

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; María José Bravo Bosch, University of Vigo; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; Orazio Licandro, University of Catania; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelson, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellart, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Dionisio Antonio Perona Tomás, “La participación en el delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1978)”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 21 (2024), pp. 506-537 (available at <http://www.glossae.eu>)

La participación en el delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1978)*

Participation in the criminal offence in the Supreme Court's doctrine (1870-1978)

Dionisio Antonio Perona Tomás
Universidad de Castilla- La Mancha

ORCID ID: 0000-0002-6273-374X

Recibido: 28.02.2024
Aceptado: 25.04.2024

Resumen

La Jurisprudencia ha puesto especial atención a la autoría y otras formas de participación en el delito. La propia doctrina jurídica se ha ocupado de estudiar las sentencias del Tribunal Supremo referentes a la participación en el delito y de forma especial las relacionadas con la autoría directa, así como los criterios para diferenciar la cooperación directa de la complicidad, estableciendo una periodización en esa Jurisprudencia. Junto a estos aspectos también se presta atención en este trabajo a otras formas de participación en el delito, como la inducción y el encubrimiento, que han ocupado asimismo la atención del Tribunal Supremo en sus sentencias.

Palabras clave

Tribunal Supremo, autoría, complicidad, encubrimiento, sentencias, Jurisprudencia

Abstract

Jurisprudence has paid special attention to authorship and other forms of participation in the crime. Legal doctrine itself has been concerned with studying the judgments of the Supreme Court referring to participation in the crime, and especially those related to direct authorship, as well as the criteria for differentiating the necessary cooperation from complicity, establishing a periodization in that jurisprudence. Along with these aspects, attention is also paid in this work to other forms of participation in crime such as inducement and concealment, which have also occupied the Supreme Court in its sentences.

Keywords

Supreme Court, authorship, complicity, cover-up, sentences, Jurisprudence

Sumario: 1. Introducción. 2. La autoría. 2.1. Inducción. 2.2. Autoría mediata. Cooperación: cooperación necesaria y complicidad. 3.1. Cooperador necesario. 3.2. Cómplice. 3.3 ¿Cooperación necesaria o complicidad? 4. El encubrimiento. 4.1. Características del encubrimiento atendiendo a la jurisprudencia. 4.2. La responsabilidad. 4.3. Diferencias con la receptación. 4.4. Exención de las penas de encubridores que son parientes de los delincuentes. 5. Conclusiones.

1. Introducción

Un hecho delictivo puede ser realizado por una sola persona sin ninguna colaboración, o con el acuerdo de varias para llevarlo a cabo. En el primer caso, hablamos de autoría o autor; en el segundo, de codelincuencia (la participación de varias personas en el mismo delito). En este último caso, normalmente hay una distribución de funciones

para ejecutar el hecho: uno actúa como autor principal (haciendo suyo ese hecho); los restantes tienen una actividad secundaria, de auxilio al anterior (también pueden ser varios los autores), para que lleven a término su realización. Estos últimos son los llamados partícipes que participan en el hecho de otro. De modo que los responsables de los delitos y faltas serán: los autores, los cómplices y los encubridores; pudiendo dividir la codelincuencia en dos grandes apartados: la autoría y la participación¹.

La autoría y otras formas de participación en el delito están reguladas en el CP de 1870 en el Libro I, Título II (*De las personas responsables de los delitos y faltas*), Capítulo I, que tiene un enunciado igual al del Título, que comprende los artículos 11 al 17. El art. 11 establece que son responsables criminalmente de los delitos: los autores, los cómplices y los encubridores; y de las faltas sólo los dos primeros (en el artículo siguiente se exceptúa los delitos y faltas cometidos por medio de imprenta, grabado y otro medio de publicación, de las que sólo responderán los autores). El 13 trata de los que son considerados autores por la Ley (el siguiente establece la excepción para quienes hubiesen perpetrado el hecho punible por los medios indicados en el artículo 12, siendo autores los que realmente hubiesen realizado el texto, escrito o estampa publicada; en caso de no ser conocidos o viviesen fuera de España, serían los directores de la publicación; en defecto de los últimos, los editores; en defectos de éstos, los impresores); el art. 15 está dedicado a los autores; el 16, a los encubridores; y el 17, a la exención de los encubridores. Esta regulación permaneció básicamente durante el período comprendido desde la promulgación del Código hasta la Constitución de 1978, que es el ámbito temporal que abarca este trabajo con algunas variaciones:

1º El Código de 1928 cambió la regulación que pasó a estar en el Libro I, Título II (*De la responsabilidad*), Capítulo Primero, con idéntico enunciado al del Título, que comprende los artículos 44 a 53 (el 44 introduce la responsabilidad de los individuos que están al frente de personas jurídicas, pudiendo dar lugar a la suspensión o supresión de la persona jurídica, no siendo así en el caso de organismos del Estado; el 45 se corresponde con el artículo 11 del Código anterior; el 46 con el artículo 13 del Código Penal de 1870, si bien el apartado 2º de éste se desdobra en los apartados 2º y 3º del Código de 1928 distinguiendo entre el empleo de coacción o amenaza -2º- y dádivas, promesas o inducción -3º-; el 47 está dedicado a los inductores; el 48 se corresponde con el artículo 15 del Código Penal de 1870, con algunos cambios de redacción, añadiendo “o proporcionar ocasión, vigilancia, medios, armas o datos que la faciliten”, participación que podía dar lugar a la cooperación necesaria ante lagunas legales anteriores o posteriores, quedando regulada como complicidad; el artículo 49 señala situaciones en que es conveniente romper la unidad de imputación; el 50 se corresponde con el artículo 16 del Código Penal de 1870 en sus apartados 2º y 3º, exceptuando los delitos propios; artículo el 51 se corresponde con el 17 del Código de 1870; el artículo 52 es una cláusula general de exención para los conspiradores que disienten de su propósito, revelando a la autoridad los pormenores; los 53 y 54 se corresponden con los artículos 12 y 14 del Código de 1870, añadiendo en el 54 la suspensión temporal o definitiva de la publicación o su difusión).

* Este estudio ha sido elaborado en el marco del Proyecto *Tradición e influencias extranjeras en la Codificación Penal española: contribución de la Jurisprudencia en la evolución de la Parte General (1870-1995)* (ref. PIP 2023-14177 NB-100).

¹ Sainz Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General III*, Barcelona, Bosch, 1989, p. 175.

2º El Código de 1932, vuelve a la regulación de 1870, pero al añadir un capítulo y un artículo en el Título I (concretamente el Capítulo V *De las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal, según los casos*, incrementando un artículo, el 11), corre la numeración, y la materia que nos interesa pasa estar regulada entre los artículos 12 y 18.

3º La numeración del Código de 1932 continúa en el Código Penal de 1944. Posteriormente, tuvo lugar una reforma el 9 de mayo de 1950, que se tratará más adelante, por la que el delito de receptación pasó a ser considerado como delito autónomo, quedando tipificado en el art. 546 bis a) y ss., dando nueva redacción al art. 17, para ocuparse del encubrimiento como participación (el complemento en el nº 1; el favorecimiento real en el nº 2; y el favorecimiento personal en el nº 3).

En los apartados siguientes nos ocuparemos de la jurisprudencia del Supremo referida a la autoría y a la participación propia (coautoría, inducción, cooperación necesaria, complicidad) e impropia (encubrimiento). No se tratan los aspectos relacionados con los artículos 13 (delitos y faltas cometidos por medio de imprenta, grabado y otra forma mecánica de reproducción), 15 (los responsables de autoría de los delitos o faltas cometidos en los medios del art. 13), y 15 bis (la responsabilidad de quienes actúan en la dirección u órganos directivos de las personas jurídicas), así como tampoco de los problemas que plantea la autoría y participación en los delitos propios.

2. La autoría

La Autoría está regulada en los Códigos de 1932 y 1944 en el art. 14. Ese artículo está dividido en tres números o apartados, aclarando al principio que “*se consideran autores*”, no que sean autores. La legislación da un sentido amplio al concepto de autor (incluye al autor propiamente, al inductor y al cooperador necesario; que se corresponden con los tres números o apartados del citado artículo 14)². En sentido restringido o estricto, autor es el que aparece regulado en el art. 14. 1º, es decir, el que toma parte directa en la ejecución del hecho, por lo que también es denominado autor directo o inmediato.

² “La locución ‘se consideran autores’ empleada por la ley, en vez de la más concreta y común ‘son autores’, revela por la mayor amplitud de significado léxico de aquélla, el propósito del legislador de estimar tales, no sólo al que materialmente realiza el acto final que completa el delito, sino también, y, además a todos los que, previo conocimiento y de acuerdo con el iniciador de la idea punible, se la robustece y oferta de ayuda, le alientan de este modo y contribuyen a que se decida a realizarla, por contar con su apoyo, y le facilitan así el éxito, integrando con ello la unidad de pensamiento y acción, y concurriendo de modo directo para que se ejecute, por ser innegable que toman parte, mayor o menor, pero siempre real y efectiva, en el delito con acuerdo previo, que los factores esenciales y determinantes de la consideración de autores” (STS 30 de octubre de 1918).

Al estudiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la autoría y la participación en el delito es obligada la referencia a las obras de: Enrique Gimbernat Ordeg³, Gonzalo Rodríguez Mourullo⁴ y Miguel Díaz y García Conlledo⁵.

Gimbernat, a quien vamos a seguir, ofrece una periodización de la actividad del máximo órgano jurisdiccional hasta 1966; labor que va a ser continuada por Díaz y García Conlledo. El Tribunal Supremo interpretó en un principio el art. 14.1. siguiendo una doctrina objetiva, acudiendo a datos externos, no admitiendo que se diga que el acusado ha participado directamente en el delito, “sino que es preciso que se señalen los hechos determinantes de tal supuesta participación, pues sólo así puede estimarse si han sido bien o mal apreciados”⁶; o “cuando dados los hechos admitidos como probados por la sentencia, aparece que el procesado tomó parte activa y directa en la ejecución del delito, hay que calificarle de autor en él y no cómplice”⁷; como “no puede suponerse que el procesado no tuvo intención de causar todo el daño producido cuando éste le causan los hechos por sí mismos en el acto de la ejecución”⁸. La individualización de la responsabilidad se constata cuando en los delitos colectivos entre los actos y propósitos de cada procesado “hay independencia y separación necesaria para juzgarlos aisladamente, pero no cuando resulta afirmada la unidad de acción y concurso mutuo con que los acusados coadyuvaron a la perpetración del delito”, dando lugar a la teoría de que cada uno responde por sus actos de modo individual a “una reiterada, explícita y discretísima doctrina proclamada en las resoluciones del Alto Tribunal”, como se refleja en la sentencia de 4 de octubre de 1901⁹.

Esta doctrina entró en decadencia con la aparición de la del acuerdo previo (implica dolo y confabulación), sin desaparecer nunca totalmente la primera doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Gimbernat apunta que para él aparece por primera vez, de modo confuso y esporádico, en la sentencia de 7 de noviembre de 1890¹⁰ y se establece de modo bien claro en la ya citada de 4 de octubre de 1901 y en la de 6 de junio

³ *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho Sección de Publicaciones e intercambio, 1966, pp. 54-87; este capítulo fue publicado previamente como artículo (“Crítica a la doctrina de la jurisprudencia del “acuerdo previo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 19 (1966), pp. 13-38).

⁴ *Comentarios al Código Penal*, Tomo I (Artículos 1-22), Barcelona, Editorial Ariel, 1972, pp. 795-947 (este volumen aparece en coautoría con Juan Córdoba Roda).

⁵ *La Autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1991, pp. 349-405.

⁶ STS 14 de noviembre de 1888.

⁷ STS 20 de abril de 1872.

⁸ STS 29 de abril de 1872.

⁹ González de Alba, P., “Doctrina del Tribunal Supremo sobre la codelinuencia y la complicidad en los delitos”, *Revista de Jurisprudencia* 102 (1903), p. 66.

¹⁰ Es posible que se puedan señalar algunas anteriores a esa fecha, aunque muy próximas a ella: “Si los agresores son varios y atacan simultáneamente, cada es responsable del hecho criminal con todas sus consecuencias y circunstancias específicas, porque tomaron participación directa en el mismo, pues la calificación jurídica de un delito cometido por varios es individual cuando la naturaleza de los hechos demuestra que obraron de concierto y de común propósito, si las condiciones personales de algunos de los reos no determina respecto a él otra calificación especial, siendo asimismo indivisible la responsabilidad criminal de los autores en cuanto al concepto de su participación porque el mayor o menor grado de acción de cada uno de ellos no puede ocasionar calificaciones distintas” (STS 13 de enero de 1888). “Si los dos procesados se concertaron para matar al interfecto, conduciéndole el uno al lugar del suceso y disparándole el otro el tiro..., deben ambos ser reputados como autores del delito” (STS 12 de julio de 1889). Quedando reflejado como doctrina así: “Son autores, según el concepto del art. 13 del Código penal, los que obrando de concierto y concurriendo a un fin común, producen un mal sin distinción de los accidentes materiales de la ejecución” (STS 11 de octubre de 1889).

de 1904 (destaca que la novedad consiste en que no se acude al comportamiento externo, teniendo la misma responsabilidad los acusados por estar unidos en el mismo propósito, prestando el concurso de su voluntad y su auxilio personal para asegurar la realización del plan). Siguen algunas sentencias durante esos años en esta misma línea; pero es en la segunda década del siglo XX cuando la doctrina del “acuerdo previo” comienza a cobrar un papel dominante, haciendo referencia el propio Tribunal Supremo en sus sentencias como “doctrina constante”. Desde los años 20 hasta 1936 pese al predominio de la teoría del acuerdo previo, todavía se aprecia cierta coexistencia con la teoría objetiva (tanto tácita como expresamente), e incluso cuando se sigue la doctrina del acuerdo previo en ocasiones, además del concierto previo, se tiene en cuenta la presencia del sujeto en el lugar del delito. Después de 1939 las limitaciones señaladas se desvanecen; se siguen encontrando sentencias basadas en principios objetivos, pero tácitamente, las declaraciones expresas sobre el art. 14.1. son prácticamente todas del acuerdo previo y cada vez es menos frecuente la exigencia de la actuación del acusado durante la comisión del delito. Como consecuencia de la aplicación de esta doctrina, Quintano Ripollés dijo que la complicidad está en vías de desaparecer¹¹.

Esta doctrina, que aparece de forma causal para Gimbernat, se va a repetir de forma mecánica por el Tribunal Supremo, renunciando, según el mismo autor, a todo tipo de fundamentación, utilizando un tono dogmático que en vez de dar la sensación de resolver problemas parece que los evita, con una frase tan descriptiva como: “la difícilísima problemática de la distinción entre autor y cómplice se convierte en algo “de coser y cantar” si la tesis que se aplica es la del acuerdo previo”, aplicando esa doctrina no sólo al art. 14.1. sino también al 14.3. y al 16¹²; llegando la comodidad de esta postura

¹¹ *Curso de Derecho penal*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 250. Al ser tan descriptiva esta frase prácticamente todos los penalistas la recogen cuando tratan la autoría y la complicidad.

¹² Conviene destacar estas dos sentencias: “El mutuo acuerdo o concierto entre los delinquentes plurales, para cometer una infracción criminal, distribuyéndose entre sí las diversas actuaciones de la ejecución material, más o menos directas o simplemente de cooperación necesaria, actividades esenciales o imprescindibles, para llevar completamente a buen fin la consumación delictiva, constituye a todos los intervinientes en autores, de acuerdo con el art. 14, bien en su núm. 1.º o en el 3.º del Código Penal, porque tal concierto es la causa determinante e impulsiva del mal hacer, que obedece a la agrupación de fuerzas y supone como una recíproca inducción psicológica, en la que la inteligencia y voluntad común forja el plan delictual, que sin el comunitario acuerdo no hubiera surgido, ni llegado a efectuarse unilateralmente, representando esta solidaridad intelectual –y luego material- la razón determinante del hecho criminal, en cuya valoración resulta de menor entidad, el alcance del dinamismo delictual posterior, que la ideal y antecedente agrupación voluntaria la surgida, de superior entidad causal, para forjar el carácter de autor, que se refuerza aún más, cuando producido el resultado, todos los solidarizados criminalmente, se reparten y benefician el botín conseguido” (STS 22 de febrero de 1971). “En el siempre escabroso el tema de la distinción entre la autoría por cooperación necesaria del art. 14 núm. 3.º del C.P. y la cooperación no necesaria o contingente que caracteriza la actividad del cómplice según el art. 16 del mismo texto legal conviene ponderar, para mejor trazar la línea fronteriza, a veces surtir, entre ambas formas de codelincuencia, los dos elementos ínsitos en toda participación, a saber, de una parte el elemento espiritual o psicológico de la concurrencia de voluntades para lograr la empresa delictiva y que no pueda faltar si se ha de lograr el éxito apetecido por todos los partícipes en el mismo delito, confluencia volitiva que no es forzoso que adopte la forma de concierto previo o confabulación, siquiera sea la más frecuente en la práctica, lo que explicaría su constante invocación por la jurisprudencia, puesto que puede darse mentado concurso sin conciencia de la común actividad y, asimismo, puede ser simultáneo a la acción o producirse en forma tácita y concluyente, como también enseña la doctrina de esta Sala; y, de otra parte, el elemento material, esto es, el acto o actos puestos por cada uno de los partícipes para dar vida a la proyectada idea delictiva, elemento éste de superlativa importancia para establecer la propugnada diferenciación entre coautoría y complicidad, pues si el anterior elemento moral es común y liga por igual a todos los partícipes, su actividad material por ser de diversa jerarquía origina una escala descendente de imputabilidad al ser

adoptada por el Tribunal Supremo a manejar en muchas sentencias los tres conceptos de autor del art. 14 como si fuesen intercambiables (la sentencia de 28 de enero de 1950 llega a decir que si hay acuerdo previo se es cooperador necesario; la de 6 de mayo de 1963 hace referencia al art. 14.1. y 14.2.; cuando el acuerdo previo no tiene nada que ver con el art. 14.2. y 14.3.). La situación al iniciarse la segunda mitad de los años 60 del siglo XX era bastante confusa, hasta el punto que Gimbernat en otro trabajo llega a afirmar que la doctrina del acuerdo previo ha sido rechazada por la ciencia y empieza a serlo también por la misma jurisprudencia¹³, citando las sentencias de 11 de diciembre de 1970 y la de 25 de enero de 1977.

Rodríguez Mourullo defiende que el art. 14. 1. requiere la práctica de actos ejecutivos, por lo que las posibles lagunas legales que pudiera originar el acuerdo previo, con la consecuente división del trabajo en la actividad criminal, no pueden cubrirse con esa doctrina basándose en que la actividad del sujeto estuvo determinada por dicho acuerdo prescindiendo de la realización de los actos ejecutivos (recoge la sentencia de 31 de marzo de 1969 en la que se afirma que: “no es el acuerdo previo una definitiva solución para todos los casos; caben participaciones personales distintas que han de valorarse según la intervención ejecutiva en el hecho”); tampoco puede colmar las lagunas del 14.1. desvirtuando el contenido de los números 2 y 3 de dicho artículo, que, en su opinión, es lo que hace el Tribunal Supremo cuando considera el acuerdo previo como una “inducción mutua” o entiende que la cooperación es “necesaria” si existe acuerdo previo. Concluyendo que:

“Las evidentes limitaciones político-criminales del artículo 14 del Código penal originaron una doctrina jurisprudencial, que, a modo de verdadera superestructura, recubre al concepto legal, de tal suerte, que, en definitiva, la consideración de autores acaba decidiéndose más que de conformidad con el texto de la ley, de acuerdo con la interpretación integradora que la misma ha hecho el propio Tribunal Supremo. Reconociendo que la doctrina del acuerdo previo no puede fundamentarse a la luz exclusiva del texto legal, la sentencia de 30 de abril de 1971¹⁴ advierte, hábilmente y con plausible claridad, que el concierto mutuo

distinta la eficacia condicionante de los actos puestos por el cooperador necesario a la del cómplice de rango inferior rango causativo; a la luz de cuya consideración es preciso considerar como ya ha hecho esta Sala en sus últimas resoluciones (30 de abril de 1971-R-1995-) la controvertida doctrina en cuestión del vigilante del robo, actividad que, si bien puede decirse que constituya un acto ejecutivo propiamente dicho, que la incluiría en el núm. 1.º del art. 14 del C.P., las más de las veces tendrá eficacia condicionante del resultado –comprobada su necesidad al caso concreto– que la harán ingresar en el ap. 3.º del citado art. 14 sin que haya de excluirse la hipótesis de que mayor inocuidad respecto del éxito delictivo puede llevar a encuadrarla, en casos ciertamente más raros, en el ámbito del art. 16 del C. Penal” (STS 22 de septiembre de 1971).

¹³ Gimbernat Ordeig, E., *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Madrid, Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1979, p. 143.

¹⁴ “Cuando el concierto para delinquir entre los plurales sujetos activos, se haya concretado dentro del pacto, en un actuar delictivo ejecutivo cierto y determinado, que han de realizar los autores expresamente por estimarlo necesario, si éstos producen dinámicamente un exceso, entre lo concertado y lo realizado, que sea de superior gravedad penal –al igual que sucede con la inducción, de cuya naturaleza el plan criminal especialmente participa–, la mejor doctrina científica, resuelve la situación creada por el “plus” delictivo, atendiendo esencialmente, a si la diferencia se refiere al fin buscado, o al medio empleado, para en el primer caso, no responder el concertado, no ejecutor material– como lo es el cooperador necesario que no actúa en la ejecución directa–, a no darse el supuesto, de que lo efectuado, sea consecuencia necesaria y previsible, de cuanto se había pactado, por estar lógicamente encadenada a lo que se quería y preveía, y en el segundo, es decir, cuando se emplee un medio diverso ejecutivo, todos responden por igual, si esta mutación en el actuar, no ha transmutado la naturaleza del delito cometido, si es el mismo en su nombre y contenido, aunque dentro de él cambien circunstancias, que lo agraven, pues la valoración del nuevo

“constituye a cuantos así intervienen en autores, de acuerdo con el artículo 14 del Código penal y la doctrina de la Sala que lo interpreta”¹⁵.

Por su parte, Cerezo Mir considera que el Tribunal Supremo persiste en su postura:

“Entre la doctrina y la jurisprudencia españolas existe, en cuanto al concepto de autor, un considerable y progresivo divorcio. El Tribunal Supremo, aunque ha seguido en numerosas sentencias el criterio de considerar a los delincuentes comprendidos en el número 1º. del artículo 14, se inclina cada vez con mayor frecuencia por la teoría del acuerdo previo. Con arreglo a esta teoría, elaborada por el Tribunal Supremo, cuando varios delincuentes se ponen de acuerdo para realizar un hecho delictivo, todos ellos responden, en virtud de este acuerdo, como autores, cualquiera que sea su forma de contribución a la realización del hecho. El Tribunal Supremo castiga a todos como autores, con frecuencia como autores directos, aunque no hubieran realizado actos ejecutivos (núm. 1º. del art. 14); otras como inductores, por inducción recíproca (núm. 2º. del art. 14); y otras como cooperadores necesarios (núm. 3º. del art. 14), por estimar que, si hubo acuerdo previo, la cooperación es necesaria”¹⁶.

En cambio, Rodríguez Devesa considera que “la doctrina del acuerdo previo, que no responde a exigencia alguna de nuestro derecho positivo, ha sido abandonada por la jurisprudencia que en un principio la sustentó”¹⁷.

Díaz y García Conlledo, al ocuparse de la Autoría, ha prestado especial atención a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo, desarrollando los trabajos de Gimbernat y Rodríguez Mourullo. Plantea así la cuestión:

“Como es de sobra conocido en España, la doctrina del acuerdo previo, mantenida desde hace mucho tiempo por el T.S., consiste básicamente en afirmar que, cuando

“modus operandi”, que se eligió por un mejor hacer, o se impuso por las circunstancias sobre que debía operarse es intrascendente, pues de no haberse rechazado previa y expresamente esta mutación, al resultar el delito genuinamente el mismo, resulta conscientemente querido en su resultado, a cuyo logro favorable se condicionaba el empleo de los medios, que se adoptaron, por creer eran los más útiles, pero valorándolos por accidentalidad, pues lo que primaba en la voluntad delictual plural, era la consecución de los efectos finalistas y principalmente buscados, por ser la causa de la empresa criminal” (STS 30 de abril de 1971).

¹⁵ Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, pp. 836-837.

¹⁶ Este texto lo reproduce a la letra en dos trabajos: “La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española” y “Autoría y participación en el Código Penal vigente y el futuro Código Penal”, ambos recogidos en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Editorial Tecnos. Madrid, 1982. El primero en las páginas 162-178, cit., pp. 166-167, correspondiendo su primera publicación en la revista *Nuevo Pensamiento Penal* 2 (mayo-agosto 1972); y el segundo en las páginas 333-347, la cita en la página 339, siendo publicado en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 32 (1979), pp. 567-582, si bien en la segunda publicación, en la nota a pie de página correspondiente, se hace referencia a las sentencias de 28 de febrero, 10 de marzo (“Cuando dos o más personas se conciertan para la perpetración de un delito cualquiera, no es preciso que todos cuantos pormenores exija su realización, sino que basta que cada uno de los concertados contribuya directamente, con actos exteriores, al éxito del plan convenido, para que todos ellos sean considerados responsables del mismo delito, ya que las diversas actividades asignadas a cada uno se muestran como partes integrantes de la infracción proyectada en régimen de coautoría”), 3 de octubre y 10 de noviembre de 1978 (“Esta Sala ha declarado reiteradamente que cuando dos o más se conciertan para la comisión de un hecho delictivo, así como la forma de llevarlo a cabo repartiéndose los papeles cada cual ha de representar en la ejecución del hecho para la consecución del fin comúnmente perseguido, todos ellos alcanzan el concepto de coautores, con independencia de que los actos que respectivamente hubiesen realizado hubieren sido actos de cooperación necesaria”).

¹⁷ Rodríguez Devesa, J. M^a, y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español. Parte General*, 15ª edición revisada y puesta al día, Madrid, Dykinson, 1992, p. 819.

entre las distintas personas que intervienen en un delito existe un previo concierto, un acuerdo previo común para la comisión del mismo, todas ellas son autores (coautores) del delito, prescindiendo del acto material de colaboración que cada una haya realizado. Tales autores los encaja fundamentalmente el TS en el artículo 14, 1º, pero otras veces acude a la doctrina del acuerdo previo para fundamentar la calificación de autor del art. 14, 2º o del artículo 14, 3ºCP”¹⁸.

Defiende que no es correcta la denominación de acuerdo previo; el propio Tribunal Supremo ha manifestado que no hace falta que ese acuerdo sea previo, sino que también puede ser instantáneo (tácito o expreso), por lo que propugna que sea conocida como “teoría del acuerdo mutuo o recíproco: siempre que varios sujetos concurren a la comisión del delito, teniendo conciencia cada uno de ellos de que actúa en conjunto con los otros, y queriendo actuar de ese modo, todos habrán de ser calificados como autores, independientemente de su aportación concreta al hecho”¹⁹.

Al estudiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1966, fecha límite del trabajo de Gimbernat, establece tres posturas: una continuista, otra negadora de la validez de la teoría, y una tercera que, sin renunciar al requisito del acuerdo previo, exige algo más para afirmar la coautoría (con lo que abandona la teoría del acuerdo previo en su sentido estricto).

Apunta que la línea continuista es cada vez menos frecuente al menos en su versión “pura”. En estas incluye no sólo las que requieren exclusivamente el acuerdo, sin tener en cuenta lo que haga el sujeto, sino aquellas en las que además del acuerdo se pide que el sujeto haga algo, sin especificar el qué ni cuándo, o la presencia del sujeto en la fase de ejecución material del delito, que viene a ser a no pedir nada (quizás esa presencia sirve para constatar que el sujeto estaba dentro del acuerdo. En esta línea continuista, las sentencias del Supremo en muchas ocasiones no indican expresamente en qué apartado del art. 14 del Código Penal (en adelante C.P.) queda encuadrada la conducta de los partícipes (STS 18 de junio de 1966). En otras ocasiones esas conductas se encuadran en el art. 14, 1º; en otras (STS 6 de febrero de 1969). También en el 14, 2º aunque con menor claridad (STS 2 de noviembre de 1974); y con menor frecuencia en el 14, 3º (STS 18 de marzo de 1983)²⁰.

Conforme avanzamos en el tiempo se va consolidando la línea que supone el rechazo a la doctrina del acuerdo previo en un doble sentido: en unos casos, declarando que la doctrina del acuerdo previo va siendo superada; y en otros, señalando que el acuerdo es requisito común a todo tipo de participación. Ambas posturas se reúnen en la sentencia de 27 de enero de 1983²¹.

También se menciona con más frecuencia en las sentencias del Supremo el acuerdo previo como un elemento más de la coautoría, no ya como su razón de ser. Unas veces se piden además actos ejecutivos; otras, simultaneidad con la ejecución; y, finalmente, que el acuerdo vaya acompañado de una contribución esencial o necesaria o que suponga dominio de hecho, contribución que ha de ser prestada en la fase ejecutiva.

¹⁸ Díaz y García Conlledo, *La Autoría*, p. 349.

¹⁹ *Ibid.*, p. 350.

²⁰ *Ibid.*, pp. 363-374 con multitud de ejemplos.

²¹ *Ibid.*, pp. 364-376.

Cuando se dan esas exigencias, no está claro en que apartado del art. 14 queda incluida la conducta del sujeto²².

Con todo, es destacable esta sentencia de 22 de enero de 1974 que sintetiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la autoría hasta ese momento:

“Reiteradamente ha declarado esta Sala, formando un cuerpo de doctrina que cabe sintetizar en las siguientes proposiciones: Primera: Son autores todos los que concurren a la ejecución del hecho con medios directos personales y eficaces conducentes a su consumación. Segunda: Son autores por acción directa todos los que concurren a la ejecución de un delito, si existe concierto de voluntades unidad de acción y mutuo concurso. Tercera: Sin que sea indispensable el concierto previo de voluntades, pues basta que exista acción conjunta y común propósito en el momento de la realización del hecho. Cuarta: A los delincuentes, que concurren en la ejecución de un delito les son imputables todas las consecuencias de cuanto conscientemente realizaron, pues los actos individuales de participación son meros accidentes de la acción común. Quinto: En la clase de coautoría la acción se funda en una unidad en la que todos responden del acto conjunto, aunque no hay realizado personalmente las características típicas que definen las respectivas figuras delictivas. Sexto: El concepto de autoría hay que aplicarlo a todos los que participan en el hecho con actos necesarios de ejecución y sin los cuales aquél no hubiera podido realizarse cualesquiera que sean los actos materiales que realizaran cada uno para desarrollar el plan convenido, porque todos cooperaron al mismo fin y pusieron su actividad para lograrlo existiendo un consorcio delictivo y un hacer común que a todos convierte en autores. Séptimo: Aun cuando la mera simultaneidad en la acción, en los casos de codelincuencia no constituye por sí sola y sin ningún otro elemento de juicio, la unidad de culpabilidad y de la consiguiente responsabilidad entre todos los copartícipes en una agresión, cuando a dicha simultaneidad acompaña la unidad de propósito, haya o no acuerdo o surja expreso o tácitamente en el momento de consumarse el delito, se produce entonces la responsabilidad colectiva entre los co-reos, precisamente por razón del mutuo concurso y de la unidad de acción, pues los actos individuales son simples accidentes de la actuación común, ya que para individualizar la culpabilidad ha de existir absoluta separación e independencia entre la intención y la actividad de cada uno de los procesados”.

2.1. Inducción

No es propiamente una forma de autoría, sin embargo, el C.P. la considera así junto a otros tipos de participación. El art. 14. 2.º la regula como: “los que fuerzan o inducen directamente²³ a otros” a ejecutar un hecho delictivo, mereciendo una pena igual a la de los autores materiales. Para el Tribunal Supremo inducción, gramaticalmente, “representa instigar, mover o persuadir a uno para realizar algún acto”²⁴. Para su realización caben los medios violentos y de intimidación, o inducir directamente a otros mediante orden, pacto o consejo²⁵; pero no se trata de un repentino consejo dado en momentos de irritación o de lucha, sugiriendo la idea de causar un daño²⁶, porque

²² *Ibid.*, pp. 376-387 con multitud de ejemplos de sentencias.

²³ “El adverbio ‘directamente’ que la ley emplea se presta a varias interpretaciones pero de lo que no hay duda es que concurre el requisito en él implicado cuando el destinatario es una persona determinada y la inducción se dirige a la comisión de un hecho también determinado” (STS 25 de junio de 1962).

²⁴ STS 4 de febrero de 1955.

²⁵ STS 23 de junio de 1949.

²⁶ STS 5 de julio de 1926.

“instigar es mucho más que aconsejar”, es hacer que otro haga una cosa²⁷, que el autor material por la influencia que el inductor ejerce en el ánimo de aquél ejecute la acción²⁸. Se habla de autoría moral²⁹.

Instigar “comprende todo el proceso necesario de una conducta encaminada a actuar sobre el ánimo de otra para lograr de ella que adopte una posición o acepte una propuesta que se le sugiere”³⁰; además, en algunas sentencias, indica que se tenga en cuenta la situación que se encuentra el inductor con relación al inducido, tal como ascendente, superioridad moral o de otra índole, predisposición del inducido para ejecutar el acto deseado por el inductor, circunstancias en que se produce³¹, aunque en otra se advierte que “no es óbice para la apreciación de la responsabilidad criminal de los autores por inducción de un delito la ausencia de relación social, laboral o parental del mismo (inductor) con los autores materiales de la infracción, porque el fundamento genérico de toda responsabilidad penal se halla en función de la voluntad dolosa que impulsa al infractor de la Ley”³². Se trata del “predominio directo que un sujeto ejerce sobre la voluntad de otro instigándole, incitándole o persuadiéndole eficientemente para que cometa determinado delito”³³.

Siguiendo antiguas doctrinas (Carrara...) la inducción equivale a consejo, mandato, instigación o persuasión³⁴, para obligar al sujeto a efectuar determinados hechos delictivos que éste realiza por el influjo realizado sobre él³⁵. Destacando la propia jurisprudencia que uno de los medios para determinar la inducción es el pacto³⁶, ya que

²⁷ STS 1 de junio de 1942.

²⁸ STS 9 de abril de 1892.

²⁹ “La inducción o autoría moral, establecida en el núm. 2.º del art. 14 del C.P., se nutre y desenvuelve de una actuación espiritual, que precede a la acción delictiva, y que efectúa el instigador, a medio de una presión eficaz, directa, intensa y suficiente, nunca ejecutiva para él, que opera psicológicamente sobre otra persona impulsando su ánimo, de manera que acepte el acicate, sin hallarse su libre decisión ni disminuida ni eliminada, y realiza él solo, posteriormente, el dinamismo criminal material, como inducido, pero alcanzando a los dos sujetos responsabilidad penal, la indicada para el inductor, y la determinada en el núm. 1.º de dicha norma para el ejecutor de los actos criminales, ya que sus dos voluntades se hallan coordinadas, a medio de la indispensable relación causal, que liga la actuación ideal del inductor, a la real y objetiva del inducido; mas esta autoría espiritual, puede ser el producto de cualquier actividad apropiada en las relaciones humanas para generarla, por lo que entre otros medios de manifestación, se suele deber, a un mandato, pacto, sugestión o consejo que mueva o persuada a la persona que lo recibe, a la material realización de la empresa criminal, por hallarse bajo la influencia del instigador” (STS 29 de octubre de 1972; también es de destacar: “la autoría moral o inducción, requiere para existir, una presión eficaz, intensa y suficiente de una persona que no actúa ejecutivamente, sobre otra, para impulsar su ánimo, una vez que su libertad de decisión no disminuida ni eliminada, acepte el acicate, excitación o persuasión ajena, para que surgiendo una coordinación de ambas voluntades se efectúe por éste, el hecho delictivo, quedando ambos ligados por adecuada relación de causalidad, y siendo los mismos igualmente responsables; pudiendo alcanzarse esta inducción por cualquier actividad apropiada para ello en el orden de las relaciones humanas, y siendo estimada por esta Sala como una de las formas de más corriente manifestación al margen de la actuación predominante del inductor, el acuerdo o concierto de voluntades, que produce como causa determinante la resolución de realizar una infracción criminal cualquiera que sea la parte que cada uno de los culpables realice al asegurar la consumación” (STS 8 de julio de 1968).

³⁰ STS 14 de noviembre de 1958.

³¹ STS 23 de diciembre de 1968.

³² STS 25 de febrero de 1957.

³³ STS 18 de octubre de 1954.

³⁴ STS 26 de octubre de 1957. En otra sentencia se dice que “la persuasión es una forma de inducir, mover u obligar a uno, con razones, a hacer una cosa” (STS 15 de octubre de 1947).

³⁵ STS 24 de marzo de 1958.

³⁶ STS 14 de noviembre de 1905.

la responsabilidad criminal por inducción supone la existencia de actos de mandato, consejo o pacto tan significados que por sí mismos determinan la comisión del hecho punible³⁷. Las órdenes y consejos para delinquir constituyen también formas de inducción³⁸, así como la promesa para lograr ventajas materiales o morales para cometer un delito, o la previa remuneración para realizar un acto ilícito siempre que esas ofertas y retribuciones sean decisivas en el ánimo del autor, siendo por ellas por las que se mueve exclusivamente su voluntad (en estos casos es posible que no sea conocido el instigador, pudiendo ser desconocido hasta para el inducido)³⁹. Otras sentencias más recientes se alejan de la antigua enumeración y prestan más importancia al influjo psíquico, como esta de 25 de junio de 1962:

“Objetivamente, la inducción existe cuando el influjo psíquico ejercido sobre el autor es causa de la decisión de ejecutar el hecho adoptada por éste y, por ende, de la misma ejecución del hecho antijurídico y típico; y como las formas en que tal influjo ha de verificarse, sintetizadas por los autores clásicos en las de mandato, orden, coacción, consejo y sociedad, no fueron incorporadas a nuestro texto legal, la aplicación de éste no se resuelve en el problema de encasillar la acción del presunto inductor en una de las formas prefabricadas por la antigua y casi olvidada doctrina, sino en el averiguar si dicha acción ha sido o no causa de que el ejecutor material actúe”.

Las características que ha de tener la inducción es que sea:

1º Directa, entendido por ello que el inductor ha de tener una representación en su mente de los elementos esenciales del delito, sin lo cual faltaría el dolo criminal, a cuya ejecución impulsa eficazmente a los inducidos⁴⁰.

2º Concreta y eficaz, ha de referirse a una persona determinada y a un delito concreto y determinado⁴¹; además, la actividad del ejecutor ha de ser consecuencia inmediata de las insinuaciones del inductor⁴².

3º Dolosa, el inductor debe tener voluntad consciente de persuadir a otro a realizar un delito⁴³.

4º Debe existir un nexo causal eficiente entre los actos del inductor y las actividades delictivas del inducido comprobado como única motivación del hecho punible cometido⁴⁴, que genera responsabilidad criminal⁴⁵.

Todos estos elementos quedan concretados en esta sentencia de 2 de septiembre de 1974:

³⁷ STS 3 de julio de 1917.

³⁸ STS 22 de diciembre de 1934.

³⁹ STS 18 de febrero de 1935.

⁴⁰ STS 22 de diciembre de 1934.

⁴¹ STS 30 de noviembre de 1964 y 2 de diciembre de 1974.

⁴² STS 6 de noviembre de 1895, 4 de octubre de 1934 y 21 de noviembre de 19471

⁴³ STS 2 de diciembre de 1974.

⁴⁴ STS 3 de julio de 1945, también la STS 30 de enero de 1935.

⁴⁵ STS 4 de noviembre de 1969.

“Estima la doctrina jurisprudencial que existe coautoría por inducción cuando el influjo psíquico ejercido sobre el autor material es causa de la resolución de éste a cometer el acto o hecho incriminado, de cuya concepción, asimismo predominante en la doctrina científica, se deducen los elementos básicos que la configuran conscientemente: en que sea directa, o sea, que recaiga sobre un sujeto determinado y dirigida a la comisión de una infracción punible concreta (con la salvedad prevista en el párrafo final del artículo cuarto del CP); que sea eficaz, es decir, determinante de la acción, sin que revista tal carácter de simple consejo o la mera indicación del procedimiento ejecutivo; y que sea dolosa, o sea, con voluntad consciente de persuadir a otro a la realización del delito, aunque los fines perseguidos por inductor e inducido no sean coincidentes”.

La jurisprudencia diferencia la inducción de la proposición y la conspiración; en cuanto la primera es una manera especial de cometer o intentar cometer un delito determinado, mientras las otras son la expresión de una voluntad criminal que no llega a concretarse en actos externos⁴⁶.

Tienen la consideración de inductores no sólo quienes por medio de fuerza compelen a otro a realizar un hecho, sino también los que por instigación y fuerza moral obran directa y eficazmente sobre otra voluntad, con el propósito de encaminarla a la ejecución del hecho en condiciones tales de realización, que sin esos móviles no se ejecutarían⁴⁷; quienes actúan con fuerza suficiente sobre otras personas para obligarles a realizar el fin doloso perseguido⁴⁸. En definitiva:

“Quien abrigando el propósito y perverso designio de que otros ejecuten el ilícito punible, concebido y resuelto, que no se atreve a efectuar personalmente, realiza con tal objeto un acto de violencia, en cualquiera de sus clases, o interviene en la celebración de un pacto, o se vale de medios persuasorios, para convencer y mover la voluntad ajena, bastantes por su entidad y ascendiente, para ejercer positiva influencia, mas todos los empleados han de ser directos y eficaces, encaminados a un fin conocido y concreto, pues de no ser así aquélla carece de existencia, por falta de dolo criminal”⁴⁹.

Como síntesis de la jurisprudencia sobre esta forma de participación hay que destacar esta sentencia de 18 de mayo de 1976:

“Ha de recordarse en torno al primer tema de la autoría por inducción la doctrina jurisprudencial que, de consumo con la científica, viene afirmando que dicha categoría de autor prevista en el núm. 2 del art. 14 del CP y que fue aplicada en la instancia al recurrente, exige, objetivamente, un influjo psíquico (de ahí su denominación de autoría intelectual con que también se la conoce) ejercido sobre el autor material del hecho, influjo que puede adoptar la más variada morfología, puesto que no se agota en las modalidades de mandato, orden, coacción, consejo y sociedad de los autores clásicos sino que desbordando tales encajes previos –por más que sean los que, de ordinario, se inviste en la praxis la instigación- se reconoce en toda relación de incubo-súcubo en la que el primero actúa como agente emisor y el segundo como paciente receptor de aquel influjo psíquico, cualquiera que sea su índole y forma de manifestarse, siempre que produzca la causación en

⁴⁶ STS 20 de enero de 1966.

⁴⁷ STS 20 de junio de 1892 y 6 de noviembre de 1895.

⁴⁸ STS de 6 de marzo de 1961.

⁴⁹ STS de 14 de mayo de 1950.

el instigado del propósito de ejecutar el hecho y, por ende, la de su ejecución misma –s. de 25 jun. 1962-; como así mismo requiere, subjetivamente, que el inductor haya procedido con ánimo doloso a la determinación del autor material (s. de 30 ene. 1890), dolo que debe revestir el mismo grado de concreción que el hecho determinado, como se desprende del adverbio “directamente” empleado por la locución legal –s. de 22 de dic. 1934-; de cuya síntesis estructural de esta especie de autoría, ya se desprende lo esencial que es la causación del hecho delictivo a través de la actividad intelectual del inductor, de suerte que éste viene a ser el “generador del delito” (s. de 20 de enero de 1917); con lo que dicho se está que si a la inducción no subsigue la ejecución de la infracción penal en perspectiva, aquella sólo podrá castigarse como provocación para delinquir, según se desprende del par. 3.º del art. 4.º del CP interpretado a sensu contra-s. de 3 de abr. 1975-”.

2.2 Autoría mediata

En ocasiones una persona puede realizar acciones valiéndose de otro a modo de instrumento. Este último puede actuar de forma voluntaria y culpable, y puede realizar su actividad de modo no voluntario o, incluso, no culpable. Esa persona que actúa oculta tras su “instrumento” es el autor mediato u “hombre de atrás”⁵⁰. Si en principio el autor es el ejecutor material y quien le induce a actuar es partícipe; en la autoría mediata, sucede al contrario, en este caso el papel fundamental, el que hace posible imputar a alguien como autor, no es quien actúa como autor material sino que lo tiene el “hombre de atrás”⁵¹. La autoría mediata es verdadera autoría; el autor mediato realiza el injusto típico como propio; sin embargo, la regulación de este tipo de autoría es problemática, ya que el Código no se refiere expresamente a ella⁵².

Rodríguez Mourullo destacó la sentencia de 31 de marzo de 1944 como prueba de que el autor mediato ha sido recogido por nuestra jurisprudencia, ante la necesidad de castigar esta forma delictiva⁵³:

“Abundan los casos en que el que concibe la idea criminal y decide ponerla en práctica se vale de otra persona como mero instrumento que produzca el resultado apetecido, causante físico que será responsable cuando con plena consciencia de la trascendencia de sus actos los realice voluntariamente y no lo será si ajeno a la maquinación dolosa ejecuta esos actos inconscientemente y sin intención de cooperar al designio criminal, pero la cooperación de esta persona intermedia, sea o no responsable en la esfera penal, no aleja del proceso y exime de responsabilidad

⁵⁰ Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 178-180. “La teoría del autor mediato, aun en su más amplia concepción, se ha visto precisada a reconocer límites: hay infracciones que sólo son ejecutables directamente sin que sea concebible la utilización de otro como instrumento. Su nombre, delitos de propia mano, indica su naturaleza. Aunque la lista es controvertida, suelen incluirse: el falso testimonio, todos los delitos carnívoros o algunos de signos como el adulterio, el incesto, la prevaricación, la deserción, etc.” (Antón Oneca, J., *Derecho Penal*, 2ª edición anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Madrid, Akal, 1986, p. 471).

⁵¹ Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, PPU Promociones Publicaciones Universitarias, 1984, pp. 318-319.

⁵² Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T. S., *Derecho Penal parte general (edición completa, adaptada a la reforma de 25 de junio de 1983)*, Valencia, Universidad de Valencia, 1984, pp. 627-631.

⁵³ Rodríguez Mourullo, G., “El autor mediato en Derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 22 (1969), p. 468. En este artículo analiza las distintas posturas ante esta forma de autoría en la doctrina española y extranjera, especialmente alemana (pp. 461-488; este trabajo también está recogido en *Comentarios al Código Penal I*, pp. 801-821).

al que se sirve de ella, puesto que esta doctrina prevaleciese se habría encontrado una fórmula para que los delincuentes se pusiesen a salvo de las sanciones penales, sino que, por el contrario, la persona que ha utilizado a otra para los indicados fines, contrae la responsabilidad de autor, aunque no hubiese cometido por su propia mano el delito”.

Pocos años más tarde, concretamente por otra sentencia de 6 de abril de 1949, se hacía referencia expresa a este tipo de autoría, que sólo era posible en los delitos dolosos⁵⁴ (“la autoría mediata o sea cuando el culpable se vale de persona intermedia o superpuesta para cometer el delito, es notoriamente inaplicable a los de carácter culposo, pues sólo es susceptible de serlo a los de naturaleza dolosa, típicamente definidos en la Ley”).

De todos modos, la jurisprudencia tuvo una actitud dubitativa ante esta forma de participación, y si bien tenía claro que la persona que se vale de otra como un mero instrumento para que ejecute materialmente sus propósitos delictivos, no puede ser cómplice porque de ella partió el impulso criminal, y sin su instigación e instrucciones no se habría cometido la transgresión penal⁵⁵, llega a considerar este tipo de autoría como una de las “diversas modalidades de inducción”⁵⁶ (quizás porque no tenía otra forma de penalizar esta modalidad delictiva).

Rodríguez Mourullo destaca la sentencia de 21 de diciembre de 1967 en la que el Supremo califica a las personas que actuaron como instrumento de “máquina humana que los artífices del delito manejaron para la ejecución de este”⁵⁷.

Claramente queda perfilada la autoría mediata por esta sentencia de 12 de mayo de 1971:

“Si el autor de la infracción criminal, es el que mediante su actuación, activa u omisiva, realiza el tipo de injusto penal, no cabe desconocer, que tendrá doctrinalmente la estimación de autor inmediato, la persona que ejecute directa y personalmente el delito, por existir en ella, una correspondencia entre su voluntario designio interiormente querido y su eficacia física o material, y que merecerá la estimación de autor mediato, cuando sin efectuar dicha actividad, causa sin embargo el resultado, sirviéndose de otra persona como medio o instrumento para la perpetración ejecutiva, en cuyo supuesto, por ser más relevante su voluntad ideal del animus dolo faciendo, que el quehacer material secundario, se estima, sin embargo, como autor directo e incluido en el núm. 1 del art. 14 del CP, porque se aprovecha de la persona intermedia, para cometer la infracción criminal, respondiendo por lo tanto, el autor mediato, como si hubiera por sí mismo efectuado el dinamismo delictivo, que por su impulso decisivo realizó el aparente y material realizador pues aquél sigue siendo genuino autor por su dominio o señorío de la acción, que comete el hecho principal, aunque no efectúe directamente el resultado, que lesionó el bien jurídico protegido y dio efectividad

⁵⁴ Rodríguez Mourullo se ocupa de la autoría mediata en los delitos imprudentes en su trabajo “El autor mediato en Derecho Penal español”, pp. 477-487.

⁵⁵ STS 29 de noviembre de 1952.

⁵⁶ STS 29 de febrero de 1956 (“La persona que se vale de medios persuasivos encaminados a lograr el concurso necesario de otra para determinada finalidad ilícita y le convence y obtiene de ella lo que se proponía, es indudable que, sin descubrir sus manejos, ejerció un decisivo influjo en el ánimo que le convirtió en instrumento inconsciente de su torpe propósito, y la persuasión y el convencimiento forman parte de las diversas modalidades de la inducción”).

⁵⁷ Rodríguez Mourullo, “El autor mediato en el Derecho Penal español”, pp. 468.

al tipo penal, mientras que la persona intermedia, por sufrir un error esencial, hallarse obligado por la fuerza física y carente de acción, o resultar inimputable personalmente, queda al margen de toda responsabilidad punitiva, que recae como se dijo, en quien lo utilizó como mero instrumento obediente, a su plan para cometer un delito de resultado prohibido por la Ley”⁵⁸.

3. Cooperación: cooperación necesaria y complicidad

Por cooperación entendemos la aportación de una persona al delito de otra, el autor directo o inmediato, con la contribución de un hecho que lo facilita o hace posible⁵⁹. Pudiendo diferenciar dos tipos de cooperación: la cooperación necesaria y la complicidad (si bien Cobo del Rosal y Vives Antón hablan de dos tipos de complicidad: los cómplices necesarios y los cómplices no necesarios⁶⁰; para Rodríguez Devesa, el Código distingue dos clases de auxilio: el auxilio necesario y el auxilio no necesario o complicidad⁶¹). La primera corresponde a una contribución sin la que no se habría realizado el delito, y está regulada en el art. 14. 3ª (“Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado”); la segunda consiste en una aportación que no es indispensable pero facilita la actividad delictiva, y está regulada en el art. 16 (“Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el art. 14, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”).

Una y otra forma de cooperación, según el Código Penal, son de distinta naturaleza, con unas consecuencias jurídicas también diferentes para cada una de ellas. Los cooperadores necesarios son considerados autores de acuerdo con el Código Penal, con una pena igual a los autores directos; los cómplices, por su parte, son considerados actores secundarios⁶² (el Supremo llega a calificar a los encubridores como de tercero)⁶³, con una pena inferior en un grado a los autores. En cuanto a la actividad que han de realizar tanto en un caso como en otro se habla de “acto” o “actos”; no se precisa en los artículos del Código en qué consisten esos actos. Literalmente la palabra acto tiene un significado activo, “sólo cabría entender que permite la omisión en la medida en que se acepte que también toda omisión tiene lugar mediante un comportamiento socialmente positivo distinto del esperado, comportamiento que en general es físicamente activo. Pero

⁵⁸ También es de interés STS 23 de mayo de 1981.

⁵⁹ Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 197.

⁶⁰ Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 637 ss.

⁶¹ Rodríguez Devesa, Serrano Gómez, *Derecho Penal español. Parte General*, pp. 815 ss.

⁶² “El cómplice tiene en el hecho delictivo una participación de segundo grado, sus actos de cooperación ni son decisivos ni son indispensables para que se produzca, pero contribuyen eficazmente a la realización del pensamiento criminal” (STS 4 de febrero de 1944); “el cómplice tiene una participación de segundo grado, sus actos de cooperación no son decisivos ni indispensables para la perpetración del delito, aunque contribuyan a su realización dando facilidades o auxilio a los autores” (STS 6 de diciembre de 1954).

⁶³ “Son autores comprendidos en el núm. 1.º del art. 14 del C.P., los que toman parte directa, esto es, inmediata y próxima, de mayor o menor entidad, en la ejecución de los actos constitutivos del delito imputado, a diferencia de los cómplices, que son delincuentes de participación inferior de segundo grado, sin ser sus actos coadyuvantes necesarios, aunque si eficientes para la comisión de aquél, y de los encubridores que, en el régimen legal actual merecen la calificación de serlo de tercero, en concepto los auxiliares posteriores, sin conocimiento anterior, para lograr la impunidad o aprovechamiento; teniendo los primeros idéntica responsabilidad criminal, cualquiera sea la acción individualizada que realice cada uno, cuando media entre ellos acuerdo o concierto, previo o circunstancial, aunando dos voluntades dolosas, a los fines ilícitos de conseguir el resultado delictivo propuesto” (STS 20 de mayo de 1949).

no siempre lo es⁶⁴; para Cobo del Rosal y Vives Antón la actividad puede consistir en una actividad meramente psíquica e incluso en una omisión⁶⁵; Sainz Cantero dice que la doctrina es reacia a incluir la omisión en el término “acto” pero considera que “la comisión omisiva es perfectamente factible y debe ser castigada cuando se dé...la jurisprudencia acepta la omisión como forma de cooperación necesaria”, y también opina que son posibles los medios morales pues siempre son actos positivos⁶⁶; Rodríguez Mourullo afirma que la cooperación puede ser de índole material o moral, pudiendo consistir tanto en una acción en sentido positivo como en una omisión, ya que en su opinión la amplitud del término “acto” permite incluir también la omisión⁶⁷, igualmente la complicidad puede manifestarse en un hacer activo o en una omisión⁶⁸, así como en una ayuda material como moral⁶⁹; Gómez Benítez defiende que la complicidad, tanto psíquica o intelectual como física, admite la forma omisiva, siempre que la omisión reúna la eficacia mínima exigida, al tiempo que apunta que el Tribunal Supremo exige, además de la eficacia favorecedora, para la admisión de la complicidad por omisión, la posibilidad de “*garante*” por parte del que omite (si bien entiende que la posición de garante resulta las más de las veces de una excesivamente flexible injerencia del cómplice en el curso causal, no siempre adecuadamente limitada en sus contornos jurídicos⁷⁰).

3.1. Cooperador necesario

El cooperador necesario para algún sector de la doctrina tiene perfiles dudosos, limitándose a aquellos tipos penales en los que el autor no puede realizar el delito sin la intervención de otra persona⁷¹. La cooperación necesaria precisa, según la doctrina, de los siguientes requisitos⁷²:

⁶⁴ Mir Puig, *Derecho Penal*, p. 350. Se discute si tienen cabida los medios psíquicos o morales y la omisión o únicamente son posibles los actos físicos en la cooperación necesaria. Mir considera que la respuesta depende del sentido que se dé a la palabra “acto” empleada por la ley.

⁶⁵ Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho Penal*, p. 638.

⁶⁶ Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 198.

⁶⁷ Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, p. 879. Como ejemplos de sentencias que señalan la cooperación como de índole material o moral apunta: STS 30 de enero de 1945 y 22 de marzo de 1966 (nota 26); y como de omisión STS 15 de diciembre de 1881, 22 de enero de 1921, 22 de febrero de 1930, 5 de julio de 1943 y 30 de enero de 1945 (nota 27).

⁶⁸ Córdoba Rubio y Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, pp. 892-3. Aun así, destaca que varias sentencias excluyen las actitudes de mera pasividad (STS 13 de julio de 1879, 12 de diciembre de 1929 y 19 de febrero de 1935). También recoge que el Tribunal Supremo considera que guardar silencio ante la comisión de un crimen, presenciar pasivamente la perpetración de un delito, no oponerse a la comisión de un delito no son casos de complicidad. Pero esta línea jurisprudencial no debe interpretarse como opuesta completamente a admitir la posibilidad de complicidades omisivas. Señalando tres presupuestos para considerar complicidad una conducta omisiva: 1º eficacia y no irrelevancia en orden a la ejecución; 2º voluntad de facilitar la ejecución; 3º específico deber jurídico de impedir la comisión del delito.

⁶⁹ Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, p. 894. Así lo reconoce reiteradamente el Tribunal Supremo en STS 7 de julio de 1942, 17 de octubre de 1961 y 8 de febrero de 1964 (nota 26).

⁷⁰ Gómez Benítez, J. M., *Teoría Jurídica del Delito Derecho Penal Parte General*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1984, pp. 534-536.

⁷¹ Gómez Benítez, *Teoría Jurídica*, p. 516. Añade: “En sentido estricto sólo podría hablarse de una participación necesaria cuando el tipo no pudiese conceptualmente realizarse sin la colaboración accesoria del partícipe, con lo que la figura resultaría prácticamente inexistente”.

⁷² Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 198-201.

- 1) Contribución causal en el hecho delictivo en el que otra persona es el autor principal. Supone la cooperación en un hecho ajeno con uno o varios ejecutores directos:

“Al implicar la autoría actos de cooperación necesarios para la ejecución del delito, supone necesariamente la intervención de otro sujeto realizando materialmente la ejecución, o sea que en este supuesto se contemplan dos autores que concurren en la realización del acto punible: uno ejecutándolo y otro cooperando a él de tal forma que sin esa ayuda el delito no hubiera sido realizado; y de aquí la diferencia entre el mero auxilio que facilita el delito, que es lo que integra la complicidad y la cooperación necesaria para la realización, constitutiva de la autoría”⁷³.

- 2) Consiste en una aportación sin la cual el hecho se no habría efectuado. Es una contribución imprescindible para que el autor realice el delito, absolutamente necesaria.

El acto no puede ser ejecutivo (en ese caso daría lugar a una coautoría directa); pudiendo ser anterior o simultáneo a la ejecución (en este caso no puede formar parte de la fase propiamente ejecutiva; de ahí la dificultad para incluir los actos simultáneos en la cooperación necesaria que excepcionalmente pueden darse). El cooperador necesario puede actuar de forma dolosa o culposa⁷⁴; en el primer caso, debe saber que sin su aportación no se efectuará el delito, y actuar con doble dolo (referente a su propia contribución y al resultado que persigue el delito principal con el que coopera).

- 3) El autor principal tiene que haber iniciado la ejecución del delito.

La jurisprudencia del Supremo, además, apunta que: “cooperar es tanto como obrar juntamente para obtener un mismo fin”⁷⁵; esa actividad ha de consistir en un acto, esto es, un resultado no meramente subjetivo⁷⁶, un acto de auxilio sin el cual no se hubiese efectuado el delito⁷⁷ porque “la cooperación no es algo genérico y general, sino específico y concreto en los momentos y actos de preparación y realización del delito y que el inculpado tenga conocimiento y coadyuve de modo directo y consciente a su realización”⁷⁸. Para apreciarse esa cooperación en la comisión de un delito, es precisa “la debida relación de causa a efecto, que ligue por modo evidente ambos extremos”⁷⁹; y que tales “actos hayan sido encaminados en el propósito o en la intención a la perpetración del hecho punible”⁸⁰.

3.2. El cómplice

El art. 16 del Código Penal señala dos notas para definir la complicidad: una de carácter negativo, el sujeto no puede considerarse autor; y otra positiva, la complicidad

⁷³ STS 17 de octubre de 1958.

⁷⁴ “La participación dolosa requiere: a) consciencia y voluntad en relación a la acción; b) consciencia y voluntad en referencia al resultado; c) consciencia de participar en la acción de otro. Por el contrario, para la participación culposa bastará: a) voluntad de la propia acción u omisión; y b) la consciencia de cooperar en acción ajena” (Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, p. 881).

⁷⁵ STS 8 de marzo de 1967.

⁷⁶ STS 25 de mayo de 1963.

⁷⁷ STS 15 de abril de 1964.

⁷⁸ STS 6 de febrero de 1942.

⁷⁹ STS 4 de diciembre de 1928.

⁸⁰ STS 17 de enero de 1893.

consiste en actos anteriores o simultáneos a la ejecución del delito. Estas características diferencian a la complicidad de la coautoría por cooperación necesaria y del encubrimiento. Respecto al primer punto, el Tribunal Supremo se refiere en varias sentencias al cómplice como un participante “de segundo grado” o mero auxiliador⁸¹.

Los requisitos para apreciar la complicidad según la doctrina son⁸²:

1) Participación en la realización de un hecho delictivo en el que otro es el autor; es una colaboración en hecho ajeno, como la cooperación necesaria, pero con una contribución que no es causal⁸³.

2) La contribución debe facilitar la realización del hecho delictivo, pero no ser necesario. Es de auxilio y eficaz⁸⁴ (si falta esa eficacia no habrá complicidad). El acto en el que consiste, como en la cooperación necesaria, no puede ser ejecutivo.

También han de ser actos anteriores o simultáneos a la ejecución, con la peculiaridad de que se pueda apreciar complicidad si hay promesas previas al delito de efectuar actos de auxilio con posterioridad a la ejecución de los actos delictivos (complicidad subsecuens)⁸⁵.

La complicidad sólo puede ser dolosa, bastando el dolo eventual; si bien el dolo del cómplice debe ser doble: el conocimiento y voluntad de prestar la propia actividad cooperadora, y el resultado que se propone el autor alcanzar con el hecho delictivo. El Tribunal Supremo no estima la complicidad imprudente (Rodríguez Mourullo opina que no hay obstáculo para la punición de la complicidad culposa pero considera que la jurisprudencia no lo hace por la escasa gravedad de esta figura).

3) Como en la colaboración necesaria, el autor principal debe haber iniciado al menos la ejecución del delito.

La jurisprudencia señala que es elemento esencial para la complicidad “que exista relación entre los actos atribuidos al autor principal y los ejecutados por la persona que se califica de cómplice, y que haya además en los actos de éste intención de ayudar o coadyuvar, física o moralmente a la comisión del delito”⁸⁶. Otro elemento preciso y necesario es que se tenga conocimiento del hecho delictivo; el concurso de la voluntad del cómplice con la voluntad del autor (lo que supone el concierto mediato o inmediato)⁸⁷;

⁸¹ Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, p. 889. “Es un mero auxiliador que conoce el delito que se va a perpetrar y lejos de evitarlo o de permanecer ajeno a su realización, lo facilita con actos anteriores o simultáneos, y sólo cuando esta cooperación es de tal modo necesaria, que, sin ella, el delito no se hubiera producido se desborda la esfera de la complicidad de la que hay que desplazar al cooperador para calificarlo de coautor, comprendido en el núm. 3.º del art. 14 del C.P.” (STS 3 de febrero de 1945).

⁸² Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 201-203.

⁸³ Gómez Benítez matiza por su parte: “Como toda conducta de participación criminal, la complicidad no es causal en sí mismo, sino favorecedora de la causalidad de la conducta del autor... dicho en términos más sencillos, el cómplice favorece eficazmente la realización del hecho por el autor, pero no es causa del mismo” (*Teoría Jurídica*, p. 536).

⁸⁴ Gómez Benítez precisa que “la complicidad implica, también, eficacia para la realización del hecho principal por el autor, pero que esa eficacia no debe llegar al punto de convertir al sujeto en cooperador necesario” (*Ibid.*, p. 534).

⁸⁵ Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, pp. 890-892.

⁸⁶ STS 2 de abril de 1886.

⁸⁷ STS 4 de noviembre de 1892.

pero no basta con ese concierto de voluntad, es preciso que ese actor secundario ejecute algún acto no indispensable que tienda a facilitar el resultado delictivo⁸⁸; esa ayuda o auxilio tiene que realizarse de un modo activo no de un modo pasivo e indirecto⁸⁹. El cómplice toma parte de una manera mediata y por modo indirecto en la ejecución de delito, lo que supone que el autor y el cómplice siempre obran de acuerdo para un mismo fin, aun siendo sus procedimientos de ejecución y colaboración distintos⁹⁰. Esa actividad consiste en un auxilio material en el curso de la acción, “ya aumentando la energía de la voluntad del autor, con excitaciones directas y efectivas que obren sobre eficazmente”⁹¹. La complicidad requiere voluntariedad o intención delictiva, lo que supone el conocimiento de los propósitos delictivos del autor, prestando una colaboración eficaz para que el hecho delictivo se cumpla⁹², lo que supone dolo⁹³. Esa ayuda consciente y eficaz es la esencia de la complicidad⁹⁴, pero esa actividad no es indispensable para la comisión del delito⁹⁵.

En definitiva, el cómplice “no es ni más ni menos, que un auxiliar eficaz y consciente de los planes del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo, anterior o simultáneo, de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima y del que participa, prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en la que todos están interesados”⁹⁶.

3.3. ¿Cooperación necesaria o complicidad?

Establecer la línea de separación entre la cooperación necesaria y la complicidad es una empresa ardua y de muy difícil solución. Esta tarea constituye el principal problema práctico en esta materia (según se califique una actividad de una u otra manera dependerá que se castigue al cooperador como si fuese autor y al cómplice con una pena inferior en grado)⁹⁷. Marcar esos límites ofrece grandes dificultades, como queda reflejado en una jurisprudencia contradictoria⁹⁸; se plantean problemas casi irresolubles en la práctica, para Muñoz Conde es imposible precisar con nitidez cuando la contribución es imprescindible para la realización del hecho, de cuando no lo es⁹⁹.

⁸⁸ STS 13 de julio de 1897.

⁸⁹ STS 12 de diciembre de 1929. “La complicidad es una forma de participación activa que supone dar facilidades, prestar ayuda, o dispensar auxilio, con anterioridad o simultáneamente, para la producción del fenómeno penal, por medio de actos no necesarios sin los cuales el delito pudo cometerse” (STS 11 de junio de 1947).

⁹⁰ STS 7 de junio de 1886.

⁹¹ STS 7 de julio de 1942.

⁹² STS 5 de noviembre de 1958 y 3 de mayo de 1966.

⁹³ STS 13 de diciembre de 1962. “La cualidad de cómplice, en la imputabilidad penal, concurre en aquellos que, sin estar unidos por el previo o momentáneo acuerdo o convenio de sus voluntades para su ejecución, realizan con intención dolosa, actos anteriores o simultáneos indirectamente encaminados a su perpetración, de modo que la facilita o auxilia, aunque sin ellos pudiera cometerse” (STS 17 de marzo de 1950).

⁹⁴ STS 10 de mayo de 1968.

⁹⁵ STS 24 de abril de 1968.

⁹⁶ STS 25 de junio de 1946.

⁹⁷ Antón Oneca, *Derecho Penal*, p. 474; Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho Penal*, p. 636; Mir Puig, *Derecho Penal*, p. 348.

⁹⁸ Rodríguez Devesa, Serrano Gómez, *Derecho Penal español*, p. 816.

⁹⁹ Muñoz Conde, F., *Teoría General del Delito*, Bogotá, Temis, 1984, p. 209. Gómez Benítez califica la diferencia entre cooperador necesario y cómplice de difusa (*Teoría Jurídica del Delito*, p. 537).

Los primeros criterios para distinguir si un acto es necesario o no son los de la abstracción y la concreción. Por el primero, ninguno de los partícipes podrá ser considerado cooperador necesario; los actos que esa persona hubiese realizado, podrían haber sido ejecutados por cualquier otra persona (la receta de un médico para conseguir el veneno, la podía haber extendido otro médico). Nadie sería cooperador necesario, todos serían cómplices. El criterio absolutamente concreto establece que nadie puede ser sustituido por otro porque cualquier cambio hace que los hechos no hubiesen ocurrido exactamente cómo sucedieron; en conclusión, todos serían cooperadores necesarios. Es preciso quedar circunscritos a los participantes que cometieron el delito, y preguntarse si sus conductas son intercambiables o no¹⁰⁰. Antón Oneca aclara que el Tribunal Supremo se ha decidido por el caso concreto (él cree que puede estimarse el hecho en el caso concreto o de un modo genérico que se corresponderían con la concreción y la abstracción). Ante las dificultades para encontrar una solución, aboga como la única posible tomar el punto de vista del caso concreto, pero referir la necesidad al resultado y no a las modalidades de la acción. Con todo, las dificultades son prácticamente insuperables, pudiendo apreciar cómo la jurisprudencia ha valorado unos mismos actos del cooperador como autoría o complicidad atendiendo a diversos criterios; idénticas conductas, como proporcionar un arma o vigilar cuando se está perpetrando un delito, tienen distintas consideraciones; nuestra jurisprudencia, siguiendo la letra del Código, ha juzgado la cuestión normalmente en el terreno objetivo, si bien las contracciones apuntadas se explican por haber dado entrada de modo subrepticio al criterio o elemento subjetivo¹⁰¹.

Para intentar solventar el problema se han buscado diversas soluciones. Una de ellas es la idea de dominio de hecho, que consiste básicamente en la potestad que tiene el autor de realizar o no el delito según las circunstancias del caso. Según la doctrina partidaria de esta teoría existen tres formas de manifestar el dominio del hecho: el “dominio de la acción”, que se refiere a la realización directa del tipo doloso (autor directo); el “dominio de la voluntad”, que corresponde a la autoría mediata y se manifiesta en la instrumentalización del otro; y el “dominio funcional del hecho”, corresponde a la coautoría, y alude al concurso de varios en la realización del hecho¹⁰². Aplicando esta última forma, según Gómez Benítez, puede diferenciarse al cooperador necesario, en su opinión cooperador del hecho principal, pues entiende que esta aportación no es sólo importante sino necesaria para la realización del delito, lo que le confiere el dominio funcional del hecho; sin embargo, el cómplice no domina el hecho, que pertenece al autor o coautores¹⁰³. Esta doctrina la recogió el Supremo en sus sentencias de 1 de julio de 1963, 4 de marzo de 1965, 5 de junio de 1965 y 3 de junio de 1968. Esta jurisprudencia fue criticada por Gimbernat¹⁰⁴ y Rodríguez Mourullo:

“Sorprende ya, en primer lugar, que se traiga a colación la doctrina del dominio del acto elaborada precisamente para caracterizar a la autoría mediata y a la coautoría, que son realización del hecho propio, a fin de explicar una hipótesis de cooperación

¹⁰⁰ Rodríguez Devesa, Serrano Gómez, *Derecho Penal español*, p. 817.

¹⁰¹ Antón Oneca, *Derecho Penal*, pp. 474-476. En las páginas 475 y 476 recoge un amplio repertorio de sentencias en las que se puede comprobar como unos mismos actos en unos casos son calificados como cooperación necesaria y en otros como complicidad. A ellas nos remitimos.

¹⁰² Gómez Benítez, “El dominio de hecho en la autoría (validez y límites)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 31 (1984), p. 109.

¹⁰³ Gómez Benítez, *Teoría Jurídica del Delito*, p. 539.

¹⁰⁴ Gimbernat Ordeit, *Autor y cómplice*, pp. 135 ss.

en hecho ajeno, como es sin duda, según se desprende del inequívoco texto legal y reconoce el Tribunal Supremo (sentencia de 17 de noviembre de 1958), el supuesto contemplado en el número 3 del artículo 14. El dominio del hecho es, según los patrocinadores de tal doctrina, lo que convierte al hecho en propio, fundamentando la calificación de autor en cualquiera de sus formas (autoría inmediata, mediata y coautoría) y constituye, por ello mismo, un grave contrasentido aplicar tal criterio para caracterizar al partícipe en hecho ajeno”¹⁰⁵.

Gimbernat, por su parte, parte de tres principios para intentar solventar el problema: 1) prescindir de qué habría sucedido sin la actividad del sujeto (este examen coloca al juez ante tareas sin solución la mayoría de las veces); 2) se hace referencia en el art. 14. 1º a una actividad de especial importancia para el resultado, y la jurisprudencia se muestra contradictoria para calificar esas conductas “importantes”, siendo necesario establecer criterios para determinar cuándo una actividad es importante para el resultado del delito y cuándo no; 3) el lenguaje corriente coincide con el de la ley: en la conversación diaria también señalamos qué actividades o cosas son relevantes para haber podido o no hacer una cosa.

Por ello considera que para comprender el sentido de cooperación necesaria es preciso analizar con más atención el tercer principio, llegando a la conclusión:

“Ni la concepción abstracta ni la concreta del art. 14 núm. 3 son compatibles con una interpretación que tenga en cuenta la voluntad objetiva de la ley. No queda otra solución, pues, si es –como es– que el texto legal ha de servir de base para solventar el problema, que acudir al sentido de la imprescindibilidad de una condición del resultado en el lenguaje corriente. Y en éste hemos visto que se habla de aportaciones necesarias para un resultado teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios. Es ahí, por consiguiente, por donde ha de seguir nuestra investigación.

En muchos casos, no habrá dificultades para decidir si la actividad o el objeto han sido imprescindibles o no. El cuchillo, suministrado para cometer un homicidio, no es un bien escaso porque se puede adquirir en cualquier caso por una cantidad moderada de dinero. En cambio, hay que considerar un bien escaso –y la conducta del que lo proporciona, por ello, de cooperación necesaria– una complicada maquinaria para falsificar billetes de banco”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, p. 877.

¹⁰⁶ Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, pp. 152-154.

La “teoría de los bienes escasos” ha recibido diversas críticas, destacando las de Rodríguez Mourullo¹⁰⁷ y Cobo del Rosal y Vives Antón¹⁰⁸, quienes a su vez proponen que: “la distinción ha de efectuarse dotando de contenido a la fórmula legal, lo que puede lograrse si, prescindiendo de puntos de vista o demasiado abstractos o demasiado concretos, se parte de las posibilidades reales del autor en el momento del hecho y se inquiriere, no si el autor hubiera podido efectuarlo, aun de otro modo, sin la colaboración del partícipe, sino, como exige el texto de la Ley, si lo hubiera efectuado. Se trata de un juicio sobre el proceso motivacional del autor o no, como a veces se interpreta, sobre sus posibilidades objetivas”¹⁰⁹.

Rodríguez Devesa también mantiene una postura abstracto-concreta:

“La distinción entre los actos necesarios y no necesarios se ha de basar en el grado de eficacia de los actos realizados con referencia al resultado concreto, tal y como ha sido producido por el autor. Para determinarla es preciso recurrir a un criterio intermedio entre el abstracto y el concreto. La actividad desplegada por un cooperador en el delito será necesaria (<<imprescindible>>) cuando ninguno de los que en él interviene hubiera podido sustituirle. Si el acto realizado hubiera podido verificarse por cualquiera de los demás que intervienen, su cooperación habría de clasificarse en la categoría de simple complicidad”¹¹⁰.

Rodríguez Mourullo considera que se impone el criterio que atiende al hecho concreto (apunta las sentencias de 20 de diciembre de 1960, 28 de junio de 1963, 1 de julio de 1963 y 25 de marzo de 1965, destacando la de 4 de marzo de 1965 ya que afirma que “la necesidad ha de apreciarse conjuntamente en lo abstracto y en atención a las realidades fácticas concretas”), y para conocer si el auxilio fue necesario para realizar el

¹⁰⁷ “Es, sin duda, original, pero está a nuestro juicio elaborada al margen de la ley, como se deduce ya de ese ‘primer principio’ ... la construcción de Gimbernat no está exenta de artificiosidad, que da lugar a que los conceptos de abundancia y de escasez –de los que toma su designación la teoría– resulten arbitrarios. Es cierto...que ambos conceptos no tienen por qué ser entendidos necesariamente en sentido económico, pero en todo caso lo que no se puede hacer es atribuir a los términos abundancia y escasez un contenido significativo que no toleran. Hay en la teoría de Gimbernat un evidente quebranto del lenguaje...que obliga a un análisis depurativo a fin de evitar equívocos... la escasez se determina, según Gimbernat, mediante el empleo consecutivo de dos criterios contradictorios –general e individual– que, como es lógico, puede conducir a conclusiones diametralmente opuestas...el concepto de escasez con que opera Gimbernat resulta arbitrario. Al final, de la propia exposición de Gimbernat se deduce que, por encima del carácter abundante o escaso del bien –lo que depende naturalmente de la cantidad objetivamente existente de bienes, y no de su posesión por el sujeto individual–, lo decisivo, a efectos del n.º 3 del artículo 14 es la necesidad concreta del autor principal del hecho” (Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, p. 874).

¹⁰⁸ “Gimbernat pretende efectuar la delimitación acudiendo a la “teoría de los bienes escasos”, según la cual “cooperador necesario es aquél que contribuye al hecho con una cosa o una actividad difíciles de conseguir, escasas”. El criterio de Gimbernat, tal vez materialmente adecuado, se adapta mal a las exigencias legales y presenta, como el contenido en el número 3º del artículo 14, un grado considerable de indeterminación” (Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho Penal*, p. 637).

¹⁰⁹ Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho Penal*, pp. 637-638.

¹¹⁰ Rodríguez Devesa, Serrano Gómez, *Derecho Penal español*, p. 817. Para Rodríguez Mourullo “esta fórmula el riesgo de resultar insuficiente por referir el criterio de la sustitución únicamente a las personas que han intervenido en el delito. Puede suceder, en efecto, que el ejecutor no estuviese en condiciones de suplir personalmente la aportación prestada por el cooperador, pero sí de sustituir con facilidad tal aportación por la de otras personas que no llegaron a intervenir en el hecho, sin necesidad de renunciar a su plan delictivo ni demorarlo. En estos casos la actividad efectivamente prestada por el cooperador no puede calificarse, a nuestro juicio, de necesaria, pese a que el ejecutor no hubiera podido suplirla por sí mismo” (*Comentarios*, p. 875 nota 12).

hecho concreto en las particulares circunstancias históricas en las que se encontraba el autor, habrá que valorar si el hecho se hubiese efectuado también sin la cooperación prestada. Así “la aplicación del número 3 del artículo 14 implica inevitablemente la formulación de un juicio hipotético y resulta vano cualquier intento de evitarlo. La tarea de la interpretación radica aquí en señalar la naturaleza, el objeto y los límites de tal juicio”; se trata de un “juicio hipotético a posteriori que versa sobre las posibilidades del autor principal de un momento histórico concreto”. Por eso aclara que ese juicio hipotético que se formula a posteriori no puede ser sin límites temporales ni espaciales, por el contrario, debe estar limitado al espacio, al mundo, del autor en un momento concreto, “el juicio recae sobre las posibilidades reales que el autor tuvo en una concreta coyuntura histórica, y no sobre las inexcusables posibilidades que el futuro hubiera podido depararle”. Un problema que se plantea es si con el pretexto de atender al caso concreto, se abre paso al arbitrio judicial que no ley no concede. Atender al caso concreto no quiere decir que los Tribunales estén facultados para aplicar el criterio que estimen más oportuno en cada caso. “Es inadmisibles, por ello, que el Tribunal Supremo varíe de una ocasión a otra el contenido del juicio hipotético conforme al cual se averigua el carácter necesario o no de la cooperación”, esta situación es contraria a la Ley, “el contenido del número 3 del artículo 14 prueba que el Código no quiso abandonar al arbitrio judicial la calificación de cooperación necesaria o complicidad, desde el momento en que la frontera entre ambas formas de auxilio se traza en la propia ley mediante un criterio único de obligada observancia, por muchas que sean las dificultades que la interpretación del mismo entrañe”¹¹¹.

Como ejemplo de la disparidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Gimbernat clasificó las sentencias del Tribunal Supremo en los años previos a 1979¹¹²: tesis mayoritaria u objetiva del Tribunal Supremo (sentencias como las de 6 de febrero de 1942, 18 de junio de 1955, 28 de junio de 1963, 25 de marzo de 1965, 1 de abril de 1965, 17 de noviembre de 1975 y 22 de diciembre de 1976); interpretación abstracto-concreta de Rodríguez Devesa (sentencia de 23 de marzo de 1971); basada en la “teoría de los bienes escasos” de Gimbernat (sentencias de 29 de diciembre de 1969, 21 de enero de 1970, 29 de octubre de 1970, 20 de diciembre de 1971, 1 de marzo de 1972, 19 de mayo de 1975, 18 de noviembre de 1977); en la doctrina del “dominio de hecho” también hay varias sentencias (1 de julio de 1963, 4 de marzo de 1965, 5 de junio de 1965, 3 de junio de 1968, 11 de diciembre de 1970, 1 de marzo de 1972, 25 de enero de 1977). Como se puede observar hay una gran variedad de posiciones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la hora de establecer el criterio para diferenciar la cooperación necesaria de la complicidad.

4. El encubrimiento

Este hecho delictivo consiste básicamente en la intervención de una persona con posterioridad a la ejecución del delito, del que tiene conocimiento, con la finalidad de auxiliar a los delincuentes o para aprovecharse de los efectos de ese hecho delictivo. No es propiamente una forma de participación¹¹³. Ya Silvela planteó el problema de que el

¹¹¹ Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, pp. 872-879.

¹¹² Gimbernat Ordeig, *Introducción*, pp. 144-145.

¹¹³ Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 203; Cobo del Rosal y Vives Antón afirman que no es en puridad participación, pues tiene lugar cuando el delito ha terminado y no hay ocasión de participar en él (*Derecho Penal*, p. 639).

encubridor “no puede –aunque otra cosa diga el Código- intervenir en el hecho criminal, porque su misión empieza a cumplirse luego que el delito se termina, y es literalmente imposible intervenir o tomar parte en lo que ya está realizado”¹¹⁴. Está claro que tiene lugar cuando el delito ya se ha consumado; el encubridor auxilia a su agotamiento o terminación. Esta concepción tiene como consecuencia si se debe regular el encubrimiento cómo un delito autónomo o no¹¹⁵. Otro aspecto que debemos tener en cuenta es que la doctrina distingue distintas clases de encubrimiento, destacando tres: la receptación, el encubridor busca el aprovechamiento propio del delito ajeno (adquisición a bajo precio de objetos robados para su posterior venta, etc.); el favorecimiento, ocultar los instrumentos, el cuerpo del delito o a los propios culpables (este tipo de encubrimiento puede ser personal o real, el primer tipo se da cuando se ayuda a los culpables para huir de la justicia, el segundo cuando se oculta o destruyen instrumentos, rastros del delito con la finalidad de conseguir la impunidad de los culpables); el complemento, consiste en ayudar a los culpables para que consigan las ventajas que se proponían con su delito (el caso de quien busca desinteresadamente el comprador para las joyas robadas por los ladrones, etc.)¹¹⁶. Hasta el 9 de mayo de 1950¹¹⁷ estos tipos de encubrimiento estaban regulados en el art. 17 del CP. Ese día entró en vigor la norma por la que la receptación se convirtió en un delito autónomo, regulado en el art. 546 bis a) a f); el resto de tipos siguió regulado en el art. 17¹¹⁸. Así encontramos la doble consideración del encubrimiento

¹¹⁴ Rodríguez Devesa, Serrano Gómez, *Derecho Penal español*, p. 827.

¹¹⁵ Ante esta problemática es interesante también destacar la postura de Gómez Benítez (“La peculiaridad de la naturaleza jurídica del encubrimiento es que, a pesar de no ser una forma de participación criminal, tampoco es una conducta plenamente autónoma de autoría, como lo demuestra la dependencia de la pena del delito cometido por el autor”. *Teoría Jurídica del Delito*, p. 542), y de Mir Puig (“En mi opinión, importa distinguir dos cuestiones diferentes. Una cosa es que el encubrimiento sea o no una forma de participación y otra, distinta, que tenga o no carácter de delito autónomo”, para terminar calificando al encubrimiento, no como delito autónomo, sino como accesorio del hecho encubierto, *Derecho Penal*, pp. 353-54).

¹¹⁶ Conde Pumpido, C., *El encubrimiento y la receptación (Ley de 9 de mayo de 1950)*. Ed. Bosch. Barcelona, 1955. También la recoge Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 203-204. Por su parte, Antón Oneca apunta que se acostumbra distinguir dos especies de encubrimiento: receptación (la primera edición de su trabajo es anterior a la reforma de 1950, por lo que merecen esta calificación, de acuerdo con el art. 17.1., los que se aprovechan para si o auxilian al delincuente para aprovecharse del delito o falta; entre la actividad del autor y la del receptor hay continuidad, el receptor continúa los efectos del delito y contribuye para que el delito consumado se convierta en delito agotado, insistiendo en la lesión del bien jurídico ejercida por el ejecutor, lo que justifica hasta cierto punto que los receptadores sean considerados como participantes); el favorecimiento, actividad que busca el fracaso de la Justicia como perseguidora del delincuente, que puede ser real o personal, en este caso es una acción, no una omisión (*Derecho Penal*, pp. 479-481).

¹¹⁷ El Supremo valoró la necesidad y la aportación de esa reforma en esta sentencia de 12 de febrero de 1957: “La Ley de 9 de mayo de 1950 (Rep. Leg. 584 y Dic 16903), creando la figura delictiva del encubrimiento autónomo, determinante de la incorporación al C.P. del art. 546 bis, en sus distintos apartados, no derogó lo dispuesto en la forma de delincuencia tradicional que en él se reconoce, sino que, tomando base de la realidad, harto comprobada, de que al amparo de esta responsabilidad reducida, se ejercía un tráfico altamente inmoral, instigador o, cuando menos, mantenedor de los ataques directos contra la propiedad, quiso desglosar del concepto genérico que la intervención posterior en tales actos delictivos venía integrando el encubrimiento, la forma del aprovechamiento en sí, por el encubridor de los efectos del delito, dándole una caracterización de delito específico, con la consiguiente elevación de penalidad, y, por ello, cuando tal circunstancia no se da y no aparece acreditado que la intervención aludida tenga como finalidad la de aprovecharse de dichos efectos sino que se trata de un mero auxilio al autor del delito, no cabe entonces prescindir del dictado preciso del art. 17”.

¹¹⁸ Para el Tribunal Supremo, en una sentencia de 5 de diciembre de 1956, no existe “incompatibilidad entre la apreciación de la responsabilidad del encubridor y la del receptor, pues ambas tienen vida propia independiente, por derivarse de actividades completamente distintas, toda vez que la receptación surge del aprovechamiento de efectos sustraídos con previo conocimiento de su ilícita

como delito autónomo o como participación en el delito¹¹⁹. Ante esta situación Rodríguez Mourullo apunta esta crítica:

“De esta suerte subsiste en nuestro Derecho positivo el recusable encubrimiento-participación. Recusable no sólo desde el punto de vista lingüístico, ya que constituye una *contradictio in terminis* hablar de una participación post-delictiva, en el delito, sino también –como señala Antón- por una evidente razón de fondo: la consideración del encubrimiento como participación en el delito ejecutado por el otro. Por lo demás, el acierto no acompañó al legislador español, ni siquiera a la hora de buscar el criterio al cual se iba a operar el fraccionamiento. En efecto, se reservó la categoría de forma de participación precisamente para aquellos comportamientos respecto a los que la mayoría de legislaciones y comentaristas coinciden en que deben ser tipificadas como delitos autónomos (favorecimiento real y personal). Mientras, por otra parte, se configuró como delito especial la aceptación, siendo así que resulta más hacedero defender su naturaleza de acto de participación en base a la identidad sustancial de los bienes lesionados tanto por el autor principal como por el receptor”¹²⁰.

El art. 17 regula que “son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices intervienen con posterioridad a su ejecución” y señala tres modos que corresponden a dos formas de favorecimiento: el real, auxilio en relación a las cosas (núm. 1º y 2º), y el personal, auxilio a los culpables (núm. 3º señalando además deben concurrir alguna de estas dos circunstancias: abuso de funciones públicas; el delincuente debe ser reo de graves delitos que se enumeran en el artículo¹²¹.

La jurisprudencia dejó claro que esta actividad no correspondía a un delito autónomo en una sentencia de 21 de septiembre de 1935, al tiempo que señalaba que era indiferente el valor de los objetos ocultados (“quien auxilió a una de las autoras para el aprovechamiento de parte de los efectos del delito responde como encubridora definidas en los núms. 1.º y 2.º no constituyen un delito aparte contra la propiedad sino una participación de la responsabilidad por el delito principal, cuyo descubrimiento y persecución se dificulta por los actos encubridores, por lo que es indiferente el valor de los objetos ocultados ya que es el de lo sustraído la base terminante para la calificación de la infracción”).

4.1. Características del encubrimiento atendiendo a la jurisprudencia

procedencia, y la de encubrimiento de hechos realizados para ayudar al autor del delito a ocultar el cadáver de la persona de la víctima del mismo, por lo que el Tribunal sentenciador apreció correctamente por separado la mencionada responsabilidad”.

¹¹⁹ El interés jurídico lesionado es distinto en cada una de las formas de encubrimiento: en el caso del denominado “favorecimiento” es una infracción contra la Administración de Justicia (así lo recoge esta sentencia de 27 de febrero de 1968: “suponiendo el encubrimiento, la acción encaminada a ocultar un delito ayudando a su autor a eludir la investigación de la justicia favoreciendo su impunidad, haciendo desaparecer alguna de las cualidades relevantes para la existencia de la prueba del mismo...”); en la “receptación”, el interés perjudicado es de igual naturaleza que en el delito principal (Antón Oneca, *Derecho Penal*, pp. 282-283).

¹²⁰ Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, pp. 899-900.

¹²¹ Traición, homicidio del Jefe del Estado o su sucesor, parricidio, asesinato, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos y estragos.

El Supremo estableció cuatro requisitos para calificar el encubrimiento como forma de participación:

“El encubrimiento como forma, modo o grado de participación en el acto punible, y no como delito propio y específico, exige la concurrencia de cuatro requisitos “sine que non”. 1.º Tener, después de cometido el delito, noticia o conocimiento de que se ha perpetrado; 2.º No haber tenido participación alguna en él, en tanto se resolvía, preparaba o cometía, ni como autor ni como cómplice; 3.º Intervenir con posterioridad a su ejecución, 4.º Que esta intervención sea en los modos que taxativamente establece la ley”¹²².

Con todo, en los años siguientes fue haciendo hincapié en algunos de esos requisitos, si bien en una sentencia del siglo XIX destacaba la importancia del conocimiento previo del hecho punible por el encubridor, pues su ausencia significaría la falta de malicia o dolo para encubrir¹²³; ahora bien, ese conocimiento posterior del hecho punible puede ser impreciso en cuanto al momento en que tuvo lugar, tiempo y forma, siendo la intervención del encubridor posterior al delito, y activa su ayuda al delincuente en alguno de los modos previstos en la ley¹²⁴. Destacó que lo que caracteriza la actividad del encubridor es el auxilio que presta al delincuente, pero con una actividad posterior a la consumación del delito¹²⁵, así como la procedencia ilegítima de las cosas recibidas con las que lleva a cabo el encubrimiento¹²⁶.

4.2. La responsabilidad

El encubridor tiene idéntica responsabilidad que el autor, eso sí, teniendo en cuenta el distinto grado de participación y penalidad, de modo que si el autor lo es de dos delitos, el encubridor ha de seguir la misma suerte (le son aplicables los mismo

¹²² STS 14 de octubre de 1943. Similar y en algunos aspectos más concreta (como la referencia al art. 17 del CP) es esta otra de 11 de junio de 1952, posterior por tanto a la reforma de 9 de mayo de 1950: “El encubrimiento en el sentido que aquí interesa y no como delito autónomo...constituye una forma de participar a posterior en el acto punible que se asienta sobre cuatro pilares imprescindibles que son: tener conocimiento del hecho punible, naturalmente después de cometido; no haber participado en el mismo como autor o cómplice; intervención ulterior a la producción del fenómeno criminoso y que esta intervención se acomode a alguno de los modos que expresamente establece el art. 17 del ordenamiento jurídico, conforme a su actual redacción por la citada Ley de 9 de mayo de 1950”.

¹²³ “El concepto jurídico de encubrimiento bajo cualquiera de sus tres modalidades o formas de manifestarse, requiere como elemento primario según el art. 17 del C.P., el conocimiento previo del encubridor de haberse cometido el hecho punible, sin cuyo requisito común a las tres prevenciones del precepto, faltaría la malicia o voluntariedad de encubrir, que es nota típica de la delincuencia respecto de todos sus partícipes” (STS 26 de noviembre de 1889).

¹²⁴ STS 30 de abril de 1968. Una sentencia anterior (27 de marzo de 1965) afirmó que el encubrimiento es una forma de participación activa.

¹²⁵ “Lo esencial y muy principalmente caracteriza la responsabilidad del encubridor es el auxilio que presta al delincuente, para que se aproveche de los efectos del delito, conociendo la ilícita procedencia de los mismos, y es indiferente a la estimación de dicha responsabilidad, que lo haga de todos o parte de ellos y el mayor o menor valor de los mismos por el que lo efectúe” (STS 4 de mayo de 1946). “El concepto de encubridor excluye radicalmente toda intervención en el caso punible antes de terminar de consumarse y comprende sólo los actos posteriores de su comisión, en sus diversas modalidades, que han de ser necesariamente alguna de las especificadas en el art. 17 del C.P.” (STS 25 de abril de 1947).

¹²⁶ “El elemento característico del encubrimiento es que el reo conozca la ilegítima procedencia de las cosas recibidas por él, porque es el conocimiento de la ilicitud de origen de estas cosas, y no el destino, el elemento que ha de configurar la responsabilidad del encubridor” (STS 7 de noviembre de 1955).

razonamientos)¹²⁷; también la agravación que puedan tener los autores le afecta al encubridor, “por cuanto su intervención posterior con conocimiento de los hechos probados les atrae a la responsabilidad jurídicamente cualificada del delito que se persiguió y penó”¹²⁸. Responde por el valor total de las cosas sustraídas¹²⁹. Si no hubo propósito de encubrir, carece del alcance y malicia que requiere este delito¹³⁰.

4.3. Diferencias con la receptación

Son varias las sentencias del Tribunal Supremo que se han ocupado de esta distinción¹³¹; entre ellas, destacamos la de 14 de diciembre de 1981:

“La distinción o entre el encubrimiento como forma de participación en el delito ajeno del art. 17 del CP, y el delito autónomo de receptación del art. 546 bis a), ha sido puesta de relieve por este Tribunal, quien ha situado la nota diferenciadora que por otra parte surge de los propios preceptos legales, en el hecho o naturaleza del aprovechamiento, en cuanto que el comportamiento del encubridor ha de reputarse enmarcable en el supuesto que contempla el mentado art. 17, cuando haya consistido al mero auxilio para que los delincuentes se aprovechen de los efectos del delito o falta, aún cuando hubiese sido retribuido, dado que el encubrimiento puede ser gratuito o retribuido sin que por ello pase a constituir el delito autónomo de receptación que solamente surge cuando el encubridor se aproveche para sí de los efectos provenientes del primitivo delito contra la propiedad”.

Como ejemplos de encubrimientos en los que hay algún tipo de contraprestación económica y no son considerados como casos de receptación, podemos señalar: el caso de un recurrente que recibió el pago de una antigua deuda, pero no de los efectos sustraídos sino del cambio económico producido al entregar, unos terceros, dinero por los bienes robados que adquirieron (sentencia de 21 de octubre de 1951); una persona pone el contacto al autor de un delito contra bienes ajenos pero sin inducirle para que los adquiera; solamente los pone en comunicación, no interviene en el acuerdo ni es elemento necesario, pues su acción auxiliar es anterior a la compra ilegal; por esta actividad, recibe 700 pesetas por lo que es partícipe del primer delito, pero no de la receptación, siendo considerado encubridor genérico (sentencia de 18 de noviembre de 1982).

Una sentencia destacable es la de 5 de febrero de 1971, como se puede apreciar, es muy extensa, con un marcado carácter doctrinal y el detalle con que se analiza esta forma de participación en el delito:

“Como forma inferior de participación criminal, que en dimensión tripartita establece el art. 12 del C.P., el encubrimiento, delimitado en su art. 17, supone una actuación subsidiaria, material y accesorio al delito perpetrado, por concurso subsiguiente, ya que el encubridor no ha tenido que participar en él, concibiéndolo, planeándolo o realizándolo, como autor o como cómplice, sino que hallándose al margen de todo vínculo o nexo causal personal con la infracción penal, manifiesta su reprochable quehacer “subsequens”, interviniendo con posterioridad a su

¹²⁷ STS 30 de enero de 1951.

¹²⁸ STS 8 de octubre de 1952.

¹²⁹ STS 5 de mayo de 1953.

¹³⁰ STS 11 de julio de 1889.

¹³¹ STS 5 de diciembre de 1956, 12 de febrero de 1957, 18 de diciembre de 1963, 11 de marzo de

ejecución, pero con la concurrencia de doble condición: A) Espiritual o cognoscitiva, una, porque sepa que se ha cometido por el agente el hecho punible, precedente. B) Material, otra, por su actividad perfeccionadora de complemento, u ocultadora de favorecimiento real o personal, que se efectúe de acuerdo con lo dispuesto en tal art. 17, según se determina en alguno de sus apartados: primero, de auxilio al provecho ajeno del delincuente; segundo, impidiendo el descubrimiento del delito; o tercero, favoreciendo personalmente al culpable, en su ocultación o fuga, interviniendo abuso de funciones públicas, o gravedad objetiva, por tratarse de alguno de los delitos principales, que en él se mencionan. El factor subjetivo de culpabilidad, que supone la condición positiva, espiritual o cognoscitiva, de saber el encubridor que previamente se ha cometido la infracción criminal que complementa o favorece, con conciencia evidente del carácter delictivo de su quehacer ilícito y de la empresa criminal a la que coadyuva accesoriamente, ha de ser de tal entidad, como para exigir en el agente, un estado anímico de certeza, que de un lado rebase las meras sospechas o presunciones de que algo anormal o anómalo ha ocurrido y de otro puede suponer, menos que un conocimiento exhaustivo, minucioso, detallado o preciso del delito principal en todas sus circunstancias de lugar, tiempo y modo, o de realizar una exacta calificación jurídica o individualizadora del acto primario, porque dicho estado anímico de certeza, resulta apreciable en la realidad práctica, cuando se conoce que se ha cometido un delito y que se favorece al delincuente, sin más, ya que es suficiente doctrinal y legalmente, el conocimiento incompleto o parcial, pues el de superior entidad no puede exigirle a quien no participó en la ejecución desconociendo directamente sus detalles y de los que habrá sido informado insuficientemente, pues adoptando una interpretación estricta de este ideal presupuesto, se llegaría a dejar sin virtual contenido punitivo dicha forma de participación. El elemento objetivo o material del “auxilium post delictum” en los supuestos de actividades perfeccionadora de complemento del número 1.º del art. 17, y ocultadoras por favorecimiento real del número 2.º, que entorpezcan la acción de la justicia, suponen, en el primer caso, la realización de un acto de cualquier índole, sobre los efectos del delito principal, que directa o indirectamente coadyuve al lucro o provecho del delincuente haciendo suyas las ventajas económicas que representen o al menos sometiéndolos a su posesión entre las que se encuentran los actos de enajenar incorporar, aprovechar y trasladar para tal fin, y en el segundo significan evitar el conocimiento por terceros del cuerpo, efectos o instrumentos del delito, escondiéndolos o no revelándolos, cambiándolos materialmente de lugar, o haciéndolos físicamente desaparecer, pero siempre con ánimo de impedir su descubrimiento por la justicia, consiguiendo o tratando de lograr la impunidad; debiéndose de estimar que como tales efectos del delito, se han de comprender, como entiende la mejor doctrina científica, las cosas u objetos corporales que tengan un valor o utilidad patrimonial, mediata, o inmediatamente, por representar un derecho –títulos valores- y que sean de origen delictivo, por lo que definitiva son efectos del delito las cosas tangibles, susceptibles de utilidad económica, que adquiere el agente como producto de su infracción criminal”.

4.4. Exención de las penas a los encubridores que son parientes de los delincuentes

El art. 18 del CP establecía que estaban exentos de las penas de los encubridores el cónyuge del delincuente, así como sus ascendientes, descendientes, hermanos (legítimos, naturales o adoptivos), afines a esos grados, con la excepción de quienes

estuviesen comprendidos en el art. 17. 1^o¹³². Esta medida estaba justificada por la doctrina desde el Código de 1848, por entender que defendía la unidad familiar, como ya expuso Pacheco en sus Comentarios.

Varias sentencias han aclarado y limitado esta exención. La mujer casada no disfrutaría de ella si voluntaria y deliberadamente hubiera utilizado para sí y no en cumplimiento de sus obligaciones de casada los artículos del robo, o si hubiese cooperado con actos de especial auxilio para que su marido aprovecharse los objetos del delito¹³³. Esto queda más claro en otra sentencia de 3 de octubre de 1959 cuando la mujer de uno de los delincuentes les auxilió “para que se aprovecharan de los efectos del delito, vendiendo y pignorando las joyas que los últimos habían sustraído”. Un padre tampoco se benefició de esta exención porque no sólo encubrió a su hijo, su favorecimiento se extendió a un extraño que participó con su hijo en la ejecución de hecho delictivo¹³⁴. También la jurisprudencia dejó claro que este beneficio afectaba a los familiares enumerados en el Código, y no cabía la extensión a los dependientes, pese a la fidelidad debida a sus patronos o jefes¹³⁵.

5. Conclusiones

El Supremo se ha ocupado en multitud de ocasiones de la autoría y otras formas de participación en el delito. Pero esta actividad ha seguido distintos criterios a lo largo del tiempo dando origen a distintas doctrinas que han llevado a juristas de la talla de Gimbernat y Díaz y García Conlledo a establecer una periodización de la actividad del Tribunal Supremo, en especial con las sentencias relacionadas con el art. 14.1. del CP.

También han sido muy variadas las soluciones que ha aportado el Supremo a la hora de establecer un criterio diferenciador entre la cooperación necesaria y la complicidad.

La Jurisprudencia estuvo abierta a aceptar formas de autoría que no estaban recogidas en el CP, como la autoría mediata, y trató de diferenciarla de otras formas de participación como la inducción.

Se ha ocupado igualmente del encubrimiento, destacando su actividad para fijar sus características (y su diferenciación con la receptación); asimismo se ha ocupado de aclarar quiénes pueden y cómo beneficiarse de la exención de las penas cuando esa actividad la desarrollan los familiares de los delincuentes.

Apéndice bibliográfico

Antón Oneca, J., *Derecho Penal*, 2ª edición anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Madrid, Akal, 1986.

Cerezo Mir, J.:

- *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Editorial Tecnos, 1982.

¹³² Este punto mereció la atención de Juan Cobo del Rosal (*Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Aguilar, Madrid, 1961, pp. 52-58).

¹³³ STS 22 de abril de 1910.

¹³⁴ STS 28 de enero de 1959.

¹³⁵ STS 23 de mayo de 1966.

- “Autoría y participación en el Código Penal vigente y el futuro Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 32 (1979), pp. 567-582.
Cobo del Rosal, J., *Comentarios a la doctrina Penal del Tribunal Supremo*, Madrid, Aguilar, 1961.
Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho Penal Parte General (edición completa, adaptada a la reforma de 25 de junio de 1983)*, Valencia, Universidad de Valencia, 1984.
Conde Pumpido, C., *El Encubrimiento y la receptación (Ley de 9 de mayo de 1950)*, Barcelona, Ed. Bosch, 1955.
Córdoba Roda, J., y Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código Penal I (Artículos 1-22)*, Barcelona, Editorial Ariel, 1972.
Díaz y García Conlledo, M., *La Autoría en el Derecho Penal*, Barcelona, PPU (Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.), 1991.
Diccionario de Jurisprudencia Penal. Cien años de Jurisprudencia Criminal del Tribunal Supremo, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1972.
Diccionario Jurisprudencia Penal 120 años de Jurisprudencia Penal, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1993.
Gimbernat Ordeg, E.:
 - *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho Sección de Publicaciones e intercambio, 1966.
 - “Crítica a la doctrina de la jurisprudencia del “acuerdo previo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 19 (1963), pp. 13-38.
 - *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Madrid, Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1979.Gómez Benítez, J. M., *Teoría Jurídica del Delito Derecho Penal Parte General*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1984.
Gómez Pavón, P., *El Encubrimiento. Artículos 17 y 18 del Código Penal*, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1988.
González de Alba, P., “Doctrina del Tribunal Supremo sobre la codelincuencia y la complicidad en los delitos”, *Revista de Jurisprudencia* 102 (1903), pp. 769-774.
Hidalgo García, J. A., *El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1908.
López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L., Ruiz de Gordejuela López, L., *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias*, Madrid, Ediciones Akal S.A., 1988.
Manzanares Samaniego, J. L., y Albácar López, J. L., *Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia)*, 2ª edición, Granada, Editorial Comares, 1990.
Masferrer, A., *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2023.
Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, Barcelona, PPU Promociones Publicaciones Universitarias, 1984.
Muñoz Conde, F., *Teoría General del Delito*, Bogotá, Temis, 1984.
Pantoja, J. M^a, *Repertorio de la Jurisprudencia Criminal Española o compilación completa, metódica y ordenada por orden alfabético de las diversas reglas de Jurisprudencia sentadas por el Tribunal Supremo en la decisión de los recursos de casación y competencias en materia criminal desde la instalación de sus salas segunda y tercera en 1870 hasta fin de 1874*, Madrid, Imprenta de la de la Revista de Legislación, 1875.
Quintano Ripollés, A., *Curso de Derecho Penal I*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
Rodríguez Devesa, J. M^a, y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español. Parte General*, 15ª edición, revisada y puesta al día, Madrid, Dykinson, 1992.
Rodríguez Mourullo, G., “El autor mediato en Derecho Penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n° 22 (1969), pp. 461-488.
Rodríguez Mourullo, G., Bajo Fernández, M., Cobo del Rosal, M., Rodríguez Ramos, L., *Código Penal con Jurisprudencia y concordancias*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1976.

Rodríguez Navarro, M., *Doctrina Penal del Tribunal Supremo comprende las resoluciones recaídas en los recursos de casación por infracción de ley desde 30 de septiembre de 1870 hasta 30 de junio de 1959, sistematizadas y articuladas conforme al Código Penal vigente*, 2ª edición, Madrid, Aguilar S.A. de ediciones, 1959.

Ruiz Gutiérrez, U., *Diccionario Índice de Jurisprudencia Penal 1973-1982*, Madrid, Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, 1985.

Sainz Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General III*, Barcelona, Bosch, 1989.