delitos de funcionarios frente a la Administración Pública. Así, por ejemplo: "*si escludeva l'applicazione della disposizione in questione nell'ipotesi in cui un privato approfittasse dell'errore in cui si trova il p.u (o lo inducesse egli esteso in errore) convincendolo a compie l'atto amministrativo con cui si realizzasse un vantaggio non della p.a. ma di soggetti privati*", ROMANO/GRASSO, *Commentario, op.cit.*, pág.211. En el mismo sentido, cfr. M.GALLO, *Lineamenti, op., cit.*, pág.77; R.DELL'ANDRO, *La fattispecie, op.cit.*, pág.136; también S. SEMINARA, para el que todos los delitos de los funcionarios exigen la participación dolosa del *intraneo* ya que: "*gli illeciti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione presuppongono una condotta dolosa dell'intraneo: la nozione di autore, rispetto ad essi, dimostra così di appartenere alla struttura del fatto tipizzato, nel senso che la lesione del bene tutelato non può prescindere dall'elemento personalistico apportato dalla condotta cosciente e volontaria del soggetto qualificato*". *Tecniche, op.cit.*, pág. 407.

posición privilegiada y en la transgresión de un deber<sup>474</sup>. Otros delitos especiales, en cambio, no poseen, en opinión de SEMINARA, esa vinculación a la violación del deber, por lo que pueden configurarse independientemente del elemento psicológico, de manera que no puede hablarse de un desvalor de la conducta sino de un desvalor del hecho. Así, por ejemplo, en la falsedad ideológica (art.479) el desvalor no proviene del deber violado por parte del funcionario, sino de la lesión de la fe pública derivada de la no coincidencia entre el contenido del acto y la situación real. Cuando el falso se deba a un error del *intrañeus* inducido por un extraño se produce una lesión al bien jurídico idéntica a la que se produce cuando el autor es consciente de la falsedad, y, por tanto, es posible admitir una participación punible de un extraño en un hecho no doloso de un *intrañeus*<sup>475</sup>.

Existen, pues, según SEMINARA, dos tipos de delitos especiales: aquellos en los que se tipifica una lesión al bien tutelado en los cuales la calidad del *intrañeus* es sólo un elemento del, tipo, y aquellos otros que describen una violación del deber del sujeto cualificado en cuya conducta debe buscarse el desvalor *sancionado*<sup>476</sup>. La anterior distinción tiene repercusiones en el concepto de autor que posee dos diferentes connotaciones: en el primer tipo de delitos autor es el ejecutor de la

---

<sup>474</sup> Así, concluye SEMINARA que: “ *Alla luce di queste considerazioni, deve affermarsi che gli artt. 314 ss. tutelano la Pubblica Amministrazione non contro ogni forma di aggressione proveniente dall'interno o dall'esterno ma solo contro le offese poste in essere dai pubblici ufficiali. Da ciò deriva che le norme in esame non possono essere percepite unicamente sul piano della lesione per i beni giuridici, contenendo esse anche un disvalore di condotta riferito ai soggetti qualificati*”. *Tecniche, op.cit., pág.410*. Reconoce SEMINARA que lo anterior puede dar lugar a lagunas de punibilidad que deben ser colmadas por el legislador y que, en todo caso, son preferibles a sacrificar el principio de legalidad, cfr. *Tecniche, op.cit., pág. 417*.

<sup>475</sup> Cfr. S.SEMINARA, *Idem*, pág.418.

<sup>476</sup> S.SEMINARA, *Idem*, pág.419.

conducta típica objetivamente lesiva independientemente del elemento psicológico y del dominio de hecho; mientras que en los segundos sería indispensable el dolo del autor para que exista la violación de deber sancionada, y en ausencia de este requisito no puede hablarse de delito<sup>477</sup>. De lo anterior concluye SEMINARA que una definición legislativa de autor es superflua e impracticable ya que dicha noción deriva de las normas incriminantes y no puede ser fijada de manera general y abstracta<sup>478</sup>.

Veamos ahora la interpretación del artículo 117. Se trata de una norma particularmente oscura que plantea a la doctrina italiana evidentes problemas de interpretación. Como hemos afirmado anteriormente la orientación doctrinal predominante considera que el artículo 117 es una ulterior extensión del régimen general aplicable en caso de que mute el título del delito para el *extraneus*<sup>479</sup> que ignora la calidad de *intraneus* de uno de los partícipes. La norma, pues, para mantener la unidad del título de imputación, extiende la responsabilidad por el delito especial a todos los que han participado<sup>480</sup>. La aplicación del artículo 117, requiere,

---

<sup>477</sup> S.SEMINARA, *Tecniche*, *op.cit.*, págs. 419 y 420

<sup>478</sup> Así., SEMINARA afirma que: "deve dunque ritenersi che una disposizione come quella sancita dal art.25 dal codice tedesco ( È punito come autore chi esegue il fatto da sé o servendosi di un altro soggetto ) pone un criterio interpretativo che - non trovando applicazione rispetto a quei reati che richiedono invece un'esecuzione personale - finisce con rivelarsi praticamente inutile o, peggio, fuorviante. La nozione di autore non è quindi suscettibile di una tipizzazione normativa". *Idem*, pág. 421.

<sup>479</sup> "L'art.117 esige un mutamento del titolo del reato. Ciò significa che nel fatto della persona che non possiede la qualità richiesta per il reato proprio devono ricorrere gli estremi dell'appropriazione indebita (art.646), mentre per il pubblico ufficiale il fatto costituisce peculato (art.314)". F.ANTOLISEI, *Manuale*, *op.cit.*, pág.497.

<sup>480</sup> "Questa disposizione importa un ulteriore effetto estensivo del concorso criminoso, per il quale le persone che concorrono con un soggetto qualificato alla commissione di un reato proprio, ne rispondono anche se non hanno conoscenza della qualifica del soggetto predetto".

según la doctrina dominante, los siguientes presupuestos: la presencia de un *extraneus* en la comisión de un delito especial cometido por una pluralidad de personas; la existencia del dolo del extraño respecto al delito común<sup>481</sup>; la mutación del título del delito, es decir, en ausencia del *intraneus* el hecho debe corresponder a la hipótesis de un delito común<sup>482</sup>; y, por último, se requiere el dolo del *intraneus* respecto del delito especial<sup>483</sup>. Examinemos estos presupuestos.

Por lo que respecta el requisito de ignorancia del extraño de la participación de un sujeto cualificado, sólo un sector minoritario afirma que el uso del artículo 117 requiere el conocimiento de la presencia de un *intraneus*, ya que se considera que cuando el legislador ha querido prescindir del conocimiento de determinadas circunstancias lo ha declarado expresamente, como por ejemplo en el caso del art.118. Consecuentemente, para estos autores es necesario que todos los partícipes conozcan la circunstancia del *intraneus* de uno de ellos, en caso contrario, en aplicación del art.47 C.p.it., todos responderán del delito común<sup>484</sup>. Por parte de la

---

F.ANTOLISEI, *Manuale*, *op.cit.*, pág.497. En el mismo sentido véanse también, M.GALLO, *Lineamenti*, *op.cit.*, págs.105 y ss; ROMANO/GRASSO, *Commentario op.cit.*, pág.209. En contra SEMINARA que considera dudosa esta interpretación pues no se deduce del artículo 117 y se traduce en una interpretación *in mala partem*, ya que se niega al *estraneo* que conoce la cualidad del *intraneo* la disminución de la pena prevista por el último párrafo del artículo, sin tener en cuenta que la reprochabilidad de su conducta es en todo caso inferior a la del *intraneo*, S, SEMINARA, *Tecniche*, *op.cit.*, pág.396.

<sup>481</sup> "L'art.117 introduce infatti una deroga ai principi generali in tema di dolo solamente per quanto concerne la conoscenza della qualifica soggettiva dell'intraneus, sicché non sarebbe possibile estendere all'extraneus la responsabilità penale per il reato proprio ove egli versi in errore su un elemento del fatto diverso dalla qualifica del soggetto attivo del reato". ROMANO/GRASSO, *Commentario*, *op.cit.*, pág.213.

<sup>482</sup> Cfr. F.ANTOLISEI, *Manuale*, *op.cit.*, pág.500.

<sup>483</sup> Cfr. S.SEMINARA, *Tecniche*, *op.cit.*, pág.397.

<sup>484</sup> "Per essere chiamati a rispondere del diverso titolo di reato i concorrenti estranei

doctrina dominante se contesta esta interpretación recurriendo al artículo 1081 del *Codice di navigazione*, que literalmente establece: "*Fuori del caso regolato nell'art.117 del codice penale, quando per l'esistenza di un reato previsto dal presente codice è richiesta una particolare qualità personale, coloro che senza rivestire tale qualità, sono concorsi nel reato, ne rispondono se hanno avuto conoscenza delle qualità personali inerenti al colpevole*"<sup>485</sup>. Por otra parte se contesta que la anterior interpretación sería una duplicación del artículo 110. Desde esta perspectiva se considera el artículo, bien como una hipótesis *dolus generalis* configurada por el legislador<sup>486</sup>, o bien como una hipótesis de responsabilidad objetiva que plantea los mismos problemas que el art.116 y que sería necesario reformar o suprimir<sup>487</sup>.

La exigencia de que se verifique la presencia del dolo por parte del *intraneus* respecto al delito especial derivaría, en opinión de la doctrina mayoritaria, del propio texto de la norma en la que se hace referencia al "culpable"<sup>488</sup>. Constituye, pues, una excepción al régimen general, ya que para la doctrina dominante el dolo del *intraneus* no es necesario para que exista participación en un delito especial. Por

---

*devono avere dunque la conoscenza delle qualità dell'intraneo altrimenti non rispondono che del relativo reato comune in applicazione di quanto dispone l'art.47". A.LATAGLIATA, I principi, op.cit., pág.226.*

<sup>485</sup> Véase por todos, F.ANTOLISEI, *Manuale, op.cit., pág.497.*

<sup>486</sup> Así, M.GALLO, *Lineamenti, op.cit., págs.109 y ss.*

<sup>487</sup> Cfr. ROMANO /GRASSO, *Commentario, op.cit., pág.215.*

<sup>488</sup> "*Sembra quindi che l'art.117 presuppone la colpevolezza del soggetto qualificato; de ciò dovrebbe dedursi che, qualora il concorrente intraneo non agisca colpevolmente (avverbio, questo comprensivo del dolo), tale norma non può entrare in funzione. Sicché l'estraneo è punibile solo per il reato comune configurabile nei suoi confronti". S.SERMINARA, Tecniche, op.cit., pág.397. En el mismo sentido ROMANO /GRASSO, *Commentario, op.cit., pág.214.**

otra parte, la opinión contraria supondría una interpretación extensiva de una hipótesis de responsabilidad objetiva<sup>489</sup>, lo que no puede compartirse. De esta manera se produce una curiosa situación: el extraño responderá del delito especial en función del artículo 117 si ignora la condición de *intraneus* del otro partícipe sólo si éste es culpable, mientras que si conoce esa condición responderá del delito especial aunque no exista culpabilidad del *intraneus*.

En conclusión, el sistema italiano parece girar en torno al mantenimiento del título del delito y a la posibilidad de extender al partícipe extraño la responsabilidad por el delito especial, incluso cuando ignore la presencia del *intraneus* en la realización del hecho delictivo (art.117). La doctrina, a pesar de negar la teoría de la accesoriedad, parece orientada en este mismo sentido. Se trata, pues, de una solución particularmente rígida, aunque en parte mitigada por la previsión del artículo 117 de una disminución facultativa de la pena sometida a discrecionalidad judicial aplicable a los extraños que ignoren la cualificación del *intraneus*<sup>490</sup>

El sistema tradicional francés, como hemos tenido ocasión de ver, partía del criterio de "*emprunt absolu de criminalité*" y de *pénalité*"<sup>491</sup>. La consecuencia de este sistema era que la criminalidad del acto del cómplice "tomaba prestada" su criminalidad del acto del autor o, mejor, el acto del cómplice era asimilado al acto

---

<sup>489</sup> Cfr. S.SEMINARA, *Tecniche*, *op.cit.*, pág.397.

<sup>490</sup> Cfr. ROMANO/GRASSO, *Commentario*, *op.cit.*, pág.214. En contra LATAGLIATA que considera aplicable la atenuante en función, no de la falta de conocimiento, sino de la aportación del partícipe extraño, aplicable, pues, cuando éste haya actuado como cómplice y no como coautor *I principi*, *op.cit.*, págs.215 y ss.

<sup>491</sup> El artículo 59 del antiguo Código penal francés establecía que "*les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou ce délit, sauf dans le cas où la loi en aurait disposé autrement*".

de autor. La posición jurídica del cómplice dependía, pues, totalmente de la del autor.

En relación con los delitos especiales la aplicación del criterio llevaba a la jurisprudencia a considerar aplicable al *extraneus* la misma pena que al autor del delito especial, incluso, si aquél ignoraba la condición de *intraneus* de éste<sup>492</sup>. Inversamente, al *intraneus* que participa en la muerte de su padre se le imponía la pena por homicidio o asesinato si había actuado como cómplice y la de parricidio si actuaba como coautor. Como ya vimos, esto llevaba a la *Cour de Cassation* a considerar a los cómplices como coautores para castigarlos con la pena del delito especial<sup>493</sup>. Así, para poder castigar al cómplice en la muerte de su padre como parricida se le consideraba coautor, ya que éste tiene responsabilidad propia e independientemente de los demás partícipes<sup>494</sup>.

El nuevo Código penal francés en el artículo 121-6 afirma que "*sera puni comme auteur le complice de l'infraction*". Desaparece el *emprunt de pénalité* y al

---

<sup>492</sup> Cfr. Crim. 11 de mayo de 1866, s.1867, en STEFANI/LEVASEUR/BOULOC, *Droit pénal (1995), op.cit.*, pág. 243.

<sup>493</sup> El sistema había sido criticado por la doctrina en términos generales por considerarse contrario al principio de individualización de las penas, cfr. J.LARGUIER, *Droit pénal, op.cit.*, pág. 83 y porque no consentía ajustar la medida de la pena. Así, por ejemplo, al extraño coautor de violencia a un niño se le aplicaba una pena menor que al cómplice y, además, se producían situaciones de impunidad en el caso de instigación no seguida de efecto, o cuando el autor no resultaba punible por la presencia de una causa de exclusión de la responsabilidad de carácter objetivo (amnistía o prescripción) o de una causa de justificación (cumplimiento de deber o legítima defensa). Cfr. STEFANI/LEVASEUR/BOULOC, *Droit pénal (1992), op.cit.*, págs. 231 y ss., y A.DECOQ, *Droit pénal, op.cit.*, págs.238 y ss.

<sup>494</sup> Así, en la sentencia Crim.11 de mayo de 1968, Bull.nº 315 por la que se condenó a la pena de muerte - entonces aplicable - al hijo de la víctima que, sin embargo, no era sino cómplice y por tanto debería haber sido condenado a cadena perpetua, en STEFANI/

cómplice le corresponderá la misma pena que se le aplicaría si hubiese sido autor del delito. En su momento se analizaron las razones del cambio de criterio, ahora interesa ver las repercusiones que dicho cambio tiene en relación con los delitos especiales. Utilizando el nuevo criterio al cómplice *intraneus* en la muerte de su propio padre se le impondrán las penas previstas por el artículo 221-4 como parricida. Al *extraneus* cómplice en un parricidio se le impondrán las penas de homicidio o asesinato (con el antiguo Código, en cambio, se le imponía la misma pena que la parricida)<sup>495</sup>.

Por lo que respecta a los delitos especiales propios en aplicación del *emprunt de criminalité*, se consideraba punible al cómplice pero no al coautor. Con el nuevo Código, cuando éste no indica el criterio, como hace por ejemplo con la bancarrota, se plantea el problema de si podrá seguirse condenando al cómplice *extraneus* como si fuese coautor de un delito del que no posee las cualidades objetivas para ser autor<sup>496</sup>.

Veamos como enfoca la doctrina española la participación en estos delitos. En nuestro sistema no existe una norma en el ámbito de la participación que, como el artículo 117 del Código penal italiano, haga referencia a estos supuestos. La doctrina española se ha planteado la posibilidad de encontrar en el ordenamiento

---

LEVASSEUR/BOULOC. *Droit pénal* (1992), *op.cit.*, pág. 242.

<sup>495</sup> "La qualité, chez l'auteur principal, d'ascendant de la victime d'un meurtre, restera propre à cet auteur, sans s'étendre au complice, de même qu'elle restera propre au complice si c'est chez celui-ci qu'elle existe, sans s'étendre à l'auteur". J. LARGUIER. *Droit pénal*, *op.cit.*, pág.81; cfr.J.PRADEL, *Le Nouveau code*, *op.cit.*, págs. 63 y ss.

<sup>496</sup> Así J.LARGUIER que se lo plantea, sin resolverlo en relación con el delito de violación de secreto profesional, *Droit pénal*, *op.cit.*, pág.79.

español previsiones legislativas aplicables a la comisión de delitos especiales por un conjunto de personas. Así, como tendremos ocasión de analizar, doctrina y jurisprudencia han considerado aplicable a estos supuestos el art.60 del anterior Código penal (actualmente art.65).

Las elaboraciones doctrinales, pensadas en función del anterior Código, abordaban este problema distinguiendo entre delitos especiales impropios, es decir, aquellos que tienen correspondencia con un delito común y delitos especiales propios en los que esa correspondencia no existe. La interpretación de la doctrina de los supuestos de comisión de esos delitos por una pluralidad de personas difiere en relación con esas dos categorías. Hay que advertir, que el Nuevo Código penal de 1995 ha suprimido los delitos de parricidio e infanticidio como tipos autónomos sobre los que se ha elaborado la mayor parte de la doctrina en materia de delitos impropios. Hoy esas construcciones podrán ser aplicadas a aquellos delitos de los funcionarios para los el Código no indica como deben resolverse las hipótesis de comisión por una pluralidad de personas. De ello nos ocuparemos más adelante, antes es preciso referirse a las principales soluciones ofrecidas por la doctrina.

#### - Delitos especiales impropios

Respecto a los delitos especiales impropios la tesis clásica era la de negar la posibilidad de mantener la unidad del título de imputación cuando en su ejecución participe un *extraneus*. La ruptura del título se ha justificado desde diversas perspectivas. Veámoslas.

Un sector de la doctrina recurría al art.60 del anterior Código penal (hoy artículo 65 NCp): "las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieran en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurren". Se entendía que esta disposición hacía referencia no sólo a las circunstancias agravantes y atenuantes de los artículos 9, 10 y 11 ( Cp de 1973) sino a aquellas de la Parte Especial del Código que dan lugar a un tipo cualificado ( por ejemplo la doble reincidencia del artículo 530), o a un nuevo tipo de delito (parricidio). Así, en aplicación del artículo 60, los extraños no responderán del delito especial sino del delito común. Viceversa y consecuentemente responderá del delito especial el *intraneus* que participe en un delito común que tiene correspondencia con uno propio. Éste era también el criterio aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>497</sup>.

A la necesidad de ruptura del título llegan otros autores, que sin embargo negaban la aplicabilidad del artículo 60 a estos supuestos. Así, RODRÍGUEZ DEVESA, consideraba acertada la posición seguida por la doctrina y por el Tribunal Supremo, válida para los casos contemplados por el número 1º del artículo 14, pero inaceptable para las hipótesis del inductor y del cooperador necesario, ya que éstos no son autores, sino partícipes, y respecto a ellos rige el principio de que su responsabilidad es accesoria a la de aquéllos. Sin embargo, posteriormente rectificó esta opinión pasando a sostener que "la responsabilidad del *extraneus* viene subordinada a la de aquel que realiza los actos de ejecución, y, por tanto, será

---

<sup>497</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA en *Comentario a MAURACH, op.cit.*, pág.292. Para un exhaustivo análisis de esta orientación doctrinal y jurisprudencial, véase E.GIMBERNAT, *A Y C, op.cit.*, págs. 266 y ss.

inductor, auxiliador necesario o cómplice según la índole de su contribución al delito<sup>498</sup>.

Por último, y a pesar de contestar la aplicación del artículo 60, eran también partidarios de la ruptura del título de imputación, en éste caso para todas las hipótesis del artículo 14, aquellos que pensaban que el *intrañeus* responde del delito especial y el extraño del común independientemente del número del artículo 14 que resulte aplicable por razones de justicia material. Así, con respecto al parricidio se afirmaba que "en el probable conflicto entre la técnica - cifrada aquí por la unidad de calificación jurídica - y la justicia - resultado práctico - nos decidimos ahora, como siempre, a favor de esta última, a la que, en fin de cuentas, debe rendir culto la técnica penal"<sup>499</sup>.

Un importante sector de la doctrina actual no acepta la posibilidad de ruptura del título de imputación. Respecto a quien la fundamenta en el artículo 60, se niega que esta norma sea aplicable a los elementos personales de la Parte Especial. Se sostiene que esta disposición está pensada en relación a los artículos 9, 10 y 11 que modifican la penalidad típica de un delito sin cambiar la calificación típica<sup>500</sup>.

Así, para GIMBERNAT, que como veremos se sitúa en una postura intermedia en relación con el parricidio, la ruptura del título de imputación

---

<sup>498</sup> Cfr. J.M<sup>º</sup> RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal español, P.E.*, Madrid, 1992, pág.56 y nota 27 misma página.

<sup>499</sup> DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español, PE. "Delitos contra las personas"*, Madrid,1962, pág.189.

<sup>500</sup> Cfr. E.GIMBERNAT ORDEIG, *A y C, op.cit.*, págs.269 y ss; S.MIR PUIG,

fundamentada en el artículo 60 Cp. de 1973 es inaceptable ya que es contradictoria con ese artículo y con el sistema de agravantes y atenuantes del Código, "pues, en primer lugar, y *sin fundamentarlo*, se inventa una atenuante que no existe: la de no ser pariente de la víctima. Y no sólo se inventa una atenuante que no existe, sino que se le da el valor del que carecen las atenuantes que *sí* están en el Código. Salvo casos excepcionales, la atenuante que concurre en el coautor, inductor y cooperador sólo tiene la eficacia de hacer entrar en juego el grado *mínimo de la misma pena* señalada por la ley para el autor. Pues bien: La doctrina dominante no sólo inventa - sin justificarla - una atenuante, sino que la hace operar - en contra del sistema seguido por el Cp - de tal forma, que en virtud de ella impone la pena inferior en un grado"<sup>501</sup>. Tampoco le parece a GIMBERNAT que pueda compartirse la tesis de ruptura del título de imputación en función de razones de justicia que, como vimos, sostienen otros autores, y ello porque, afirma, no es cierto que la justicia dice que el que induce a un padre a matar a su hijo sea castigado como inductor de un homicidio, o mejor "lo que la justicia dice es más bien, esto: que no es lo mismo contribuir al "hecho" parricidio, donde al desvalor que ya lleva en sí la acción de "matar" se añade el del desprecio del vínculo parental, que contribuir al "hecho" homicidio, donde sólo existe el desvalor de "matar"<sup>502</sup>.

Partiendo de esta premisa GIMBERNAT se sitúa en una postura que él mismo califica de término medio, en función de la cual "la pena del *extraneus* que colabora en un delito especial debe ser superior a la del sujeto que colabora en un

---

*Comentario a JENSCHKE op.cit.*, pág. 916.

<sup>501</sup> E.GIMBERNAT ORDEIG, *A y C.*, *op.cit.*, pág.279 y 280.

<sup>502</sup> E.GIMBERNAT ORDEIG, *Idem*, págs.273 y 274.

delito común, e inferior a la del *intraneus* que lo hace en uno especial"<sup>503</sup>. Parte GIMBERNAT de la unidad del título de imputación, y afirma que "al partícipe no se le castiga por realizar el tipo ni por matar a su pariente: se le castiga por "intervenir en un hecho" de manera que "la afirmación de que del extraño "jamás podrá decirse que...coopera en la muerte de un pariente o es irrelevante o es falsa"<sup>504</sup>. La conclusión a la que llega GIMBERNAT es pues totalmente opuesta a la de la doctrina anteriormente expuesta: "El *intraneus* que participa en un homicidio o asesinato ha de ser condenado por participación en un homicidio o asesinato; el extraño que participa en un parricidio o infanticidio ha de ser condenado por participación en un parricidio o en un infanticidio"<sup>505</sup>. Desde esta convicción, para llegar al término medio propone la aplicación del sistema de atenuantes utilizando la analogía de manera que sea posible individualizar la responsabilidad de los distintos comparticipes en los que existen circunstancias que aumentan o disminuyen la pena. Así, al *intraneus* que participa en un homicidio le corresponderá la pena por homicidio con la agravante de parentesco y el *extraneo* que participa en un parricidio responde de parricidio, pero se le aplicará la atenuante (analógica) de no parentesco"<sup>506</sup>.

---

<sup>503</sup> E.GIMBERNAT ORDEIG, *A y C*, *op.cit*, pág.276.

<sup>504</sup> E.GIMBERNAT ORDEIG, *Idem*, pag.278, que lo justifica así: "es irrelevante si por pariente se entiende el del extraño; pues el art.405, en relación con el att.14 núms.1,2,3, sólo exige que el partícipe tome parte directa, induzca o coopere a la muerte de un pariente por *otro* (parricidio). Y si por pariente se entiende el autor directo, la afirmación es falsa; pues ¿qué otra cosa hace sino el extraño que participa a un parricidio? Un extraño colabora (toma parte directa en, induce a, coopera a) en un parricidio, a pesar de que la víctima no es pariente suyo".

<sup>505</sup> E.GIMBERNAT ORDEIG, *Idem*, pág.282.

<sup>506</sup> Cfr. E.GIMBERNAT ORDEIG, *Idem*, págs.284 y ss.

Con la tesis de mantener el título de la imputación anteriormente expuesta coincide sustancialmente un amplio sector de la doctrina actual<sup>507</sup>. Sin embargo, para PEÑARANDA la interpretación doctrinal más reciente nace de una confusión entre dos interpretaciones de la accesoriadad; la negativa, según la cual no son punibles los partícipes de un delito en los que el autor no reúne los requisitos del tipo, y la positiva que permite castigar al partícipe del delito aunque no haya realizado los elementos del mismo si el hecho principal cometido por el autor sí los reúne. Desde esta perspectiva, considera PEÑARANDA "que el principio de accesoriadad, surgido como sabemos para garantizar de un modo más riguroso la determinación de los tipos ha terminado convirtiéndose, paradójicamente, en un criterio que parece oponerse a la vigencia del principio elemental de que cada uno debe responder de su propio hecho y su propia culpabilidad"<sup>508</sup>.

---

<sup>507</sup> Así, F. MUÑOZ CONDE: "no hay ninguna, razón para no aplicar aquí las reglas generales de la participación. Si el autor es un *intrañeus*, el delito cometido será el especial (malversación etc.) y, en virtud del principio de unidad del título de imputación, todos los demás por ese delito, aunque no tengan las cualidades exigidas en el mismo. Por el contrario, si el autor es el *extraneus*, el delito cometido sea uno común (apropiación) y los partícipes responderán por el delito común, cualquiera sea su consideración personal" en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DPPG*, *op.cit.*, pág.466. Para MIR PUIG: " cuando el elemento personal determine un cambio en el *nomen iuris* del delito, sólo será posible *la participación* en el delito efectivamente concurrente y no en el que correspondería a la circunstancia personal de que se trate: el pariente sólo podrá participar en un 'homicidio' o 'asesinato', y no en un parricidio, si el autor es un *extraneus*, porque el parricidio no se ha cometido S.MIR PUIG, *Comentario a JESCHECK*, *op.cit.*, pág.918. Cfr., también, L.RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio*, *op.cit.*, pág.41.

<sup>508</sup> E.PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, *op.cit.*, pág.339. En sentido contrario se pronuncia C.GOMEZ RIVERO, para la que " no hay razón para temer, como sin embargo piensa PEÑARANDA, que el principio de accesoriadad se acabe convirtiendo en un criterio opuesto a la vigencia del principio fundamental de que cada uno debe responder por su propia culpabilidad, ya que, insistimos tales elementos, en cuanto integrantes de lo típico pierden su función de circunstancias exclusivamente valorativas de la culpabilidad individual del autor para someterse, con todas sus consecuencias, la régimen propio de los elementos del tipo". *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995, pág.165.

PEÑARANDA critica la concepción naturalística del delito que está en la base de la tesis que mantiene a toda costa el título de imputación, según la cual el delito es algo existente semejante a los fenómenos de la naturaleza, en lugar de entender que lo que se produce es únicamente un hecho que luego el juez valora de manera que “es cierto que tanto la responsabilidad del autor o de los coautores como la de los partícipes están condicionados a la existencia de un hecho < unitario > efectivamente realizado”, pero “ de esta exigencia de unidad o, mejor dicho, de *identidad del hecho* con la descripción típica no se deriva necesariamente, sin embargo, la unidad o *identidad del delito* para todos cuantos hayan intervenido en un hecho punible”<sup>509</sup>. Piensa PEÑARANDA, “partiendo del concurso de leyes, que un mismo hecho puede *cumplir simultáneamente todos los requisitos típicos de dos o más figuras delictivas*”, aunque de un modo tal que una sola de ellas capta ya exhaustivamente el contenido de la ilicitud y de la culpabilidad del comportamiento. En estos casos, la aplicación del precepto en el que se incrimina esa última figura de delito desplaza la de aquellos otros que permiten tan sólo una fragmentaria valoración del acontecimiento típico”<sup>510</sup>. Así mismo, poniendo en relación ese desplazamiento con la responsabilidad de los partícipes piensa este autor que existen dos posibilidades: “ de un lado, que su participación sólo pueda ser puesta en conexión con el delito tipificado en el precepto que, de acuerdo con las reglas establecidas para la resolución del concurso de leyes, deba aplicarse en última instancia para enjuiciar la conducta del autor; de otro, que dicha participación pueda ser también referida, bajo ciertas condiciones, al delito contenido en el precepto que

---

<sup>509</sup> E. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991, pág. 32.

resulta desplazado respecto al autor”<sup>511</sup>. PEÑARANDA, defiende esta última opción, entendiendo que el concurso de leyes tiene naturaleza personal, por lo que la coautoría y la participación pueden referirse al tipo desplazado, ya que en las hipótesis de delito cometido por una pluralidad de personas “una completa exclusión de la efectividad del tipo delictivo que resulta desplazado para el autor principal podría implicar, en ciertos casos, la eliminación del único punto de referencia válido para fundamentar adecuadamente la punición de algún que otro interviniente”<sup>512</sup>.

Por último también se ha planteado la posibilidad de calificar al *intraneus* inductor como autor mediato. Esta calificación, que como veremos se aplica por un cierto sector doctrinal a los delitos especiales propios, es defendida para los impropios por MIR PUIG, quien, partiendo de la teoría del dominio del hecho, considera que puesto que el extraño no puede ser autor del delito especial no puede arrebatarle al *intraneus* la pertenencia del hecho que será autor mediato del delito especial<sup>513</sup>.

#### - Delitos especiales propios

Distinta es la problemática que plantean los delitos especiales que no tienen correspondencia con un delito común. Por ello, la aplicación del principio de

---

<sup>510</sup> E. PEÑARANDA RAMOS, *Idem*, pág.33

<sup>511</sup> *Ibidem*. En sentido contrario y contestando a las objeciones del PEÑARANDA véase E.GIMBERNAT, *Concurso de leyes y participación en el delito*, ADPCP, 1992, págs.834 y ss.

<sup>512</sup> *Idem*, pág.153.

<sup>513</sup> S.MIR PUIG, *DPPG*, *op.cit.*, págs.426 y ss.

accesoriedad puede llevar a la impunidad del *intraneus* inductor de un delito cometido por quien no posee las cualidades exigidas por el tipo.

Para evitar esa impunidad, la doctrina ha recurrido al expediente de la autoría mediata <sup>514</sup>. A esta calificación se le ha objetado que opera con un concepto subjetivo de autor <sup>515</sup> y que da origen a una construcción artificial cuyo único objetivo es evitar la impunidad del *intraneus* que, sin embargo, constituye para un amplio sector doctrinal, la única solución posible <sup>516</sup>. Cabría, sin embargo, otra posibilidad consistente en considerar al *intraneus* como cooperador necesario; para ello obviamente es necesario considerar que esta figura es una forma de autoría permitiría castigarle independientemente de la impunidad del ejecutor extraño <sup>517</sup>. El recurso a la cooperación necesaria parece un poco forzado y en, todo caso, la calificación de la cooperación necesaria como forma de autoría no es en absoluto pacífica.

---

<sup>514</sup> Así, por ejemplo, F.MUÑOZ CONDE afirma que “es autor mediato de cohecho el funcionario que se sirve de un tercero, como persona intermedia para recibir dinero”. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DPPG*, *op.cit.*, pág.453.

<sup>515</sup> Cfr. E.GIMBERNAT ORDEIG, *A y C*, *op.cit.*, págs.261y 262.

<sup>516</sup> Cfr. E.GIMBERNAT ORDEIG, *Idem*, pág.261; M.DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, *op.cit.*, pág. 730, (nota 59).

<sup>517</sup> Así, GOMEZ RIVERO, para la que “Nada impediría, en efecto, considerar al *intraneus*-en tanto que su contribución actúa como presupuesto de la ejecución del hecho- como un cooperador necesario con la consecuencia que de aceptarse que toda cooperación necesaria es una forma de autoría en la que cooperador necesario y autor ostentan un dominio funcional del hecho y que, en tanto forma de autoría, cada interviniente pueda responder por un título distinto e incluso es posible que la conducta de uno de ellos que sea atípica, sin que esto influya en la responsabilidad del otro, pueda quedar impune el ejecutor extraneus y, sin embargo, castigarse al *intraneus* como cooperador necesario (autor) por el delito especial. *La inducción a cometer delito*, *op.cit.*, pág.151.

Diverso es el planteamiento de la doctrina cuando el inductor en un delito especial propio es un extraño. Caben aquí dos alternativas: o aplicar el criterio general y considerar que éste responde con la misma pena aplicada al autor *intrañeus*, o determinar su impunidad por carecer de las cualidades exigida por el tipo. Un amplio sector doctrinal es partidario de la primera solución,<sup>518</sup> en función del principio de unidad del título de imputación.

#### - Delitos cometidos por los funcionarios

Mención aparte requieren los delitos cometidos por los funcionarios ya que, al haberse suprimido con el nuevo Código penal de 1995 los delitos de parricidio e infanticidio como tipos autónomos, en la actualidad el problema se plantea casi exclusivamente con respecto a ellos.

Estos delitos se caracterizan porque el sujeto activo se halla determinado por la existencia de un deber que infringe al realizar el tipo; en este sentido plantean problemas específicos cuando se producen hipótesis de participación que varían, además, en función de si son propios o impropios.

Respecto a ellos la doctrina española estaba dividida. La doctrina dominante consideraba aplicable al extraño que participaba en los delitos impropios de los funcionarios el artículo 60. Así, en caso de participación de un extraño en una malversación, se le consideraba responsable de un delito común contra la

---

<sup>518</sup> Cfr. por ejemplo. MUÑOZ CONDE en MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DPPG*,

propiedad<sup>519</sup>, rompiendo el título de imputación. En caso de delito propio, al no existir el delito común correspondiente, la conducta del partícipe se consideraba impune. Ya hemos visto la opinión contraria para la que sostiene que el artículo 60, al referirse a las circunstancias atenuantes y agravantes, no es aplicable a aquellos supuestos en los que, como en los delitos de los funcionarios, la cualificación del sujeto no funciona como circunstancia agravante. Para este sector crítico el extraño responde del delito especial. El fundamento se busca en los mismos argumentos ya vistos precedentemente, afirmando que “dogmáticamente es claro que el extraño que induce a una malversación induce a ese delito y no a una apropiación indebida que no se ha dado en realidad”<sup>520</sup>. El hecho de que un *extraneus* no se encuentre vinculado por un deber especial podría considerarse una circunstancia atenuante, pero, a diferencia de lo que ocurría respecto al parentesco, no encuentra base legal para afirmar su existencia, por lo que la única solución posible parece ser la de imponer el grado mínimo de la pena cuando concurra una atenuante.

Por lo que respecta a la responsabilidad de un *intraneus* cuando participa en un delito especial en el que el *extraneus* realiza el hecho típico, si aquél ha utilizado dolosamente a éste puede plantearse la hipótesis de autoría mediata<sup>521</sup>, o más bien, quizá, deba hablarse de autoría directa del *intraneus* y de mera participación del *extraneus*<sup>522</sup>.

---

*op.cit.*, pág. 466, o RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I, op.cit.*, pág. 863.

<sup>519</sup> Así por ejemplo, CUELLO CALÓN, *Derecho penal II, P.E.*, Madrid, 1949, pág.401.

<sup>520</sup> E.GIMBERNAT ORDEIG, *Idem*, pág.292.

<sup>521</sup> En contra, E.GIMBERNAT ORDEIG, *Idem*, pág.296.

<sup>522</sup> Así, E.BACIGALUPO ZAPATER, *Principios, op.cit.*, pág.224, para el que la autoría depende de quien posea el dominio del hecho y el hecho lo domina el funcionario que es el que

En todo caso, hay que advertir que para muchos de estos delitos el propio legislador indica de qué modo deben resolverse las hipótesis de coparticipación <sup>523</sup>.

El nuevo Código español no resuelve el problema sobre el que han girado las divergentes interpretaciones doctrinales en relación con la comunicación de los elementos personales, ya que reproduce en el artículo 65 el anterior artículo 60 que ha servido a jurisprudencia y doctrina para romper el título de imputación. Sin embargo, una reciente orientación jurisprudencial parece más acorde con la actual doctrina, ya que considera necesario mantener el título de imputación, y, en aplicación del principio de accesoriadad, castiga al partícipe responsable en función de los artículos 14.2, 14.3, 16 y 17 (hoy 28a), 28b),29 y 451). Así, recientes sentencias admiten la participación de extraños en aquellos atenuando la pena impuesta como inductor o cooperador por aplicación analógica del 65.1 <sup>524</sup>.

---

infringe el deber

<sup>523</sup> Como el artículo 432 NCp, por ejemplo, que castiga por malversación como autor tanto al funcionario como al que deja que lo cometa un particular o el art.414 NCp castiga al funcionario que consiente la destrucción de un documento.

<sup>524</sup> Así, por ejemplo, la STS de 12.2.1992 , la STS de 18.1.94 y la STS de 24.6.94. Esta última relativa a la participación de extraños en un delito de prevaricación se considera la inducción a un funcionario punible en función del art.14.2 pero, en aplicación del principio de proporcionalidad y, considerando que la contribución del no funcionario reviste un desvalor menor, utiliza, por vía indirecta, el contenido del artículo 60 a fin de obtener una mayor individuación de la pena. Véase sobre esta nueva orientación jurisprudencial J.LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, *op.cit.*, págs.192 y ss.

## 7. SISTEMAS DE PUNIBILIDAD

Una vez terminado el análisis comparado sobre la participación desde el punto de vista de la descripción de las conductas punibles es necesario ocuparse de la determinación de la pena para los distintos partícipes.

Los sistemas jurídicos español, italiano y francés adoptan, como se ha visto, modos netamente diferentes de enfrentarse al tratamiento de la participación delictiva. Esto se traduce, obviamente, en tres sistemas distintos de regular *quoad poenam* la responsabilidad de los partícipes. Y es precisamente el tema de la punibilidad uno de los más complejos y debatidos por la doctrina de estos países. Las dificultades prácticas para determinar el *quantum* de la pena para cada partícipe han condicionado la regulación legal de la participación a lo largo de la historia del Derecho penal, y han vinculado esta figura a la evolución de los principios constitucionales.

También aquí puede reconstruirse un pasado común. A la arbitrariedad en la aplicación de las penas del Antiguo Régimen, sucede el igualitarismo de las codificaciones revolucionarias francesas, según el cual al poder judicial se le niega cualquier tipo de actividad interpretativa, creativa o de aplicación individualizada de la pena. Ésta, en el contexto filosófico del contrato social y del libre arbitrio del hombre bueno por naturaleza, aparece como mal inevitable vinculado a la idea de retribución. Entre certeza y justicia - los dos polos entre los que hoy se sitúa el debate doctrinal - no existe oposición, pues, la justicia se vincula únicamente la

certeza<sup>525</sup>. Esta concepción suponía la negación de la individualización de la pena que más tarde se impondrá en Europa de la mano del positivismo italiano<sup>526</sup>. A partir de ese momento el problema consistirá en cómo compatibilizar la aplicación de una pena individualizada con las exigencias derivadas del principio de legalidad y el de igualdad ante la ley.

Desde esta óptica, los sistemas analizados proponen tres soluciones distintas:

1) El Código Penal italiano establece en principio que a cada partícipe se le aplica la pena prevista para el delito cometido (art.110).

2) El Código español establece una noción de autor básicamente fundada en el concepto de ejecución y prevé una disminución obligatoria para el cómplice salvo que su conducta haya consistido en una aportación sin la cual el delito no se hubiese efectuado.

3) Por último, el sistema francés no establece ningún tipo de diferencia sancionatoria entre los distintos partícipes, a pesar de ofrecer una pormenorizada descripción de las conductas de participación.

---

<sup>525</sup> Cfr. S.SEMINARA, *Tecniche*, *op.cit.*, págs.210 y 211.

<sup>526</sup> El positivismo italiano recoge este principio en su programa y contribuye a su generalización aunque ya anteriormente la aplicación del principio al ámbito penal se debe al penalista austriaco WAHLBERG aunque la mayor difusión deriva de la publicación en 1898 del libro "La individualización penal del civilista francés SALEILLES. Cfr. A.JUANES PECES, "La individualización de las penas ", en La Ley, nº4028, de 24 de julio 1996, pág.1252.

La primera observación que puede hacerse es que la igualdad de marco penal para todos los que intervienen en el delito no es una opción exclusiva de los sistemas unitarios, ya que el Código francés, que parte de un sistema diferenciado, aplica igual marco penal para todos los que intervienen en el delito. Analicemos cada una de estas tres distintas soluciones:

El Código Penal italiano, partiendo de la concepción unificadora de la participación, establece, en principio, que a cada partícipe se le aplica la pena prevista para el delito cometido (art.110). Pero junto al criterio objetivo adoptado en el art.110, el legislador italiano ha dispuesto un sistema de circunstancias (arts.112-114) que modifican la responsabilidad y que tienen la función de graduar la responsabilidad de los partícipes en aplicación de las reglas establecidas en el artículo 133.

Las circunstancias agravantes están previstas en el art.112 del Código penal italiano. Son cuatro. La primera (art.112 n°1) se aplica cuando el delito ha sido cometido por cinco o más personas. En opinión de ANTOLISEI esta agravante posee un doble fundamento; por un lado, la mayor alarma que suscita un mayor número de partícipes y, por otro, las más elevadas posibilidades de éxito que, dado el número de personas que participan, presenta la comisión del delito<sup>527</sup>.

El n°1 del art.112, tal como se deduce de la propia redacción de la norma, es aplicable con carácter general allí donde la ley no disponga otra cosa<sup>528</sup>.

---

<sup>527</sup> Cfr. F.ANTOLISEI, *Manuale, op.cit.*, pág.492.

<sup>528</sup> "Ciò è chiarissimamente espresso nella prima parte del n°1 del art.112 dove è detto

El nº2 del art.112 se ocupa del fenómeno de la cooperación criminal. Se castiga, pues, más gravemente al sujeto que ha tenido la idea del delito, al que lo ha organizado buscando las personas y finalmente al que dirige la realización del delito asegurando su éxito.

La tercera agravante contemplada por el art.112 establece el aumento de pena para aquel que, ejerciendo su autoridad, dirección o vigilancia, determina la realización del delito por parte de personas con las que existen vínculos de dependencia. La doctrina considera que debe entenderse esa dependencia en sentido amplio, de manera que resultan incluidos no solo relaciones públicas, sino también relaciones de familia y, en general, cualquier dependencia de tipo privado<sup>529</sup>.

En el Código anterior al vigente, la ausencia de una norma similar al art. 112 creaba dificultades cuando uno o dos partícipes eran no imputables. El art. 112 ha permitido superar estas dificultades al establecer que las agravantes contempladas en los números 1, 2 y 3 se aplican aunque alguno de los partícipes no sea imputable o punible<sup>530</sup>. La doctrina considera que puede también extenderse a los casos en que algunos partícipes sea absuelto por insuficiencia de pruebas<sup>531</sup>.

---

*che il reato (ogni reato) è aggravato se il numero delle persone che vi è concorso è di cinque o più, salvo che la legge disponga altrimenti". V.FEROCCI, "Il numero delle persone concorrenti nel reato", Riv. it. di Diritto, 1939, pág.403.*

<sup>529</sup> F.ANTOLISEI, *Manuale*, op.cit., pág.493.

<sup>530</sup> Art.112 del C.p.it: "*gli aggravamenti di pena stabiliti nei nn.1,2,3 di questo articolo si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o punibile*".

<sup>531</sup> Cfr. V.FEROCCI, "*Il numero delle persone*", op.cit., págs. 383 y ss.

La cuarta y última circunstancia prevista por el art. 112 se refiere a quien ha determinado, fuera de los casos indicados en el art.111, a cometer un delito a un menor de dieciocho años, o a una persona en estado de enfermedad mental o de deficiencias físicas. La exclusión del art.111, que se ocupa de la determinación para la comisión de un delito a personas no imputables o no punibles, parece indicar que el art. 112 hace referencia a sujetos que por su estado o condición pueden más fácilmente ser determinadas para cometer un delito. Así, un sector de la doctrina considera que entran en esta categoría la debilidad senil, la particular debilidad de determinadas mujeres y en general los débiles y personas que ofrecen menor resistencia psíquica<sup>532</sup>. Para otro sector de la doctrina, esta norma es aplicable sólo cuando se trata de determinación de un sujeto semi-imputable<sup>533</sup>.

Las circunstancias agravantes del art.112 no son, al contrario de las atenuantes, de aplicación facultativa por parte del juez, porque cuando éste constate su existencia deberá necesariamente aumentar la pena.

Las circunstancias atenuantes están reguladas en el art.114. La primera contempla la posibilidad de disminuir la pena para el sujeto cuya obra haya tenido mínima importancia en la preparación o en la ejecución del delito.

Ya se hizo referencia a los problemas de interpretación que ha creado esta norma y que giran en torno a la cuestión de la expresión legal de "mínima importancia". Una parte de la doctrina ve en esta norma una derogación del principio

---

<sup>532</sup> Cfr. S.RANIERI, *Manuale*, *op.cit.*, pág.395.

<sup>533</sup> Cfr. A.LATAGLIATA, *Concorso di persone*, *op.cit.*, pág.597.

de unificación de la responsabilidad de la participación que el legislador ha adoptado en el vigente Código. En definitiva, siempre desde esta perspectiva, el art. 114 reintroduce la distinción entre autoría y participación<sup>534</sup>.

Para otro sector doctrinal debe considerarse que la obra de un sujeto tiene mínima importancia cuando hubiese podido ser fácilmente sustituido. Así, para ANTOLISEI, la valoración de la mínima importancia de la actuación de un sujeto puede hacerse sólo en la práctica en función de la facilidad con la que hubiese podido ser sustituido por cualquier otro sujeto o mediante una distinta distribución de tareas entre los demás partícipes<sup>535</sup>.

Por último un sector de la doctrina considera más acertado el criterio de referir la mínima importancia a la influencia de la conducta del partícipe sobre la modalidad del hecho delictivo, lo que deja un amplio margen de discrecionalidad al juez<sup>536</sup>.

Para terminar la descripción del sistema, hay que añadir que el art.114 establece la posibilidad de atenuar la pena a quien haya sido determinado a cometer un delito en los casos descritos en los números 3 y 4 de art.112.

---

<sup>534</sup> Cfr. A.LATAGLIATA, *Concorso di persone*, op.cit., págs. 561 y ss.

<sup>535</sup> "Per noi la minima importanza può ravvisarsi solo nell'opera del concorrente che, per la indole del ruolo esercitato nella preparazione o esecuzione del reato, poteva facilmente essere sostituito o con un'altra persona o mediante una diversa distribuzione dei compiti tra gli altri compartecipi". F.ANTOLISEI, *Manuale*, op.cit., pág.495.

<sup>536</sup> M.GALLO, *Le forme del reato*, op.cit., pág. 130.

La valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes está regulada en el art.118. En esta norma se establece una distinción entre circunstancias objetivas y subjetivas, distinción que se traduce en modalidades de valoración diferente.

Retomando lo que tuvimos ocasión de analizar a propósito de la configuración del concurso de personas en el Código italiano, podemos ahora añadir, que, en opinión de algunos autores, el sistema de circunstancias atenuantes y agravantes específicas de la participación, reproduce la distinción entre autoría y participación.<sup>537</sup> En opinión de otros, en cambio, las circunstancias modificativas constituyen un sistema de individualización de la pena basado en la mayor o menor capacidad de delinquir demostrada por cada uno de los participantes<sup>538</sup>.

Cabe preguntarse si el sistema de circunstancias, que acabamos de describir, sirve para orientar al juez en la aplicación de las penas. Por lo que respecta a las circunstancias agravantes, en opinión de SEMINARA, el art.112 no cumple esta finalidad, ya que se refiere a elementos particulares que no son idóneos para caracterizar el desvalor de la conducta<sup>539</sup>. En relación con el artículo 114 se le considera una cláusula general<sup>540</sup> que tampoco cumple esa finalidad.

---

<sup>537</sup> Cfr. A.LATAGLIATA, *Concorso di persone, op.cit.*, pág.572.

<sup>538</sup> G.BETTIOL, *Diritto penale, op.cit.*, pág.600.

<sup>539</sup> Cfr. S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, pág.235.

<sup>540</sup> O más bien una válvula de seguridad como la define M.GALLO, *Le forme del reato, op.cit.*, pág.94.

Desde esta perspectiva el sistema italiano se caracteriza esencialmente por la libertad que se concede al juez para la determinación de la pena aplicable a cada uno de los partícipes<sup>541</sup>.

Por esta razón la doctrina más reciente se preocupa por la búsqueda de criterios de aplicación de la pena que sean compatibles con los valores y principios constitucionales. Así, se parte del artículo 13 de la Constitución Italiana en función del cual la libertad personal puede ser limitada sólo con el fin superior de tutelar bienes de rango superior; desde esta perspectiva se ha definido el delito como hecho que atenta contra los valores constitucionales<sup>542</sup>. El artículo 27 de la Constitución establece el principio de personalidad de la responsabilidad penal y asigna una función reeducativa a la pena. Combinando ambos principios se puede afirmar con BRICOLA que el delito es "*un fatto lesivo di un valore costituzionale rilevante la cui significatività è elemento condizionante la misura astratta della pena criminale*"<sup>543</sup>. El precepto constitucional se traduce en la exigencia de que para cada hecho sea prevista una pena justa, adecuada al desvalor del hecho ilícito<sup>544</sup>. Y esa pena no sería justa si los márgenes (*la cornice di pena edittale*) fuesen lo suficientemente amplios para consentir al juez la aplicación de una sanción no proporcionada al hecho. En la ajustada delimitación del *Strafrahmen* está para

---

<sup>541</sup> Cfr. S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, pág.237.

<sup>542</sup> Cfr. F.BRICOLA, "*Teoria generale del reato*", NDI, Turín, 1973 XIX, pág.15 en S.SEMINARA *Tecniche, op.cit.*, pág.198

<sup>543</sup> F.BRICOLA, *Teoria generale, op.cit.*, pág.17.

<sup>544</sup> Cfr. S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, pág.199.

SEMINARA la clave para mantener la división funcional entre el legislador y el juez<sup>545</sup>.

A idénticas conclusiones se llega desde esta óptica en aplicación del principio de taxatividad del tipo penal del artículo 25, comma 2º De la Constitución italiana. La función de garantía de las normas penales que expresa la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* no puede entenderse referida sólo a la parte preceptiva de la disposición sino que debe extenderse a las consecuencias sancionatorias, de manera que se debe garantizar, no sólo una aplicación del Derecho, sino también la posibilidad de prever la "medida" del Derecho<sup>546</sup>. En aplicación de principio de taxatividad del artículo 25 comma 2º, BRICOLA considera que el legislador está obligado a "*una formulazione precisa della fattispecie e del tipo (nonché dei limiti minimo e massimo) della sanzione penale*"<sup>547</sup>.

Precisamente, en la amplitud de los márgenes de la pena ve SEMINARA la corrección necesaria del sistema de equiparación a efectos sancionatorios de los partícipes. Se trataría de prever márgenes suficientemente amplios de la pena que permitan adecuar ésta al desvalor de los hechos previstos<sup>548</sup>.

---

<sup>545</sup> S.SEMINARA, *Tecniche*, op.cit., pág.200.

<sup>546</sup> Cfr. F.BRICOLA, *Comento all'articolo 25*, op.cit., págs. 268 y ss.

<sup>547</sup> F.BRICOLA, *Idem*, op.cit., pág.253.

<sup>548</sup> "*Per potersi razionalmente attuare un'equiparazione sanzionatoria dei concorrenti nel reato è necessario disporre di cornici di pena maggiormente adeguate al disvalore dei fatti ivi previsti e particolarmente ampie, anche se ciò comporta un'attenuazione dei fini di prevenzione generale della pena*". S.SEMINARA, *Tecniche*, op.cit., pág.245.

La segunda opción es la representada por el sistema de diferenciación que adopta el Código español y que se traduce en la aplicación de una pena menor al cómplice.

En el anterior Código español la aplicación del *quantum* de la pena para cada uno de los partícipes se encontraba predefinida y graduada según la clasificación que el art.12 hacía de los distintos partícipes. La primera sección del Capítulo cuarto, Título tercero, Libro primero llevaba como título el siguiente: "Reglas para la aplicación de las penas según el grado de ejecución y las personas responsables de las infracciones".

El sistema de predeterminación planteaba serias dificultades de aplicación a los casos concretos, lo que llevó a la doctrina a buscar soluciones distintas de las propuestas legislativamente, y ofreciéndose, como más coherentes, alternativas ligadas a la determinación de las penas por parte del juez. Según DEL ROSAL, es oportuno mantener las actuales distinciones entre las distintas conductas de participación, pero debería dejarse al juez la determinación de la pena aplicable a cada una de ellas<sup>549</sup>.

En este sentido, QUINTANO sostiene, en cambio, la unificación conceptual y la determinación judicial de las penas a posteriori. Así, afirma que "el idénticamente riguroso y nefasto procedimiento de predeterminación de las responsabilidades en la codelincuencia, fuere por equiparación o por atenuación, es decir, a la manera francesa o a la clásica, aparece felizmente corregido por la

---

<sup>549</sup> "El criterio moderno de depositar en manos de los tribunales la graduación de la

moderna técnica penal mediante la unificación conceptual e individual judicial a posteriori"<sup>550</sup>.

Más recientemente, ya iniciada la reforma del anterior Código, se criticaba la equiparación de la pena del instigador y la del autor material. CEREZO MIR proponía, por su parte, una atenuación de la pena del instigador que no hubiese sido el solo el determinante del delito<sup>551</sup>.

El nuevo Código penal de 1995 lleva a cabo una amplia reforma de las penas adoptando el sistema dualista con la incorporación de las medidas de seguridad<sup>552</sup>. El juicio sobre el nuevo sistema de penas por parte de la doctrina ha sido bastante crítico, ya que se lee en clave de aumento de la discrecionalidad<sup>553</sup>, de excesivo uso de conceptos indeterminados y de cláusulas generales que abandonan al juez la

---

penalidad se muestra como el más acertado". J.DEL ROSAL, *Derecho penal, op.cit.*, pág 136.

<sup>550</sup> A.QUINTANO RIPOLLÉS, *Codelincuencia, op.cit.*, pág.231.

<sup>551</sup> J.CEREZO MIR, *Estudios, op.cit.*, pág. 575.

<sup>552</sup> Para CEREZO la orientación básica del Código penal en cuanto a la teoría de la pena es correcta, a pesar de que no se ha alcanzado la necesaria armonía en los fines que esta persigue ya que " en ocasiones se pone excesivamente énfasis en la prevención general ( y se establecen penas demasiado elevadas ) y con mucha mayor frecuencia se pone exclusivamente el acento en la prevención general (posibilidad de sustituir las penas de prisión de hasta dos años de duración por el arresto de fin de semana o multa)". J.CEREZO MIR, "*Consideraciones político criminales sobre el nuevo Código penal de 1995*", en La Ley, nº4063, de 21 de junio de 1996, pág.1475. Se ha señalado también, una cierta confusión en la regulación de este doble sistema ya que una misma sanción aparece prevista como pena y como medida de seguridad, además el criterio de peligrosidad que es el fundamento de la aplicación de las medidas de seguridad se tiene en cuenta en relación de las penas. Cfr. I.SÁNCHEZ GARCÍA, "*El sistema de penas*", en LA LEY, D-4010 de 10 de abril de 1996, pág.1499.

<sup>553</sup> Para L.RODRÍGUEZ RAMOS "la proliferación de los juicios valorativos, de toda instancia, en los tipos penales y la discrecionalidad, a mi juicio desmesurada, que campea en el régimen de aplicación de la pena, es realmente preocupante", "*Un buen Código para reformar*", en LA LEY, nº 4043 de 24 de mayo de 1996, pág.1332.

decisión final sobre lo que debe o no debe ser delito, produciéndose, así, un debilitamiento del principio de legalidad consagrado por el art.25.1 de la Constitución<sup>554</sup>.

Así mismo, se reforman las reglas de aplicación de las penas para adaptarlas al nuevo régimen de la participación delictiva. El art. 63 del nuevo Código (similar al anterior art.53) se refiere al cómplice estableciendo que se le impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito. Las dificultades prácticas de aplicación hacen que la doctrina vuelva plantearse la posibilidad de utilizar el criterio de atenuación facultativa de la pena para el cómplice "dejando al arbitrio del tribunal que rebaje o no la pena"<sup>555</sup>.

Desaparece la norma que se ocupaba de la aplicación de las penas a los encubridores, ya que el encubrimiento pasa a ser considerado delito autónomo contra la Administración de la justicia. El art.61 ( que reforma el anterior ) hace referencia a los autores *tout court*. Debe entenderse, pues, que como tales se consideran al autor directo, al coautor y al autor mediato, así como al inductor y al cooperador necesario. A todos ellos será aplicable la pena señalada por la ley para el delito cometido.

---

<sup>554</sup> Cfr. F.MUÑOZ CONDE, El '*moderno*' Derecho penal en el nuevo Código penal. Principio y tendencias", en La Ley, nº4043, de 24 de mayo de 1996, pág.1339.

<sup>555</sup> F.MUÑOZ CONDE añade que "en el fondo lo que hace la jurisprudencia, calificando de complicidad aquellas contribuciones a la realización del delito que, por su menor entidad criminal, considera que deben ser castigadas más levemente que las de autoría en general". *DPPG*, *op.cit.*, pág.465.

El sistema español parte, pues, de una atenuación obligatoria de la pena del cómplice. Tal atenuación se justifica tradicionalmente en los sistemas diferenciados en función del menor contenido del injusto de la complicidad. Así lo fundamenta JENSCHEK, afirmando que la atenuación obligatoria para el cómplice "...se basa en la idea de que el contenido del injusto de la complicidad es, por el hecho de que solamente supone un favorecimiento que fuerza el hecho principal y la causa de su influjo únicamente mediato sobre el resultado, menor en todos los casos que el contenido del injusto del hecho principal y que, por ello, también la culpabilidad del cómplice es menos grave que la del autor"<sup>556</sup>.

Para llegar a esta conclusión el razonamiento podría ser el siguiente: los tipos de la Parte Especial del Código se refieren al ejecutor individual y no a los partícipes atípicos del delito y las penas previstas por las normas de la parte especial han sido establecidas por el legislador sobre la base del contenido del injusto inherente a la realización del hecho típico cometido por el autor. En consecuencia, la pena aplicable al cómplice no es la regulada por la norma de la Parte Especial, ya que la complicidad posee un contenido del injusto diferente del que ha servido para fijar las penas ordinarias. Ahora bien, cabe plantear - como hace SEMINARA<sup>557</sup> - si existe siempre entre la conducta tipificada y el contenido del injusto una relación que sirva para justificar que la conducta del cómplice - conducta atípica- tiene siempre menor contenido del injusto que la del ejecutor. No es así en los delitos propios si se rompe el título de imputación<sup>558</sup>, ni tampoco en el caso del cooperador necesario que

---

<sup>556</sup> H.H.JENSCHEK, *Tratado, op.cit.*, pág.967.

<sup>557</sup> S.SEMINARA, *Tecnica, op.cit.*, págs. 185 y ss.

<sup>558</sup> Así, SEMINARA afirma que ante la alternativa de considerar como autor al ejecutor

organiza el delito sin participar en la ejecución. Para SEMINARA, desde una perspectiva meramente formal que considere que autor es quien ejecuta el hecho típico, no es posible afirmar rotundamente que la conducta típica posea un mayor contenido del injusto respecto a las conductas atípicas. Esta diferencia puede, en cambio, afirmarse desde una perspectiva sustancial, en la que la figura del autor se desvincule del carácter típico de la conducta, y se proyecte sobre la lesión prevista por la norma, de manera que sea posible atribuirla al partícipe que, en el plano objetivo y en el subjetivo, merezca la mayor pena. El propio SEMINARA reconoce que esta solución además de producir la máxima incertidumbre jurídica se mueve en el plano de la culpabilidad, y no sólo sobre el dogmático del tipo violado, con lo que se aparta del fundamento del criterio de diferenciación de la pena para el cómplice que se transforma en mera circunstancia atenuante de la que dispondrá el juez<sup>559</sup>.

El sistema francés tradicional, como hemos tenido ocasión de comprobar, partía del criterio de *emprunt de pénalité*, haciendo, pues, depender la pena aplicable al cómplice de manera absoluta de la efectivamente aplicada al autor de delito.

El nuevo Código penal modifica sustancialmente las reglas de aplicación de las penas. La primera gran novedad es la incorporación del principio de

---

del tipo objetivo o al titular de la cualidad, si se acepta esta segunda posibilidad parece evidente el motivo por el cual el *intraneus* en el delito propio, prescindiendo del tipo de aportación prestada merezca una pena correspondiente al delito, mientras el *extraneus* aun cuando haya personalmente realizado el delito tiene siempre derecho a una sanción diferenciada. Está claro, concluye SEMINARA, que en estos casos la calidad de autor presenta un carácter normativo y no naturalístico. S. SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, pág.229.

<sup>559</sup> S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, pág. 232. Concluye SEMINARA que "*così ricostruiti i termini del problema, sembra che l'idea di un trattamento normativo differenziato non possa trovare una piena giustificazione né sul piano della tecnica normativa né su quello concettuale*". *Ibidem*.

individualización de las penas que se recoge expresamente en el art.132-24<sup>560</sup>, denominándolo "*personnalisation*", término más correcto, en opinión de la doctrina, para poder englobar tanto personas físicas como jurídicas. La introducción de este principio se ha interpretado como el gran punto débil del Nuevo Código, pues se le considera contrario al principio de legalidad y al de igualdad ante la ley<sup>561</sup>. A eso se añade que el Nuevo Código reforma el sistema de fijación del *quantum* de la pena, ya que suprime las circunstancias atenuantes<sup>562</sup> y sustituye el sistema de máximos y mínimos (*fourchette*) por un techo máximo de pena sin prever ningún mínimo<sup>563</sup>. Ya el proyecto de Código penal de 1986 suprimía los mínimos, y la doctrina interpretaba esta modificación como el reconocimiento de una situación de hecho<sup>564</sup>. El resultado se interpreta como la posibilidad de llegar a una hiper individualización de la pena que se traduzca en arbitrariedad y desigualdad<sup>565</sup>.

---

<sup>560</sup> Art.132-4: "*Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction*".

<sup>561</sup> Cfr. J.PRADEL, *Le Nouveau Code pénal, op.cit.*, págs.18 y ss.

<sup>562</sup> "*Il est évident qu'en les supprimant (les circonstances) le législateur n'a pas entendu réduire les facultés d'indulgence du juge. Il a uniquement voulu simplifier le droit de demain en supprimant une intuition qui avait donné lieu à une jurisprudence considérable*". J.PRADEL, *Le Nouveau Code penal, op.cit.*, pág.180.

<sup>563</sup> Así los arts.132-9, al.1º y 132-20. El primero dice: "*lorsque une infraction est punie d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer une peine d'emprisonnement pour une durée inférieure à celle qui est encourue*"; y el segundo: "*lorsqu'une infraction est punie d'une peine d'amende, la juridiction peut prononcer une amende d'un montant inférieur à celle qui est encourue* ».

<sup>564</sup> "*Cette modification ne fait que consacrer à peu de choses près de la situation de fait actuelle*" STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit, pénal.(1992), op.cit.*, pág. 423.

<sup>565</sup> Cfr. J.PRADEL, *Le Nouveau Code pénal, op.cit.*, pág 18, advierte de los peligros de la hiper individualización de la pena: "*d'abord celui de faire apparaître une grande différence entre la peine appliquée par le juge et la peine exécutée d'autre part, ensuite celui de permettre*

Para terminar pueden hacerse una serie de reflexiones sobre los sistemas de penas analizados:

La solución de equiparación de las penas no proporciona a los jueces una suficiente orientación para evaluar el hecho. De ahí que se acabe poniendo el acento en la personalidad del partícipe.

Tampoco la solución de la diferenciación de las penas seguida por el sistema español facilita la individuación de la pena, pues, en la práctica, esta diferenciación puede ser ignorada o bien burlada estableciendo la pena y, luego, en función de ella evaluar la conducta y no al contrario, como debería ser.

Al final la alternativa parece encontrarse entre una pena diferenciada en favor del cómplice y una circunstancia de reducción de la pena para las conductas que revistan menor importancia. Si el legislador opta por la primera solución se hace necesaria una definición amplia de la complicidad y de las demás figuras de los partícipes. A través de la descripción de la figura del cómplice debería establecerse claramente quién no es autor del delito porque su conducta no posee el devalor tipificado por la norma violada. Si se elige la solución de la circunstancia atenuante para las conductas de menor importancia es necesario evitar las cláusulas generales vinculando la atenuación exclusivamente a la importancia concreta de la conducta del cómplice en relación con el delito efectivamente cometido<sup>566</sup>. Así, en relación

---

*le développement de l'arbitraire et donc de l'inégalité entre les justiciables"*

<sup>566</sup> Y por tanto desvinculado de la peligrosidad del partícipe o a la necesidad de la aportación al delito ya que como afirma SEMINARA "*il criterio eziologico vale para stabilire l'an della punibilità ma può rivelarsi indifferente rispetto al quantum della pena*". S.SEMINARA, *Tecniche*, op.cit., pág.251.

con el sistema italiano, entiende SEMINARA que puede servir a estos efectos el art.114, comma 1º, pero sustituyendo la expresión "mínima importancia" por la de "minore" o "secondaria importancia", haciendo obligatoria su aplicación e incorporando el art.114 en el 110 para que pierda su carácter de excepción a la regla<sup>567</sup>.

En la determinación de las penas en la participación se produce una particular tensión entre la certeza<sup>568</sup> del Derecho y la justicia, entre el legislador y la aplicación judicial, y, en definitiva, en el respecto al principio de legalidad.

Precisamente, este último principio debería informar la determinación de la responsabilidad de los partícipes y desde esta perspectiva significa, como afirma RODRÍGUEZ RAMOS, " taxatividad y claridad jurídicas. Taxatividad porque de forma sumamente precisa debe concretarse la materia penalmente prohibida, sin que haya lugar, y se debe hacer todo lo posible para ello, a la arbitrariedad, atemporandose de esa suerte el llamado factor humano en la aplicación de la ley. Claridad, porque con anterioridad a la ejecución de un hecho debe conocerse, de

---

<sup>567</sup> S.SEMINARA, *Tecniche, op.cit.*, pág.253. La reforma del Código penal italiano que el Senado aprobó el 31 de enero 1973 se pronunciaba en sentido.

<sup>568</sup> En este sentido, MUÑOZ CONDE en relación con el nuevo Código español afirma que " hasta cierto punto parece lógico que el legislador ante un cambio social acelerado o ante una situación especial caiga en la tentación de dejar a los jueces la determinación de la consecuencia jurídica sino en la del supuesto del hecho delictivo, un amplio arbitrio, ofreciéndoles programas de decisión que conculcan el principio de división de poderes que está en la base del principio de legalidad corriendo el riesgo de que después en la práctica, los jueces asuman papeles de dirección y de regulación de la vida social para lo que no están legitimados constitucionalmente" F.MUÑOZ CONDE, *"El 'moderno' Derecho penal, op.cit.*, pág. 1340.

manera diáfana, y no sólo por los expertos, sino por la ciudadanía en general, qué está prohibido y qué no lo está”<sup>569</sup>.

## 8. CONCLUSIONES

1. Las regulaciones europeas de la participación en el delito pueden agruparse, teniendo en cuenta la técnica normativa utilizada, en torno a tres configuraciones. Dos podemos considerarlas principales, ya que suponen alternativas claramente diferenciadas: son las representadas por los Códigos penales español e italiano. La tercera, a la que corresponde el Código penal francés es mixta ya que utiliza elementos de las otras dos. Las dos configuraciones principales consisten en:

- Modelos unitarios: que niegan la posibilidad o la necesidad de distinción entre las distintas figuras de los partícipes en un hecho delictivo, salvando luego la posibilidad de establecer una diferenciación de la pena mediante el uso de las circunstancias agravantes y atenuantes. A esta técnica responde el Código penal italiano.
- Modelos de diferenciación que parten de la distinción de las conductas de participación, tipificándolas y estableciendo para algunas de ellas una disminución de la pena. A esta configuración responde el Código penal español.
- Modelos mixtos que, como el Código penal francés, admiten la existencia de diferencias entre las conductas de los distintos concurrentes y las describen, pero

---

<sup>569</sup> L.RODRÍGUEZ RAMOS, "*Un buen Código para reformar*", *op.cit.*, pág.1332.

establecen que todos responden por igual del delito y los equiparan a efectos de la aplicación de la pena.

2. El Código penal italiano adopta un modelo unitario, que gira en torno al art.110. Dicha norma determina la equiparación del tratamiento de todos los partícipes, renunciando a establecer cualquier delimitación de la responsabilidad. Esto ha llevado a la doctrina italiana a calificarlo de cláusula general, poco compatible con el principio de legalidad. Por otra parte, puesto que se prevé la imposición de un pena menor cuando la conducta de uno de los partícipes revista mínima importancia, la evaluación de las conductas delictivas deja de ser un problema de tipicidad del hecho y se desliza al momento de aplicación de la pena.

A pesar de la adopción del modelo unitario, la doctrina italiana admite la necesidad de plantear la distinción entre las diferentes formas de participación y, por tanto, de elaborar un concepto de autor. La mayoría de la doctrina niega la asimilación del sistema italiano al concepto unitario de autor y un amplio sector contesta la identificación con el concepto extensivo. Desde esta perspectiva, las normas que regulan la participación son consideradas como normas extensivas de la punibilidad. La adopción del sistema unitario, pues, no ha adormecido la polémica doctrinal sobre la necesidad de distinguir entre las distintas formas de participación.

3. El Código español de 1973, expresión del modelo diferenciado, partía de una definición legal de autor identificándolo con el ejecutor del delito. Identificación que, sin embargo, no servía para delimitar a efectos sancionatorios las conductas de autoría y de complicidad. La tipicidad de la conducta identificaba al ejecutor del delito, pero no bastaba para establecer a efectos sancionatorios diferencias rigurosas

entre los distintos partícipes. Y la ausencia de criterios claros para distinguir entre los partícipes ha llevado a abandonar el problema de la medición de la pena en manos de los jueces. El artículo 14 del anterior Código penal español planteaba, pues, evidentes problemas de aplicación. Prueba de ello es que, tanto la doctrina como la jurisprudencia han elaborado interpretaciones que intentan superar - cuando no negar - las previsiones de esa norma. Las reflexiones y elaboraciones de doctrina y jurisprudencia son más que un síntoma de la inadecuación del sistema. Así, el Tribunal Supremo español cuando aplica la teoría del acuerdo previo ignora y convierte en completamente inútil los principios sobre lo que se asienta la descripción normativa de las distintas conductas de participación. El nuevo Código penal mantiene este criterio de identificación del autor con el ejecutor, y luego asimila a efectos sancionatorios otras dos categorías de partícipes. Tampoco, pues, puede decirse que según la nueva legislación el concepto de autor sirva para la delimitación clara de los distintos concurrentes en el delito.

4. El sistema francés parte, como el italiano, de la equiparación a efectos de pena de todos los partícipes. Pero a pesar de ello, la determinación de quién es el autor del delito resulta imprescindible dado el criterio de "*criminalité d'emprunt*" en función del cual la responsabilidad del partícipe depende totalmente de la del autor. La doctrina francesa adopta un criterio restrictivo de autor, considerando que éste es quien reúne en sí todos los elementos constitutivos del delito.

5. En definitiva, de la comparación entre los tres modelos emerge que, a pesar de las diferentes técnicas empleadas, el problema central de la participación en todos los sistemas es la identificación del concepto de autor. De ello se ocupan las doctrinas española, italiana y francesa, obviamente desde perspectivas distintas

condicionadas por sus respectivas regulaciones de la participación. A pesar de esas diferencias, la mayoría de la doctrina de los tres países se decanta por un concepto restrictivo de autor, incluyendo la italiana que, como hemos visto, contesta que su regulación se identifique con el concepto extensivo de autor.

6. Las críticas a las elaboraciones doctrinales analizadas evidencian que el fenómeno de la participación en el delito es lo suficientemente complejo como para aceptar que ninguna explicación que de él se ofrezca es capaz de contemplar todas y cada una de las posibles formas de contribución al delito. De esta constatación cabe extraer dos reflexiones generales:

Primera, que la validez de las teorías explicativas de la participación no debería medirse sólo por su perfección o su ausencia de lagunas, sino por su adecuación a los valores éticos y sociales que son conquista y patrimonio común del Derecho penal europeo. En este sentido puede decirse que el objetivo de la dogmática penal no es tanto el de elaborar una construcción perfecta en la que no existan contradicciones, cuanto el de concebir un sistema que represente el ideal de garantía al que está orientado el Derecho penal, aunque esto signifique aceptar algunas lagunas. El principio de legalidad, el de culpabilidad e incluso razones de justicia material deben orientar las reconstrucciones dogmáticas.

Segunda, que en todo caso ninguna elaboración teórica puede ignorar las indicaciones de las regulaciones positivas, que de ser manifiestamente inadecuadas deberán ser reformadas.

7. Del análisis de la regulación de las distintas formas de participación se concluye que puede discutirse la figura del cooperador necesario prevista en la regulación española, pues complica la distinción entre autoría y complicidad. En ausencia de una definición precisa de la figura del cooperador necesario puede resultar inútil la tipificación normativa de las conductas de participación y carentes de sentido las exigencias de taxatividad y de limitación de la discrecionalidad del juez, que son la razón de ser de los sistemas diversificados. Si dicha discrecionalidad no se limita se reducen las diferencias con aquellos otros sistemas en los que se parte de la equiparación de todos los partícipe ya que al final unos y otros dejan en manos de los jueces posibles reducciones de pena para algunos de ellos.

8. Respecto a la inducción, la exposición comparada muestra las limitaciones de la regulación española que recoge un conjunto de términos esencialmente equívocos. En la descripción de esta figura parece más aceptable la técnica del Código penal francés, en el que se recoge un modelo de inducción cualificada. En el texto francés la punibilidad de la instigación depende de la efectiva influencia que el instigador ejerce sobre el autor del delito, y no de la simple manifestación de la voluntad, por eso no son punibles aquellas actividades no idóneas o unívocas. Esto parece esencialmente correcto.

9. El autor mediato supone un elemento claro de diferenciación entre los sistemas analizados. Desde el punto de vista legislativo sólo está regulado por el Nuevo Código penal español. Entre las doctrinas de los países examinados no existe acuerdo sobre la utilidad de la figura y sobre su admisibilidad en ausencia de regulación expresa.

10. En relación con las formas de participación, del análisis comparado cabe concluir que el sistema italiano ofrece un alto grado de incertidumbre. Tampoco las soluciones de descripción genérica de las actividades de participación son capaces de limitar la aplicación discrecional por parte del juez. Esta parece posible sólo realizando una cuidadosa descripción de las conductas de participación. Si se opta por esta alternativa caben a su vez dos posibilidades: la definición de las objetivas modalidades de la participación, o la tipificación de las figuras de los partícipes. Esta última es la técnica adoptada por el Código español que, como se ha visto, presentaba inconvenientes a la hora de establecer si determinadas conductas se encuentran o no comprendidas en la participación.

La solución de la descripción objetiva de las modalidades de la participación en el delito presenta la ventaja de saber que si determinadas conductas se prevén expresamente, quiere decir que el legislador se ha orientado por un noción de autor del delito desligada del elemento psicológico, mientras su ausencia significa la adhesión a la solución contraria. De ello podría deducirse que debe ser el legislador el que indique los criterios orientadores para el juez, precisando cuáles son las conductas atípicas que merecen una pena menor respecto a las de autoría.

11. El encubrimiento ha recibido tradicionalmente en los ordenamientos europeos dos tratamientos diferentes: forma de participación o delito autónomo. Esta última calificación, más correcta, es la adoptada por la mayoría de los ordenamientos actuales. En todo caso, si bien hoy parece evidente que el encubrimiento no debe considerarse como una forma de participación, no lo es tanto el que se trate de un delito autónomo, y, de hecho, cabe la opción de vincular su punibilidad a la del autor del delito principal - como se preveía en el anterior Código español y en el

vigente Código italiano -, o castigarlo con una pena independiente - como prevé el nuevo Código español -. Se trata de opciones legislativas difíciles de resolver ya que la vinculación del encubrimiento con el delito principal origina, inevitablemente, conflictos que no pueden ser ignorados.

12. El problema de la responsabilidad de los partícipes por el delito distinto del querido ofrece dos soluciones extremas: considerar que todos responden del delito efectivamente cometido, o escindir la responsabilidad castigando a cada uno de acuerdo con el delito que pretendía cometer. La primera solución es la adoptada por el Código italiano, si bien se contempla la atenuación de la pena para el partícipe que quería el delito menos grave. La doctrina italiana considera que se trata de una hipótesis de responsabilidad objetiva que debería ser reformada. Los Códigos español y francés no contienen una previsión expresa aplicable a estos casos. En España, mayoritariamente se considera que cada partícipe responde de acuerdo con la propia reprochabilidad, descartándose la posible aplicación del art. 50.1 del Código penal español de 1973, tachada, también, de hipótesis de responsabilidad objetiva. En Francia, la doctrina es partidaria de escindir la responsabilidad del cómplice de la del autor a pesar del rígido sistema de *emprunt de criminalité* .

13. La riqueza de la producción doctrinal sobre delitos especiales indica la dificultad de presentar estos tipos delictivos. También evidencia que la aplicación de las teorías generales aplicables a la participación no llegan a resolver todas y cada uno de los problemas concretos que estos delitos plantean. De la comparación realizada emerge un dato de máxima importancia para nuestra investigación: que el planteamiento de la cuestión está indisolublemente vinculado a la noción de autor y a cómo se entiendan los principios aplicables a la participación. Eso hace necesario

identificar al autor en sentido estricto, pues de ello dependerá la responsabilidad de los participantes en un delito especial. La determinación de la responsabilidad en estos delitos no puede resolverse en un vaciamiento de la noción de autor, de manera que, si bien puede afirmarse que sólo el sujeto cualificado puede ser autor del delito especial, no parece igualmente justificada la afirmación contraria, según la cual el *intraneus* es siempre autor cuando participa en la comisión de un hecho delictivo que aparentemente responde a los esquemas de un delito especial. Es obvio, pues, que la configuración legislativa de estos delitos sirve para delimitar el círculo de los sujetos que pueden cometerlos, pero no implica la renuncia total a los requisitos que caracterizan la noción de autor<sup>570</sup>.

La participación de un extraño en un delito especial está regulada expresamente por el Código penal italiano en el artículo 117, que, según la doctrina mayoritaria, se refiere sólo a los casos en los que el extraño no conoce la calidad del *intraneus* del otro partícipe. Se trata de otra hipótesis de responsabilidad objetiva que debería reformarse o suprimirse. En Francia, en el anterior Código penal regía el criterio de *emprunt absolu de criminalité y de pénalité*, en función del cual la posición de cómplice dependía totalmente de la del autor. Con el nuevo Código rige sólo el *emprunt de criminalité*, por lo que ahora al cómplice *extraneus* se le aplicará la pena que correspondería al autor del delito común, o la correspondiente al autor del delito especial si posee la cualidad de *intraneus*. En España, al no existir una orientación legislativa se discute acerca de si debe mantenerse o romperse el título de imputación. Actualmente la mayoría de la doctrina está orientada hacia el mantenimiento del título de imputación. Este criterio es sustancialmente válido como

---

<sup>570</sup> Cfr. en este sentido S.SEMINARA, *Tecniche*, *op.cit.*, pág.415.

regla general, pero deben admitirse excepciones para determinados supuestos, pues el principio de accesoriadad encuentra su límite en el de culpabilidad. Por eso, donde no exista previsión legislativa, y no sean aplicables los principios que rigen en general la participación en el delito, no corresponde al intérprete forzar categorías y calificaciones que se traduzcan en una violación de los principios de legalidad y de culpabilidad que son la garantía del sistema penal.

14. La solución de equiparación de las penas adoptada por los ordenamientos francés e italiano no proporciona a los jueces una suficiente orientación para evaluar el hecho, pero tampoco la solución de la diferenciación de las penas seguida por el sistema español facilita la individuación de la pena. En la práctica, el sistema de diferenciación puede obviarse si primero se establece la pena y luego se evalúa la conducta.

Las alternativas en materia de determinación de las penas están entre establecer una pena diferenciada en favor del cómplice, o bien en aplicar una circunstancia de reducción de la pena para las conductas menos importantes. Lo primero exige una definición precisa de las figuras de los partícipes, que consienta establecer quien no es autor del delito porque su conducta no posee el desvalor tipificado por la norma violada. La segunda posibilidad exige evitar las cláusulas generales, de manera que sea posible vincular la atenuación sólo a la importancia concreta de la conducta del complicitad en relación con el delito que efectivamente se ha cometido.

*"La liberté du commerce n'est pas une faculté accordée aux commerçants de faire ce qu'ils veulent; ce serait plutôt servitude." (MONTESQUIEU)*

## **CUARTA PARTE**

### **EVALUACIÓN DE LAS OPCIONES DESDE LA POSIBILIDAD DE UN DERECHO COMÚN**

## **1. ORIGEN DE LAS COMUNIDADES EUROPAS: problemas competenciales de las instituciones**

Una vez analizados los tres modelos de regulación de la participación en el delito que representan las posibles opciones en los países de la Europa comunitaria, es necesario plantearse hasta dónde incide en los ordenamientos de esos países su pertenencia a una organización supranacional y, hasta qué punto es posible seguir manteniendo las diferencias existentes en materia penal, o es preciso, en cambio, empezar a pensar en una aproximación de sus legislaciones. Para ello previamente hay que referirse a la incidencia general del Derecho comunitario en los Derechos penales nacionales.

### **1.1. Origen y evolución de las Comunidades Europeas**

La Comunidad Europea es un fenómeno jurídico y político nuevo y, desde muchos puntos de vista, completamente original. Se trata de una organización que no responde a los esquemas clásicos del Derecho internacional ya que está dotada de competencias propias que le han sido atribuidas por los Estados Miembros.

Lo que actualmente constituye la Unión Europea tiene su fundamento en las Comunidades Europeas creadas hace más de cuarenta años. Pero la idea de unificación europea es casi tan antigua como la historia del viejo continente<sup>571</sup>. Y es

---

<sup>571</sup> Sobre la historia de la unificación europea pueden consultarse:

difícil entender qué es esa organización sin tener en cuenta que responde justamente a ese pasado común histórico que configura la realidad política, social y jurídica de los países europeos embarcados en el proyecto de la Unión europea.

Europa, en realidad encuentra su identidad más allá de criterios geográficos. La unificación de Europa es un viejo sueño de los europeos de todos los tiempos, hasta el punto que el primer proyecto de federación Europea es el de Pierre DUBOIS (1305-1367), curioso personaje, alumno de Santo Tomás de Aquino que, abrazando la causa de Felipe el Hermoso frente al Papa Bonifacio VIII, se adelanta a su época y reclama la supresión del poder temporal del Papado. Es el primero que plantea un sistema de arbitraje internacional.

A partir de ese momento se sucederán proyectos, más o menos utópicos de unificación. En cada época son producto y reflejo de la situación política y filosófica dominante. Así, los numerosos proyectos del siglo XVII parten de la realidad de la afirmación de las Monarquías absolutas, y de los enfrentamientos religiosos que ensangrientan Europa, sus aspiraciones: preservar la paz y la libertad de comercio (CRUCÉ 1623), limitar la soberanía de los Estados en una República Europea Cristiana (Gran proyecto de SULLY 1638), o en una Asamblea europea en la que las decisiones se tomen por mayoría cualificada (como propone PENN en su libro

---

BOCCHI/CERUTI/MORIN, *L'Europa nell'era planetaria*, Milán, 1991; H. BRUGMANS, *La idea de Europa 1920-1970*, Madrid, 1972. F.CHABOD, *Historia de la idea de Europa*, Madrid, 1992; F. GUTIÉRREZ CONTRERAS, *Europa: Historia de una idea*, Pamplona, 1987; F.GUIZOT, *Historia de la civilización de Europa*, Madrid, 1990; G.MAMMARELLA, *Imparare l'Europa*, Bolonia, 1994; E.MORIN, *Pensar l'Europa*, Barcelona, 1994; A.SANCHEZ-GIJÓN, *Europa una tarea inacabada*, Madrid, 1975; G.SPADOLINI, *La idea de Europa entre la Ilustración y el Romanticismo*, Madrid, 1991; G. SOULIER, *L'Europe*, París, 1994; E.TODD, *La invención de Europa*, Barcelona, 1995. A. TRUYOL Y SERRA, *La integración europea. Idea y realidad*, Madrid, 1972, y la reciente obra de R. PÉREZ BUSTAMANTE, *Historia de la Unión*

“Ensayo sobre la paz perpetua”) o, más todavía, la unión permanente de toda Europa en una DIETA dotada de poderes legislativos y judiciales ( la gran idea del Proyecto de paz perpetua del ABAD SAINT PIERRE de 1712 posteriormente comentado por ROUSSEAU). Los proyectos ilustrados son, en cambio, menos concretos, más filosóficos. La “Europa de los filósofos”<sup>572</sup> como la denomina PÉREZ BUSTAMANTE es un momento clave para el desarrollo de la conciencia europea. Conscientes de estar viviendo una época extraordinaria, los hombres de la Ilustración no ocultan su orgullo por pertenecer a “la reina de la tierra” como define MONTESQUIEU nuestro continente, a esa comunidad de inteligencias que es para VOLTAIRE un “cuerpo único, unidad cultural y espiritual unidos por la fe en la razón”. No escapa a la tentación de la unión europea ni el propio KANT que en su Proyecto de paz perpetua imagina una federación de pueblos con sumisión de todos los Estados a una legislación única e igual para todos. La vuelta a los proyectos concretos se iniciará con BENTHAM: útil para los soberanos es unirse y arreglar las cosas pacíficamente y para ello es necesario crear una Asamblea (es la primera vez que se utiliza el término) y un Tribunal común.

NAPOLEÓN recoge la herencia de las pretensiones universales revolucionarias, e intenta ponerlas en práctica. Concibe su Imperio como una entidad supranacional europea emparentada con el Sacro Imperio Romano germánico, su corona se remonta a CARLOMAGNO, pero no recibe su poder de Dios sino de los hombres. Sin embargo, conseguirá el resultado exactamente opuesto: el encenderse de los nacionalismos de los pueblos sometidos. Nacionalistas liberales y nacionalistas románticos intentan la cuadratura del círculo, consiguen ser europeos

---

*Europea*, Madrid, 1997.

defendiendo las patrias<sup>573</sup>. Son fervientes patriotas pero a la vez convencidos europeístas: "(...) la gran Federación europea que debe unir en una sola asociación a todas las familias del antiguo mundo. La federación de los pueblos libres borrarán las divisiones de los Estados, queridas fomentadas por los déspotas, y desaparecerán así las rivalidades entre las razas, y se consolidarán las nacionalidades según son queridas por el derecho y las necesidades locales", afirma MAZZINI en el Manifiesto del movimiento de la "Joven Europa" de 1831.

Europa se prepara a otro cambio decisivo. Los movimientos revolucionarios de 1830, 1840 y sobre todo el de 1848 son nacionalistas pero también europeos: Viena, Londres, Roma, Milán son contemporáneamente escenario de sublevaciones liberales. Sus consecuencias también tendrán dimensiones y repercusiones europeas: con formulaciones diversas, en muchos países se impone una nueva fórmula política la de la monarquía constitucional, pero, además, con los ciclos revolucionarios la lucha política ha atravesado las fronteras y encuentra un terreno fértil en el proletariado para la difusión a escala europea de la ideas socialistas que se plasmarán en la I y II Internacional. Se prepara el período de paz armada que precede al primer gran conflicto bélico europeo. Al terminar la Primera Guerra mundial, en una Europa destruida material y moralmente, se produce, sin embargo, el máximo auge de los movimientos europeístas.

El clima depresivo de la conciencia europea que lleva a SPENGLER a escribir sobre decadencia de occidente y a ORTEGA ha definir a Europa como "inercia

---

<sup>572</sup> Cfr. R. PÉREZ BUSTAMANTE, *Historia de La Unión Europea*, *op.cit.*, pág.26.

<sup>573</sup> Cfr. F. GUTIÉRREZ CONTRERAS, *Historia de una idea*, *op.cit.*, pág.64.

moral, esterilidad intelectual y barbarie omnímada" no impide la multiplicación de los movimientos europeístas, por lo general de inspiración federalista. Pero, ni el discurso de Aristide BRIAND ante la S.D.N en 1929, ni su plasmación en el Memorándum sobre la unión federal de Europa redactado por Alexis LEGER - aún no conocido como Saint-John PERSE -, ni los intentos de pacificación franco-alemana debidos a BRIAND y a STRESEMANN, consiguen impedir la II Guerra mundial.

Aquí empiezan los antecedentes próximos de la Comunidad Europea. Éstos suelen situarse en el discurso de SCHUMAN el 9 de mayo de 1950 que propone "emplazar la producción franco-alemana del carbón y del acero bajo una Alta Autoridad común en una organización abierta a los demás países de Europa". La idea es de Jean MONNET y está basada en una nueva filosofía de la integración. El objetivo inmediato no es la unión política. Realizar ésta directamente ya había sido intentado en el Congreso de la Haya de 1949 que llevó a la creación del Consejo de Europa, importante organización sobre todo en relación con los Derechos humanos, pero no embrión - como se pretendió- de un Estado federal europeo. Ahora se parte con más cautela. El elemento de cohesión va ha ser el establecimiento de unas bases económicas comunes; el primer paso, pues, será la integración económica<sup>574</sup>. A este nueva método se le conoce como funcionalismo y se traduce en que:

---

<sup>574</sup> *"L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble: elle se fera par des réalisations créant d'abord une solidarité de fait (...) La mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement des bases communes de développement économique, première étape de la Fédération"* Declaración de Robert SCHUMAN de 9 de mayo 1945, en C.ZORGBIBE, *Textes de politique internationale depuis 1945*, París, 1985.

- Europa no se hará de golpe sino a través de realizaciones concretas empezando por la puesta en común de la producción de carbón y de acero.
- Esas realizaciones llevarán a cesiones sucesivas de soberanía en ámbitos concretos a favor de organizaciones supranacionales.
- La puesta en común de esa soberanía creará los cimientos de una Federación Europea última etapa del proceso.

La propuesta de SCHUMAN es recogida por Alemania, Italia y los tres países del BENELUX. El 18 de abril de 1951 se firma en París el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). Nace, así, la primera Comunidad de los seis.

Un año más tarde se intenta forzar el proceso. Los franceses proponen y, luego boicotean, la creación de una Comunidad Europea de Defensa (CED). El 10 de marzo de 1953 se aprueba este Tratado, mediante el cual se pretendía crear una Comunidad política europea, con un Parlamento bicameral dotado de auténtico poder legislativo, un Consejo ejecutivo nombrado por el Senado, un Consejo de Ministros, órgano de representación de los Estados Miembros, y un Tribunal de Justicia. Si el Parlamento francés no se hubiese negado a ratificar el Tratado, en lo que se ha denominado el crimen del 31 de Agosto, la evolución de la Comunidad hubiese sido completamente diferente y este trabajo de investigación también. En efecto, el Tratado de la CED preveía la cesión de ciertas competencias penales a la Comunidad de manera que, en cierta medida, se sentaban las bases de un sistema penal supranacional - o penal militar -, ya que se dotaba a la Comunidad de potestad

penal basada en el ordenamiento jurídico comunitario<sup>575</sup>. Así, en el art.18 del Protocolo Anexo al Tratado se establecía que "los Estados Miembros transfieren a la Comunidad Europea de Defensa su potestad represiva sobre los delitos cometidos por las fuerzas Europeas de Defensa". El art.19 del mismo Protocolo se preveía que la represión de dichos delitos se debería asegurar mediante una legislación común que respetase los principios constitucionales de los Estados Miembros. De hecho, otro Protocolo Anexo al Tratado contenía una enumeración de algunos de esos principios como el de legalidad, el de irretroactividad de la ley penal y el de culpabilidad, considerados patrimonio jurídico común de los Estados Miembros. Esta legislación penal comprendía la organización judicial y el procedimiento penal. Se preveía que las potestades jurisdiccionales de la Comunidad serían ejercidas por órganos nacionales que, al actuar por delegación de la Comunidad, se convertirían en "Tribunales europeos de composición nacional". En espera de la ratificación del Tratado, grupos de expertos empezaron a trabajar en la elaboración de una normativa común y la tarea resultó evidentemente complicada. La votación negativa de la Asamblea Nacional francesa puso punto final al segundo y último intento hasta nuestros días de dotar a Europa de un Estatuto de Unión política<sup>576</sup>.

El fracaso de este proyecto no impide que se siga avanzando en la integración europea. El siguiente paso será el de la generalización del modelo de la primera Comunidad. Los Jefes de Estado y de Gobierno de los seis reunidos en la Conferencia de MESSINA (1955) dan luz verde a la creación de otras dos Comunidades. El 25 de marzo de 1957 se firman en Roma el Tratado constitutivo

---

<sup>575</sup> Cfr. G.GRASSO, *Comunidades Europeas, op.cit.*, pág.81.

<sup>576</sup> Sobre las razones del rechazo francés véase H. BRUGMANS, *La idea de Europa*,

de la Comunidad Económica Europea (CEE) y el de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA).

Lo demás es historia reciente: se suceden las ampliaciones hasta alcanzar, con la última de Enero de 1996, los quince miembros; se llevan a cabo las dos grandes reformas de los Tratados fundacionales: el Acta Única Europea de 1987 y el Tratado de la Unión Europea, conocido como Tratado de Maastricht que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

El Tratado de Maastricht crea la UNIÓN EUROPEA, nueva organización sin personalidad jurídica internacional, que el art.A TUE explica afirmando que: "La Unión tiene su fundamento en las Comunidades Europeas completadas por las políticas y formas de cooperación establecidas por el presente Tratado (...)".

Existen, pues, tres Comunidades Europeas dotadas de personalidad jurídica internacional con carácter supranacional y poder legislativo. Junto a ellas, el TUE incorpora otros dos niveles de cooperación entre los Estados Miembros, denominados pilares de carácter intergubernamental: la política exterior y de seguridad común (PESC) - art. J. TUE - y la Cooperación en materia de justicia e interior (CAJAI) - art. K TUE -. El conjunto de esos tres niveles de cooperación entre los Estados miembros forma la nueva organización denominada Unión Europea que, sin embargo, como hemos señalado, no posee personalidad jurídica ni, como tal, poder legislativo. La producción de Derecho comunitario sigue, pues, correspondiendo a las Comunidades Europeas, pero la creación del pilar

---

*op.cit.*, págs. 173 a 202.

intergubernamental de Justicia e Interior tendrá, como veremos repercusiones penales.

El Tratado de la Unión Europea ha sido recientemente objeto de reforma por la Conferencia Intergubernamental cuyos trabajos se iniciaron en Turín en mayo de 1997 y concluyeron, en octubre de este mismo año, con la firma del Tratado de Amsterdam que deberá ser ratificado por los Estados miembros de acuerdo con los propios procedimientos internos.

Como consecuencia de esta evolución, la Comunidad Europea ha ido ampliando su ámbito competencial, bien, mediante las sucesivas reformas de los Tratados, bien, utilizando la llamada cláusula de competencias subsidiarias o cláusula de apoderamiento de competencias recogida en el art.235 TCE que permite la actuación legislativa en ámbitos no expresamente atribuidos a la Comunidad siempre que se cumplan las exigencias que la norma establece<sup>577</sup>.

## **1.2. Naturaleza y principios de las Comunidades**

Veamos ahora qué es esa organización, de la que hemos hablado hasta ahora como producto histórico, desde el punto de vista jurídico.

---

<sup>577</sup> Art. 235 TCE: "Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión, y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes"

Sobre su naturaleza no existe acuerdo doctrinal por lo que acaba definiéndose por sus características y, fundamentalmente, por el hecho de haber configurado un ordenamiento jurídico propio. Así, el Tribunal de Justicia de la Comunidades (TJCE) ha elaborado una definición ya clásica:

"(...) a diferencia de los Tratados Internacionales ordinarios, el TJCE ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados Miembros, desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a los órganos jurisdiccionales; que, en efecto, al constituir una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de representación internacional, y más particularmente de poderes reales nacidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y han creado así un cuerpo de derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos" (Sentencia TJCE de 15 de julio de 1964, COSTA/ENEL, as.6/64, Rep.1964, págs.1158 y ss.).

La Comunidad Europea puede ser definida, pues, como ordenamiento jurídico caracterizado por ser un conjunto organizado de normas jurídicas, que posee sus propias fuentes y está dotada de órganos y procedimientos aptos para producirlas, interpretarlas y sancionar su incumplimiento<sup>578</sup>.

---

<sup>578</sup> Cfr. G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, 1992, pág.111.

Ese ordenamiento jurídico está inspirado en principios propios que determinan su fuerza de penetración en los Derechos nacionales de los Estados Miembros:

a) El Derecho comunitario es automáticamente aplicable desde su creación en todos los Estados Miembros. La norma comunitaria es autosuficiente, no necesita ninguna medida comunitaria ni nacional para su aplicación interna: posee por tanto aplicabilidad directa (Sent.TJCE de 5 de febrero de 1963, VAN GEND & LOOS, as.26/62, Rec.1963 págs.3 y ss).

b) Como consecuencia de esa aplicación directa, las normas comunitarias no sólo obligan a los Estados Miembros, sino que, como toda norma interna, crean derechos y obligaciones en los particulares que pueden ser invocados ante sus propias jurisdicciones nacionales. Es decir poseen efecto directo (Sent.TJCE VAN GEND & LOSS, as.26/62, cit., y Sent.TJCE de 5 abril de 1979, MINISTÈRE PUBLIC/RATTI, as.148/78, Rec.1979, pág.1629).

c) En caso de conflicto entre una norma nacional y una norma comunitaria, prevalece la norma comunitaria sobre la nacional, cualquiera que sea el rango legal de dicha norma. Se habla así de primacía (Sent.TJCE as.6/64 COSTA ENEL, citada).

d) La Comunidad posee un conjunto de competencias formado por la cesión de parcelas de soberanía cedidas por los Estados miembros a la Comunidad.

Estas características hacen que el Derecho Comunitario impida que el Derecho interno de los Estados miembros pueda configurarse sin tener en cuenta la norma comunitaria. La anterior afirmación vale, también, para el ámbito penal en general y, más en concreto, para las infracciones y sanciones previstas en los ordenes nacionales<sup>579</sup>.

El Tribunal Supremo español se ha pronunciado sobre los principios de Derecho comunitario y sobre el papel que estos cumplen en las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho nacional. Respecto lo primero, no duda nuestro Tribunal Supremo en declarar "el reconocimiento explícito e incondicional del valor del Derecho comunitario, entendiendo por tal el Derecho originario (Tratados, básicamente) y Derecho derivado (reglamentos, directivas y decisiones con sus correspondientes especificaciones), con el efecto ya clásico de obligar directamente a todos los Estados miembros y de primacía sobre los derechos nacionales"<sup>580</sup>. Respecto a las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho nacional y en concreto, refiriéndose a la compatibilidad del la Ley de Contrabando y el artículo 3a) TCEE, afirma que dichas relaciones deben enfocarse "sobre la base de los principios ya recordados del efecto directo y de la primacía del Derecho comunitario"<sup>581</sup>.

En definitiva la evolución de la Comunidad ha ido lentamente erosionando el poder, hasta ahora soberano, de penar de cada Estado. La primacía de las normas

---

<sup>579</sup> G. GRASSO, *Comunidades Europeas, op.cit.*, págs.304 y ss.

<sup>580</sup> Sent.T.S. de 20 de octubre de 1992. Ar.8402.

<sup>581</sup> Sent.T.S. de 19 de enero de 1993, Ar.396.

comunitarias tiene como consecuencia que los conflictos que se producen entre Derecho nacional y Derecho comunitario se resuelvan a favor de este último, con la consiguiente inaplicación de la norma nacional, sin que ello necesariamente implique su eliminación del sistema jurídico nacional, sino sólo que será ignorada mientras subsista el conflicto. Y esto porque, en función de la cesión de competencias, las normas internas nacionales anteriores incompatibles con el Derecho comunitario se consideran derogadas; por el contrario, las posteriores dictadas en contradicción con una reglamentación comunitaria ya en vigor, se entienden viciadas de inconstitucionalidad desde su inicio. Será el juez nacional el encargado de llevar a la práctica la primacía del Derecho comunitario señalada (Sent. TJCE de 9 de marzo de 1978, SIMMENTHAL, caso 106/77, Rec., 1978, págs.609 y ss.)<sup>582</sup>.

Hasta aquí en términos generales, como se articulan las relaciones ente el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos, ahora es necesario analizar las consecuencias de esa articulación en el ámbito penal, ya que en este la resolución de conflictos entre normas nacionales y normas comunitarias presenta una especial complejidad.

---

<sup>582</sup> Así por ejemplo, en materia penal el juez italiano de Desio en sentencia de 15 de enero de 1980 consideró inaplicable la legislación italiana que preveía sanciones penales por incumplimiento de las obligaciones de control de aparatos de presión con nivel superior a 0,5 Kgr por cm<sup>3</sup> en contradicción con la Directiva 76/767/CEE que consideraba exentos de toda verificación a los aparatos cuyo nivel de presión no superase los 5Kgr por cm<sup>3</sup> dado que el inculcado había respetado ese límite.

## 2. INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL DERECHO PENAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS

La Comunidad no posee, como tendremos ocasión de analizar, competencias en materia penal, pero es evidente, y así es admitido por la doctrina<sup>583</sup>, que el Derecho comunitario ejerce una inevitable influencia en los Derechos nacionales ya desde sus orígenes. Sintetizando, puede hablarse de dos tipos de influencias:

### 2.1. Incompatibilidad entre normas de Derecho nacional y Derecho comunitario

La resolución de estos conflictos varía según se trate de normas de Derecho originario o de Derecho derivado.

#### a. Derecho originario

La creación de la Comunidad y la posterior reforma de los Tratados por parte del Acta Única Europea tiene como consecuencia la creación de un gran espacio donde personas, servicios, capitales y productos circulan libremente. Con ello se hace necesaria la supresión de aquellas barreras visibles y ocultas que los Estados

---

<sup>583</sup> La preocupación por las influencias del Derecho comunitario sobre el Derecho penal está presente en la doctrina penal de los países miembros desde hace años y empezó planteándose casi siempre desde la perspectiva de un futuro de un Derecho penal europeo. Así por ejemplo: *"l'avènement d'un droit européen (...) oblige de plus en plus les pénalistes à s'interroger sur un autre problème, celui de la naissance du futur rythme de croissance d'un droit pénal européen"*. M.RIGAUX, *"Sur la route du droit pénal européen"*, Revue de Droit penal et criminologie, nº7 de 1973, pág.648. En el mismo sentido C.PEDRAZZI, *"Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità Economica Europea"*, en L'Indice penale, nº 3, 1967.

habían venido acumulando para proteger sus mercados, y que hacían eficaces mediante sanciones penales. La supresión exigida por el Derecho comunitario de esos "*praeceptum*" limitativos de la libre circulación, acarrea también la supresión de la "*sanctio legis*" que los respaldaba.

Por lo general, a nivel nacional se admite pacíficamente que el conflicto se resuelve, en virtud del principio de primacía, aplicando la legislación comunitaria. Así, en España, se ha planteado la posible incompatibilidad entre la Ley de Contrabando y el concepto de mercado interior contenido en el artículo 8A TCEE (hoy 7 TCE), introducido en este Tratado con la reforma del Acta Única, y, en concreto con la libre circulación de productos procedentes de Terceros países que, una vez satisfechos los derechos de aduana, se consideran en libre práctica tal como establece el art.9.1 TCE. Nuestro Tribunal Supremo se pronunció sobre ello en la sentencia de 20 de octubre de 1992 afirmando que "el Derecho comunitario puede producir y produce efectos descriminalizadores o despenalizadores según la terminología que en caso se utilice"<sup>584</sup>.

Más recientemente, en materia cambiaria la reforma del Tratado de la Unión ha planteado la posible incompatibilidad entre la Ley 40/1979 - desarrollada por la Ley Orgánica 10/1983 y por la Ley 26/188 de 29 de julio - que exige una autorización previa para realizar movimientos de capital, y el nuevo artículo 73B del

---

<sup>584</sup> En el mismo sentido puede recordarse la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1993 y, sobre todo, el auto de la Audiencia Nacional de 18 de noviembre de 1993 por el que se archiva el sumario 11/84 por considerar despenalizada la libre circulación de tabaco de origen comunitario o en libre práctica en función del Derecho comunitario. Una descripción detallada en A.MATEOS RODRÍGUEZ ARIAS, *La Unión europea. y su incidencia en los Derechos penales nacionales*, LA LEY, nº3780 de 6 de mayo 1995, págs.8 y 9.

TCE que regula el principio de liberalización total e incondicional de movimientos de capitales entre Estados miembros y con aquellos terceros Estados que apliquen la reciprocidad. El conflicto ha dado origen a dos cuestiones prejudiciales por parte del Juzgado Central de la Audiencia Nacional.

En los demás Estados miembros se plantea la misma situación. Así, por ejemplo, en Francia en función del artículo 30 TCE se han considerado como no constitutivos de delito algunos hechos calificados como fraudes por la Ley de 1 de agosto de 1905 y, se ha modificado la publicidad de bebidas alcohólicas tipificadas en los arts.17 y 18 del *Code de Boissons* por considerar la tipificación de esos hechos como medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas prohibidas por la citada norma comunitaria, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia de 11 julio de 1974, DASSONVILLE, as.8/74, Rec.1974, pág.837<sup>585</sup>.

A pesar de que la primacía del Derecho comunitario sea hoy generalmente admitida por los órganos jurisdiccionales nacionales, la resolución de estos conflictos no ha sido siempre pacífica. Los Tribunales nacionales en ocasiones han evitado entrar en el fondo de la cuestión negando la aplicabilidad directa a algunas normas de los Tratados. Así, por ejemplo, nuestro Tribunal Supremo negó que los artículos 9 y 37 del TCE pudieran ser alegados como causa de justificación en relación con el delito de contrabando previsto en el artículo 1.1.3 de la Ley Orgánica 7/1982 de 13 de julio afirmado que "los derechos subjetivos públicos que los

---

<sup>585</sup> En función de la llamada "formula DASSONVILLE", establecida por el TJCE en la sentencia del mismo nombre son medidas de efecto equivalente a la restricciones cuantitativas "toda reglamentación nacional susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, actual o

ciudadanos pueden invocar con este alcance (en concreto se estaba haciendo referencia a el ejercicio legítimo de un derecho en función del art.8.11 del Código penal de 1973) se deducen siempre de normas cuya finalidad preferente sea la protección de intereses individuales, lo que no ocurre con los fundamentos de la Comunidad establecidos en los Tratados constitutivos. Estos son, en verdad, líneas orientadoras comunes de la política económica a la que los Estados miembros se comprometen, pero que en modo alguno crean derechos de los ciudadanos contra el Estado (...)"<sup>586</sup>. El razonamiento de nuestro Tribunal, sin embargo, no puede ser compartido, ya que no es el órgano competente para decidir sobre la aplicabilidad directa de las normas comunitarias, pues, esta función corresponde exclusivamente al TJCE, único interprete del Derecho comunitario, y éste se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la incompatibilidad de determinados delitos con las normas de los Tratados<sup>587</sup>.

#### b. Derecho derivado

La incompatibilidad puede también darse entre normas nacionales y normas de Derecho derivado. En estos casos, la resolución del conflicto depende del tipo de norma comunitaria que lo haya originado, pues la incidencia en el Derecho nacional de los reglamentos es diversa de la producida por las directivas.

---

potencialmente, los intercambios comunitarios..

<sup>586</sup> Sent. T.S. de 21 de diciembre de 1988.

<sup>587</sup> El artículo 164 del TCE dispone que : "El TJCE garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado". Sobre él se ha construido la jurisprudencia comunitaria del monopolio del TJCE sobre la interpretación del Derecho comunitario. En materia penal véase, por ejemplo las sentencias del TJCE de 10 de enero de 1985 CENTRE LECLER, as. 229/83 y la de 29 de enero de 1985, as. 231/83 CULLET y CENTRE LECLER, sobre precios ilícitos en materia de comercio de carne.

Los reglamentos son inmediata y directamente aplicables en todos los Estados miembros desde su entrada en vigor, sin que sea necesaria ninguna actividad legislativa por parte de éstos, y que, por tanto, crean desde ese momento derechos invocables por los particulares ante sus jurisdicciones nacionales.

Las directivas, en cambio, son normas destinadas a los Estados, en las que se establece el resultado perseguido, pero se deja a éstos la libertad de elección de las medidas para la consecución de dicho resultado. Las directivas, en cuanto que necesitan de medidas de transposición nacional, en principio no poseen efecto directo.

Cuando estas medidas de transposición no se producen -o se llevan a cabo de manera incorrecta - se plantea cómo resolver la eventual contradicción entre la legislación nacional, en principio aún vigente, y lo dispuesto por la directiva.

En caso de no transposición, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo admite el efecto directo, pero sólo el vertical<sup>588</sup>, ya que una directiva posee carácter vinculante sólo para el Estado o frente al Estado<sup>589</sup>. De esta última afirmación se deducen dos consecuencias. Por una parte, que las directivas no crean obligaciones

---

<sup>588</sup> STJCE de 26.2.1986, MARSHALL, as.152/84., Rec., 1986, pág.723.

<sup>589</sup> La lógica del efecto directo vertical de las directivas no transpuestas está en dos argumentos: la garantía de los justiciables, es decir la posibilidad de salvaguardar sus derechos - atribuidos por una norma comunitaria- ante las jurisdicciones nacionales y la sanción respecto a los Estados miembros que no han tomado las medidas necesarias para la ejecución del derecho comunitario de manera que " la iniciativa de los particulares interesados en la protección de sus derechos lleva consigo un eficaz control, que se añade al que los artículos 169 y 170 (recurso por incumplimiento) encomiendan a la Comisión y a los Estados miembros" (Sent.TJCE VAN GEND & LOOS, de 5.2.1963, as.26/62, cit.).

para un particular, de manera que, en los litigios entre particulares - efecto directo horizontal - el TJCE se limita a pedir al juez nacional que interprete la norma nacional contraria "a la luz del Derecho comunitario" (sent. MARLEASIG/La COMERCIAL, citada) y cuando ello no es posible, el TJCE ve en la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario el único camino posible para la protección de los particulares perjudicados como establece en su sentencia de 19 de diciembre de 1991, FRANCOVICH/BONIFACI, as.9/90<sup>590</sup>. Este último criterio ha sido confirmado en numerosas sentencias posteriores como la de 7 de marzo de 1996, BLAZQUEZ/ EL CORTE INGLÉS, as.192/94, o en la de 14 de julio de 1994, FACCINI/DORI, as.91/92. Por otra parte, las directivas no poseen efecto vertical invertido, es decir no crean obligaciones en los particulares. No es pues posible, como ha reiterado el TJCE, sancionar a un particular por contravenir una directiva no transpuesta (STJCE de 11 de junio de 1987, PRETORE DE SALÓ, Rec. 1987, págs.2545 y ss.; y STJCE de 8 de octubre de 1987, KOLPINGHIUS NIJMEGEN, as.80/86, Rec.1987, págs.2545 y ss.).

En materia penal el conflicto entre normas nacionales y directivas no transpuestas se ha planteado en diversas ocasiones. El TJCE se ha pronunciado sobre el efecto directo de las directivas en ámbito penal en su sentencia de 5 de abril de 1979, RATTI<sup>591</sup>. En ella se plantea la incompatibilidad entre normas penales italianas y directivas comunitarias. La sentencia la originó una cuestión prejudicial del *Pretore* de Milán que, tal como prevé el art.177 TCE, preguntó al Tribunal de Luxemburgo sobre la posible contradicción entre las directivas comunitarias

---

<sup>590</sup> STJCE FRANCOVICH/ BONIFACI, de 13.11.91, as. 6/90 y , Rec. 1991, págs.5403 y ss.

73/173/CEE de 4 de junio de 1973 y 77/728/CEE de 7 de noviembre de 1977 relacionadas con el etiquetado de barnices y pinturas, y la Ley italiana de 5 de marzo de 1963 sobre la misma materia. La inculpación de RATTI se produjo por haber etiquetado sus productos con arreglo a las citadas normas comunitarias, violando la ley italiana, todavía considerada en vigor al no haber Italia adoptado las correspondientes medidas de transposición. Se planteó, así, el tema del efecto directo, es decir de la invocabilidad de las directivas en ausencia de transposición. La respuesta del TJCE es contundente, afirma que "después del vencimiento del plazo establecido para la actuación de una directiva los Estados miembros no pueden aplicar la propia normativa nacional no adecuada todavía a esta última - ni aun cuando vengan establecidas sanciones penales- a quien se haya adecuado a las disposiciones de la propia directiva"<sup>592</sup>.

No admite, en cambio el TJCE, al efecto directo invertido, es decir la posibilidad de que una directiva no traspuesta agrave o modifique la responsabilidad de un particular, de ello nos ocuparemos cuando abordemos el análisis del segundo tipo de influencia del Derecho comunitario sobre el nacional.

Interesa ahora destacar que, en relación con la posibilidad de que el Derecho comunitario lleve a la inaplicación de normas penales nacionales, se ha señalado la necesidad de revisión del concepto de *ius puniendi*<sup>593</sup>. Este, normalmente se asimila a la capacidad de creación de normas penales, y se olvida su aspecto negativo, es

---

<sup>591</sup> STJCE de 5 de abril de 1979, as. 148/78, Rec. 1979, pág. 1429.

<sup>592</sup> STJC. RATTI, cit., pág. 1642.

<sup>593</sup> Cfr. A. CUERDA RIEZU, "¿ Ostentan *ius puniendi* las Comunidades Europeas?, en

decir la posibilidad de discriminar conductas, o reducir el ámbito de las penalmente relevantes. Desde esta perspectiva cabe plantearse que las Comunidades poseen *ius non puniendi* que “origina una *obligatio non puniendi* de los Estados miembros. Esta obligación de no penar incumbe tanto al legislador nacional como a los Tribunales de justicia: el legislador de un Estado no puede, por ejemplo, prohibir bajo la amenaza de pena una conducta que sea lícita de conformidad con el Derecho comunitario; y el juez de lo penal de un Estado no puede imponer una condena por un hecho que es asimismo lícito según el Derecho comunitario. El legislador nacional ha perdido, pues, parte de su soberanía al integrarse su Estado en las Comunidades Europeas, pues en las materias comunitarias ya no es libre para elegir las conductas que desea incriminar”<sup>594</sup>.

Esta constatación confirma hasta que punto el ámbito penal no puede quedar al margen de la evolución del Derecho comunitario y, consecuentemente, la urgencia de plantearse cómo y con que límites puede producirse la influencia de uno sobre otro.

## **2.2. Integración del tipo penal nacional por la norma comunitaria**

La segunda influencia del Derecho comunitario sobre el Derecho penal se refiere al contenido de la norma penal. Puede ocurrir que la norma comunitaria integre el tipo penal cuando el legislador utilice la técnica de remisión a normas no penales en materias en las que es competente la Comunidad y, por lo tanto, la

---

Hacia un Derecho penal económico europeo AAVV, Madrid, 1995, págs.621 y ss.

remisión se haga a normas comunitarias. Esta hipótesis es frecuente en aquellos ámbitos en los que existen competencias concurrentes entre Estados miembros y Comunidad<sup>595</sup>.

La remisión a normas comunitarias de Derecho derivado plantea el mismo problema que se señala en general sobre la compatibilidad de la técnica normativa de normas penales en blanco y el principio de reserva existente en la mayoría de los Estados miembros, y regulado en nuestro ordenamiento en el artículo 8.1 de la Constitución Española, con la agravante de que las normas de Derecho comunitario no son susceptibles de control de constitucionalidad por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales<sup>596</sup>.

A pesar de las perplejidades que esta técnica suscita hay que decir que no se trata de hipótesis infrecuentes en la relación Derecho comunitario y Derecho nacional y se traducen en dos posibles modos de integración o remisión.

En primer lugar, a través de esa remisión, la norma comunitaria puede regular una materia sobre la que no existía anteriormente una normativa nacional. Esto es lo se propone la Directiva del Consejo de 13 de noviembre sobre la coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada (*insaider*

---

<sup>594</sup> A.CUERDA RIEZU, *Idem*, pág.626.

<sup>595</sup> Como, por ejemplo, el medio ambiente, ya que la política medioambiental comunitaria (artículos 130R y ss del TCE) es compatible con políticas medioambientales nacionales.

<sup>596</sup> El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las normas penales en blanco en recientes sentencias. Así: 27/1990 de 5 de julio; 118/1992 de 16 de septiembre y 62/1994 de 28 de febrero. Sobre esta problemática en relación con la remisión a normas comunitarias véase, A.MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, "*La Unión Europea, op.cit*",

*trading*)<sup>597</sup>. El Consejo motiva esta opción afirmando que en algunos Estados miembros no hay normativa que prohíba las operaciones con información privilegiada y que entre las normativas existentes en los Estados miembros se observan importantes diferencias. Para paliar la ausencia o falta de uniformidad en la regulación el art.13 de la Directiva dispone que "cada Estado miembro establecerá las sanciones aplicables en caso de infracción de las disposiciones adoptadas en la ejecución de la presente directiva. Dichas sanciones deberán ser suficientes para incitar al respeto de tales disposiciones".

Pero más a menudo, la disposición comunitaria ampliará o reducirá el campo de la norma penal nacional, afectando al elemento material o moral del delito<sup>598</sup>. Estas hipótesis se resuelven, en función del principio de primacía, aplicando la norma comunitaria.

Hasta aquí, pues, nada nuevo. El problema se plantea cuando ésta modificación del tipo esté contenida en una directiva no transpuesta. Ya hemos visto como en ausencia de transposición el TJCE afirma el efecto directo vertical de las directivas y la consiguiente inaplicación de la legislación nacional. Sin embargo, el Tribunal comunitario utiliza un criterio distinto cuando la directiva es más estricta que la norma nacional y perjudica al particular. En estos casos, debe excluirse la

---

págs.3 y 4.

<sup>597</sup> Directiva del Consejo de 13 de noviembre de 1989 89/592/CEE, DOCE L 334/30 de 18.11.89.

<sup>598</sup> Así, por ejemplo, en Francia se planteó la contradicción entre el Reglamento comunitario 1619/68 de 15 de octubre más restrictivo en la determinación del fraude en el comercio de los huevos que el Decreto 69/867 de 15 de octubre de 1968. Cfr. M.DELMAS-MARTY, *Droit penal des affaires T.I*, París, 1970, págs.33 y 34.

posibilidad de que la directiva no transpuesta posea efecto directo invertido, es decir integre la norma penal nacional y sea aplicable al particular. Ésta parece, en todo caso ser la opinión del TJCE que, en su sentencia de 11 de junio de 1987, PRETORE DE SALÓ<sup>599</sup>, contestando a la pregunta del órgano jurisdiccional italiano acerca de si una directiva que no ha sido objeto de transposición puede tener el efecto de determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes infringen sus disposiciones afirma que "(...) procede responder a la segunda cuestión que la Directiva 78/659 del Consejo de 18 de julio de 1978, no puede producir el efecto por sí misma, y con independencia de una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, de determinar o agravar la responsabilidad penal de los que infringen sus disposiciones"<sup>600</sup>. Con mayor claridad el TJCE establece en su sentencia de 11 de junio de 1987, KOLPINGHUIS NIJNEGEN<sup>601</sup> que "una directiva no puede por sí sola, y con independencia de una ley promulgada para su aplicación, determinar o agravar la responsabilidad de quienes la contravengan"<sup>602</sup>.

---

<sup>599</sup> STJCE, de 11.6.1987, as.14/86, Rec. 1987 págs.2545 y ss.

<sup>600</sup> En este sentido A. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS afirma: "La forma correcta de interpretar estas sentencias es entender que, en ningún caso, será posible que una directiva no transpuesta integre el tipo penal y sirva de base para determinar o agravar la responsabilidad penal del individuo" y lo justifica en función del principio de legalidad ya que "no sería admisible, desde el punto de vista de este principio, que la determinación o ampliación de la ilicitud de un comportamiento se lleve a cabo por una norma no emanada del poder legislativo nacional, como ocurriría en el caso de las disposiciones comunitarias, salvo que se tratara del Derecho originario contenido en los Tratados, ya que ello supondría la intervención parlamentaria previa de los Estados miembros". *"La Unión europea"*, *op.cit*, pág.11.

<sup>601</sup> STJCE de 8.10.1987 ya citada.

<sup>602</sup> L.RODRÍGUEZ RAMOS, *"Las cuestiones prejudiciales de Derecho comunitario en el proceso penal (Comentario a la sentencia de 11 de junio de 1987 de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)"* en Poder judicial, nº8, 1987.

En este sentido, conviene recordar que de la misma opinión es nuestro Tribunal Supremo que, en la ya citada sentencia de 20 de octubre de 1992, admite la despenalización obra del Derecho comunitario, pero afirma que "en cambio es ya más delicado el tema de la criminalización, que probablemente se produce, es decir la tipificación de conductas como ilícitos penales".

La relación del Derecho comunitario y el Derecho nacional penal es, pues, compleja, y no siempre se resuelve por la simple aplicación de los criterio generales que rigen en general los conflictos en otros ámbitos.

En todo caso, al hilo de la afirmación del Tribunal Supremo español antes citada puede hacerse una reflexión sobre las diferentes reacciones que suscitan las influencias del Derecho comunitario en el Derecho penal. Sorprende la facilidad con que se aceptan los efectos de despenalización de la normativa comunitaria frente a las resistencias con la que se encuentra la posibilidad de admitir la obligación de imposición de sanciones no previstas. En esta segunda hipótesis se alza la bandera de la soberanía estatal, se saca a relucir el monopolio en materia penal del legislador nacional expresión de la soberanía popular y se olvida que, en principio, los sistemas constitucionales también reservan a éste la abrogación de las normas penales, mientras que la despenalización por obra de la norma comunitaria en aplicación del principio de primacía, supone que el juez nacional, ante la invocación de una norma comunitaria contraria a otra nacional -sancionadora- ignora ésta última y aplica la primera despenalizando la conducta<sup>603</sup>.

---

<sup>603</sup> Cfr. M. MASSÉ, "*L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français*", (*Rev.sc.crim* 1996), en *European Univ. Institute, Reading materials*, Florencia, 1997, págs. 946 y ss.

La tercera influencia tiene su origen en el poder sancionador de la Comunidad. Ésta ha desarrollado un cierto número de políticas económicas que comportan mandatos e interdicciones ineficaces si no van acompañadas de sanciones, en este caso comunitarias, sobre las que el Tribunal de Justicia de la Comunidad posee competencia jurisdiccional plena<sup>604</sup>.

En este contexto se sitúa la sanción a las violaciones del Derecho comunitario de la que nos ocupamos a continuación.

### **3. LA SANCIÓN A LAS INFRACCIONES AL DERECHO COMUNITARIO**

La ausencia de competencias comunitarias en ámbito penal impide que pueda hablarse de un sistema sancionador penal comunitario. Esto responde a la lógica original y peculiar de formación de la propia Comunidad. Las comunidades políticas clásicas surgen mediante actos de fuerza o mediante poderes constituyentes y, por ello, desde el primer momento, se prevé el mantenimiento del poder constituido mediante el castigo de la infracción a través del Derecho penal. La Comunidad Europea, por el contrario, se crea sobre la base de un consenso y es un fenómeno de integración no completo, en permanente evolución. Por otra parte "sería contrario a las tradiciones de los Estados miembros que las sanciones penales pudieran ser creadas por un órgano no surgido directamente del sufragio popular (el Consejo) y

---

<sup>604</sup> A.GALLARDO RUEDA, "*Derecho Penal y Derecho Comunitario*", Rev. de Derecho Penal, 1988, pág.3.

aplicadas por un órgano no jurisdiccional (la Comisión)<sup>605</sup>. El Derecho penal aparece, pues, tardía y limitadamente en el proceso de construcción comunitaria.

De hecho, los Tratados fundacionales de la Comunidad no contienen ninguna atribución expresa de competencia penal a las Comunidades, y sólo excepcionalmente los mismos Tratados establecen la competencia de los Estados para perseguir delitos de contenido específicamente comunitario, obligándolos a aplicar la misma pena que la prevista por la legislación nacional para infracciones similares.

La única norma de carácter estrictamente penal contenida en los Tratados originarios es el art.194.1 TCEEA que asimila la violación del secreto en el ámbito comunitario a la violación del secreto que afecte a la seguridad el Estado o a la divulgación del secreto profesional en el Derecho interno<sup>606</sup>.

La misma técnica de asimilación inspira el artículo 27 del Estatuto del TJCE, según el cual el perjurio cometido por testigos o expertos ante el Tribunal comunitario debe ser considerado como el correspondiente delito cometido ante un tribunal civil interno<sup>607</sup>.

---

<sup>605</sup> G.ISAAC, *Manual de Derecho comunitario General*, 3º, Barcelona, 1995.

<sup>606</sup> Artículo 194.1 TCEEA: Cada Estado miembro considerará cualquier violación de dicha obligación (la de guardar secreto) como un atentado a sus secretos protegidos que, tanto en lo relativo al fondo como a la competencia, estará sometida a las disposiciones de su legalidad aplicables en materia de atentados a la seguridad del Estado o divulgación del secreto profesional. Procederá contra todo autor de una violación de este género, dependiente de su jurisdicción, a petición de cualquier Estado miembro interesado o de la Comisión"

<sup>607</sup> Artículo 27 del Estatuto del TJCE: "Cada Estado miembro contemplará cualquier violación de los juramentos de los testigos como delito cometido ante un tribunal nacional en

Se trata, sin duda, de hipótesis marginales que, sin embargo, resultan interesantes desde la perspectiva de la técnica normativa seguida. En ambos casos, la norma comunitaria cumple la función de incriminación de una conducta que sin ellas sería atípica, de manera que "de la conexión entre la norma de la Comunidad y del precepto penal invocado nace una nueva figura incriminadora cuya estructura vendrá definida sobre la base del tipo punible estatal original"<sup>608</sup>. Esta técnica inspira en cierta medida el posterior Derecho comunitario derivado con implicaciones penales. De ello nos ocuparemos más adelante, ahora nos limitaremos a hacer dos observaciones críticas que se desarrollarán en su momento. La primera observación está en relación con la disparidad de tratamiento que la sanción de estos delitos encontrará en los distintos ordenamientos nacionales, en contradicción con el principio de igualdad que es reconocido no sólo por estos, sino por el propio ordenamiento comunitario y, en concreto, en el artículo 6 del TCE. La segunda, se refiere a la previsión del artículo 27 del Estatuto del TJCE respecto de la cual se ha señalado, justamente, que, al tratarse de una norma de Derecho derivado y no de Derecho originario, la tipificación resulta incompatible con el principio de reserva de ley sancionado en los sistemas constitucionales de los Estados miembros de manera similar a como lo recoge el art.8.1 de la Constitución Española<sup>609</sup>.

En principio, pues, la Comunidad no está dotada de competencias en materia penal pero los Tratados prevén la posibilidad de que sus instituciones impongan sanciones para castigar determinadas infracciones al Derecho comunitario. El

---

materia civil. Por denuncia del Tribunal se perseguirá a los autores de este delito ante la jurisdicción nacional completa".

<sup>608</sup> G. GRASSO, *Comunidades Europeas, op.cit.*, pág.161.

<sup>609</sup> Cfr. A.MATEOS RORÍGUEZ-ARIAS, "*La Unión europea*", *op.cit.*, págs.3 y 4.

análisis de la posibilidad de una intervención comunitaria en el ámbito penal debe tener en cuenta la existencia de esta competencia sancionadora comunitaria para determinar su contenido y alcance, así como para examinar las posibles implicaciones con los sistemas sancionadores de los Estados miembros.

### **3.1. Competencia sancionadora de las instituciones comunitarias**

Cada uno de los tres Tratados originarios de las Comunidades Europeas contienen una serie de disposiciones que facultan a las instituciones comunitarias para la imposición de sanciones dirigidas a castigar las infracciones al Derecho comunitario<sup>610</sup>.

- En el Tratado de la CECA los arts.36, 47.3, 50.3, 54.6, 59.7, 64, 65.5,66.6, y 68.6 y 91 prevén la posibilidad de que la Alta Autoridad (hoy Comisión) imponga sanciones pecuniarias en forma de multas y multas coercitivas.

- En el Tratado de la CEEA el art.83 enumera las sanciones que puede imponer la Comisión en caso de violación de las obligaciones que el Tratado establece en materia de control de seguridad.

- Y por último en el Tratado de la CE el art.87 habilita al Consejo para adoptar un régimen de sanciones pecuniarias, multas y multas coercitivas para garantizar las

---

<sup>610</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Tomo I. Cap.XI*, Madrid, 1987, págs.443 y ss.

normas que regulan la libre competencia es decir, para dar cumplimiento a los principios establecidos por los artículos 85 y 86 del mismo Tratado<sup>611</sup>.

La posibilidad de que las instituciones comunitarias impongan sanciones ha dado lugar a un debate doctrinal sobre su naturaleza y sobre el alcance del poder sancionador de la Comunidad. Veamos brevemente como se ha planteado la cuestión centrandolo el análisis en el Tratado de la Comunidad Europea.

El ya mencionado artículo 87 TCE establece en su apartado 1 que el Consejo adoptará reglamentos o directivas apropiadas para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 85 y 86, y, en su apartado 2, que las disposiciones a las que se refiere el apartado 1 tendrán especialmente por objeto .."garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en los artículos 85, ap.1 y 86, mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas"

Merece la pena detenerse en esta norma para intentar determinar el alcance y contenido de la competencia sancionadora de la Comunidad y sus repercusiones sobre los Derechos internos de los Estados miembros.

La primera afirmación que puede hacerse sobre el contenido de la norma es que ésta otorga al Consejo, mediante la emanación de actos de Derecho derivado, la facultad de imponer sanciones, en principio, para garantizar la libre competencia en el mercado comunitario. La segunda es que, también en principio, esas sanciones

---

<sup>611</sup> Los artículos 85 y 86 TCE prohíben respectivamente los acuerdos entre empresas y las prácticas abusivas que tengan por objeto impedir, falsear o restringir la libre competencia en el Mercado común.

no pueden revestir carácter penal. En efecto, la potestad sancionadora ha sido desarrollada por el Reglamento 17/62 de 6.2.1962 varias veces modificado por los Reglamentos: 1017/68 (sobre la aplicación de normas de competencia a los transportes por ferrocarril y vía navegable), 40556/86 (relativo al transporte marítimo) y 3975/87 (relativo al transporte aéreo) en ellos se reconoce expresamente el carácter no penal de las sanciones.

Por exclusión expresa hay que descartar, pues, que en función de la previsión del TCE y de su posterior desarrollo el Consejo pueda imponer sanciones penales. El ámbito penal actúa como un límite al ejercicio de la potestad sancionadora comunitaria.

Se trata ahora de determinar si, excluido el ámbito penal, la Comunidad posee un poder sancionador general o, en cambio, lo que regula el artículo 87 es sólo una capacidad de sancionar limitada a las violaciones de las normas de la competencia.

Si nos atenemos a lo previsto en el artículo 87 habría que concluir que la potestad sancionadora del Consejo se limita a las hipótesis previstas en esa norma (arts.85.1 y 86TCE) y que, por lo tanto, esa institución no tiene atribuida una competencia sancionadora general.

Pero la anterior afirmación parece contradecirse con la amplitud con la que el propio TCE regula el control jurisdiccional de las sanciones impuestas. Así, el artículo 172 TCE establece que "los reglamentos adoptados por el Parlamento Europeo y el Consejo, y por el Consejo en virtud de las disposiciones del presente

Tratado podrán atribuir al Tribunal de Justicia una competencia jurisdiccional plena respecto a las sanciones previstas en dichos reglamentos<sup>612</sup>.

De ambos textos se podría deducir la existencia de un poder sancionador general implícito del Consejo - o del Consejo y el Parlamento - que se ejercería a través de reglamentos. En otras palabras, combinando las dos normas es posible sostener que el Consejo puede imponer sanciones relacionadas con todas las materias en las que tiene competencia para emanar reglamentos, o, por lo menos, de manera más restringida, posee una competencia sancionadora que abarca todas aquellas hipótesis en las que el Tratado le habilita a adoptar "todas las medidas necesarias". Consecuentemente, esa potestad no se refiere sólo al artículo 87 TCE, única norma en la que se prevé expresamente la posibilidad de imponer sanciones<sup>613</sup>. En función de esta interpretación la Comunidad poseería una competencia normativa autónoma respecto a los Estados miembros que comprendería la posibilidad de instituir sanciones que garanticen el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Tratado.

Limitar la potestad sancionadora del Consejo - o del Consejo y Parlamento tras la reforma de Maastricht - a las hipótesis previstas en el artículo 87 TCE parece,

---

<sup>612</sup> El artículo 172 ha sido reformado por el Tratado de la Unión para incluir la referencia a los reglamentos emanados por el Parlamento y el Consejo conjuntamente utilizando el nuevo procedimiento legislativo de codecisión (art.189B TCE) incluido también por esta reforma mediante el cual el Parlamento en las hipótesis previstas colegisla con el Consejo. A partir de ahora cuando hagamos referencia al poder legislativo del Consejo deberá entenderse que en ocasiones este poder está compartido con el Parlamento.

<sup>613</sup> Ésta era la tesis mantenida por el Parlamento Europeo en el "*Informe de la comisión jurídica del PE sobre Derecho comunitario y Derecho penal*", Documentos de sesión 1976-1977, Doc.531/76 de 2 de febrero de 1977.

pues, poco compatible con la redacción del artículo 172 TCE ya que, es razonable pensar que el legislador comunitario, de haber querido limitar la potestad sancionadora comunitaria a esa sola hipótesis, no hubiese contemplado la posibilidad de su control jurisdiccional en términos tan amplios. Más correcta parece la segunda interpretación referida, según la cual la potestad para imponer sanciones se refiere a todas aquellas normas del Tratado de la Comunidad Europea en las que se permite al Consejo la adopción de "todas las medidas necesarias"<sup>614</sup>.

En todo caso, la práctica comunitaria confirma esta última interpretación ya que el Consejo ha ejercido dicha potestad a través de reglamentos adoptados con base jurídica distinta del artículo 87 TCE. Así, por ejemplo, se prevén sanciones en el Reglamento 11/60 de 26.7.1960 sobre supresión de discriminaciones en materia de precios y condiciones de transporte aprobado en función de los artículos 79 y 75 TCE<sup>615</sup>.

La atribución a la Comunidad Europea de una competencia sancionadora general tiene importantes repercusiones en el Derecho interno, aquí nos interesa destacar sus relaciones con el ámbito penal. A pesar de la neta exclusión del carácter penal de las sanciones comunitarias, la jurisprudencia y la doctrina sobre ellas ha sentado las bases para un posible desarrollo de competencias comunitarias en materia penal.

---

<sup>614</sup> Cfr. en este sentido G. GRASSO, *Comunidades europeas.*, *op.cit.*, pág.120.

<sup>615</sup> A menudo el ejercicio de esta potestad presupone un actividad complementaria de los Estados miembros ya que se prevé que éstos completen los reglamentos comunitarios por medio de disposiciones que fijen las sanciones de las que serán susceptibles los que los violaran. Así, por ejemplo, el citado Reglamento n°.11/60 del 27.6.1960 en su artículo 16 o el Reglamento n°.1619/68 del 15.10.1968 en el artículo 29.

En este sentido, el reconocimiento del poder sancionador del Consejo ha hecho necesario pensar en la estructura del ilícito comunitario, es decir, en los principios de Parte general (elemento subjetivo, causa de justificación, tentativas etc.) aplicables al sistema de sanciones comunitarias. La ausencia de previsión expresa en los Tratados ha llevado al TJCE a recurrir a los principios generales de los Estados miembros considerados fuente de Derecho comunitario. Sirviéndose de ellos, el Tribunal de Luxemburgo ha ido construyendo una especie de cuerpo de principios aplicables al sistema sancionador comunitario<sup>616</sup> que comprende: el principio de legalidad considerado como uno de los pilares del sistema (STJCE de 25 de septiembre de 1984 KÓNECKE/BAL, Rec.1984, págs.3303 y 3304); el principio de irretroactividad (STJCE de 10 de julio 1984, REGINA/KIRK, as.636/83, rec.1984, pág.2718); el principio de responsabilidad personal manifestado por exclusión de responsabilidad por el hecho ajeno (STJCE de 28 de junio de 1984, NOBUTTER/ALEMANIA, rec.1984 pág. 564); el principio de *nulla poena sine culpa* (Sent.TJCE THYSSEN, Rec.1983, pág. 3740) por otra parte, expresamente recogido en los Reglamentos sancionatorios 17/62, 1019/68 y 4056/86 que exigen que la infracción haya sido cometida "deliberadamente o por negligencia".

La citada jurisprudencia ha tenido una enorme repercusión en los avances en materia penal y ha constituido el punto de partida para la elaboración de la regulación del fraude a los intereses financieros de la Comunidad y concretamente del Reglamento 2988/95 de 18.12.1995, y posteriormente y, ya en ámbito penal, del Convenio relativo a la protección de intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1995, así como del *Corpus Iuris* de disposiciones

---

<sup>616</sup> Cfr. G.GRASSO, *Comunidades europeas, op.cit.*, págs.124 y 126.

penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea de 1997. A ellos nos referiremos más adelante en relación con el delito de fraude a los intereses financieros de la Comunidad.

Ahora podemos concluir que, de la combinación de las dos normas analizadas, resulta que el Consejo posee una potestad sancionadora general o, por lo menos ligada a la posibilidad de "adoptar todas las medidas necesarias", excluyendo que entre éstas pueden considerarse incluidas las sanciones penales. En todo caso, esta afirmación general sobre la naturaleza de las sanciones comunitarias que lleva a la exclusión de su carácter penal debe contrastarse con la práctica comunitaria, ya que como veremos algunas de las sanciones impuestas por la Comunidad tienen una naturaleza ambigua. Veamos, por tanto, los distintos tipos de sanciones comunitarias.

### **3.2. Tipología y naturaleza de las sanciones comunitarias<sup>617</sup>**

Las sanciones impuestas directamente por las instituciones comunitarias pueden ser referidas a tres grandes grupos:

1. El primero comprendería las sanciones punitivas. Estas sanciones pecuniarias están expresamente previstas en el Tratado de la CECA<sup>618</sup> y en algunos reglamentos adoptados, por lo general, sobre la base del artículo 87<sup>619</sup>.

---

<sup>617</sup> Cf. *Etude sur les systèmes de sanctions, op.cit., Vol. II. Rapports de synthèse*, págs.79 y ss.

Todos los reglamentos en los que se prevén sanciones pecuniarias excluyen expresamente que puedan tener carácter penal disponiendo que las decisiones en virtud de las cuales son aplicadas tienen naturaleza "no penal". Asimismo, la naturaleza no penal de estas sanciones puede deducirse de una serie de elementos. Ninguna de estas sanciones es convertible en pena privativa de libertad; el artículo 192 TCE<sup>620</sup> dispone que son susceptibles de ejecución forzosa que se rige por las normas de procedimiento civil interno de los Estados miembros; son impuestas por la Comisión o por el Consejo, es decir por órganos no jurisdiccionales y por último no poseen ningún carácter infamante, en la medida en que no son inscritas en ningún registro nacional ni comunitario. Todo ello hace impensable que se trate de sanciones penales<sup>621</sup>.

2. Un segundo tipo correspondería a las multas coercitivas "*astreintes*" consistentes en sumas de dinero que la Comisión exige en caso de incumplimiento

---

<sup>618</sup> Así, por ejemplo, en los arts.43.3, 58.4, 65.5 y 66.6 del Tratado de la CECA.

<sup>619</sup> Véanse, por ejemplo los Reglamentos 1017/68, 4056/86 y 4064/89. Fuera de la política de competencia prevé la aplicación de sanciones pecuniarias el Reglamento sobre supresión de discriminaciones en materia de precios y condiciones de transportes adoptado en función del artículo 79.3TCEE, al que ya se ha hecho referencia.

<sup>620</sup> El artículo 192 TCECA dispone que "las decisiones del Consejo o de la Comisión que impongan una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados miembros serán títulos ejecutivos. La ejecución forzosa se regirá por las normas del procedimiento civil vigentes en el Estado en cuyo territorio se lleve a cabo"

<sup>621</sup> Cfr. G. GRASSO, *Comunidades Europeas, op.cit.*, pág 87. En contra SGUBBI para el que el carácter no penal de estas sanciones sería una mera ficción jurídica, ya que son "sanciones creadas para penar y no para reparar" y además " los comportamientos prohibidos se presentan como verdaderas y propias infracciones (...) la pena está relacionada con el grado de culpabilidad y en las figuras legales del ilícito, en los tipos legales se habla de dolo y culpa y también de tentativa". "*Diritto penale comunitario*" en *Digesto italiano, Parte penalistica, T.IV*, Turín , 1990, pág.95 la referencia puede encontrarse en A. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, "*La Unión Europea*", *op.cit.*, pág. 3.

de una obligación impuesta por la propia Comisión. El hecho de que la imposición de las multas coercitivas, así como su cuantía se determinen tras la simple constatación del incumplimiento, sin tener en cuenta la conducta del sujeto al que se le impone, llevaría a pensar que no se trata de sanciones punitivas, incluso hay quien se plantea que no puede hablarse ni siquiera de sanciones sino más bien de medios de ejecución<sup>622</sup>.

3. Por último, en función de determinados reglamentos en el ámbito agrícola y pesquero<sup>623</sup>, la Comisión puede imponer una gama de sanciones *sui generis* que deben ser aplicadas por los sistemas jurídicos nacionales. Se trata de sanciones no patrimoniales tales como la interdicción o privación total de la ayuda solicitada o, patrimoniales no consistentes en la disminución de la cuantía de la ayuda o la obligación de reembolsar cantidades indebidamente obtenidas. Tienen indudablemente naturaleza administrativa.

Parece evidente que tanto del análisis de las normas comunitarias sancionadoras como de los tipos de sanciones efectivamente aplicadas cabe excluir la existencia efectiva o posible de sanciones penales comunitarias.

En todo caso, aún sin querer negar que en el actual estado de desarrollo de la Comunidad resulte difícilmente sostenible que pueda hablarse de potestad de imponer sanciones de carácter penal no se puede dejar de señalarse que las razones

---

<sup>622</sup> *Étude sur les systèmes de sanctions*,. Vol. II, *Rapports de synthèse*, *op.cit.*, pág.80.

<sup>623</sup> Véase por ejemplo el Reglamento 714/89 que prevé la pérdida de la prima especial aplicable a los productores de carne bovina en caso de declaración inexacta sobre el número de animales sobre los que esta ayuda se solicita.

de la ausencia de reconocimiento de la competencia sancionadora general de las instituciones comunitarias son, fundamentalmente, de orden político, y están ancladas en la resistencia de los Estados miembros a transferir funciones que incidan en el ámbito represivo de las libertades de sus súbditos, consideradas como un monopolio de la soberanía estatal a la que tradicionalmente está ligada el Derecho penal. En este sentido, se suelen utilizar dos argumentos. Así, se afirma que la exclusión de competencia penal comunitaria encuentra su fundamento último desde el punto de vista interno en el hecho de que la atribución de potestad sancionadora penal a unas instituciones supranacionales constituye una limitación de soberanía de los Estados miembros que requeriría, por mandato constitucional, una atribución expresa<sup>624</sup>. No puede, por tanto extenderse la competencia genérica de sancionar hasta el punto de considerar que comprenda atribuciones penales<sup>625</sup>, lo contrario, sería incompatible con los sistemas constitucionales de los Estados miembros y, en concreto, con el principio de reserva de ley en materia penal que atribuye a los Parlamentos nacionales el monopolio en materia penal<sup>626</sup>.

También se argumenta frecuentemente a favor de la competencia estatal exclusiva en este ámbito utilizando la ausencia de participación de los legislativos nacionales en el procedimiento legislativo comunitario y el escaso papel que en dicho procedimiento corresponde al Parlamento europeo. Esta institución, en todo

---

<sup>624</sup> Así se deduce del artículo 93 de la Constitución Española.

<sup>625</sup> A propósito de la soberanía estatal como límite de la potestad sancionadora afirma G.GRASSO: "la atribución a las instituciones comunitarias de la potestad de imposición de sanciones penales para tutelar los mandatos y prohibiciones establecidas comportaría una notable limitación de soberanía para los Estados miembros que requeriría una atribución expresa, no pudiendo considerarse incluida en la atribución de competencia genérica para adoptar, en ciertos sectores "todas las medidas necesarias". *Comunidades Europeas, op.cit.*, pág.93.

caso, a largo de la historia de la Comunidad ha ido aumentando su protagonismo en la adopción de normas de Derecho derivado. Así, del simple papel consultivo previsto en los Tratados fundacionales, tiene ahora la posibilidad de oponer un veto condicional a través del uso del procedimiento de cooperación - introducido por la reforma del AUE - y, en los casos previstos en los que puede ser utilizado el procedimiento de codecisión -obra de la reforma del Tratado de la Unión Europea-, colegisla junto con el Consejo. La evolución de legitimación democrática del procedimiento legislativo comunitario hace necesario plantearse hasta qué punto podrá seguir argumentándose la exclusión de intervención comunitaria en materia penal sobre la base de la soberanía estatal en ese ámbito.

En todo caso como consecuencia de la complejidad del ejercicio directo del poder sancionatorio comunitario, las instituciones comunitarias han hecho de él un uso moderado y, por tanto, la represión de los ilícitos contrarios al Derecho comunitario se ha confiado por lo general a los Estados miembros utilizando la misma técnica que se aplica a la represión de los delitos contra los intereses financieros de la Comunidad. En otras palabras, la coincidencia del limitado ejercicio de la capacidad sancionadora de la Comunidad con la ausencia de competencia penal hace que la represión de infracciones del Derecho comunitario corra a cargo de los Estados miembros, y que tal represión se configure como una obligación que se mueve en la tensión de la obvia autonomía estatal y los límites impuestos por la propia Comunidad. Veamos los términos en los que se traduce dicha tensión.

---

<sup>626</sup> Cfr. G. GRASSO, *Comunidades Europeas, op.cit.*, pág.94

### 3.3. La obligación de sancionar a cargo de los Estados miembros

Partimos de la constatación de que las dificultades de ejercicio directo del poder sancionador comunitario han llevado a imponer a los Estados miembros la obligación de prever sanciones que garanticen el cumplimiento de la normativa comunitaria. Esta obligación puede ser de carácter general, o puede hacer referencia a la introducción concreta de sanciones predeterminadas en los reglamentos comunitarios. Esta última hipótesis no supone especiales dificultades, pues la naturaleza y alcance de las sanciones deriva explícitamente de la norma comunitaria que las impone. Más problemas plantea en relación con el ámbito penal el caso en que se trate de un obligación de carácter general, ya que, entonces, es necesario determinar si los Estados están obligados a imponer sanciones penales o, en cambio gozan de autonomía para determinar la naturaleza y cuantía de las sanciones aplicables.

La obligación a cargo de los Estados de sancionar las infracciones al Derecho comunitario no deriva de previsiones específicas de los Tratados comunitarios, pero es deducible de la llamada cláusula de lealtad, recogida en el artículo 5 TCE en función de la cual los Estados deberán adoptar "todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad". De esta cláusula general cabe, sin duda sostener que el Tribunal comunitario podrá constatar un incumplimiento en el caso de que el Estado no adopte normas sancionadoras, pero nada indica, dada la amplitud de su formulación, que pueda, además, controlar la naturaleza y cuantía de las sanciones estatales. Es por tanto dudoso que una cláusula tan genérica como el artículo 5TCE sirva de fundamento

a la obligación de sancionar penalmente las infracciones de Derecho comunitario. En consecuencia, cuando un reglamento comunitario no especifique las sanciones aplicables, los Estados miembros conservan la discrecionalidad para determinar la naturaleza y la cuantía de éstas.

Tampoco puede sostenerse, que los Estados miembros deban imponer sanciones penales cuando la obligación de sancionar derive de previsiones recogidas en directivas, ya que éstas, por definición, dejan a los Estados miembros la elección en cuanto a la forma y los medios de transposición<sup>627</sup>. La jurisprudencia comunitaria confirma esta última conclusión ya que el TJCE ha insistido repetidas veces en afirmar la libertad de los Estados para la elección de las sanciones, incluidas las penales, sin obligar pues a la adopción de éstas (STJCE de febrero de 1977, AMSTERDAM BULB, as.50/76, Rep.1977, págs.137 y ss; STJCE de 21 de septiembre de 1989, COMISIÓN/GRECIA, as.68/88, Rep.1989, págs.2979 y ss; STJCE de 10 de julio de 1990, HANSEN, as.326/88, Rep.1990, pág.I-2911; Sent.TJCE de 27 de noviembre de 1991, VARDEVENNE, as.7/90, Rep.1991, pág.I-4371).

Este principio general, sin embargo, quiebra en relación con las infracciones a los intereses financieros de la Comunidad. El nuevo artículo 209A TCE, introducido por la reforma de Maastricht, obliga a los Estados miembros a adoptar respecto al fraude comunitario las mismas medidas que emplean para combatir los fraudes a sus propios intereses. En otras palabras, si los Estados miembros adoptan medidas penales frente a los fraudes a las Haciendas nacionales, estarán obligados

---

<sup>627</sup> Así, por ejemplo, la Directiva 91/ 308 de 16 de junio de 1991 sobre blanqueo de dinero

a sancionar penalmente los fraudes a la Hacienda comunitaria y aquí se termina la posibilidad de libre elección del tipo de sanciones por parte de los Estados.

Del alcance y repercusiones de este desbordamiento del principio general nos ocuparemos más adelante, aquí podemos concluir que, si bien la cláusula general de lealtad contenida en el art.5 TCE no fundamenta la obligación de imposición de sanciones penales, no puede ignorarse que a partir de ella surgen a cargo de los Estados exigencias positivas y negativas con repercusiones penales. Desde el punto de vista de las exigencias positivas la cláusula del art.5 crea a cargo de los Estados, por lo menos en relación con determinado tipo de infracciones, una obligación de realización y ejecución eficaces del Derecho comunitario que ha servido para la elaboración de la jurisprudencia sobre la necesaria imposición de sanciones "efectivas, proporcionadas y disuasivas"<sup>628</sup> y que, por tanto, en algunas hipótesis dichas sanciones deberán revestir necesariamente carácter penal. El mismo principio, unido al de proporcionalidad, también por exigencias de la jurisprudencia comunitaria, vinculará al juez que imponga las penas y se traducirá en la exigencia de que éstas deberán poseer el valor disuasivo y represivo exigido<sup>629</sup>.

---

impone la obligación de aplicación de sanciones sin pronunciarse sobre su naturaleza.

<sup>628</sup> Así lo establece la STJCE de 21 de septiembre de 1989, COMISIÓN/GRECIA, as.68/86, cit., sobre la que tendremos ocasión de detenernos en relación con el fraude a los intereses financieros de la Comunidad.

<sup>629</sup> En este sentido afirma A. CUERDA RIEZU: " Por lo que se refiere a las penas, la influencia del Derecho comunitario se ha desplegado a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Las sentencias de este órgano jurisdiccional relativas a este punto han sentado básicamente dos principios: el de proporcionalidad, tanto cuantitativa como cualitativa, de las penas en relación con los hechos cometidos; y el principio del efecto útil y el valor disuasivo y represivo de las penas. Por supuesto que el juez penal nacional está vinculado a estos principios cuando se trata de infracciones relacionadas con materias reguladas por el

Desde una perspectiva negativa la cláusula de lealtad se traduce en la obligación a cargo de los Estados de abstenerse de tomar medidas que pongan en peligro la realización de los objetivos comunitarios. Los Estados miembros, no podrán establecer sanciones penales en función de normas nacionales contrarias al Derecho comunitario. En definitiva la cláusula de lealtad impone exigencias negativas y positivas que afectan a las disposiciones administrativas y legislativas nacionales incluidas las de carácter penal<sup>630</sup>.

Lo anteriormente reseñado constituye un primer límite de carácter general a la autonomía sancionadora de los Estados miembros, a él se añaden límites concretos establecidos por la jurisprudencia comunitaria en relación con los ámbitos particulares en los que la Comunidad goza de atribuciones competenciales.

### **3.4. Límites al poder sancionador de los Estados miembros**

En el estado actual de desarrollo del Derecho Comunitario pertenece a los Estados miembros determinar los procedimientos de constatación de las infracciones y los sistemas de previsión de sanciones.

Los Estados, como hemos visto, son libres para determinar la naturaleza y cuantía de las sanciones aplicables a las infracciones a las normas comunitarias.

---

Derecho comunitario". *¿ Ostentan ius punendi las Comunidades?, op.cit.,* pág.628.

<sup>630</sup> "Il ressortit (...) que l'obligation d'application des Etats Membre peut, conformément au droit communautaire, imposer des exigences positives et négatives aux dispositions législatives et administratives nationales, en ce inclus aux dispositions pénales". J. VERVAELE, *La fraude communautaire et le droit pénale européen des affaires*, Paris, 1994, pág.417.

Ahora bien, esa libertad no es total ya que encuentra un límite en la condición que las sanciones elegidas no constituyan obstáculos indirectos para la realización de los objetivos de los Tratados. Este límite general se concreta en la regulación de cada una de las libertades comunitarias.

Así, en el ámbito de la libre circulación de personas, la autonomía de los Estados en materia de política de extranjeros se halla limitada por el Derecho comunitario en función de la aplicabilidad directa del art.48.3 del TCE que consagra los derechos de entrada y estancia, luego completados por normas de Derecho derivado. En este sentido las condiciones de ingreso que imponga el Derecho interno sólo serán legítimas en la medida en que no constituyan obstáculo a los derechos definidos por el Tratado que actúa como límite preciso a la autonomía estatal.

En aplicación de este criterio, que deriva de la lógica misma de la libertad de circulación como libertad comunitaria, en combinación con el principio de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha elaborado un completo catálogo de los límites concretos impuestos a las sanciones internas. Así:

- No cabe imponer una sanción de expulsión cuando esta se funde exclusivamente en que el interesado no se ha sometido a las formalidades para el control de extranjeros, o no ha obtenido la tarjeta de residencia, pues la expulsión "constituye la negación del derecho mismo conferido y garantizado por el Tratado"<sup>631</sup> y , en función del principio de proporcionalidad, "no parecería justificada una sanción tan

---

<sup>631</sup> STJCE de 7 de julio de 1976, WATSON/BELLMAN, as 1118/75, Rep.1976, pág.1185

desproporcionada a la gravedad de la infracción, que constituye un obstáculo a la libre circulación de personas<sup>632</sup>.

- Idénticos criterios se aplican a las sanciones penales y en función de ambos se han considerado desproporcionadas y constitutivas de trabas a la libre circulación de personas determinadas penas privativas de libertad<sup>633</sup>, o en cambio compatibles con la legislación comunitaria por no afectar al desarrollo de las libertades comunitarias<sup>634</sup>.

En relación con la libre circulación de mercancías, la posibilidad de la existencia de sanciones penales desproporcionadas en relación con la infracción se evalúa también desde la perspectiva de los obstáculos a esta libertad, y concretamente como medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas prohibidas por los artículos 30 a 36 del Tratado de la Comunidad Europea. El razonamiento de Tribunal de Luxemburgo es el ya indicado: la naturaleza de la sanción depende de los ordenamientos, pero la correcta aplicación del principio de proporcionalidad y la adecuación a la naturaleza de la infracción supone en

---

<sup>632</sup> STJCE, WATSON, cit. En parecidos términos se expresa el Tribunal en otras sentencias como la de 14 de julio de 1977, SANGULO, as. 8/77 Rep. 1977.

<sup>633</sup> Así, la ya citada STCE de 8 de abril de 1986, ROYER.

<sup>634</sup> En la Sentencia SAUNDERS, cit., la pena de confinamiento impuesta por un robo se consideró aplicación de su legislación penal ordinaria y al ser una situación puramente interna no afecta a las libertades comunitarias. Más recientemente la STJCE de 29 de febrero de 1996, as. 193/94 resuelve una cuestión prejudicial planteada por un juez alemán que pregunta sobre la compatibilidad de la legislación alemana, que asimila la conducción con permiso de conducir no canjeado por el del país de residencia a la conducción sin permiso penada con pena privativa de libertad, con el artículo 52 TCE. El TJCE afirma que existe incompatibilidad entre ambas normas imponiendo, así, un nuevo límite al Derecho penal nacional en función de la plena realización de una libertad comunitaria.

ocasiones un límite apreciable. Así, en el asunto DONCKELWOLCKE de 15 de diciembre de 1976, as. 41/76, se establece que los Estados miembros pueden exigir ciertas declaraciones a los importadores, pero todas las sanciones desproporcionadas con la naturaleza de una infracción puramente administrativa constituiría una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa prohibida<sup>635</sup>.

Por otra, parte la imposición de una sanción penal es admisible sólo si hubiera una infracción que "mereciese" tales medidas, así se dispone en el caso LEVY, as. 212/88, Rep.89, pág.3511, sobre la falsedad en la declaración del origen de la mercancía con objeto de realizar con fraude, pero, no obstante, el Tribunal afirma que no podría ser castigada tal acción "con las sanciones penales previstas para los casos de falsas declaraciones dirigidas a castigar, por ejemplo, la realización de importaciones prohibidas".

En definitiva, a través de la jurisprudencia comunitaria se sientan las bases de los repartos de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad en materia de sanciones "de manera que, en principio, la legislación penal y las normas de procedimiento penal son competencia de los Estados miembros pero, también en este ámbito, el Derecho comunitario introduce límites a las medidas de control que los Estados miembros pueden mantener, de acuerdo con aquel, en el marco de la libre circulación de mercancías y personas. Y estos límites se traducen en que las medidas administrativas o represivas no deberán exceder de lo estrictamente necesario, las modalidades de control no deberán concebirse de manera que

---

<sup>635</sup> Sentencia TJCE de 15.12.1976, DONCKELWOLCKE, as.41/76 Rep.1976, pág.1921 en el mismo sentido véanse la sentencia de 30.11.1977. CAYROLAS, as. 52/77 y la de 28.3.1979, RIVOIRA, as. 179/78.

restringan la libertad deseada por el Tratado, y no deberá establecerse una sanción tan desproporcionada a la gravedad de la infracción que suponga un obstáculo a la libertad"<sup>636</sup>.

Una vez examinados los límites que el Derecho comunitario impone a los Estados hay que decir que éstos gozan de una amplia autonomía a la hora de imponer sanciones por infracciones a normas comunitarias, y esto hace inevitable que existan divergencias importantes en su aplicación y ejecución. Veamos las consecuencias de esta autonomía estatal.

### **3.5. Consecuencias de la atribución a los Estados de la garantía del Derecho comunitario**

El sistema de confiar la sanción de la infracción del Derecho Comunitario a los Estados miembros es sin duda justificable en el estado real de la integración europea, pero presenta riesgos evidentes que pueden sintetizarse como sigue:

1.- Para una misma infracción a una misma regla se aplican en los distintos Estados miembros sanciones que entre sí varían en relación con su naturaleza y cuantía. Para un mismo supuesto, algunos países no prevén más que sanciones administrativas, mientras que otros imponen sanciones penales. Tanto las multas como las penas privativas de libertad difieren en sus topes máximos, así como tampoco son uniformes las posibles aplicaciones de penas y de medidas accesorias.

---

<sup>636</sup> STJCE de 11 de noviembre de 1981, CASATI, cit., (fundamento nº 27).

Desde la perspectiva de la Comunidad, la disparidad de tratamiento nacional afecta directamente a la uniformidad de aplicación del Derecho Comunitario e, incluso, es susceptible de causar una distorsión de las condiciones de competencia, perjudicial a la economía comunitaria<sup>637</sup>.

2.- La aplicabilidad de las penas establecidas en un Estado miembro viene limitada por el carácter territorial de la ley penal, lo cual hace verdaderamente difícil perseguir infracciones a las normas comunitarias que tienen frecuentemente carácter transfronterizo. Las consecuencias inevitables de la situación descrita son la impunidad o la doble sanción por los mismos hechos<sup>638</sup>.

3.- El principio de territorialidad penal ha creado históricamente graves lagunas en ciertas materias en las que los Estados miembros no han introducido sanciones penales adecuadas, o lo han hecho sólo recientemente. Así ocurre con las

---

<sup>637</sup> Véase en este sentido KEERSMAEKER, Doc. de Séance n°.531/76 en el "*Rapport fait au nom de la Commission Juridique du Parlement Européen sur les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal*", el Parlamento Europeo en su Resolución sobre las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Penal. Llegó a proponer la utilización del artículo 100 TCEE que prevé la posibilidad de dictar directivas de armonización fijando un baremo de penas, alegando que la disparidad de las aplicadas inciden, como exige tal artículo en el funcionamiento del Mercado Común. Véase también G.ISSAC, *Manual (1995)*, *op.cit.*, págs.207 y 209.

<sup>638</sup> Se ha señalado forzando una realidad sin embargo existente que: "*une certaine philosophie de la construction européenne conduit à recommander un système où le citoyen aurait le choix de la loi qui lui est applicable - se mariant en Italie, divorçant en Ecosse et assassinant sa femme au Danemark*". A.LAMASSOURE, "*Objectifs, principes et contraintes d'une politique pénal de la Communauté Économique Européenne*", en *Quelle politique pénal pour l'Europe ?*, Paris, 1993, págs.XXIV y XXV.

violaciones a los intereses financieros de la Comunidad y con la responsabilidad penal de sus funcionarios por actos realizados en el ejercicio de su cargo<sup>639</sup>.

### **3.6. Especial referencia a la protección de los intereses financieros de la Comunidad: El delito de fraude**

Aunque hemos visto que la interrelación entre el Derecho comunitario y Derecho penal se produce en numerosos ámbitos, la relación es, obviamente particularmente intensa cuando los intereses protegidos por la norma penal son estrictamente comunitarios. Esto es lo que ocurre cuando lo que se protege son los intereses financieros de la Comunidad.

El fraude a los intereses financieros de la Comunidad, que se traduce en evasiones y en fraude fiscal<sup>640</sup>, ha alcanzado proporciones alarmantes ya que se calcula que afecta al diez por ciento del Presupuesto comunitario.

*La lucha contra estas actividades encuentra las dificultades derivadas de la ausencia de competencias sancionadoras penales de las instituciones, por lo que éstas se han debido mover a dos niveles. Por una parte, se han desarrollado*

---

<sup>639</sup> Francia hizo fracasar en 1966 por su adhesión al principio de territorialidad un proyecto extremadamente ambicioso de convenio general sobre la búsqueda y castigo de infracciones relativas a los intereses financieros de la Comunidad y a la responsabilidad de los funcionarios comunitarios por actos realizados en el ejercicio de su cargo. El Convenio tenía como objetivo colmar prioritariamente ciertas lagunas específicas que resultaban del principio de territorialidad ya que cada Estado sólo perseguía en general las acciones delictivas que se producían en su territorio.

<sup>640</sup> Sobre la clasificación de las infracciones contra los intereses financieros de la Comunidad véase J.VERVAELE, *La fraude communautaire. op.cit.*, págs.35 y ss.

iniciativas de control, y por otra, se busca la colaboración de los Estados miembros para la represión de las prácticas delictivas.

Desde el punto de vista del control existe desde 1987 una unidad encargada de la lucha contra el fraude (UCLAF), cuya misión es centralizar la información que los Estados miembros están obligados a proporcionar a la Comisión en relación con las actividades fraudulentas. La obligación de informar a cargo de los Estados esta impuesta por normas de Derecho derivado. Con carácter general la Decisión 88/376 relativa al sistema de recursos propios<sup>641</sup> autoriza a la Comisión a obtener información sobre fraudes que afecten a esos recursos, y establece un sistema de control de datos. La misma obligación de información a cargo de los Estados inspira la legislación derivada en los ámbitos particulares tales como la Política agrícola comunitaria. Así, el art. 8 del Reglamento 729/70 relativo a la financiación de la política agrícola<sup>642</sup> impone a los Estados miembros que adopten, de acuerdo con su legislación nacional, todas las medidas necesarias para garantizar la regularidad de las operaciones financiadas por el FEOGA-Garantía y la obligación de informar a la Comisión de las medidas adoptadas, así como de el progreso de las procedimientos administrativos o judiciales en curso. Por su parte, el Reglamento 595/91, relativo a la recuperación de cantidades indebidamente percibidas en el ámbito de la PAC y la organización de un sistema de información<sup>643</sup>, crea la obligación a cargo de los Estados de comunicar a la Comisión y a los demás Estados miembros las irregularidades detectadas, de manera que, trimestralmente, todos los

---

<sup>641</sup> DOCE L 185/88

<sup>642</sup> DOCE L 94/70 modificado por el Reglamento 2049/88, DOCE L 185/88.

<sup>643</sup> DOCE L 67/91

Estados deben enviar al Comisión una lista de las irregularidades que superen los cuatro mil ECUS. Por último, la reforma de los fondos estructurales iniciada por el Reglamento 4253/88 introduce una significativa novedad ya que dispone que "el Estado miembro es subsidiariamente responsable del reembolso de las sumas indebidamente pagadas". El criterio adoptado es el de que la pasividad de los Estados no debe recaer sobre el Presupuesto comunitario y tiene su origen en la escasa voluntad de cooperación demostrada hasta hoy por los países miembros de la Comunidad en este ámbito<sup>644</sup>.

El otro problema es el de la represión de los delitos constatados. De nuevo encontramos aquí las dificultades derivadas de la no atribución de potestad punitiva a las instituciones comunitarias por parte de los Tratados fundacionales. Sin embargo, la importancia de los fraudes a los intereses financieros de la Comunidad ha llevado a ésta a plantearse la necesidad una expansión competencial que consintiese la adecuada represión de las prácticas fraudulentas. El desarrollo competencial en este ámbito tiene su origen en la jurisprudencia del TJCE que ha ido creando las condiciones para una reforma de los Tratados y la inclusión de mecanismos de represión del fraude. Veamos ambas evoluciones.

---

<sup>644</sup> Cfr. F.LAURIA, *Manuale di Diritto delle Comunità Europee*, Turín, 1992, pág.296.

### **3.6.1. Evolución jurisprudencial sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea**

Al margen de las escasas normas con carácter punitivo de los Tratados, y las particulares recogidas en el Derecho derivado, la Comunidad, hasta la reforma del TUE, contaba con un solo artículo que hacía posible su intervención en el ámbito de la protección de los intereses financieros de la Comunidad. Se trata de la llamada cláusula de lealtad contenida en el art.5 según la cual: “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales particulares o apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado (...)”. Sobre esa norma se ha desarrollado la jurisprudencia del TJCE.

El punto de partida de la elaboración jurisprudencial comunitaria es el razonamiento según el cual, a falta de remisión específica, los Estados miembros están obligados a establecer las normas sancionadoras necesarias en función del deber general de colaboración contenido en el artículo 5 TCEE.

A partir de la cláusula general se elabora el principio de asimilación que obliga a los Estados, a los que está confiada la garantía de las reglas comunitarias, a hacerla efectiva a través de su propio sistema punitivo. Para ello, se exige que los Estados impongan sanciones análogas a las previstas en los ordenamientos nacionales, y que éstas sean "efectivas, proporcionadas y disuasivas".

A la elaboración del principio de asimilación en esos términos se llega tras una interesante evolución jurisprudencial que tiene su inicio en la sentencia

AMSTERDAM/BULB de 2.2.1977<sup>645</sup> en la que el Tribunal establece que "el artículo 5 del Tratado CEE obliga a los Estados miembros a la elección de las medidas apropiadas, incluida la elección de sanciones, incluso penales".

La jurisprudencia posterior va matizando el principio y, sin negar que los Estados miembros conservan su discrecionalidad para determinar la naturaleza y cuantía de la pena, condicionan esa posibilidad a la exigencia de que las sanciones elegidas no constituyan obstáculos indirectos para la realización de los objetivos de los Tratados. Así se desprende sentencias como la DONCKERWOLCKE<sup>646</sup>, en el ámbito del comercio intracomunitario o la WATSON, en materia de circulación de personas<sup>647</sup>.

Por fin, el alcance de la doctrina del TJCE sobre el principio de asimilación adquiere su formulación precisa en la sentencia de 21 de septiembre de 1989 COMISIÓN/GRECIA, as. 68/88<sup>648</sup>. En ella el TJCE señala que en función del artículo 5 TCEE "aun conservando la elección de las sanciones, los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo o de procedimientos a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan un índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo a la sanción".

---

<sup>645</sup> STJCE de 2 de febrero de 1977 AMSTERDAM BULB, as.50/76, Rec. 1977, pág.137.

<sup>646</sup> STJCE DONCKELWOLCKE , as.41/76 ya citada.

<sup>647</sup> STCE WATSON, as. 1118/75 ya citado.

<sup>648</sup> STJCE. COMISIÓN/GRECIA , as. 68/88, citada.

La elección de la sanción sigue, pues, siendo competencia de los Estados miembros pero está vinculada al carácter efectivo y disuasorio de ésta, de manera que:

- Los Estados deben reprimir los fraudes a los intereses financieros de la Comunidad con la misma diligencia con la que reprimen los fraudes nacionales.

- Si el Derecho interno es insuficiente, el artículo 5 TCE impone a los Estados miembros obligaciones específicas, ya que: "en virtud de esta obligación de colaboración general, los Estados miembros deben sancionar eficazmente las infracciones al Derecho comunitario".

- "El hecho de que los Estados miembros puedan elegir sanciones no implica que la elección sea ilimitada"<sup>649</sup>. Así el TJCE ha impuesto a los Estados miembros la obligación de no superar ciertos límites a la hora de imponer sanciones penales o administrativas que no podrán exceder de lo necesario o lesionar los derechos fundamentales.

- Así mismo, los Estados están obligados a asegurar que las infracciones a los intereses financieros de la Comunidad sean sancionadas en condiciones análogas en cuanto al fondo y al procedimiento a las aplicadas para similares infracciones al Derecho nacional.

---

<sup>649</sup> *Idem.*

El TJCE fundamenta, como hemos visto, el principio de asimilación en el deber general de colaboración establecido por el artículo 5 TCE, la doctrina ha creído encontrar un fundamento más sólido, en el "principio de continuidad de intereses" que podía enunciarse afirmando que los intereses de la Comunidad no pueden ser tratados como intereses extranjeros, porque existe una relación de continuidad entre ellos y los intereses nacionales, de manera que, por ejemplo, no afecta al principio de legalidad el considerar que el concepto de "hacienda pública" del art.350 Código penal español comprenda el conjunto de intereses financieros del Estado, es decir, los propios y los de la Comunidad de la que es miembro<sup>650</sup>.

Para concluir, es necesario recordar que la obligación de sancionar a cargo de los Estados aparece, según el Tribunal, sólo cuando la reglamentación comunitaria no contempla la sanción aplicable a las eventuales violaciones del Derecho comunitario. Implícitamente, esta doctrina del Tribunal comunitario supone el reconocimiento de la competencia de la Comunidad para dictar normas represivas cuya naturaleza es en principio no penal, pero cuyos límites no están siempre determinados con la necesaria precisión<sup>651</sup>. De hecho, el ejercicio de esta potestad por parte de la Comunidad crea conflictos competenciales entre ésta y los Estados miembros.

---

<sup>650</sup> E.BACIGALUPO ZAPATER, *"Le système de sanctions administratives et l'impact du système de sanctions communautaires sur l'ordre juridique espagnol"*, en *Étude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les États membres des Communautés Européennes. Vol.I*, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1994, págs.168 y ss.

<sup>651</sup> Cfr. E.MENNENS, *La fraude aux intérêts financiers de la Communauté, en Quelle politique pénal pour l'Europe ?*, *op.cit.*, pág.138. Para este autor la intervención legislativa de la Comunidad podría efectivamente encontrar su fundamento en disposiciones específicas del Tratado como el art.43 para la agricultura o más probablemente en las cláusulas generales de apoderamiento de competencias ligadas a la realización del Mercado común (arts.100 y 235) y

Como ejemplo significativo de este tipo de conflictos puede traerse a colación la sentencia de 27 de octubre de 1992, ALEMANIA/COMISIÓN<sup>652</sup>, en la que el Tribunal confirma la competencia de la Comunidad para imponer, en el ámbito de la Política agrícola comunitaria, sanciones administrativas - en realidad cuasi penales<sup>653</sup> - aplicables a los defraudadores. Estas sanciones deberán ser por aplicadas por las autoridades nacionales en función del art.40 TCE. Frente a la tesis alemana, que sostenía que una de estas sanciones - la de exclusión de la prima - tenía carácter penal, el Tribunal, sin entrar en la distinción entre sanciones penales y administrativas, se limita a insistir en la competencia del legislador comunitario para determinar las "soluciones más adecuadas para la realización de los objetivos Política agrícola comunitaria". También, sostiene el TJCE, sin motivar, que las exclusiones de las primas no constituyen sanciones penales, y que en todo caso "la Comunidad es competente para establecer las sanciones que, como las exclusiones (...) van más allá de la simple restitución de lo indebidamente percibido". La exclusión, pues, es sólo una de las posibles sanciones que la Comunidad puede imponer, lo que equivale a reconocer una amplia competencia de la Comunidad para imponer sanciones, en principio administrativas<sup>654</sup>.

---

Mercado interior (100A).

<sup>652</sup> STJCE, REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA/COMISIÓN, as.240/90, Rep.1992, pág.I-5383.

<sup>653</sup> Cfr. MANGAS MARTÍN/LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, pág.237.

<sup>654</sup> Cfr. sobre el análisis de esta sentencia y sus repercusiones J. VERVAELE, *La fraude communautaire*, op.cit., págs.31 y ss.

### **3.6.2. Evolución legislativa de la protección de los intereses financieros de la Comunidad**

Paralelamente a la elaboración jurisprudencial, aunque con mayor lentitud, las instituciones trabajan para alcanzar una regulación capaz de garantizar la eficacia de la represión penal de los fraudes comunitarios.

Los primeros tímidos intentos de intervención de la Comunidad en materia penal se producen a finales de los años setenta y se traducen en la elaboración de dos proyectos de Tratado. El primero tenía como objeto la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea y el segundo se ocupaba de la responsabilidad penal sus funcionarios y agentes, ambos fueron elaborados en 1976. Ese mismo año, el Parlamento Europeo presentó un informe sobre las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho penal al que ya nos hemos referido con anterioridad. Este será el punto de partida de una intensa actividad del Parlamento en este campo de la que es expresión su posterior Resolución sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad - Relación THEATO-. En este documento el Parlamento llegaba a la conclusión de que era necesario conferir a la Comunidad poder normativo penal para armonizar la legislación de los Estados Miembros sobre la tutela de los intereses financieros comunitarios.

La labor de la Comisión y del Parlamento encontró desde el principio eco en el Consejo, que en su Resolución de 10 de febrero de 1975 hacía referencia a una serie de medidas comunitaria relativas a la lucha contra el fraude, e invitaba a los Estados miembros a la armonización y al intercambio de información. Posteriormente, la Decisión del Consejo de 13 de noviembre de 1991 afirmaba que

"la cooperación recíproca ente los Estados miembros en materia de prevención y lucha contra las prácticas fraudulentas que produzcan daños a los intereses financieros de la Comunidad es considerada más eficaz que la compatibilidad de las normas contenidas en las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros a los cuales compete imponer sanciones".

Más tarde, cuando se estaba fraguando la reforma de los Tratados originarios que llevaría a la firma del TUE, el Consejo, en una Resolución de 13 de noviembre de 1991, expresó su preocupación por las grandes dimensiones que el fraude estaba alcanzando y afirmó la necesidad de una estrecha cooperación interestatal para luchar contra él. En este sentido, proponía una forma de cooperación voluntaria entre Estados miembros para crear mayores contactos y facilidad para el acceso a la información sobre el fraude transfronterizo; asimismo indicaba que es más eficaz la lucha compatibilizando las normas de los Estados miembros, por lo que animaba a la Comisión a completar durante 1992 los estudios sobre el estudio de Derechos comparados relacionados con: la definición de conceptos de fraude fiscal y las subvenciones, los elementos constitutivos del tipo, la aplicabilidad territorial sanciones aplicables y la responsabilidad penal, incluyendo las de las personas jurídicas.

Contemporáneamente, y aplicando los criterios que la jurisprudencia comunitaria había ido consolidando en relación con el fraude, el trabajo de las instituciones en materia penal se orientó hacia una labor de armonización de leyes penales mediante la emanación de directivas. Éstas contienen el mandato de legislar acerca de determinadas actividades delictivas, no relacionadas con el fraude, pero sí con determinadas prácticas económicas que inciden sobre la realización del

mercado único comunitario. El fundamento de esta producción legislativa se encuentra en los art.100 y 100A TCE. Ambas normas consienten la adopción por parte del Consejo de directivas para la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan en el funcionamiento del mercado común (art.100 TCE que exige la unanimidad ) o en el mercado interior (100A TCE mayoría cualificada). Se trata de una técnica legislativa mediante la cual la norma comunitaria - directiva - obliga a los Estados miembros a legislar sobre una determinada materia previendo sanciones. En definitiva, a través de directivas se impone a los Estados miembros una obligación de castigar que se traduce en la promulgación de normas nacionales incluso de naturaleza penal. A este enfoque responden, por ejemplo, la Directiva del Consejo 89/592 CEE de 13 de noviembre de 1989, sobre "la coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada" y la Directiva 91/308 CEE de 10 de junio de 1991, "relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales"<sup>655</sup>. Ambas se caracterizan por el hecho de que es la norma comunitaria la que establece el contenido de la prohibición, y define quien debe ser considerado autor de la infracción, dejando a los Estados solamente la libertad de fijar a través del Derecho interno la correspondiente sanción<sup>656</sup>.

---

<sup>655</sup> Véase sobre este tema V.SANCHEZ LOPEZ, *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código penal*, Madrid, 1997.

<sup>656</sup> La propuesta de Directiva 91/308 disponía en su art.2 que "los Estados miembros velarán porque el blanqueo de capitales provenientes de cualquier delito grave sea tratado como acto delictivo, conforme a la legislación nacional": Dicha propuesta fue modificada en este punto y la Directiva adoptada no recoge ninguna indicación sobre si se trata de una prohibición de carácter penal o administrativa. Cfr. A.CUERDA RIEZU, *Ostentari ius punendi?*, *op.cit.*, pág 631.

Por lo que respecta el fraude a los intereses financieros de la Comunidad, el lento trabajo de las instituciones comunitarias se plasma en la reforma del TCEE llevada a cabo por el TUE, que lleva a la inclusión en el TCE del nuevo art.209A así como a la incorporación del pilar intergubernamental denominado: "Disposiciones relativas a la cooperación en ámbitos de justicia y asuntos de interior". En este último ámbito, el art.K.1 ap.5) se refiere a "la lucha contra la defraudación a escala internacional" y el ap.7) "a la cooperación judicial en materia penal"<sup>657</sup>.

El nuevo artículo 209A TCE<sup>658</sup> codifica el principio de asimilación y dispone que "los Estados miembros adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros (...)".

Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán con la ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones".

---

<sup>657</sup> Con anterioridad a la reforma del TUE, se habían elaborado algunos convenios en ámbito penal en el marco de la Cooperación Política Europea. Así: Convenio sobre traslado de personas condenadas (Bruselas, 25 de mayo de 1987) entre E.M de la CE; Convenio relativo al principio "*ne bis in idem*" (Bruselas, 15 de mayo de 1987); Acuerdo entre E.M relativo al traslado de procedimientos represivos (Roma, 6 de noviembre de 1990); Convenio sobre la ejecución de condenas penales extranjeras (La Haya, 13 de noviembre de 1991), ninguno de ellos está aun en vigor ya que no han sido objeto de ratificación por todos los Estados miembros.

<sup>658</sup> Véanse, también, los nuevos artículos 78.10 TCECA y 183A TCEEA.

La codificación del principio de asimilación constituye un indudable avance<sup>659</sup> aunque, en la práctica, no aporta significativas diferencias respecto a lo ya establecido y consolidado por la jurisprudencia del TJCE.

A partir de la reforma del TUE la labor de las instituciones se desarrolla a dos niveles: el comunitario y el intergubernamental, con preferencia por este último por expreso deseo de los Estados miembros<sup>660</sup>. La voluntad de los Estados miembros de desarrollo de la nueva política intergubernamental supuso un nuevo impulso al trabajo de las instituciones en materia de fraude. Así, la Comisión en su informe sobre la Protección de los intereses financieros de la Comunidad (1994) afirmaba que es necesario elaborar un instrumento jurídico específico para forzar la protección penal, esencial e ineludible para una lucha eficaz transparente y disuasiva contra el fraude.

A esta nueva visión de la represión de estas prácticas delictivas, responde el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (CPIF), de 26 de julio de 1995, suscrito por el Consejo Europeo y pendiente de ratificación por parte de los Estados miembros. Este Convenio fue adoptado en aplicación del artículo K.3 TUE que pertenece al Título VI

---

<sup>659</sup> Cfr. MANGAS MARTÍN/LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, pág.237.

<sup>660</sup> Así, en la reunión del Consejo de las Comunidades europeas y de los Ministros de Justicia (la primera tras Maastricht) en Funchal (Portugal), el 18 de mayo de 1992 las delegaciones nacionales, en el marco de la discusión del tercer pilar del Tratado de la Unión Europea (Título VI del Tratado), expresan la preferencia por un refuerzo de la cooperación intergubernamental, más que por un desarrollo de la armonización reforzando los trabajos del Consejo en el ámbito de la cooperación en asuntos de justicia e interior.

"Cooperación en asuntos de justicia e interior". El carácter intergubernamental de esta política de la Unión explica la utilización de un instrumento de Derecho internacional clásico como es un convenio internacional.

El Convenio prevé la tipificación del delito y de la tentativa de delito de fraude a los intereses financieros de la Comunidad. La responsabilidad penal es exigible tanto a personas físicas como jurídicas. A las personas físicas les serán aplicables sanciones pecuniarias o privativas de libertad, en función de la gravedad del delito; las personas jurídicas responderán con sanciones pecuniarias a través de sus órganos, representantes o personas que, de hecho o derecho, ostenten el poder de decisión. La determinación de la existencia del delito se hará a la luz del Derecho comunitario y la determinación de la sanción concreta, así como de la imputabilidad, se regirán por las normas penales y procesales nacionales.

En relación con la participación en el delito, se recoge la distinción entre autor, inductor y cómplice ( art. 1-3 ) y la responsabilidad del "responsable" (art.3). En este último caso, la armonización ha sido sólo aparente ya que el CPIF limita la responsabilidad del responsable de la empresa por referencia a "los principios definidos por el Derecho interno", por lo que más que de armonización puede hablarse de asimilación que dejaría impunes directores y responsables de empresa cuando así lo disponga el ordenamiento nacional correspondiente .

A este Convenio, aún no ratificado, se unen dos Protocolos adicionales no firmados: el primero en materia de corrupción de funcionarios y el segundo sobre el fraude.

En el ámbito comunitario, un nuevo impulso se debe a la adopción del Reglamento 2988/95 de 18.12.1995<sup>661</sup> aplicable a fraudes abusos y otras irregularidades consideradas infracciones administrativas. En esta norma se recoge la obligación a cargo de los Estados y de las instituciones comunitarias de sancionar administrativamente las infracciones. Las sanciones previstas están sometidas al principio de legalidad y pueden ser de distintos tipos: pecuniarias, privación total o parcial de las ventajas concedidas por la norma comunitaria; exclusión o retirada del beneficio de la ventaja; retirada temporal o definitiva de la autorización para participar en regímenes de ayudas. Esta normativa es aplicable tanto a personas físicas como a personas jurídicas.

Por lo que respecta el Derecho originario, en noviembre de 1995 la Comisión elaboró un informe sobre la aplicación del art.209A TCE (Informe sobre la aplicación del artículo 209A del Tratado de la Unión europea), cuyas conclusiones eran, sustancialmente, que el principio de asimilación no garantizaba la debida represión de los fraudes a los intereses financieros comunitarios. La inoperancia del principio derivaba, según la Comisión, a que no se hubiese recogido en dicha norma el necesario carácter efectivo, proporcionado y disuasivo de las sanciones como requiere la jurisprudencia comunitaria. El Informe proponía ir más allá del principio de asimilación e iniciar una labor de aproximación de las prácticas nacionales (por ejemplo de los procedimientos de recaudación) y de las sanciones administrativas.

---

<sup>661</sup> DOCE, L 312 de 23.12.1995. El Reglamento ha sido adoptado en función del artículo 235, cláusula de apoderamiento de competencias que permite a la Comunidad legislar en materias en las que en principio no posee competencias.

La reciente reforma del TUE llevada a cabo por el Tratado de Amsterdam, introduce algunas modificaciones en la regulación de los intereses financieros de la Comunidad aceptando en parte las críticas de la Comisión a las que acabamos de referirnos. Así, el nuevo artículo 280 TCE (antiguo 209A TCE) introduce expresamente el principio de asimilación tal como ha sido configurado por la jurisprudencia del TJCE en los siguientes términos:

"1. La Comunidad y los Estados miembros combatirán el fraude y toda la actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasivo y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros.

2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros".

Los apartados 3, 4 y 5 hacen referencia a la coordinación de las acciones estatales contra el fraude, a la adopción por parte del Consejo de medidas para la prevención y lucha contra el fraude - excluyendo expresamente la legislación penal- y la obligación a cargo de la Comisión de informar al Parlamento y al Consejo<sup>662</sup>.

---

<sup>662</sup> Art.280 TCE : "3. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.

4. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente de los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la

La reforma debe ser evaluada positivamente por lo que respecta la inclusión de la exigencia de eficacia en la aplicación de sanciones por parte de los Estados miembros, aunque no se trate más que de la formalización de un criterio jurisprudencialmente ya consolidado. Criticable, en cambio, aunque comprensible, la exclusión de la legislación penal y procesal nacional de la labor de armonización del Consejo.

La reforma de Amsterdam introduce también significativas novedades en el pilar intergubernamental sobre cooperación en asuntos de justicia e interior (artículo K.TUE) que, en realidad, se desdobra. Por una parte, el nuevo Título V pasa a ocuparse de: "Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal". Se trata de una peculiar reforma que no sólo afecta al contenido del Título, sino, también, a su naturaleza ya que, aun sin perder su carácter de política intergubernamental, en cierta medida se "comunitariza", pues se prevén mecanismos y controles hasta ahora limitados al ámbito comunitario.

Así, el criterio de adopción de decisiones sigue siendo la unanimidad, pero el nuevo Título introduce tres nuevos instrumentos jurídicos denominados decisiones, decisiones-marco y convenios. Se trata de actos con denominación y contenido diverso de los que se adoptan en el ámbito comunitario, pero constituyen una novedad respecto a las posibilidades que, hasta el momento, poseían las instituciones de intervención legislativa en los ámbitos intergubernamentales, por ello puede hablarse de acercamiento de ambos niveles. En la misma óptica, hay que interpretar

---

*aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración de la Justicia.*

5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las mediadas adoptadas para la aplicación del

la extensión de competencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades en relación con el control de los mencionados actos. En efecto, el nuevo artículo K.7 TUE prevé la competencia prejudicial del TJCE sobre la validez e interpretación de las decisiones-marco y convenios y de las medidas dictadas para su aplicación. Se trata, en todo caso, de una relativa ampliación de competencias, ya que se condiciona su eficacia a la aceptación expresa por parte de los Estados miembros.

Especial interés reviste el nuevo artículo K.3 cuya letra e) prevé el desarrollo de una acción común sobre la cooperación judicial en materia penal que incluye "la adopción progresiva de normas mínimas sobre los elementos constitutivos del delito y a las penas en materia de delincuencia organizada, terrorismo y tráfico de drogas"<sup>663</sup>.

En relación con la aproximación de legislaciones el nuevo artículo K.6b) dispone que el Consejo, por unanimidad, podrá "adoptar las decisiones-marco para la aproximación de las legislaciones y normas reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones-marco vincularán a los Estados miembros en cuanto a los resultados de las mismas, pero dejarán libertad a las autoridades nacionales en cuanto a la elección de las formas y métodos; no tendrán efectos directos"<sup>664</sup>.

---

presente artículo".

<sup>663</sup> En relación con estas normas mínimas una Declaración aneja al Tratado sobre la letra e) del art. K.3 dispone la no obligatoriedad de introducir sanciones mínimas para los Estados cuyo ordenamiento jurídico no las prevea.

<sup>664</sup> Es evidente el paralelo entre la decisiones-marco y las directiva comunitaria ya que el artículo 189 TCE afirma que "la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios"

Por último, y ya en el ámbito comunitario, el Proyecto de Tratado de Amsterdam introduce un nuevo Título sobre “libre circulación de personas, asilo y emigración”, cuyo artículo A establece en su letra e) que el Consejo adoptará: “medidas en el ámbito de la cooperación policial y judicial materia penal destinadas a garantizar un alto grado de seguridad mediante la prevención y lucha contra la delincuencia dentro de la Unión, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea”.

### **3.6.3. El delito de fraude a los intereses financieros de la Comunidad desde la perspectiva de los Derechos nacionales: su regulación en Italia, Francia y España**

La protección de los intereses financieros de la Comunidad por parte de los Estados miembros no se lleva a cabo de manera uniforme. Algunos países, incluso antes de la codificación del principio de asimilación, protegían los ingresos de la Comunidad mediante cláusulas legales expresas, que asimilaban los ingresos comunitarios a los ingresos financieros nacionales; en otros Estados miembros, en cambio, los delitos de fraude podían quedar impunes por falta de previsión normativa. Este desigual tratamiento del fenómeno del fraude afectaba a las relaciones económicas en el seno comunitario y ponía en peligro los principios comunitarios de unidad de mercado y de igualdad de los agentes económicas.

La diferencia de tratamiento del delito de fraude a los intereses financieros de la Comunidad se traduce en de la existencia de tres modelos posibles según que la asimilación a los intereses nacionales sea<sup>665</sup>:

- Expresamente prevista: Alemania (art.264 StGB), Italia (316 bis y 640 bis C.p), Portugal (arts.36, 37 y 38 C.p. y Decreto-Lei nº28/84), España (309 y 306 Nuevo Código penal).

- Sólo admitida aplicando las normas nacionales que se refieren únicamente a la Hacienda nacional: Inglaterra, Dinamarca, Irlanda y Países Bajos.

- Puesta en duda en la medida que la legislación nacional no permite la asimilación, pues no parece cubrir todas la hipótesis de fraude comunitario: Francia (a la que nos vamos a referir en seguida), Bélgica en la que el Real Decreto de 31 de marzo de 1993 relativo a falsa declaración para obtención de la subvención no parece aplicable a las subvenciones comunitarias, Grecia cuyo Código penal tipifica fraudes en detrimento del Estado y otros organismos públicos sin mencionar la Comunidad Europea.

Veamos la regulación del fraude a los intereses comunitarios en Italia, Francia y España:

---

<sup>665</sup> Cfr. M.DELMAS-MARTY, *Incompatibilités entre sanctions juridiques et mesures d'harmonisation: Rapport finale du groupe d'experts*, op.cit., págs. 97 y ss.

## a) Italia

El Derecho italiano tradicionalmente utilizaba la figura penal de la estafa para reprimir el fraude de subvenciones. La materia ha sido objeto de reciente reforma con la Ley de 19 de marzo de 1990, nº55, sobre "Nuevas disposiciones para la prevención de la delincuencia de tipo mafioso y otras graves formas de manifestación de peligrosidad social", que ha introducido en el Código penal italiano el artículo 640 bis relativo a la "estafa agravada por la obtención de erogaciones públicas" y aplicable a cualquier clase de ayuda, ya sea otorgada por el Estado, por cualquier ente público o por la Comunidad Europea<sup>666</sup>.

Además, la Ley de 26 de abril de 1990, nº86, sobre "Modificaciones en tema de los delitos de los funcionarios públicos contra la Administración Pública", tipifica la malversación de fondos públicos por un particular, y una reciente reforma realizada por la Ley de 7 de febrero de 1992, nº181 incluye la Comunidad Europea entre los entes de los que pueden proceder la ayudas<sup>667</sup>.

---

<sup>666</sup> Artículo 640 bis: *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche.- La pena è di reclusione da uno a sei anni e si procede di ufficio se il fatto di cui all'articolo 640 (truffa) riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee).*

<sup>667</sup> Así el artículo 316 bis: *Malversazione a danno dello Stato. Chiunque estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità Europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità, è punito con la reclusione da sei a quattro anni*" La referencia a las Comunidades fue incluida con la modificación de la L.26.4.1990, n.86 (art.3).

En ámbito agrícola la Ley nº898 de 23 de diciembre de 1986, también reformada por la Ley de 7 de febrero de 1992, configura un tipo penal nuevo, encargado de incriminar el fraude a subvenciones comunitarias en el sector agrícola al que resultan aplicables tanto sanciones administrativas como penales. Estas últimas no son superiores a las previstas por el Código penal para el delito de estafa de manera que la utilidad de esta nueva figura delictiva resulta discutible<sup>668</sup>.

Del conjunto de esa legislación parece que, a pesar de las reformas que asimilan los fondos comunitarios a los fondos públicos nacionales, la regulación italiana sigue empleando la figura de la estafa para reprimir el fraude a los intereses financieros de las Comunidades. Ello crea problemas a la hora de apreciar la existencia del delito, ya que en este específico tipo de fraude no siempre se cumplen los requisitos exigidos por el tipo de la estafa<sup>669</sup>.

## b) Francia

El Derecho penal económico francés se caracteriza por una cierta dispersión, a la que no ha dado la necesaria sistematización el nuevo Código penal francés ya que numerosas materias siguen estando reguladas por leyes especiales y por el Derecho penal aduanero.

---

<sup>668</sup> Cfr. G.GRASSO, *Comunidades Europeas, op.cit.*, (nota) 75, pág. 61

<sup>669</sup> Cfr. V.SANCHEZ LOPEZ, *El delito de fraude, op.cit.*, pág.302.

Por lo que respecta al fraude a los intereses financieros de la Comunidad, no existe una previsión específica, y para su incriminación es necesario recurrir al tipo general de la estafa regulada por el art.313-1 del Nuevo Código penal francés, al de falsedad documental regulado en sus distintas formas por los arts.441-1-2-3-4-7-8 y a leyes especiales como la Ley de 1 de agosto de 1905 sobre los fraudes y falsificaciones en materia de productos o servicios (reformada por Ley de 24 de enero de 1978). Esta última norma reenvía a la legislación comunitaria<sup>670</sup>, de manera que cuando un fraude o una falsificación se define en la legislación comunitaria derivada se recurre a ésta para determinar los elementos de la infracción, mientras que la sanción aplicable será, en cambio, la establecida por la legislación francesa.

En todo caso, el recurso a los anteriores figuras delictivas es más bien teórico; en la práctica, la represión del fraude a los intereses financieros de la Comunidad se resuelve aplicando la legislación aduanera y fundamentalmente el artículo 426.4 del Código de Aduanas, que considera importaciones o exportaciones sin declaración de mercancías prohibidas las falsas declaraciones que tengan por objeto obtener, total o parcialmente un reembolso, una exoneración, un derecho reducido o cualquier ventaja relacionada con la importación o la exportación. El apartado 5 del mismo artículo persigue la fabricación o el uso de un documento falso destinado a obtener fraudulentamente el beneficio en Francia o en el extranjero de un régimen preferencial previsto por un acuerdo o tratado internacional o por ley nacional. El

---

<sup>670</sup> El art.13 de la L.1 de agosto de 1905 establece: "*lorsqu'un règlement de la Communauté économique européenne contient des dispositions qui entrent dans le champ d'application de la présente loi, un règlement d'administration publique (décret en Conseil d'Etat) constate que ces dispositions ainsi que des règlements communautaires qui les modifieraient ou qui serait pris pour leur application contient les mesures d'exécution prévues à l'article 11 ci-dessus*".

artículo 414 del mismo Código castiga estas hipótesis delictivas con prisión hasta tres años, multa de hasta el doble de valor del objeto del fraude y confiscación del objeto y medios del fraude.

En opinión de la doctrina, la actual legislación francesa no puede considerarse eficaz para la protección de los intereses financieros de la Comunidad porque las normas aplicables no han sido pensadas para estos supuestos específicos, y ello lleva inevitablemente a la impunidad de numerosas prácticas defraudatorias<sup>671</sup>. Por esta razón es lamentable que el legislador francés haya desaprovechado la oportunidad de la reforma de 1992 para introducir un nuevo tipo penal explícitamente pensado para la protección de las finanzas comunitarias.

### c) España

El nuevo Código penal de 1995 prevé en el artículo 308 el delito de fraude de subvenciones considerado como un delito que atenta contra la Hacienda pública, y en el artículo 309 el delito de fraude de subvenciones comunitarias. Este último dispone que: " El que obtenga indebidamente fondos de los presupuestos generales de las Comunidades u otros administrados por éstas, en cuantía superior a cincuenta mil ecus, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía". Parecería, por tanto, que el legislador español ha adoptado el principio de asimilación de los intereses financieros comunitarios a los nacionales al que nos hemos referido

---

<sup>671</sup> Cfr. J. VERVAELE, *La fraude*, *op.cit.*, págs.183 y ss. En el mismo sentido crítico, cfr. J.C.MARIN, *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté: bilan et perspectives depuis le séminaire de Bruxelles de 1989*, en *Séminaire sur la protection*, *op.cit.*,

precedentemente. Ahora bien, esa asimilación no es total ya que el art.309 tipifica sólo la obtención indebida de ayudas comunitarias, es decir, únicamente uno de los comportamientos fraudulentos recogidos en el 308, sin hacer referencia a la hipótesis de incumplimiento de las condiciones del otorgamiento de la subvención. Para la incriminación de este último comportamiento hay que recurrir al artículo 306 que establece: "el que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de las Comunidades u otros administrados por éstas, en cuantía superior a cincuenta mil euros, elidiendo el pago de cantidades que se deban ingresar, o dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieran destinados, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía".

Ambas normas poseen una estructura muy similar e imponen una idéntica pena, por ello no resultan claros los motivos que han llevado al legislador a recoger estas conductas defraudatorias de las subvenciones comunitarias en dos preceptos diferentes, y no parece razón suficiente que el 309 se refiera a la protección del sistema de gastos de las Comunidades, y el 306, en cambio, a la del sistema de ingresos en su primera previsión -"elidiendo las cantidades que se deban ingresar"-, y a la protección de los gastos en el segundo supuesto contemplado -"dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a la que estuvieran destinados"-.

Por último, desde el punto de vista de la culpabilidad hay que decir que en la norma española es evidente la influencia del Convenio relativo a los intereses financieros de la Comunidad de 1995, que define el fraude grave como: "cualquier fraude que afecte a un montante mínimo a fijar por cada Estado miembro. Ese

montante mínimo no puede ser fijado en más de 50.000 ecus". En cuanto a la pena es la misma prevista para sancionar el fraude de subvenciones de las Administraciones Públicas.

La inclusión de estos dos nuevos tipos penales que sancionan los fraudes a los intereses financieros de la Comunidad debe valorarse de forma positiva, a pesar de que no se han cumplido totalmente las exigencias del principio de asimilación<sup>672</sup> consagrado en el artículo 209A del TCE, pues el art.309 es más restrictivo que el 308 ya que sólo contempla uno de los comportamientos delictivos descritos en este último<sup>673</sup>.

#### **4. EVALUACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE EL SISTEMA SANCIONADOR COMUNITARIO Y LOS SISTEMAS NACIONALES: la incidencia de las diferentes regulaciones de la participación en el delito**

De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que el sistema sancionatorio comunitario se enfrenta a distintos tipos de infracciones que exigen una respuesta diversa por parte de las instituciones y de los Estados miembros.

---

<sup>672</sup> Tampoco responde al principio de asimilación la previsión del nuevo artículo 628 que introduce una falta en materia de fraude a las subvenciones comunitarias, ya que no existe una idéntica previsión para las infracciones nacionales.

<sup>673</sup> Cfr. V.SÁNCHEZ LOPEZ, *El delito de fraude*, *op.cit.*, págs. 393 y ss.

Para intentar encontrar soluciones uniformes cabe incluir las posibles infracciones al Derecho comunitario en dos grupos que constituyen problemas diferentes y necesitan respuestas distintas<sup>674</sup>.

#### **4.1. Infracciones económicas de origen comunitario**

Un primer grupo incluiría aquellas violaciones a normas comunitarias relacionadas con el Derecho económico que en los diferentes Derechos internos son calificadas como infracciones o como delitos, y a las que, consecuentemente, se le aplica una sanción de naturaleza administrativa o penal.

La Comunidad, dada la ausencia de competencia en materia penal, debe necesariamente recurrir a los sistemas de sanciones penales internos. Ahora bien, la garantía del cumplimiento de las normas y obligaciones comunitarias se verá asegurada sólo en la medida en que esos sistemas internos resulten, no sólo eficaces para combatir las violaciones al Derecho comunitario, sino entre sí próximos, reduciendo las diferencias de regulación y protección que actualmente existen. Es precisamente en este campo, donde se manifiestan con mayor evidencia las consecuencias distorsionadoras derivadas de la disparidad de los sistemas de sanción. Incide en esa distorsión fundamentalmente lo relacionado con los principios de la Parte General de Derecho penal y, en concreto, la diversa regulación de las formas de participación. La opción por un sistema unitario o diversificado de la

---

<sup>674</sup> B. VILÁ COSTA, "*Régimen jurídico de las sanciones por infracción a las normas comunitarias*". Rev. Instituciones Europeas, Madrid, sep-nov 1992, págs.805 y 843.

participación en el delito tendrá inmediatas consecuencias desde el punto de vista de la discriminación de los sujetos.

#### **4.1.1. Consecuencias de la disparidad de los sistemas sancionatorios administrativos y penales**

La particular configuración del principio de asimilación, que deja libertad a los Estados miembros respecto a la elección de sanciones, hace necesario un análisis comparado de sus regímenes sancionatorios, pues, como acabamos de afirmar, la diversidad entre ellos afecta al principio de no discriminación.

De ello se ha ocupado un grupo de expertos cuyas conclusiones se han traducido en el "*Etude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les Etats membres des Communautés Européennes*"<sup>675</sup>.

A través de este estudio puede llegarse a la conclusión de que no toda diferencia entre los sistemas se traduce incompatibilidad<sup>676</sup>. Algunas reglas son simplemente diferentes, pero equivalentes. Otras, en cambio, son verdaderamente incompatibles. Son éstas las que crean desigualdades y lagunas en la represión y hacen más difícil la cooperación internacional, originando riesgos de impunidad.

---

<sup>675</sup> *Etude sur les systèmes de sanction administratives et pénales dans les Etats membres des Communautés Européennes. Vol.I, Rapports nationaux., op.cit.*

<sup>676</sup> Cfr. también M.DELMAS-MARTY, *Incompatibilités entre sanctions juridiques et mesures d'harmonisation: rapport finale du groupe d'experts charge d'une étude comparative sur*

Sintetizando lo resultante del estudio comparado realizado por la Comisión pueden destacarse las siguientes diferencias entre los sistemas sancionadores nacionales:

a) Sanciones administrativas

En relación con este tipo de sanciones, existen tres sistemas diferentes<sup>677</sup>:

- Un primer grupo de países adopta un sistema unificado de sanciones administrativas con Parte General, reglas comunes y funcionamiento alternativo al sistema penal (Alemania, Italia y Portugal).
- Otros países poseen un sistema de sanciones administrativas sin régimen unificado y compatible (acumulable) con las sanciones penales (España, Francia, Grecia y Holanda).
- Por último, algunos países no admiten la competencia administrativa para imponer sanciones (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca).

En relación con las hipótesis de comisión de la infracción por una pluralidad de personas, que es lo que nos interesa, la mayoría de los países adopta cuando se trata de aplicar sanciones administrativas, un sistema unificado de participación. La

---

*la protection des intérêts financiers de la Communauté", op.cit, pág.99 .*

<sup>677</sup> Cfr. sobre este punto, G.GRASSO, *Nouvelles perspectives en matière de sanctions administratives communautaires*, en Séminaire sur la protection juridique des intérêts financiers de la Communauté, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 25 y 26 de noviembre 1993, págs.47 y ss.

calificación de la infracción a la norma comunitaria como administrativa o penal tendrá, desde esta perspectiva, una importancia fundamental en aquellos sistemas que adoptan en ámbito penal un modelo de diversificación de las distintas figuras delictivas con la consiguiente graduación de las penas.

Por otra parte, los mismos criterios para calificar la sanción como administrativa o penal varían según los Estados miembros. Así, en aquellos países, como Alemania, Italia y Portugal, que disponen de un sistema orgánico de sanciones administrativas el criterio de identificación es formal, es decir, deriva de la calificación expresa del legislador; en otros ordenamientos, como el español o el francés, el criterio utilizado es orgánico, de manera que se consideran sanciones administrativas aquellas que son aplicadas por las autoridades administrativas<sup>678</sup>. Todo ello contribuye a que una misma conducta sea calificada de manera diferente por las distintas legislaciones nacionales.

#### b) Sanciones penales:

Respecto a las sanciones penales nos limitamos a recoger aquí las diferencias en relación con el elemento subjetivo y las formas de participación, que corresponden al objeto este trabajo.

En relación con el elemento subjetivo el dato más importante es la existencia de países donde se admite la responsabilidad objetiva. Esto crea una incompatibilidad insalvable entre los distintos sistemas de protección de las finanzas

---

<sup>678</sup> Cfr. G.GRASSO, *Nouvelles perspectives en matière de sanction administrative*

comunitarias, influye en una posible armonización<sup>679</sup> y es poco compatible con el principio de *nulla poena sine culpa*. Este principio está ya en vigor en el sistema de sanciones comunitarias en el Derecho de competencia, en ciertos Estados miembros (como España, Alemania, Italia) tiene valor constitucional y ha sido progresivamente introducido en los proyectos de reforma penal.

En la mayoría de los Estados miembros el fundamento de la responsabilidad penal es la responsabilidad personal, pero el hecho de que las infracciones al Derecho comunitario se produzcan principalmente en relación con la actividad de las empresas lleva necesariamente a tener que ocuparse de la responsabilidad del responsable empresarial y la de la propia empresa.

En cuanto a la responsabilidad personal en sentido estricto es evidente que las diferencias derivan principalmente del distinto tratamiento que se da a la participación en el delito y que, como se hemos visto precedentemente varía desde el tratamiento diferenciado de las figuras de la participación, al modelo unitario Este último es minoritario entre los países de la Comunidad en relación con la responsabilidad penal, pero mayoritario por lo que respecta las sanciones administrativas.

A lo dicho en los anteriores capítulos de este trabajo, puede ahora añadirse que las consecuencias de la diferente regulación de la participación se atenúan en

---

*communautaires, op.cit.*, págs.46 y ss.

<sup>679</sup> Aunque hay que dejar constancia de la sentencia de TJCE de 10 de junio 1990, HANSEN/MIN.PUBLIC, caso.326/88, cit., en la que el Tribunal de Luxemburgo afirma que la existencia de la responsabilidad objetiva no es contradictoria con el Derecho comunitario y que principio *nulla poena sine culpa* no es un derecho fundamental.

relación con el tipo de delitos de los que nos estamos ocupando ya que respecto a ellos no es infrecuente que determinadas conductas de complicidad sean consideradas como delitos distintos o como formas particulares de participación<sup>680</sup>.

Otras diferencias derivan de la presunción de responsabilidad, excluida por en la mayoría de los Estados miembros - incluso considerada incompatible con la Constitución en algunos de ellos (España, Italia, Alemania) - y, sin embargo, admitida en materia fiscal y aduanera en otros (Irlanda - en ambas materias-, Bélgica, Dinamarca, Francia – sólo en Derecho aduanero - y Luxemburgo - en Derecho fiscal -). Por otra parte, en todos aquellos sistemas en los que el elemento subjetivo de una infracción consiste en la comisión de una simple falta material (Inglaterra, Dinamarca, Francia) puede hablarse, de hecho, de una cierta presunción de responsabilidad.

El segundo aspecto que debe ser tenido en cuenta es la responsabilidad del "responsable" es decir de aquél a quien corresponde tomar decisiones cuando no ha ejecutado materialmente el hecho constitutivo del delito. A este respecto existen tres posibles modelos:

- El modelo inglés, que une esta forma de responsabilidad denominada *vicarius liability* a la existencia de infracciones para las que se admite una responsabilidad objetiva.

---

<sup>680</sup> Así, por ejemplo, el interés en el fraude del Derecho aduanero francés.

- El modelo francés (aplicable en Bélgica, Luxemburgo y Grecia), que no limita la responsabilidad del que decide a las solas infracciones materiales, sino que la aplica desde el momento en que puede establecerse un vínculo entre la infracción y una profesión que imponga a quien decide un deber personal de vigilancia.

- El modelo alemán (España, Italia, Grecia), que permite castigar la omisión, incluso cuando se trata de un delito de comisión ( comisión por omisión), si se trata de una persona a la que, por su una posición, se le puede exigir que impida que sus subordinados cometan delitos.

Las diferencias, pues, están fundamentalmente en las condiciones que en los distintos sistemas nacionales se exigen para poder admitir la responsabilidad del responsable.

Un tercer aspecto de diferenciación es el relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas. Aquí existen las siguientes posibilidades:

- El modelo británico que admite la responsabilidad de la personas jurídicas en Derecho penal, bien a título general ( Reino Unido, Países Bajos), o sólo en relación con determinadas infracciones limitadas (Dinamarca, Francia, Portugal)

- El modelo alemán según el cual este tipo de responsabilidad está reservada al Derecho administrativo.

En cuarto lugar respecto a las sanciones efectivamente aplicadas las diferencias entre los países son notables. Así, por lo que respecta a los fraudes a los

recursos propios comunitarios, algunos Estados miembros prevén la aplicación de penas privativas de libertad acumulables a sanciones pecuniarias (Francia hasta 3 meses, Bélgica y Luxemburgo máximo 1 año, Grecia máximo 5 años, España máximo 6 años), otros prevén sanciones pecuniarias alternativas a penas detentivas (Alemania un máximo de 5 años, Reino Unido entre seis meses y 5 años según la calificación, Dinamarca y Holanda máximo 2 años), y, por último, algunas legislaciones contemplan sólo la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias (Italia e Irlanda). Menos diferencias existe en relación con las sanciones a infracciones relacionadas con subvenciones o ayudas comunitarias, ya que en estas hipótesis todos los Estados miembros prevén la aplicación de sanciones privativas de libertad.

Por último, la distinta configuración de las circunstancias agravantes y atenuantes puede incidir notablemente en la aplicación efectiva de la sanción, sin que sea posible a priori determinar el alcance de esa incidencia, pues su aplicación depende en muchos casos de la libre apreciación del juez.

Existen, pues, grandes divergencias a propósito de la naturaleza y la duración de las sanciones aplicadas, y esto, obviamente se puede traducir de hecho en situaciones de impunidad<sup>681</sup>. No parece necesario justificar la urgencia de una armonización que evite la aparición de "paraísos penales" en los que esa impunidad incite a las empresas a realizar sus actividades. Esa armonización supone, en primer lugar, aproximar la definición de las infracciones y la determinación de las sanciones<sup>682</sup>.

---

<sup>681</sup> Cfr. M.DELMAS-MARTY, *Incompatibilité*, *op.cit.*, pág.108.

<sup>682</sup> Cfr. MANGAS/LIÑAN, *Instituciones*, *op.cit.*, págs.238 y 239

#### 4.1.2. Los fraudes comunitarios

El segundo grupo comprende aquellas infracciones que cabe erigir en fraudes específicos, es decir, delitos propiamente comunitarios, derivados, por ejemplo, de la manipulación de las condiciones de acceso a la financiación o de la desviación de los fondos comunitarios. Corresponden a este grupo las infracciones relacionadas con los intereses financieros de la Comunidad y los delitos derivados de la acción de los funcionarios de las instituciones comunitarias<sup>683</sup>.

También respecto a estas infracciones existen divergencias que justifican la intervención de la Comunidad. Hasta ahora esa intervención, como hemos visto, se ha movido en torno a tres diferentes ejes: la elaboración jurisprudencial de principios comunes aplicables a las sanciones como el del principio de asimilación; la cooperación intergubernamental, que encuentra su fundamento en las relaciones intergubernamentales de la Comunidad - antes en el ámbito de la Cooperación Política Europea, y hoy en la CAJI- y se traduce en la utilización de instrumentos de Derecho internacional como Convenios y Protocolos; y, por último, la armonización de las legislaciones nacionales, realizada a través de Convenios - como el CPIF-, o mediante normas de Derecho comunitario - como el ya mencionado Reglamento 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995 -.

---

<sup>683</sup> Cabría incluir, también como bienes jurídicos de naturaleza comunitaria el sistema arancelario y el medio ambiente comunitario. Cfr. A. MATEOS RODRÍGUEZ, *La Unión Europea, op.cit.*, pág.3.

Cada una de estas tres técnicas presenta, sin embargo, ciertos problemas<sup>684</sup>. Así, el principio de asimilación no se ha demostrado eficaz y capaz de garantizar un tratamiento no discriminatorio entre los agentes económicos de los diversos Estados miembros. La cooperación no acaba de arrancar y, en la medida que utiliza instrumentos de Derecho internacional, complica el ya complejo sistema represivo europeo. Por último, la armonización es sólo embrionaria, pero como la cooperación puede llevar a una excesiva complejidad.

La superación de estas dificultades presupone enfrentarse a esos delitos desde la óptica de la aparición de unos nuevos bienes jurídicos protegidos de carácter supranacional que exigen para su eficaz protección, un nuevo Derecho común, también de carácter supranacional. El fundamento de éste último se encontraría, pues, en el hecho de que "el nacimiento de organismos supranacionales, que reemplazan a los Estados en la gobernación de los importantes sectores de la vida económica y que están facultados para emitir disposiciones dotadas de eficacia directa en el territorio de los Estados miembros, implica la aparición de un haz de posibles objetos de tutela penal (bienes jurídicos, en terminología penal)"<sup>685</sup>.

---

<sup>684</sup> Respecto al fraude a los intereses financieros de la Comunidad, el grupo de expertos encargado de la elaboración del *Corpus Iuris* partía de la premisa de que "en efecto la represión de esta criminalidad se encuentra con obstáculos que responden a la discontinuidad de la acción represiva (la competencia de las autoridades represivas se circunscribe en lo esencial a lo fronteras nacionales) y a la disparidad de los sistemas en los que se basa". M. DELMAS-MARTY y otros, *Hacia un espacio judicial europeo, Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, 1997, pág.9

<sup>685</sup> G.GRASSO, *Nouvelles perspectives en matière de sanctions administratives communautaires, op.cit.*, pág.45

Si se acepta la existencia de estos bienes jurídicos supranacionales es posible imaginar, para los delitos cometidos contra ellos, el "desarrollo de un sistema autónomo de sanciones específicas, difícilmente abordables a través de las administraciones estatales, regionales o locales muchas veces poco severas"<sup>686</sup>. Cabría así desarrollar un Derecho penal autónomo de la Comunidad que supere la insuficiente protección derivada de la asimilación de fondos comunitarios con los fondos nacionales en materia de sanciones<sup>687</sup>. Para ello, previamente, es necesario realizar opciones entre las soluciones que aportan los distintos sistemas penales y, esto supone llevar a cabo estudios comparados de las regulaciones de los Estados miembros. Sólo así, se podrá garantizar que esas posibles opciones responden a la tradición jurídica europea y son las más eficaces desde el punto de vista de la garantía de los derechos de los europeos, evitando las actuales discriminaciones.

#### 4.1.3. *El Corpus Iuris*

En la línea que acaba de señalarse se propone, como única alternativa a las actuales disfunciones derivadas de la diversidad de regulaciones penales, la de avanzar por el camino de la unificación. Ésta es la filosofía que ha inspirado la elaboración por parte de un grupo de expertos de "un conjunto de reglas penales que constituyen una especie *Corpus Iuris* limitado a la protección de los intereses

---

<sup>686</sup> B.VILÁ COSTA, Blanca, *Régimen jurídico*, *op.cit.*, págs. 814 y 815.

<sup>687</sup> De manera similar para los delitos de funcionarios comunitarios podría pensarse en "un sistema propio de sanciones, quizá inspirado en un substrato de reglas deontológicas comunes a las distintas administraciones" basado en el Protocolo sobre la responsabilidad y la protección en materia penal de los funcionarios y otros agentes de las Comunidades Europeas de 1976. B.VILÁ COSTA, B. *Ibidem*

financieros de La Unión europea y destinado a asegurar, en un espacio judicial europeo medianamente unificado, una represión más justa y más eficaz"<sup>688</sup>.

El *Corpus Iuris* está dividido en dos partes: Derecho penal y Procedimiento penal. Cada una de ellas contiene una serie de principios, reglas y comentarios, a las que sigue una parte dispositiva. Esas reglas, se dice en la introducción, "obedecen a los principios rectores ya pertenecientes a la tradición jurídica europea común, tal y como se ha elaborado en el curso de la historia y como, por otra parte, la consagran los principios fundamentales de derecho comunitario interpretados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades (TJCE) y el Convenio europeo para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (CEDH)"<sup>689</sup>.

Veamos su contenido desde el punto de vista de la autoría y la participación.

El art.12 regula la responsabilidad penal individual y las formas de participación:

1. Todo individuo podrá ser declarado responsable de las infracciones definidas con anterioridad (art.1 a 8) en concepto de autor, inductor o cómplice:

a) será autor de la infracción el que comete los hechos incriminados o el que participe, como coautor, en la comisión de la infracción;

---

<sup>688</sup> *Corpus Iuris*, pág.22.

<sup>689</sup> *Ibidem*.

b) será inductor de la infracción el que, por dádiva, promesa, amenaza, orden abuso de autoridad o de poder hubiera cometido la infracción o dado las instrucciones para cometerla;

c) será cómplice de la infracción, el que a sabiendas, por la ayuda o cooperación, haya facilitado la preparación o la consumación .

El *Corpus Iuris* opta por un modelo diversificado de las formas de participación. La justificación de sus redactores coincide con lo analizado en los primeros capítulos de este trabajo, ya que se considera como el más conforme con la tradición europea y con la regulación vigente en la mayoría de los países de la Comunidad. En el comentario que acompaña al artículo se afirma que "la diferenciación entre autor, inductor y cómplice responde, en materia penal, a la tradición histórica de Europa y a la gran parte de los ordenamientos jurídicos actuales" y - añaden los autores de proyecto - "(...) el seguimiento aquí del principio de diferenciación entre la figura del autor, del inductor y la del cómplice, se debe fundamentalmente a la evidencia de que la responsabilidad penal no se encuentra limitada a aquellos casos en los que el delito se realiza de propia mano<sup>690</sup>.

La pluralidad de la figura de autor (autor directo, indirecto, coautor) corresponde también a la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, pero las definiciones elegidas para los diferentes partícipes en la infracción se inspiran sobre todo en los Códigos penales alemán y francés<sup>691</sup>.

---

<sup>690</sup> *Corpus Iuris*, pág.36.

<sup>691</sup> *Ibidem*.

Así, por lo que respecta al autor, se da una definición ligada a la comisión del hecho idéntica a la del Código penal francés, pero con la diferencia de que el *Corpus Iuris* incluye la figura del coautor, también vinculada a la comisión del hecho. En esto se asemeja más al Código penal alemán. No se contempla, en cambio, expresamente la figura del autor mediato, que sin embargo, existe hoy en una buena parte de los ordenamientos de los Estados miembros.

Se recoge la inducción sin indicar que le corresponda la misma pena que al autor, como ocurre en nuestro sistema o en el alemán. La definición de las formas de inducción está claramente inspirada en la del Código penal francés, pero, al contrario que en éste, no se la considera como una forma de complicidad, sino como figura intermedia entre el autor y el cómplice.

Se rechaza, sin embargo, por razones de simplificación, la diferenciación entre cooperador "necesario" y "no necesario", dado que se tomará en consideración el grado de participación en la determinación de la pena.

La regulación de la complicidad está también inspirada en el Código penal francés.

En cuanto a las penas, el *Corpus Iuris* se aparta del sistema adoptado por el ordenamiento francés, ya que se liga la pena al grado de participación y a la intervención de circunstancias atenuantes y agravantes: "Las penas previstas para las infracciones definidas con anterioridad (arts.1 a 8) se aplicarán en función de la gravedad del hecho, de la culpabilidad del autor y del grado de su participación en la infracción. Fundamentalmente, se tomarán en consideración la vida anterior del

acusado, su eventual reincidencia, su personalidad, sus móviles, su situación económica y social y, en particular, sus esfuerzos para reparar el daño causado"(art.15 Graduación de la pena). Se consagra, pues, el principio de individualización de las penas recogido en los Códigos penales europeos, y en este sentido el comentario que acompaña al artículo, lo fundamenta afirmando que "en definitiva, la regla propuesta se define como una síntesis de las tradiciones jurídicas nacionales"<sup>692</sup>.

Para terminar la descripción del texto conviene añadir que el último artículo recoge el principio de subsidiariedad aplicado al ámbito penal, en función del cual:

"El *Corpus* de las reglas de derecho substancial (art.1 a 17) y procedimental (art.18 a 34) definidas con anterioridad, serán aplicables en todo el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea. En caso de laguna legal del *Corpus*, la ley aplicable será la del lugar en el que la infracción sea perseguida, enviada a juicio, o en su caso, la del lugar de ejecución de la condena (art.35- La subsidiariedad del Derecho nacional respecto del Derecho jurídico europeo)".

El *Corpus Iuris* es, y en este sentido hay que valorarlo, un primer intento de puesta en común del patrimonio penal europeo, que tiene la virtud de intentar una síntesis de las soluciones más adecuadas que los distintos ordenamientos penales de los Estados miembros ofrecen. Así, por lo que se refiere a la regulación de la participación en el delito, aunque es evidente la influencia del sistema francés, la solución aportada refleja en buena medida esa labor de puesta en común a la que nos

---

<sup>692</sup> *Corpus Iuris*, pág.39.

hemos referido y en la que será necesario profundizar para encontrar la respuesta más perfecta a los problemas que se han analizado en esta investigación.

En todo caso, al final la pregunta que precede a estas reflexiones es la que se formulaba al inicio de este trabajo, es decir si es deseable y posible un Derecho común penal europeo. Veamos, como conclusión del último capítulo, los problemas que esto plantea y sus posibles soluciones.

## **5. CONCLUSIONES: Hacia una política penal común. Posibilidades y obstáculos**

1. Recapitulando, podemos decir que en el actual estado de desarrollo de las Comunidades Europeas no es posible pensar en atribuirles competencias penales y, consecuentemente, parece difícil sostener que la creación de un sistema sancionador comunitario autónomo que comprenda la posibilidad de imponer sanciones penales vaya a ser una realidad a medio plazo.

2. La razón más evidente para negar la atribución de competencias penales a la Comunidad tiene su fundamento en el proceso decisorio comunitario. Éste no parece compatible con el principio de legalidad, reconocido en los sistemas constitucionales de los Estados miembros, en función del cual se confía al órgano representante de la voluntad popular el monopolio legislativo en materia penal. El respeto a este principio hace difícil admitir una actividad normativa del Consejo en materia penal (por vía reglamentaria), sin que la mayor implicación del Parlamento a través del procedimiento legislativo de codecisión - introducido por el TUE -, sea

razón suficiente para considerar legitimado democráticamente el proceso de toma de decisiones en la Comunidad.

Por otra parte, tampoco se puede ignorar que, aunque se consiguiese la democratización del proceso legislativo comunitario, quedaría sin resolver el problema del control constitucional de eventuales normas comunitarias de carácter penal, ya que la producción legislativa comunitaria está controlada exclusivamente por el TJCE, sin que quepa intervención de los órganos jurisdiccionales internos<sup>693</sup>, y éste no es, obviamente, un Tribunal constitucional.

3. Sin embargo y a pesar de estas justas apreciaciones que sirven para negar la atribución de competencias penales a las instituciones comunitarias, la relación entre Derecho comunitario y Derechos penales nacionales existe, y , a menudo, se traduce en disfunciones que originan problemas no sólo en relación con la represión de determinados delitos, sino, también en la efectiva realización de los derechos de los ciudadanos europeos.

4. Hemos visto en las páginas anteriores, como la creación de las Comunidades Europeas y su posterior evolución han determinado que numerosos sectores económicos hayan sido sustraídos de la competencia exclusiva de los Estados miembros. La legislación comunitaria ejerce una notable influencia en los sistemas legislativos nacionales en general, y especialmente en los sistemas penales y sancionatorios internos. Esta influencia es particularmente intensa debido a las

---

<sup>693</sup> G. GRASSO, *Comunidades Europeas, op.cit.*, págs.117 y ss.

propias características del ordenamiento comunitario. Primacía, aplicabilidad directa y efecto directo conllevan una singular capacidad de penetración de la normativa comunitaria en los ordenamientos nacionales que se traduce en la capacidad de las normas comunitarias para incidir sobre situaciones subjetivas sometidas tradicionalmente al poder soberano de los Estados miembros.

5. A pesar a esa innegable penetración del Derecho comunitario en los ordenamientos nacionales, la Comunidad Europea no posee competencias en materia penal, aunque ostenta una competencia sancionadora, en principio de naturaleza administrativa, pero cuyos límites no están perfectamente perfilados. La ausencia de competencia penal está, como acabamos de afirmar, perfectamente justificada, pero es, en última instancia, un problema más político que jurídico. Las resistencias a la admisión de un poder general sancionador - que comprenda también sanciones penales - de las instituciones comunitarias están ligadas a las reticencias estatales a la hora de transferir competencias que inciden en el ámbito de las libertades, ya que, tradicionalmente, se considera esta materia ligada a la soberanía estatal.

6. En todo caso, dada la exclusión de competencia penal a favor de las Comunidades, es necesario el recurso al aparato sancionador interno de los Estados miembros. Ahora bien, este sistema de articulación de competencias, en el ámbito penal da lugar a graves carencias y lagunas, creando situaciones de desigualdad y de discriminación cuyo origen está es la falta de armonización de las legislaciones nacionales. Estas distorsiones resultan particularmente evidentes cuando se trata de la represión de delitos contra normas comunitarias. En relación con estos delitos los obstáculos derivan de la discontinuidad de la acción represiva, de la limitada competencia de las autoridades represivas al interior de las fronteras nacionales y de

la disparidad de los sistemas en general, y en concreto, de la regulación de la autoría y participación, constituyendo esto último un elemento evidente de discriminación<sup>694</sup>.

7. El sistema actual de articulación entre Derecho comunitario y Derechos penales nacionales es claramente insuficiente, a pesar de los avances obra de la jurisprudencia y de la labor de armonización y de cooperación intergubernamental. Cabe, pues, plantearse si es necesario avanzar hacia la elaboración de un sistema penal comunitario. JESCHECK afirmaba, hace casi cuarenta años, que la creación de un sistema sancionador comunitario constituía la tarea de una entera generación de penalistas y que la institución de un verdadero sistema penal europeo desmentiría la supuesta incapacidad de toda organización internacional para crear su propio sistema penal y contribuiría eficazmente a una integración política europea<sup>695</sup>. En este sentido ampliar los estudios de Derecho comparado de las legislaciones penales de los Estados miembros se convierte en una auténtica prioridad.

8. Necesariamente una labor de unificación debe proceder paso a paso, iniciando por los aspectos más cercanos a la Comunidad como, por ejemplo, los intereses financieros comunitarios. Respecto a ellos se producido un claro avance. Esto es evidente si se piensa que competencia penal no es sólo el poder de imponer sanciones aplicadas por las instituciones comunitarias, o por las jurisdicciones nacionales que son, al mismo tiempo, jueces comunitarios, sino también el poder de obligar a los Estados miembros a sancionar penalmente infracciones definidas por

---

<sup>694</sup> Cfr. *Corpus Iuris*, pág.9 y ss.

<sup>695</sup> H.H.JESCHECK, “*L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente*

el Derecho comunitario. Desde esta óptica puede considerarse el artículo 209A TCE como un primer paso hacia la atribución de competencia penal<sup>696</sup>.

9. Los intereses financieros de la Comunidad pueden considerarse bienes jurídicos con carácter supranacional. Esta afirmación encuentra su fundamento en que "el nacimiento de organismos supranacionales, que reemplazan a los Estados en la gobernación de los importantes sectores de la vida económica y que están facultados para emitir disposiciones dotadas de eficacia directa en el territorio de los Estados miembros, implica la aparición de un haz de posibles objetos de tutela penal (bienes jurídicos, en terminología penal)"<sup>697</sup>.

10. La protección de los intereses financieros de la Comunidad es uno de los grandes retos que tienen planteados las instituciones comunitarias y respecto al que no es imposible imaginar la configuración de un auténtico sistema penal comunitario, es decir, un conjunto de normas de Derecho comunitario destinado a tutelar los intereses financieros de la Comunidad, que prevea sanciones penales cuya aplicación se confíe a los órganos de la propia Comunidad<sup>698</sup>.

11. Una posible unificación en el ámbito penal supondría ir dando pasos concretos en relación con la elaboración de principios comunes a la legislación comunitaria y a la de los Estados miembros. Sólo así será posible una posterior elaboración de normas penales idénticas que garanticen la protección de los bienes

---

*evoluzione*", Riv.it.Dir.e proc.pen, 1971, págs.633 y ss.

<sup>696</sup> Cfr. M. MASSÉ, *L'influence du droit communautaire*, op.cit., pág.14.

<sup>697</sup> G.GRASSO, *Comunidades Europeas*, op.cit., pág.45.

jurídicos supranacionales. Un primer paso hacia la elaboración esos principios comunes es, indudablemente, el del *Corpus Iuris*, que puede ser empleado al menos como instrumento de trabajo para esa primera labor de unificación.

12. La integración política europea ya no es la utopía con la que soñaban los fundadores de la Comunidad, el sistema penal europeo sigue siéndolo. Ambos realizaciones están, sin embargo irremediabilmente unidas, ya que no se puede olvidar que el Derecho comunitario es Derecho interno y que los jueces nacionales son, como hemos dicho, jueces comunitarios<sup>699</sup>.

13. La elaboración de un Derecho común penal se encuentra, en todo caso, vinculada a la idea de dotar a la Unión Europea de una Constitución que recoja lo mejor de la tradición europea en materia de derechos humanos y resuelva el problema de falta de legitimidad democrática en la toma de decisiones de la Comunidad Europea. Las instituciones comunitarias están trabajando en este sentido, por lo que no parece utópico el ir sentando las bases de un Derecho penal común que sea la respuesta a las numerosas carencias y conflictos que se producen en este ámbito.

---

<sup>698</sup> *Idem*, pág.61 (nota 75).

<sup>699</sup> E.RUIZ VADILLO afirma que sólo tomando conciencia de esta realidad es posible "construir una Europa fuerte, frente a los fuertes y entregada a la causa de los más débiles y pobres, por razones de estricta justicia universal, defensora permanente de los únicos valores por los que de verdad merece la pena luchar con todas nuestras fuerzas: por la justicia que es horizonte de verdad, de armonía, de equilibrio y de proporcionalidad, sobre todo de armonía que viene a ser la suma perfección". *Discurso de ingreso en la Academia de jurisprudencia y legislación "Exigencias constitucionales en el proceso penal como garantía de la realización de la justicia. la grandeza del Derecho penal"*, Madrid, 1996, pág.12.

14. La prueba de que no es pura utopía, está en la historia del viejo continente. Hemos visto en el primer capítulo que Europa se ha visto unida o separada desde el punto de vista penal a lo largo de la historia. Fue la codificación la que llevó a la promulgación de reglas idénticas aplicables a todo el territorio nacional. Esto demuestra que una comunidad jurídica puede decidir instaurarse sobre una opción de unificación<sup>700</sup> es decir de aplicación de reglas idénticas. La experiencia del Derecho internacional, en cambio, lleva a pensar que es posible otro modelo que, sin llegar a unificar, armonice haciendo compatibles reglas, en principio diferentes. La Comunidad Europea, como hemos tenido ocasión de analizar en este capítulo se ha movido entre esos dos términos, unificando, a través de los reglamentos, o armonizando, mediante directivas. El resultado de esta intervención comunitaria en materia penal ha sido la imposición a los Estados miembros de una subordinación de sus ordenamientos nacionales a normas supranacionales, cuestionando, así, la pretendida soberanía estatal en este ámbito. Aceptar esa limitación de la soberanía estatal en materia penal es requisito indispensable para empezar a construir una política penal común cuya base esté en el reconocimiento y establecimiento de principios comunes y de reglas precisas idénticas que aseguren la compatibilidad de los sistemas nacionales.

---

<sup>700</sup> M. DELMAS-MARTY, la denomina "*modèle d'unification*" contrapuesto al "*modèle de harmonisation*" del Derecho internacional, cfr. *Uniformité ou compatibilité des systèmes juridiques nationaux: des règles identiques aux principes directeurs*, en *Quelle politique pénal pour l'Europe ?*, *op.cit.*, pág.321.

## **CONCLUSIONES FINALES**

1. Concepto de autor y regulación de la participación están indisolublemente unidos. Cada uno de los conceptos de autor examinados - unitario, extensivo y restrictivo- conlleva una interpretación de las normas que regulan la participación en el delito y condiciona o explica los modelos de tipificación de esta figura. Desde la perspectiva del análisis de los modelos normativos puede decirse que todos ellos, incluidos los llamados sistemas unitarios, parten de una cierta distinción entre autoría y participación. Esto exige la búsqueda de criterios de diferenciación de las conductas. Las elaboraciones doctrinales pensadas al respecto, aunque aparentemente excluyentes, presentan, sin embargo, una cierta compatibilidad ya que al final todas deben necesariamente recurrir a criterios complementarios al que consideran determinante.

2. El problema último con el que se enfrentan las teorías analizadas está en relación con la naturaleza de la participación, puesto que las concepciones que de ella se tienen y la manera distinta de considerar la accesoriedad se reflejan en los análisis de las regulaciones legales. Pero, también esas diferentes concepciones se "necesitan" e incluso aquellas que niegan el principio de accesoriedad terminan girando en torno a él. Así, existe una clara relación entre la teoría de la accesoriedad y la mayoritariamente seguida en la doctrina italiana de la *fattispecie plurisoggettiva eventuale*. El contacto entre ambas se hace evidente cuando se trata de establecer el límite de la punibilidad de las conductas de participación. Desde esta perspectiva aparece claramente que se mueven en dos planos distintos, una en el plano concreto y la otra en un nivel abstracto. La *fattispecie plurisoggettiva eventuale* no existe en abstracto, no es más que una mera posibilidad reconocida por las normas que regulan la participación. Por lo tanto, si el concepto de tipicidad consiste en la relación de un hecho concreto con un tipo abstracto, la *fattispecie plurisoggettiva* no puede cumplir esta función, ya que en abstracto no existe. Por esta razón,

tampoco parece que la *fattispecie plurisoggettiva* pueda considerarse como una superación de la accesoriedad, ni puede decirse que entre ambas concepciones exista una relación excluyente en cuanto a la interpretación de la punibilidad de las conductas de participación.

En definitiva, es cierto que la accesoriedad no explica todas las hipótesis de participación delictiva, pero algunas lagunas pueden ser resueltas mediante la regulación legal de la participación. Así por ejemplo, las objeciones relacionadas con la ejecución fraccionada podrían superarse, en los sistemas que parten de la descripción de las conductas de participación, con la introducción de la figura del coautor. En todo caso, la insuficiencia de las teorías analizadas y el reconocimiento de las mencionadas lagunas no puede llevar a negar la evidente validez del principio de accesoriedad para explicar las hipótesis de participación en las que existe un hecho principal y unas conductas atípicas.

3. A pesar de que un amplio sector de la doctrina, tanto italiana como española, niegan puntos de contacto entre la participación eventual y la necesaria - delitos plurisubjetivos - entre ambas existe una indudable relación que se evidencia fundamentalmente a la hora de determinar la punibilidad de los partícipes necesarios cuando su participación va más allá de la prevista en el tipo, es decir, cuando realizan un acto de participación atípico. En este caso vuelve a plantearse la validez del principio de accesoriedad y, de hecho, la punibilidad de los partícipes se contesta desde la óptica de las teorías que niegan este principio. Aunque es difícil encontrar un criterio general que resuelva todas las hipótesis de exceso del partícipe necesario, creemos que debe compartirse el criterio de negar la punibilidad de aquél al que el tipo penal protege.

4. Desde el punto de vista histórico, las diferentes técnicas normativas de la participación en el delito son también el resultado de una evolución que, partiendo de raíces comunes, crea un sustrato compartido en los Derechos europeos. La base común a todos ellos es el Derecho romano, del que procede la diferencia entre *auctor o princeps sceleris y socii o participes* y la distinción entre cooperación material - *ope ferre* - y la inducción - *consiglio dare* -. Mediante la recepción del Derecho común esas primeras construcciones sobre la participación en el delito se convierten en patrimonio de los sistemas jurídicos analizados.

Consumada la transformación política de Europa, la evolución del Derecho penal va a llevar a la codificación. Es en este período histórico en el que se fragua la configuración de los distintos modelos de participación que son resultado de influencias recíprocas. Las diferentes técnicas normativas utilizadas para regular la participación que existen hoy en Europa son, pues, producto de la codificación, pero al mismo tiempo son resultado de una evolución histórica y doctrinal compartida. Esta constatación puede orientar el proceso de elaboración de unas nuevas bases comunes en materia penal, ya que por una parte demuestra que una unidad política puede decidir dotarse de normas penales uniformes aplicables en un mismo territorio, pero también indica que esas normas deben responder a la tradición histórica y cultural de los pueblos que han decidido dar lugar a ese proceso de unificación.

5. Las principales soluciones en materia de participación pueden agruparse, teniendo en cuenta la técnica normativa utilizada, en torno a tres configuraciones posibles. Dos de ellas principales, ya que suponen alternativas claramente distintas: el modelo unitario, representado por la regulación italiana y el modelo diferenciado,

al que responde el Código penal español. La tercera es mixta, puesto que combina elementos de las otras dos. A este último modelo corresponde la regulación francesa. El resto de las vigentes regulaciones europeas de la participación se pueden reconducir en líneas generales a esos modelos.

El modelo unitario, representado por el Código penal italiano, parece poco compatible con el principio de legalidad. En efecto, el artículo 110 del citado Código puede ser visto como una cláusula general ya que, al determinar la equiparación del tratamiento de todos los partícipes, renuncia a cualquier delimitación de la responsabilidad y, en la medida en que se posibilita la imposición de una pena menor cuando la conducta de uno de los partícipes reviste mínima importancia, la evaluación de las conductas deja de ser un problema de tipicidad del hecho y se desplaza al momento de aplicación de la pena.

En España, el modelo parte de una definición legal de autor, al que se identifica con el ejecutor del delito, y al que luego se asimilan a efectos sancionatorios otras dos categorías de partícipes. Esa identificación, sin embargo, no sirve para delimitar las conductas de autoría y de participación de cara a la aplicación de la pena. La ausencia de criterios claros para distinguir entre los distintos partícipes ha llevado a abandonar el problema de la medición de la pena en manos de los jueces.

En Francia, a pesar de la equiparación a efectos de pena de todos los partícipes, la determinación de quién es el autor del delito resulta imprescindible dado el criterio de "*criminalité d'emprunt*", en función del cual la responsabilidad del partícipe depende totalmente de la del autor. Sin embargo, el Código penal

francés, que describe minuciosamente las conductas de complicidad, no adopta la misma técnica con las constitutivas de autoría.

6. Las doctrinas española, italiana y francesa se ocupan del autor desde perspectivas distintas ligadas a las diferencias de sus respectivas regulaciones de la participación. Sin embargo, la mayoría de la doctrina de los tres países opta por el criterio restrictivo de autor. Incluso en el sistema italiano, en el que resultaría más fácilmente asumible el concepto extensivo, la doctrina admite la necesidad de plantear la distinción entre las diferentes formas de participación y, por tanto, de elaborar un concepto de autor. Hoy, prácticamente nadie en Italia sostiene la concepción causal de autor, y se niega, consecuentemente, la asimilación del sistema italiano al concepto unitario. Un amplio sector niega también la identificación con el concepto extensivo de autor y acepta en cambio el concepto restrictivo. La adopción del sistema unitario, pues, no ha adormecido la polémica doctrinal acerca de la necesidad de distinguir las distintas formas de participación.

7. En relación con las formas de participación puede discutirse la figura del cooperador necesario prevista en la regulación española, pues complica la ya de por sí difícil distinción entre autoría y complicidad. Las dificultades para llegar a una definición suficientemente determinada de la figura del cooperador necesario puede hacer pensar en la inutilidad de la tipificación normativa de las conductas de participación, que son la base de los sistemas diversificados, acercándolos en la aplicación práctica, a aquellos otros sistemas en los que se parte de la equiparación de todos los partícipes, ya que se deja en manos de los jueces posibles reducciones de pena para algunos. Por lo que respecta a la inducción, de la exposición comparada puede concluirse que el sistema español aparece configurado como un conjunto de

términos esencialmente equívocos. Más aceptable parece el sistema del Código penal francés, que ofrece un modelo de inducción cualificada. La regulación francesa es esencialmente correcta ya que la punibilidad de la instigación depende de la efectiva influencia que el instigador ejerce sobre el autor del delito, y no de la simple manifestación de la voluntad.

En general, sobre las formas de participación, podemos afirmar que el sistema italiano presenta un alto grado de incertidumbre que al final se traduce en que la determinación de la pena aplicable a cada partícipe se deja en manos del juez. Limitar la aplicación discrecional por parte del juez parece posible sólo realizando una cuidadosa descripción de las conductas de participación. Una vez realizada esta opción caben a su vez dos alternativas: la primera se traduciría en una definición de las objetivas modalidades de la participación; la segunda, en la tipificación de las figuras de los partícipes. Acerca de esta última posibilidad, hemos visto las dificultades que presentan fórmulas normativas como la española, centradas en las figuras del autor, coautor, instigador y cómplice, que no evitan los problemas a la hora de establecer qué conductas se encuentran o no comprendidas en cada una de ellas. Parece, pues, preferible la solución de llevar a cabo una descripción objetiva de las modalidades de la participación en el delito, de manera que si determinadas conductas se prevén expresamente, ello quiere decir que el legislador se ha orientado por una noción de autor del delito desligada del elemento psicológico, mientras que su ausencia significaría la adhesión a la solución opuesta. Así, debe ser el legislador quien señale como criterio orientador para el juez qué conductas atípicas merecen una pena menor respecto de las de autoría.

8. En relación con el encubrimiento, los ordenamientos europeos han adoptado tradicionalmente dos soluciones: o considerarlo como forma de participación o entender que se trata de un delito autónomo. La mayoría de los actuales ordenamientos han optado por esta última fórmula, que parece la más correcta. Ahora bien, cabe plantearse que, aunque es claro que no debe considerarse como una forma de participación, no es igualmente evidente que se trate de un delito autónomo. De hecho, sería posible una opción legislativa que consistiese en decidir si hay que vincular su punibilidad a la del autor del delito principal - como hacía el anterior Código español o el actual Código italiano que impone la pena en función de la gravedad del delito encubierto - o castigarlo - como hace el nuevo Código español - con una pena independiente. La vinculación del encubrimiento con el delito principal crea una zona inevitable de contacto y origina conflictos que no pueden ser ignorados.

9. Sobre la responsabilidad de los partícipes por el delito distinto del querido caben dos posibilidades: considerar que todos responden del delito efectivamente cometido, o escindir la responsabilidad castigando a cada uno de acuerdo con el delito que pretendía cometer. La primera solución es la adoptada por el Código italiano, aunque se atenúa la pena para el partícipe que quería el delito menos grave. Se trata de una hipótesis de responsabilidad objetiva que debería ser reformada. En los Códigos español y francés no existe una previsión expresa para estos casos. En España la posible aplicación del art. 50.1 del Código penal de 1973 llevó también a la doctrina a hablar de responsabilidad objetiva. Hoy se considera que cada partícipe responde de acuerdo con la propia reprochabilidad. En Francia, a pesar del rígido sistema de *emprunt de criminalité*, la doctrina considera que se debe escindir la responsabilidad del cómplice de la del autor.

10. La participación de un extraño en un delito especial se encuentra también regulada expresamente por el Código penal italiano, aunque la previsión se refiere sólo a los casos en los que el extraño no conoce la calidad del *intraneus* del otro partícipe. También esta previsión es una hipótesis de responsabilidad objetiva que debería reformarse o suprimirse. En Francia el sistema ha evolucionado desde el criterio de *emprunt absolu de criminalité y de pénalité*, según el cual la posición de cómplice dependía totalmente de la del autor, al del sólo *emprunt de criminalité*. A partir de la reforma, al cómplice *extraneus* se le aplicará la pena que correspondería al autor del delito común o la correspondiente al autor del delito especial si posee la cualidad de *intraneus*. A diferencia de lo que ocurre en Francia y en Italia, en España no existe una orientación legislativa al respecto, por lo que la doctrina debate acerca de si debe mantenerse o romperse el título de imputación. La mayoría se inclina a favor del mantenimiento del título, que, si bien es cierto que puede funcionar como regla general, debe admitir excepciones, ya que para determinados supuestos será necesario evaluar la posibilidad de ruptura del título para hacer efectivo el principio de culpabilidad que, en todo caso, actúa como límite del principio de *accesoriedad de la participación*.

11. En la determinación de las penas de los distintos partícipes se produce una particular tensión entre la certeza del Derecho y la justicia, entre el legislador y la aplicación judicial, y, en definitiva, en relación con el respeto al principio de legalidad. La solución de equiparación de las penas adoptada por los ordenamientos francés e italiano, no proporciona a los jueces una orientación suficiente con vistas a evaluar el hecho, y al final, lo que se tiene en cuenta es la personalidad del partícipe. Tampoco la solución de la diferenciación de las penas seguida por el

sistema español facilita la individuación, ya que, en la práctica, esta diferenciación puede ser ignorada estableciendo la pena y, luego, en función de ella evaluar la conducta y no al contrario, como debería ser. Al final, en la determinación de las penas caben dos alternativas: establecer una pena diferenciada en favor del cómplice, o aplicar una circunstancia de reducción de la pena para las conductas que revistan menor importancia. La primera solución hace necesaria una definición amplia de la complicidad y de las demás figuras de los partícipes, para permitir determinar claramente quién no es autor del delito porque su conducta no posee el desvalor tipificado por la norma violada. Si se elige la solución de la circunstancia atenuante para las conductas de menor importancia es necesario evitar las cláusulas generales vinculando la atenuación exclusivamente a la importancia concreta de la conducta del cómplice en relación con el delito efectivamente cometido.

12. La creación de las Comunidades Europeas y su posterior evolución ha determinado que numerosos sectores económicos hayan sido sustraídos a la competencia exclusiva de los Estados miembros. La legislación comunitaria relacionada con ellos ejerce una notable influencia en los sistemas legislativos nacionales en general, y en particular en los sistemas penales y sancionatorios internos. En función de sus propias características - primacía, aplicabilidad directa y efecto directo - el ordenamiento comunitario posee una singular capacidad de penetración en los ordenamientos nacionales, de manera que las normas comunitarias inciden sobre situaciones subjetivas sometidas tradicionalmente al poder soberano de los Estados miembros.

A pesar de esta innegable influencia del Derecho comunitario en los ordenamientos nacionales, la Comunidad europea no posee competencias en materia penal. Ostenta, en cambio, una competencia sancionadora cuyos límites obedecen

a criterios más políticos que jurídicos. La exclusión de competencia penal a favor de la Comunidad Europea hace necesario el recurso al aparato sancionador interno de los Estados miembros. Este sistema de articulación de competencias en el ámbito penal da lugar a graves carencias y lagunas, creando situaciones de desigualdad y discriminación cuyo origen está en la falta de armonización de las legislaciones nacionales. La represión de delitos contra normas comunitarias se encuentra con obstáculos que responden a que la competencia de las autoridades represivas se circunscribe, en lo esencial, a las fronteras nacionales, y a la disparidad de los sistemas nacionales. Es justamente en este campo donde se manifiestan con mayor evidencia las consecuencias derivadas de esa disparidad de las regulaciones penales de los Estados miembros. Así, en relación con las formas de participación, la opción entre un sistema unitario y uno diversificado tendrá inevitables consecuencias discriminatorias.

13. En relación con la protección de los intereses financieros de la Comunidad se ha avanzado notablemente superando la escasa regulación inicial. Y este progreso ha llevado a un acercamiento de los ordenamientos penales nacionales. Puede incluso afirmarse algo más: la competencia penal es el poder de imponer sanciones aplicadas por las instituciones comunitarias, o por las jurisdicciones nacionales que son también jueces comunitarios, pero también lo es el poder de obligar a los Estados miembros a sancionar penalmente infracciones definidas por el Derecho comunitario. Desde esta óptica puede interpretarse el artículo 209A TCE como un importante paso hacia delante en la atribución de competencia penal a la Comunidad. La protección de los intereses financieros de la Comunidad constituye hoy una de sus prioridades. Desde este punto de vista, pensamos que la configuración de un auténtico "sistema penal comunitario", - es decir, de un sector especial y autónomo

del Derecho comunitario encargado de tutelar los intereses financieros de la Comunidad con sanciones penales, cuya aplicación se confíe a los órganos de la propia Comunidad - constituiría el instrumento más eficaz para la protección de esos bienes jurídicos supranacionales.

Lo anterior supondría ir dando pasos concretos en relación con la elaboración de principios comunes que hagan posible una posterior elaboración de normas penales destinadas a garantizar la protección de bienes jurídicos comunitarios. Un primer paso en este sentido es indudablemente el del *Corpus Iuris*, que puede ser empleado al menos como instrumento de trabajo para esa primera labor de unificación. En materia de participación el *Corpus Iuris* opta por el modelo diferenciado de inspiración francesa, aunque a diferencia del Código penal francés, en el *Corpus Iuris* se gradúa la pena en función del grado de participación y de la existencia de circunstancias atenuantes y agravantes. Hay que valorar positivamente que se adopte el criterio de la descripción objetiva de las conductas de la participación, ligando la autoría y la coautoría a la comisión del hecho y dando una definición de la complicidad muy similar a la de la regulación francesa. También se puede compartir que no se recoja la figura del cooperador necesario. Discutible, en cambio, es la colocación de la inducción como figura intermedia entre el autor y el cómplice y la omisión de regulación de la autoría mediata.

14. La necesidad de configurar un sistema penal comunitario autónomo encuentra actualmente obstáculos evidentes. El primero deriva de que el Derecho penal se encuentra tradicionalmente ligado al concepto de soberanía estatal y la sanción penal se presenta como uno de los temas en los que es más claro el ejercicio de esa soberanía por parte de los Estados. Frente a este argumento se puede oponer

que la Comunidad supone la superación, o, por lo menos, la transformación del tradicional concepto de soberanía, y, por otra parte, que no parece posible que mientras se internacionaliza el delito los sistemas penales permanezcan anclados en un concepto que se encuentra en fase de franca superación. Más difícil es contestar a la objeción de que el procedimiento legislativo comunitario no puede considerarse suficientemente legitimado desde el punto de vista democrático. La atribución del poder legislativo al Consejo - o a lo sumo al Consejo y al Parlamento a través del procedimiento de codecisión - no es compatible con el principio de legalidad sancionado por los sistemas jurídico-constitucionales de los Estados miembros, en función del cual se confía al Parlamento el monopolio normativo en materia penal. Aún en el caso de que se llegase a una total democratización del proceso decisorio, quedaría por resolver el problema del control constitucional de eventuales normas comunitarias de carácter penal, ya que éstas están controladas exclusivamente por el TJCE, sin que por el momento exista una previsión de intervención de los órganos jurisdiccionales internos.

15. De lo anterior puede concluirse que la elaboración de un Derecho común penal guarda relación con la idea de dotar a la Unión Europea de una Constitución que, a la vez que recoja lo mejor de la tradición europea en materia de derechos humanos, ponga fin al problema de falta de legitimidad democrática del procedimiento legislativo comunitario. En ese proceso no parece tan utópico ir sentando las bases de un Derecho penal común que de respuesta a las numerosas carencias y conflictos que se producen en este ámbito. Y no es utópico porque Europa ha conocido momentos de unidad y de diversidad desde el punto de vista penal a lo largo de la historia. La codificación llevó a la promulgación de reglas idénticas aplicables a todo el territorio nacional, demostrando que una comunidad

jurídica puede instaurarse sobre una opción de unificación, esto es, de aplicación de las mismas reglas. La otra posibilidad para dar coherencia a fenómenos de integración pluriestatal es la representada por el Derecho internacional, es decir la de armonizar reglas diferentes, haciéndolas compatibles. La Comunidad Europea ha utilizado ambas posibilidades, unificando, a través de los reglamentos, o armonizando, mediante directivas. En el ámbito penal el resultado de esta intervención comunitaria ha sido la imposición a los Estados miembros de una subordinación de sus ordenamientos nacionales a normas supranacionales cuestionando la pretendida soberanía estatal. Aceptada esa limitación de la soberanía estatal, se trata de empezar a elaborar respecto a algunos ámbitos reglas y principios idénticos que aseguren la compatibilidad de los sistemas nacionales y vayan sentando las bases de una futura política penal común.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV: *Digesto*, Pamplona, 1975.

AA.VV: *Etude sur les systèmes de sanction administratives et pénales dans les Etats membres des Communautés Européennes. Vol.I, Rapports nationaux y II Rapport de synthèse*, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1994.

AA.VV: *Hacia un Derecho penal económico europeo*, 1995.

AA.VV: *Textos de Historia del Derecho*, Zaragoza, 1996.

AA.VV: *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980.

ALEJANDRE GARCÍA, J.A.: *Temas de Historia del Derecho comparado y de la Codificación*, Sevilla, 1980.

ALOISI, U.: *Il pensiero giuridico italiano*, Roma, 1941.

AMAYA GARCÍA, V.M.: *Coautoría y complicidad, estudio histórico, comparativo y jurisprudencial*, Madrid, 1993.

ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto penale*, Milán, 1982.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios de Derecho penal, Parte general*, Madrid, 1994.

- *"Le système de sanctions administratives et l'impact du système de sanctions communautaires sur l'ordre juridique espagnol"*, en: Etude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les Etats membres des Communautés Européennes. Vol.I, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1994.

BATTAGLINI.: *Diritto Penale, Parte Generale*, Padua, 1949.

BELLAVISTA, G.: *"Appunti sull'art.116 del Codice penale"*, en: Rivista italiana di Diritto penale, 1937.

BETTIOL, G.: *Diritto Penale, Parte Generale*, Padua, 1978.

- *"Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa nel codice vigente e nel progetto Rocco"*, en: Rivista italiana di Diritto penale, 1930.

- *"Il concorso di persone nel reato proprio"*, en: Scritti giuridici I, Padua, 1966.

- *"Sulla nozione d'autore del reato"*, en: Rivista italiana di Diritto penale, 1939.

- *"I lineamenti dell'istituto del concorso di più persone nel reato secondo il nuovo Codice penale"*, en: Scritti giuridici I, Padua, 1966.

- *"Sul concorso di più persone nei delitti colposi"*, en: Scritti giuridici, I, Padua, 1966.

- *"Azione e colpevolezza nella teoria dei "tipi" d'autore"*, en: Rivista italiana di Diritto penale, 1942.

- *"Sul reato proprio"*, en: Scritti giuridici I, Padua, 1966.

BOCCHI,G/CERUTI,M/MORIN,E: *L'Europa nell'era planetaria*, Milán, 1991.

BOSCARELLI, M.: *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato*, Padua, 1958.

BRICOLA, F.: *Commento all'art.25, comma 2º*, en: *Commentario alla Costituzione* a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1981.

- *Teoria generale del reato*, en *Nuovo Digesto Italiano*, XIX, Turín, 1973.

BRUGMANS, H.: *La idea de Europa 1920-1970*, Madrid, 1972.

CAVANNA, A.: *Storia del Diritto moderno in Europa*, Milán, 1982.

CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español, Parte General*, Madrid, 1994.

- "*Autoría y participación en el borrador de Anteproyecto de Código penal*", en: *Problemas fundamentales de Derecho penal español*, Madrid, 1982.

- "*La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española*", en: *Problemas fundamentales de Derecho penal español*, Madrid, 1982.

- *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993.

- "*Autoría y participación en el Código español vigente y futuro Código penal*" en: *Problemas fundamentales de Derecho español*, Madrid, 1993.

- "*Consideraciones político criminales sobre el nuevo Código penal español de 1995*", en: *La Ley*, D-4063, de 21 de junio de 1996.

CHABER, B. y SUR, P.-O.: *Droit pénal général*, París, 1996.

CHABOD, F.: *Historia de la idea de Europa*, Madrid, 1992.

COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal, Parte General*, Valencia, 1990.

CÓRDOBA RODA, J.: *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal de MAURACH*, Barcelona, 1962.

CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal, Parte Especial, II*, Madrid, 1949.

- *Derecho penal I, Parte General*, Barcelona, 1960.

- "Modificaciones introducidas en el Código penal en materia de encubrimiento por la Ley de 9 de mayo de 1950", ADPCP, III.

CUERDA RIEZU, A.: "¿Ostentan ius punendi las Comunidades Europeas?", en: *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995.

DECOCQ, A.: *Droit pénal général*, París, 1971.

DEL ROSAL, J.: *Derecho Penal Español (Lecciones)*, Murcia, 1969.

DEL ROSAL/ COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho penal español, Parte Especial*, Madrid, 1962.

DELL'ANDRO, R.: *La fattispecie plurisoggettiva in Diritto Penale*, Milán, 1956.

DELMAS-MARTY, M.: *Droit pénal des affaires, T.I*, París, 1970.

- y otros: *“Hacia un espacio judicial europeo, Corpus Iuris de disposiciones penales por la protección de los intereses financieros de la Unión Europea”*, Estudio realizado a petición del Parlamento Europeo, 1997.

- *“Uniformité ou compatibilité des systèmes juridiques nationaux: des règles identiques aux principes directeurs”*, en : *Quelle politique pénal pour l'Europe ?*, París, 1993.

- *“Incompatibilités entre sanctions juridiques et mesures d'harmonisation: rapport finale du groupe d'experts charge d'une étude comparative sur la protection des intérêts financiers de la Communauté”*, Reading Materials, European University Institute, Florencia, 1996.

DIÁZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *“Autoría y participación”*, en la Ley, D-3984, de 28 de febrero de 1996.

- *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991.

D'ORS, A.: *Derecho privado romano*, Pamplona, 1991.

DU BOYS, A.: *Historia del Derecho penal en España*, Madrid, 1872.

ESCUADERO LOPEZ, J.A.: *“La problemática de la Escuela Histórica”*. *Historia del Derecho: historiografía y problemas*, Madrid, 1988.

FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Derecho público romano*, Madrid, 1996.

FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Murcia, 1947.

FERRINI, C.: *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1976.

FEROCI, V: “*Il numero delle persone concorrenti nel reato*”, en: *Rivista di Diritto penale italiano*, 1939.

GACTO FERNANDEZ, E.: *Temas de Historia del Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación, T.II*, Sevilla, 1981.

GALLARDO RUEDA, A.: “*Derecho Penal y Derecho Comunitario*”, en *Revista de Derecho Penal*, 1988.

GALLO, M.: *Le forme del reato*, Turin, 1964.

- *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Turin, 1957.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y otros: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Tomo I, Cap.XI*, Madrid, 1987.

GARRIDO MONT, M.: *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Santiago de Chile, 1984.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: “*Diatriba del nuevo Código penal*” en: *La Ley*, D-4043, de 24 de mayo de 1996.

- *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Madrid, 1979.

- *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966.

- “*Concurso de leyes, error y participación en el delito*”, en: *ADPCP 1992*, págs. 833 y ss.

GIOFFREDI.: *I principi di Diritto penale romano*, Turín, 1970.

GOMEZ RIVERO, C.: *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995.

GRASSO, G.: “*Nouvelles perspectives en matière de sanctions administratives communautaires*”, en: Séminaire sur la protection juridique des intérêts financiers de la Communauté, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1993.

-“*Nouvelles perspectives en matière de sanction administrative communitaires*”, en Séminaire sur la protection des intérêts financiers de la Communauté, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1989.

- *Comunidades europeas y Derecho penal*, Universidad de Castilla la Mancha, 1993.

- *Diritto penale comunitario*, en Digesto italiano, Parte penalistica, T.IV, Turín, 1990.

GUIZOT, F.: *Historia de la civilización de Europa*, Madrid, 1990.

GUTIÉRREZ CONTRERAS, F.: *Europa: Historia de una idea*, Pamplona, 1987.

HERNANDEZ PLASENCIA, J.U.: *La autoría mediata en el Derecho penal*, Granada, 1995.

IHERING: *Der Geist des römischen Rechts, en Der Kampf ums Recht, Ausgewählte Schriften*, Nuremberg, 1965.

ISAAC, G.: *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, 1992 (3ª ed. 1995).

JAKOBS, G.: *Derecho penal, Parte general*, Madrid, 1995.

JESCHECK, H.-H.: *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Barcelona, 1981.  
- "*L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione*", en: *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 1971.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho penal, T.V*, Buenos Aires, 1964.

JUANES PECES, A.: "*La individualización de las penas*", *La Ley*, nº4028, de 24 de julio de 1996.

KANT, I.: *Metafísica de las costumbres*, Madrid, 1994.

KEESRSMAEKER: *Rapport fait au nom de la Commission Juridique du Parlement Européen sur les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal*, Doc. de seance nº531/76, Bruselas, 1976.

LALINDE ABADÍA, J.: *Derecho histórico español*, Barcelona, 1974.

LAMASSOURE, A.: "*Objectifs, principes et contraintes d'une politique pénal de la Communauté Economique Européenne*", en: *Quelle politique pénal pour l'Europe ?*, Paris, 1993.

LARGUIER, J.: *Droit pénal général*, París, 1995.

LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española*, Madrid, 1970.

LATAGLIATA, A.: *I principi del concorso di persone nel reato*, Pompeya, 1964.  
- *Concorso di persone nel reato*, en: *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VIII, Milán, 1961.

LAURIA, F.: *Manuale di Diritto delle Comunità Europee*, Turín, 1992.

LIZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, traducido de la 20ª ed. alemana por Jiménez de Asúa, Madrid, 1916.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Autoría y participación*, Madrid, 1996.

MAIA GONÇALVEZ, M.: *Código penal português, anotado e comentado e legislação complementar*, Coimbra, 1996.

MAMMARELLA, G.: *Imparare l'Europa*, Bolonia, 1994.

MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996.

MARIN, J.-C.: “*La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté: bilan et perspectives depuis le séminaire de Bruxelles de 1989*”, en : *Séminaire sur la protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Bruselas, 1989.

MASSARI.: *Il momento esecutivo del reato*, Pisa, 1958.

MASSÉ, M.: *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français*, Rev.sc.crim, 1996, en: European Univ. Institute, Reading materials, Florencia, 1997

MATEOS RODRÍGUEZ ARIAS, A.: "*La Unión europea. y su incidencia en los Derechos penales nacionales*", La Ley, D-3780, de 6 de mayo 1995

MENNENS, E.: *La fraude aux intérêts financiers de la Communauté*, en: *Quelle politique pénal pour l'Europe?*, París, 1993.

MIR PUIG, S.: *Derecho penal, Parte General*, Barcelona, 1985.

- *Adiciones al Tratado de Derecho penal de JESCHECK*, Barcelona, 1981.

MOMMSEN, T.: *Derecho penal romano I*, Madrid, 1898.

MORENO Y BRAVO, E.: *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo*, Madrid, 1997.

MORIN, E.: *Pensar Europa*, Barcelona, 1994.

MUÑOZ CONDE, F.: "*El 'moderno' Derecho penal en el nuevo Código penal. Principios y tendencias*", en La Ley, D- 4043 de 24 de mayo de 1996.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1996.

NUVOLONE, P.: *Il sistema di Diritto penale*, Padua, 1975.

PAGLIARIO, A.: *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milán, 1966.

PARLAMENTO EUROPEO: "*Informe de la comisión jurídica del PE sobre Derecho comunitario y Derecho penal*", Documentos de sesión, 1976-1977, Doc.531/76, de 2 de febrero de 1977.

PEDRAZZI, C.: *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.

- "*Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità Economica Europea*", en: *L'Indice penale* , nº3,1967.

PEÑARANDA RAMOS, E.: *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Madrid, 1990.

- *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991.

PÉREZ BUSTAMANTE, R.: *Historia de la Unión Europea*, Madrid, 1997.

PÉREZ MARTÍN, A.: "*El Derecho Común y la Unión Europea*", en: *Anales de Derecho Universidad de Murcia* nº13, 1995.

PÉREZ PRENDES, J.M<sup>a</sup>.: *Breviario de Derecho Germánico*, Madrid, 1993.

- *Lecciones de Historia del Derecho español*, Madrid, 1994.

- *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1989.

PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, Madrid, 1913.

PISAPIA, D.: "Sul criterio di distinzione tra partecipazione criminosa e reità mediata", en: *Rivista italiana di Diritto penale*, 1943.

PRADEL, J.: *Le Nouveau Code pénal (Partie général)*, París, 1994.

- *Droit pénal comparé*, París, 1995.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Autoría* en: *Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1951.

- *Complicidad*, en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1952.

- *Codelincuencia*, en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1952.

- *Curso de Derecho penal I*, Madrid, 1963.

RANIERI, S.: *Il concorso di persone nel reato*, Milán, 1949.

- *Manuale di Diritto penale, vol.I*, Padua, 1952.

RICCIO, S.: *L'autore mediato*, Nápoles, 1939.

RIGAUX, M.: "Sur la route du droit pénal européen", en: *Révue de Droit pénal et criminologie*, nº7 de 1973.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M<sup>a</sup>: *Derecho penal español, Parte General*, Madrid, 1979.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M<sup>a</sup>/ SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho penal español, Parte especial*, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “ *Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código penal español*” en: *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980.

- en: CÓRDOBA RODA/ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, I, Barcelona, 1972.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho penal, Parte general*, Madrid, 1986.

- “*Las cuestiones prejudiciales de Derecho comunitario en el proceso penal (Comentario a la sentencia de 11 de junio de 1987 de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)*”, en: *Poder judicial*, nº8, 1987.

- “*Un buen Código para reformar*”, en: *La Ley*, D-4043 de 24 de mayo de 1996.

ROMANO, M. y GRASSO, G.: *Commentario sistematico del Codice Penale II*, Milán, 1990.

RUIZ ANTÓN, L.F.: *El agente provocador en el Derecho penal*, Madrid, 1982.

- “*El fundamento material de la pena en la participación*”, en: *Cuadernos de política criminal* nº11, 1980.

RUIZ VADILLO, A.: *Exigencias constitucionales en el proceso penal como garantía de la realización de la justicia. La grandeza del Derecho penal*, Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1996.

SANCHEZ GARCÍA, I.: "El sistema de penas" en *La Ley*, D-4010, de 10 de abril de 1996.

SANCHEZ LOPEZ, V.: *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código penal*, Madrid, 1997.

SANCHEZ-GIJÓN, A.: *Europa una tarea inacabada*, Madrid, 1975.

SEMINARA, S.: *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milán, 1987.

SGUBBI: *Diritto penale comunitario*, en: *Digesto italiano, Parte penalistica*, T.IV, Turín, 1990.

SOULIER, G.: *L'Europe*, París, 1994.

SPADOLINI, G.: *La idea de Europa entre la Ilustración y el Romanticismo*, Madrid, 1991.

STEFANI, G., LEVASSEUR, G. Y BOULOC, B.: *Droit Pénal générale*, París, 1992.

TODD, E.: *La invención de Europa*, Barcelona, 1995.

TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (s. XVI, XVII, XVIII)*, Madrid, 1992.

TRUYOL Y SERRA, A.: *La integración europea. Idea y realidad*, Madrid, 1972.

VERVAELE, J.: *La fraude communautaire et le droit pénale européen des affaires*, París, 1994.

VILÁ COSTA, B.: "*Régimen jurídico de las sanciones por infracción a las normas comunitarias*", Rev. Instituciones Europeas, Madrid, sep-nov 1992.

VIVES ANTÓN, T.: *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Madrid, 1977.

ZORGBIBE, C.: *Textes de politique internationale depuis 1945*, París, 1985.

