

# **SOBRE LA DENOMINADA COAUTORÍA SUCESIVA EN LOS DELITOS DOLOSOS. TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DE LA COMPLICIDAD SUCESIVA**

**MANUEL GÓMEZ TOMILLO**

**Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Valladolid**

## **Sumario**

1. Introducción. 2. La coautoría sucesiva. 2.1. Planteamiento general. 2.2. Delitos complejos y delitos de varios actos. 2.3. La imputación de circunstancias agravantes al interviniente sucesivo que lleva a cabo acciones ejecutivas. 2.4. Delitos permanentes. 2.5. Delito continuado. 2.6. Delitos de un solo acto: especial referencia a los delitos de resultado sin medios determinados. 2.7. Delitos de un solo acto: delitos de resultado con medios legalmente determinados. 2.8. Otras hipótesis. 3. La complicidad sucesiva. 3.1. Planteamiento. 3.2. La discusión en la doctrina: perspectiva general. 3.3. Toma de posición. 3.4. Tratamiento de la complicidad sucesiva en los delitos permanentes y en el delito continuado. 3.5. Excurso: el desvalor de resultado en la complicidad. 3.6. La imputación de circunstancias agravantes al cómplice sucesivo. 3.7. Referencia al tipo subjetivo del cómplice. 3.8. Conclusión.

## 1. Introducción

Es conocido como la dogmática penal alemana ha desarrollado la distinción entre consumación del delito —*Vollendung*— y agotamiento o terminación del mismo —*Beendigung*—<sup>1</sup>. De acuerdo con ella, el legislador adelanta el momento de la consumación del hecho como presupuesto para la completa punibilidad, existiendo una zona posterior —*Nachzone*— que alcanza hasta la completa terminación del hecho. En ese momento, pese a que el delito ya debe estimarse como consumado, todavía sería posible que determinadas acciones emprendidas con posterioridad a esa consumación, fuesen calificadas bien como de complicidad, bien, incluso, como de autoría. Semejantes supuestos de codelincuencia reciben en tales hipótesis el calificativo de «sucesiva»<sup>2</sup>. Desde una perspectiva terminológica, en ocasiones también se utiliza las expresiones «autoría adhesiva» o «aditiva» para referirse al fenómeno<sup>3</sup>, del mismo modo puede ser aceptable hablar de

---

<sup>1</sup> Sobre la distinción *vid.*, por todos, H. WELZEL, *Derecho penal alemán*, trad. de J. Bustos y S. Yáñez Pérez, 11 ed., Santiago de Chile, 1970, § 24, 4, que diferencia entre delito consumado material y formalmente; H.-H. JESCHECK, «Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat», *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, p. 683; K. KÜHL, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*, Berlín, 1974. En España, *vid.* la amplia relación bibliográfica que proporciona E. BORJA JIMÉNEZ, «La terminación del delito», *ADPCP* 1995, p. 109, n. 45, mientras que en las páginas siguientes describe alguna de estas posiciones; en la p. 94, n. 8, pone de manifiesto las variaciones terminológicas empleadas por la jurisprudencia y la doctrina españolas; *vid.* pp. 99 y ss. donde opta por la expresión «terminación del delito» como la más exacta para designar lo que en Alemania se abarca con el término *Beendigung*. También COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN utilizan la distinción entre ambas categorías, afirmando que «la consumación acaece cuando se realiza la totalidad de los elementos del tipo del injusto de que se trate...», mientras que el agotamiento haría referencia al logro del objetivo por el que se delinquirió, M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general* (4.ª ed.), Valencia, 1996, pp. 659-60; *vid.*, asimismo, S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 1998, 13, III, 79; E. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, pp. 236 y ss.; J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El agente provocador*, Valencia, 1995, pp. 59 y ss.

<sup>2</sup> A lo largo del presente trabajo veremos múltiples ejemplos, al respecto. Cabe extraer otras consecuencias de la distinción en las que no podemos entrar. Con carácter general, *vid.* H.-H. JESCHECK, «Wesen und rechtliche...», *op. cit.*, pp. 683 y ss., donde desarrolla el tema y expone ulteriores consecuencias de la distinción al margen de la teoría de la autoría y de la participación, esto es, en el campo de la prescripción, del ejercicio de la legítima defensa, etc.; J. BAUMANN / U. WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 1985, § 35, I ac, 2; T. VOGLER, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10 Auf., 1985, vor § 22, 20 y ss.; en España, *vid.* ampliamente E. BORJA JIMÉNEZ, «La terminación del delito», *op. cit.*, pp. 89 y ss.; *vid. infra* ulteriores referencias bibliográficas diferenciadas en el campo de la autoría y en el de la complicidad.

<sup>3</sup> Que en ocasiones se utiliza de forma inadecuada; así, *vid.* la STS de 21 de diciembre de 1999, en la que se indica que «...el delito de prevaricación admite la par-

autoría o de complicidad «sobrevenida» que resulta también suficientemente ilustrativa del grupo de casos que se pretende tratar. Tales denominaciones se utilizan no sólo para las acciones que acaecen en ese momento postconsumativo, sino con ocasión de comportamientos que comienzan antes de la consumación del delito, pero cuando la ejecución o bien ha comenzado o bien ya ha terminado sin que el resultado todavía haya acaecido.

La profusión con que la doctrina alemana ha utilizado estas categorías contrasta con la situación en España, donde hasta hace muy poco tiempo, la apuntada distinción apenas había sido tratada doctrinalmente<sup>4</sup>. Ello ha tenido su reflejo en la jurisprudencia, donde tan sólo en contadas ocasiones aparecen las ideas de coautoría o complicidad sucesivas y no siempre de forma afortunada. Al respecto, puede resultar significativa la STS de 26 de julio de 2000 que literalmente decía:

«La jurisprudencia de esta Sala, SSTS 29-3-1993 y 24-3-1998, ha admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado *participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva*, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1) que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito; 2) que posteriormente otro u otros ensamben su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél; 3) que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento y 4) que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien inter-

---

ticipación en calidad de cooperación necesaria, tanto por parte del «extraneus» no funcionario, como del funcionario que participa en el proceso dirigido a la adopción de una resolución injusta con una intervención administrativa *previa*, no decisoria pero sí decisiva, supuesto que en ocasiones se ha calificado de coautoría sucesiva...» (Fto. Jco. 3.º); se califica la actuación del acusado de cooperación necesaria en el delito; ésta tiene lugar *con anterioridad* a los hechos calificados como prevaricación, luego estamos ante un supuesto «normal» de participación en el delito; ni se trata de autoría, ni es sucesiva, ya que esta última se caracteriza precisamente por acaecer, simultánea o posteriormente a actos de ejecución llevados a cabo por otro sujeto.

<sup>4</sup> Vid. E. BORJA JIMÉNEZ, «La terminación del delito», *op. cit.*, p. 94. Se hace eco de la cuestión en materia de participación, entre otros, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, T. I, Barcelona, 1972, p. 71; M. COBO DEL ROSAL / T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 577.

viene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho»<sup>5</sup>.

Tendremos ocasión de poner de manifiesto como la caracterización jurisprudencial efectuada por las citadas sentencias resulta insatisfactoria. Desde una perspectiva formal, en cuanto se utiliza de forma intercambiable las expresiones «coautoría» y «participación». Materialemente, ya que se unifica el tratamiento jurídico de ambos fenómenos que estimamos merecen una consideración diferenciada<sup>6</sup>.

El contraste entre la tradicional construcción dogmática alemana que admite la intervención en el delito, a título de cómplice o de autor, y la jurisprudencia española que expresamente excluye esa posibilidad una vez consumado el delito es patente. De esta manera, se plantea el problema de hasta qué momento es posible que la intervención de un sujeto en un hecho penalmente relevante ya comenzado determine la aplicación del régimen jurídico de la autoría o de la complicidad y cuándo éste debe ser excluido.

Desde nuestra perspectiva, la coautoría y la complicidad, necesaria o no, plantean unas dificultades específicas que aconsejan su tratamiento particularizado.

## 2. La coautoría sucesiva

La pluralidad de posibilidades que la realidad presenta hace aconsejable para un correcto análisis del fenómeno un estudio diferenciado de la llamada coautoría sucesiva en varios grupos de delitos. Estamos ante una problemática compleja que no admite soluciones generales, sino que, muy al contrario requiere una disección particular de diferentes estructuras delictivas. Así, en primer lugar, nos detendremos en los delitos de varios actos y en los delitos complejos; en segundo lugar, en los delitos permanentes; un tercer supuesto conflictivo puede ser el del delito continuado. Por fin, habrá que examinar los delitos de resultado, normalmente de un solo acto, donde diferenciaremos entre aquellos que pueden ser concebidos como de medios inde-

---

<sup>5</sup> El cuadro podría completarse con la cita de otras sentencias como las SSTS de 20 de noviembre de 1991, 16 de mayo de 1992; 23 de septiembre de 1993, entre otras.

<sup>6</sup> De hecho, en otras sentencias donde se estima presente una mera complicidad en el delito, se reiteran los mismos requisitos sin matizar (*vid.* STS 22-7-1998, pte. A. de Vega).

terminados y los de medios legalmente determinados. Todos ellos presentan una problemática común y, simultáneamente, peculiaridades que conviene estudiar.

## 2.1. *Planteamiento general*

En Alemania la doctrina mayoritaria hasta hace poco tiempo defendía que a quien en el curso de hechos penalmente relevantes se incorporaba a éstos era lícito imputarle todos aquellos elementos que fueron realizados antes de tal incorporación, tanto si el delito se encontraba en fase de ejecución, como, incluso, si el delito se había consumado ya. Aun cuando ambas hipótesis son controvertidas, como trataremos de poner de manifiesto a lo largo de este trabajo, más compleja resulta la segunda de ellas que, simultáneamente, resulta ser la más estudiada por la doctrina. En relación con esta última, la adhesión a hechos consumados, se solía requerir el conocimiento de esos acontecimientos ya verificados en quien intervenía posteriormente y, asimismo, una decisión común tras la consumación, pero antes del agotamiento<sup>7</sup>. En función de la entidad de la aportación se entendía que tales hipótesis se sometían al régimen jurídico de la autoría, no de la participación en el delito, con todas las consecuencias que de ahí derivadas, entre otras, la no operatividad del principio de acceso-

---

<sup>7</sup> Se trata de una doctrina que se arrastra desde los tiempos del Tribunal del Imperio, *vid.* B. WOELK, *Täterschaft bei zweiaktigen Delikten*, Berlín, 1994, p. 56 y p. 57, n. 82; en la doctrina tal punto de vista se detecta en una amplia gama de autores, *vid.*, entre otros, R. BUSCH, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (9 Auf.), Berlín, N. York, 1974, § 49, 13; J. BAUMANN / U. WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, op. cit.*, p. 540; P. CRAMER, *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 25 Auf., München, 1997, § 25, 91, para el que la intervención en un hecho, el cual ha comenzado pero aún no ha concluido, como coautoría sucesiva, presupone que se abarque el plan del hecho antes de su consumación; también hoy G. KÜPER mantiene este punto de vista: «Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme», *GA* 1986, pp. 448-9; S. TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, Zürich, 1989, Nachdruck, 1992, Art. 25, 17, con referencias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo suizo en esta línea; R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, II, trad. de J. Córdoba Roda, Barcelona, 1962, pp. 344-5, donde, sin embargo, entiende que es dudosa la responsabilidad del coautor sucesivo por aquellos actos parciales, resultados parciales y otras agravaciones, en las que no ha cooperado, pero que conocía al concurrir el hecho. *Vid.* las referencias bibliográficas austriacas que proporciona K. SCHMOLLER, «Die sukzessive Beteiligung und Einheitstäterbegriff», *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg, 1999, p. 299. Se trata de una opinión que es frecuentemente defendida en el seno del Tribunal Supremo Federal alemán: *vid.* *BGH, NZSt* 1994, p. 91; *BGH* 3-11-95, *NZSt* 5, 1996, p. 228.

riedad<sup>8</sup>. Así, por ejemplo, quien tras un hurto, sin haber intervenido en la sustracción, se ocupaba del transporte de los objetos materiales del delito a un lugar donde proceder al reparto podría ser considerado coautor<sup>9</sup>.

Tal doctrina ha evolucionado de modo que la corriente anteriormente mayoritaria ha perdido peso<sup>10</sup>. Samson, por ejemplo, rechaza tales puntos de vista por dos motivos. En primer lugar, porque el presupuesto mínimo de la imputación de elementos objetivos lo constituye la causalidad; difícilmente se puede afirmar que quien actúa de forma sobrevenida ha realizado una aportación causal a hechos ya acaecidos<sup>11</sup>. En segundo lugar, porque, de forma oculta albergan los autores señalados un doble concepto de dolo que prescinde del elemento volitivo sólo en quien actúa tras la consumación del hecho principal<sup>12</sup>.

En cuanto a lo primero, se está pensando en los delitos de resultado. En lo que a los delitos de simple actividad respecta —si es que la categoría tiene sustantividad propia, y creemos que así es— no se suelen analizar en este contexto. Ello se debe probablemente a la escasa problemática que presentan. Efectivamente, si un sujeto comete un allanamiento de morada, y otro compañero suyo sin previo acuerdo se

<sup>8</sup> *Vid.*, por todos, K. H. GÖSSEL, «Sukzessive Mittäterschaft und Täterschaftstheorien», *Festschrift für H.-H. Jescheck*, 1 Band., Berlín, 1985, pp. 537 y 552.

<sup>9</sup> *Vid.* C. ROXIN, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 11 Auf. 1992, § 25, 192, con referencias a la jurisprudencia alemana; K. KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2 Auf., München, 1997, § 20, 127.

<sup>10</sup> Fuera del específico campo de la autoría y de la participación, con carácter general, *vid.* la crítica que se somete a la categoría «terminación del delito» en E. BORJA JIMÉNEZ, «La terminación del delito», *op. cit.*, pp. 112 y ss.; este autor, por su parte, sostiene la necesidad de mantener este concepto, argumentando, lo que exponemos muy resumidamente, con su necesidad en los delitos permanentes que requieren una referencia obligada a dos momentos distintos, y que determinadas figuras, como las de consumación anticipada o el incendio, también se explican mejor con el empleo de esta categoría. Éste último se consuma cuando se prende fuego al objeto material del delito y termina cuando el objeto ha sido reducido a cenizas (*id.* pp. 121 y ss. y el paralelismo que establece entre esta última figura delictiva y las detenciones ilegales en las pp. 163 y ss.). Para delimitar cuando se termina el delito acude a una teoría objetivo-formal, conforme al cual habrá fase postconsumativa, siempre que sea posible la continuación del ataque al bien jurídico, siempre y cuando no se vaya más allá del perímetro del tipo (pp. 134 y ss.).

<sup>11</sup> E. SAMSON, *Systematischer Kommentar*, 6 Auf., 1994, § 25, 124.

<sup>12</sup> *Ibid.* E. SAMSON; tendremos ocasión de volver sobre ello; *vid.* la bibliografía que cita H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Granada, 1993, trad. por J. L. Manzanera Samaniego, p. 618, n. 18, donde él mismo parece dar la razón a tal argumento; en España, *vid.* la magnífica monografía de E. PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Granada, 1998, p. 295.

suma al hecho, la idea de coautoría sucesiva aplicada al caso resultaría extraña. Más bien se debería estimar que estamos ante un supuesto de pluriautoría<sup>13</sup>. Al margen de ello, intentaremos poner de relieve que el argumento de la ausencia de causalidad no puede ser utilizado de forma generalizada en toda hipótesis imaginable de coautoría sucesiva, sino que limita su operatividad a un grupo muy limitado de delitos, cuales son los delitos permanentes, las hipótesis de delito continuado y los delitos de resultado de un solo acto.

Desde el segundo punto de vista de los apuntados, se parte de la idea de que el dolo supone no sólo el mero conocimiento, sino también la voluntad de realización<sup>14</sup>. Al respecto, Stratenwerth, entre otros autores, sostiene que en estos casos, si se trata al coautor sucesivo como auténtico autor, habría que hablar de la presencia en él de un *dolus subsequens*<sup>15</sup>: el elemento volitivo se proyectaría sobre hechos ya acaeci-

<sup>13</sup> En cuanto a este concepto, *vid.* M. DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, «Responsabilidad penal por la ocupación y desvío de un buque por un conjunto de trabajadores en un acto de reivindicación laboral», *La Ley*, 1990, p. 1039, concepto que luego recoge también en su *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, 1990; «“Coautoría” alternativa y “coautoría” aditiva. ¿Autoría o participación?», *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 314; *vid.* también, en sentido próximo, R. BLOY, «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung», *GA* 1996, p. 426, donde habla de que no existe coautoría propiamente dicha, cuando cada uno de los intervinientes en el hecho realiza la acción típica, sino que más bien estaríamos en presencia de una autoría individual múltiple —*mehrfache Alleintäterschaft*—; en España, *vid.* también, M. C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, p. 401; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 1984, p. 127; M. L. MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano*, 1992, p. 77; S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 1996, p. 384.

<sup>14</sup> *Ibid.* E. SAMSON. En los últimos tiempos, muy en conexión con la problemática que abordamos, insiste en un planteamiento alternativo, donde el dolo se integra exclusivamente por el conocimiento, J. HRUSCHKA, «Das delictum perfectum zwischen Versuch und Vollendung», *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg, 1999, pp. 235 y ss., especialmente pp. 244 y ss.; con carácter más general, en España, *vid.* P. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999, pp. 239 y ss.

<sup>15</sup> G. STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*, Madrid, 1982, trad. de G. Romero, 821; se trata de un punto de vista común, así, *vid.* G. KÜPER, «Anspruch und wirkliche Bedeutung...», *op. cit.*, p. 449; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 1992, § 12, 77; K. SEELMANN, «Mittäterschaft im Strafrecht», *JuS* 1980, p. 573; B. WOELK, *Täterschaft...*, *op. cit.*, p. 59; G. M. L. SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft*, Bern, 1995, p. 36, n. 164, donde además cita determinadas sentencias del BGH suizo. Para Küper, sin embargo, a tal opinión hay que objetar que la responsabilidad como coautor del que interviene posteriormente no se deriva exclusivamente de la posterior aprobación del acontecimiento ya verificado, sino de la intervención activa en el hecho punible, del actual «cohacer» bajo la consciente utilización de la parte ya realizada por el compañero de la acción típica (*ibid.* G. KÜPER); expresamente en contra, sin mencionar

dos en el momento en que esa necesaria volición tiene lugar. Para Samson, la perspectiva descrita parece ser reconocida por defensores de la idea de la coautoría sucesiva como Maurach y Busch que junto con el conocimiento requieren tan sólo la «aprobación» de las circunstancias previas<sup>16</sup>. En cualquier caso, veremos a continuación, como la crítica de Samson, precisa de algún matiz en determinado grupo de delitos y concretamente en los de resultado de un solo acto.

Al margen de los problemas de causalidad y de dolo apuntados, también Roxin critica la antañona doctrina mayoritaria en Alemania sobre la base de la teoría del dominio del hecho ya que para él en la coautoría sucesiva, tal y como se configura en aquel grupo de autores, faltaría la mutua dependencia que caracteriza a la coautoría, por lo que no existe un codominio del hecho<sup>17</sup>. En última instancia, Roxin admite la coautoría sucesiva siempre y cuando la posterior intervención se realice de acuerdo con todos los intervinientes y durante el estadio de la ejecución<sup>18</sup>.

En términos no muy diferentes se pronuncia la teoría objetivo formal. Es conocido como en España, la teoría del dominio del hecho todavía no ha conseguido imponerse plenamente, pese a que en Alemania, si bien con perfiles diferenciados según el autor que la aborda, goza de un reconocimiento prácticamente unánime. Ello se traduce en que las teorías objetivo formales posean un amplio reconocimiento,

---

a Küper, P. CRAMER, *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, § 25, 91, para el que el conocimiento, aprobación y utilización de la situación creada por otro no fundamenta la coautoría. En España, la misma idea en G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 837; E. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 1997, p. 367.

<sup>16</sup> E. SAMSON, *Systematischer Kommentar*, *op. cit.*, § 25, 124; de acuerdo, C. ROXIN *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (11Auf.), *op. cit.*, § 25, 195. De ello son conscientes DREHER-TRÖNDLE, que rechazan el que sea necesario una mera aprobación, sino que requieren un acuerdo —*Einverständnis*— mutuo posteriormente dirigido, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 1997, 25, 9. En un sentido semejante puede entenderse la posición de M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 577.

<sup>17</sup> C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlín, N. York, 1994, pp. 290 y 662. Tal argumento es recogido por la doctrina hoy mayoritaria en Alemania; *vid.* p. 662, n. 407, en la que proporciona una exhaustiva relación bibliográfica; B. WOELK, *Täterschaft...*, *op. cit.*, p. 59, n. 96. ROXIN llega a indicar que la doctrina criticada utiliza de forma impropia en este contexto el pensamiento de la accesoriedad (*ibid.*).

<sup>18</sup> C. ROXIN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, *op. cit.*, § 25, 192. Coincide con su postura en España, S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 387, que residenciaba en el viejo artículo 14.1 del Código Penal de 1973: «Adiciones», *op. cit.*, p. 952; desde otra perspectiva dogmática, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 837.

aun cuando probablemente pueda decirse que se encuentran en retroceso<sup>19</sup>. Pues bien, desde esta construcción, Cobo del Rosal y Vives Antón admiten la coautoría sucesiva si el acuerdo criminal se produce durante la ejecución con tal de que ésta no haya cesado; sin embargo, su posición es muy restrictiva, pues añaden que la responsabilidad por lo ya realizado es problemática y que para fundamentarla no es suficiente el mero conocimiento, sino la concurrencia de la totalidad de elementos objetivos y subjetivos que permitan afirmar que ha habido una ejecución conjunta<sup>20</sup>.

En definitiva, con independencia de los puntos de partida teóricos en materia de codelinuencia parece existir en la actualidad un amplio consenso que pone en duda la construcción que tradicionalmente se efectuaba del concepto de «coautoría sucesiva». Los argumentos al respecto son suficientemente contundentes como para que aquélla deba estimarse superada. Se ha dicho que las tesis que vienen sosteniendo la posibilidad de imputar lo ya acaecido a título de coautor a quien interviene en los hechos tras la verificación de actos inequívocamente ejecutivos basan consciente o inconscientemente su opinión en una fundamentación subjetiva de la autoría y la participación; es decir, para ellas es suficiente con la presencia de un ánimo común en los diferentes sujetos activos, *animus auctoris*, o el mero querer el hecho como propio, para fundamentar la presencia de autoría, prescindiendo con ello, de la verificación de ulteriores datos de índole objetiva<sup>21</sup>. Incluso desde esa concepción sería preciso introducir numerosos matices, en los que no estimamos preciso detenernos<sup>22</sup>. Más bien entendemos que

---

<sup>19</sup> En cuanto a la teoría objetivo formal clásica, *vid.* el exhaustivo haz de autores que cita M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991, pp. 411 y ss., así como E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 19 y ss.; T. S. VIVES ANTÓN, *Libertad de expresión...*, *op. cit.*, pp. 148 y ss.; sobre el estado de la discusión en relación con el vigente Código penal de 1995, *vid.* M. GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información y teoría de la codelinuencia*, Granada, 1998, pp. 224 y ss.

<sup>20</sup> M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 577.

<sup>21</sup> *Vid.*, en sentido semejante, K.-H. GÖSSEL en relación con la doctrina del *BGH*, «Sukzessive Mittäterschaft...», *op. cit.*, p. 537 y sobre todo 549 y ss.; B. WOELK, *Täterschaft...*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>22</sup> Así, *vid.* C. ROXIN, *Täterschaft...*, *op. cit.*, pp. 291 y ss.; E. PÉREZ ALONSO, *La coautoría...*, *op. cit.*, p. 305. También resulta innecesario un examen de estas construcciones subjetivas ya superadas, sobre ellas *vid.*, por todos, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, *op. cit.*, pp. 295 y ss.; en relación con la versión de la jurisprudencia española del acuerdo previo, *vid.* E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice...*, *op. cit.*, pp. 57 y ss., diseño, éste último, que ni siquiera sería aplicable a los casos que nos ocupan.

probablemente las tesis de la doctrina tradicional, así como la de nuestra jurisprudencia implican la introducción parcial de un concepto unitario de autor<sup>23</sup>. En estos términos, la calificación de (co)autor de quien se adhiere a un proceso delictivo ya comenzado, pero no agotado se abre paso con menor dificultad<sup>24</sup>. Si no se asume *de lege lata* ese sistema, deberían cerrarse simultáneamente las puertas a la aceptación de la denominada coautoría sucesiva<sup>25</sup>.

Rechazado que quepa aceptar la calificación de autor en la acción de quien interviene en los hechos tras la consumación del delito, queda por resolver la cuestión de hasta qué punto temporal es posible admitir que la actuación sobrevenida de otra persona determine la aplicación del régimen jurídico de la coautoría<sup>26</sup>. Desde nuestra perspectiva, las construcciones hasta ahora expuestas no solucionan de forma completamente satisfactoria esa cuestión. Se trata de un problema que probablemente no admita una respuesta unitaria, sino que precisa una diferenciación entre diversas clases de delitos.

<sup>23</sup> Vid. sobre este sistema, O. TRIFFTERER, *Die österreichische Beteiligungslehre. eine Regelung zwischen Einheitstäter und Teilnahme Systemen*, 1983, p. 34; en España, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, *op. cit.*, pp. 47 y ss., donde se puede encontrar una amplísima exposición de los diferentes defensores que este sistema ha encontrado en la dogmática germana, referencias legislativas positivas y los escasos apoyos que entre los autores españoles ha suscitado el mismo; *vid.*, asimismo, M. C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, *op. cit.*, pp. 42 y ss.; M. GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información...*, *op. cit.*, pp. 191 y ss.

<sup>24</sup> Vid. cómo en Austria, con un sistema próximo al concepto unitario de autor, el ÖGH acepta en estos casos normalmente una coautoría sucesiva; *vid.* O. TRIFFTERER, *Die österreichische Beteiligungslehre*, *op. cit.*, p. 71; de otra opinión, K. SCHMOLLER, «Die sukzessive Beteiligung...», *op. cit.*, especialmente pp. 314 y ss. y *passim*, sobre la base de la incompatibilidad tanto con el tenor literal del § 12 *öStGB*, como con el propio sistema.

<sup>25</sup> No entramos en detalles sobre los diversos posibles sistemas unitarios de autoría, como tampoco en su potencial acomodación a los presupuestos jurídico positivos de nuestro sistema; al respecto, *vid.* E. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Madrid, 1991, pp. 323 y 107 y ss.; M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, *op. cit.*, p. 251; M. C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.; M. GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información...*, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

<sup>26</sup> Por citar dos ejemplos con los que parcialmente discreparemos en Alemania, GÖSSEL, quien no acepta la figura de la coautoría sucesiva («Sukzessive Mittäterschaft...», *op. cit.* pp. 548 y ss.) y rechazada la distinción entre delito agotado y consumado, sostiene que el dominio final del hecho, y con ello la coautoría sucesiva, es posible hasta la consumación del respectivo menoscabo del bien jurídico típico (id. p. 555); en España, con carácter general señala E. Bacigalupo que es posible hasta la consumación del delito: E. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 367.

## 2.2. Delitos complejos y delitos de varios actos

Con carácter previo es preciso realizar unas mínimas precisiones conceptuales, en cuanto nos movemos en un campo donde se ha advertido que reina la más absoluta disparidad terminológica<sup>27</sup>. Partimos de una idea de delito complejo, como aquel caracterizado porque los elementos que lo constituyen son ya por sí mismos tipos delictivos autónomos. Se puede ejemplificar al respecto con el robo con violencia o intimidación<sup>28</sup>. Los delitos de varios actos son aquellos que se encuentran constituidos por una pluralidad de acciones, las cuales por sí mismas no constituyen necesariamente un delito autónomo<sup>29</sup>. Ambos fenómenos se caracterizan porque sus elementos integrantes son partes esenciales de la figura delictiva, de forma que ausente alguna de ellas no podrá apreciarse ese delito<sup>30</sup>. En definitiva, se trata de figuras delictivas compuestas caracterizadas por una estructura compleja que

---

<sup>27</sup> A. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, *op. cit.*, p. 117.

<sup>28</sup> *Ibid.* A. SANZ MORÁN; probablemente se corresponda esta categoría con lo que B. Woelk denomina «delitos de dos actos con efecto sinérgico», cuyo contenido no se agota en la adición de los actos individuales, sino que trasciende la suma de dichos actos en lo que denomina «efecto sinérgico»: B. WOELK, *Täterschaft...*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>29</sup> En sentido próximo, *vid.* A. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, *op. cit.*, p. 118. Este autor proponía como ejemplo el artículo 497 del Código Penal anterior que en aquel momento requería no sólo apoderarse de los papeles o cartas de otro, sino, además, divulgarlos. En la actualidad, el precepto que sustituye a ese viejo delito, el vigente artículo 197, presenta una estructura más complicada; así el apartado 3, párrafo primero se corresponde con el viejo artículo 497, pero con la particularidad de que los dos comportamientos en los que se estructura, son por sí mismos delictivos; en efecto el apoderarse de las cartas, papeles, etc. se recoge en el artículo 197.1, mientras que su divulgación con conocimiento de su origen ilícito se sanciona en el artículo 197.3, apartado segundo. En otro contexto proponíamos como delito de dos actos determinadas figuras susceptibles de ser cometidos a través de los medios de comunicación de masas, como, por ejemplo, los delitos de injurias y calumnias (al respecto, *vid.* M. GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información...*, *op. cit.*, pp. 204 y ss.). Quizá en la actualidad pueda constituir una muestra válida el delito de violación estructurado en dos comportamientos diferentes: por una parte, el ejercicio de violencia o intimidación; por otra, por ejemplo, el yacimiento. No podemos entrar en más detalles sobre esta clase de clase de delitos; con carácter general, *vid.* H-H. JESCHECK, *Tratado...*, *op. cit.*, § 26, II, 5; en la doctrina italiana es frecuente utilizar la expresión «delitos puri-existentes», F. ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 8.<sup>a</sup> ed., Bogotá, 1988, trad. de J. Guerrero y M. Ayerra Redín, p. 188. J. DEL ROSAL y A. TORIO LÓPEZ emplean la expresión «plurisubsistentes» (*Manual de Derecho penal. Parte general*, 1960, p. 199) como traducción de *plurisussistenti* (*Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 8.<sup>a</sup> ed., Milano, 1980, p. 220).

<sup>30</sup> En cuanto a la distinción entre elementos esenciales y accidentales del delito, *vid.* M. ALONSO ÁLAMO, «Circunstancias del delito e inseguridad jurídica», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. VII, p. 49.

requiere la presencia de varios actos con independencia de si éstos poseen en sí mismos carácter delictivo o si, por el contrario, alguno de ellos aisladamente considerado perdería todo tipo de significación penal<sup>31</sup>. Con muy escasos matices, la problemática de estos fenómenos delictivos complejos, en lo que a la denominada coautoría sucesiva atañe, es muy próxima.

Realizadas esas precisiones se puede afirmar que es precisamente en este grupo de delitos en los que con más claridad tienen aplicación los presupuestos teóricos anteriormente descritos.

Resulta especialmente ilustrativo de las incertidumbres que se presentan el ejemplo extraído de la jurisprudencia del *BGH* en el que P, tras ejercer fuerza en las cosas, penetra en un quiosco y sustrae una parte de los alimentos allí contenidos, llevándolos a la vivienda de N, conocido suyo al que relata lo sucedido. Ambos vuelven al quiosco, sustraen el resto de la mercancía y posteriormente reparten el botín. El *BGH* castigó aquí a N como coautor de un robo con fuerza en las cosas<sup>32</sup>. En ejemplos análogos, la jurisprudencia española ha optado por entender que si existe conocimiento de la ejecución de la fuerza en las cosas, ésta trasciende al que interviene con posterioridad<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Puede verse algunas otras clasificaciones y subclasificaciones de esta clase de unidades típicas en R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995, pp. 119 y 120, especialmente nn. 90 y 91; en Alemania, una clasificación peculiar la ofrece B. WOELK, *Täterschaft bei zweiseitigen Delikten*, op. cit., pp. 151 y ss.

<sup>32</sup> Vid. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., p. 290 y ulteriores casos, en pp. 578 y ss. y 593 y ss., así como la línea jurisprudencial alemana que, si bien inicialmente sigue la doctrina sentada en la anterior decisión, posteriormente afirma que no es posible una coautoría sucesiva en un hecho anterior ya cerrado, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (11 Auf.), Berlín, N. York, 1993, § 25, 194; ulteriores referencias jurisprudenciales alemanas, pueden verse en B. WOELK, *Täterschaft...*, op. cit., p. 58, n. 83.

<sup>33</sup> Vid. R. M. MATA MARTÍN, *El robo con fuerza en las cosas*, Valencia, 1995, p. 360, autor que califica el robo con fuerza en las cosas simultáneamente como complejo y de dos actos (pp. 118 y 123); la concreta doctrina del Tribunal Supremo español para resolver estos casos ya ha sido expuesta *supra*. Sin embargo, en la STS de 20 de noviembre de 1991, donde los hechos coinciden en alta medida con los expuestos en el texto, pese a utilizar esa construcción jurisprudencial sobre la coautoría sucesiva, acaba sosteniendo correctamente que quien interviene en los hechos de forma sobrevenida debía ser castigado como autor de un delito de hurto (vid. Fto. Jco. 3.º).

Probablemente donde con más frecuencia se presentan hipótesis de esta naturaleza es el marco de los delitos contra la propiedad, y, más concretamente, en el robo con fuerza en las cosas, si bien sería posible concebirlo en otras figuras, como el robo con violencia o con intimidación. Así, en cuanto al robo con violencia, vid. las sentencias del *BGH*, cits. por B. WOELK, *Täterschaft...*, op. cit., p. 58, n. 83, donde un

La conclusión judicial, de alguna manera, resulta coincidente con la línea doctrinal tradicional en Alemania anteriormente descrita y hoy en vías de superación: si en la fase postconsumativa todavía cabe calificar como autor a quien actúa de forma sobrevenida, mucho más claramente se debe optar por esta solución cuando el delito todavía no se ha consumado. Este punto de vista no resulta aceptable. No obstante, a esta última conclusión no se llega necesariamente por las vías argumentales expuestas en el punto anterior. Efectivamente veíamos que para un nutrido grupo de autores, donde destacábamos a Samson, se debe rechazar que el interviniente sobrevenido, en este caso N, sea autor de un robo con fuerza en las cosas (o si se quiere de un hurto agravado, como ocurre en Alemania). Para ello se aducía que en este sujeto ni concurre el presupuesto mínimo de imputación cual es la causalidad<sup>34</sup>, ni está presente el elemento volitivo del dolo. De las dos ideas tan sólo la segunda es aplicable en este contexto. En cuanto a la ausencia de causalidad tampoco en los supuestos más frecuentes de coautoría, en los que, según la doctrina mayoritaria, la acción de los codelincuentes transcurre simultáneamente, en la fase de ejecución del delito trasciende causalmente la acción de cada uno de los coautores a la de los otros. Dicho de otra manera, en los delitos de varios actos los cursos causales penalmente relevantes son múltiples y todos los intervinientes en el comportamiento no deben realizar necesariamente una aportación que se sume al flujo de cada una de esas corrientes

---

segundo sujeto interviene en la sustracción cuando el primero ya ha llevado a cabo por completo los actos violentos o intimidatorios; el Tribunal Supremo Federal, sin embargo, rechaza la imputación de las lesiones previamente acaecidas. También se puede presentar la situación conflictiva que aquí analizamos también en otras figuras delictivas. Al respecto, resulta interesante el caso que proporciona Roxin extraído de la experiencia jurisprudencial alemana: dos sujetos violan a una mujer, empleando violencia para ello; consumado el delito, aparece en escena un tercer sujeto que aprovechando el estado de pasividad de la mujer tras los anteriores hechos y sin llevar a cabo acto violento alguno, perpetra un nuevo yacimiento; el *BGH* en esa ocasión rechazó calificar los hechos como coautoría sucesiva de un delito de violación, considerándolo bajo el § 179 *StGB*, esto es, abuso sexual de una persona incapaz de oponerse (vid. C. ROXIN, *Täterschaft...*, op. cit., p. 594; vid., asimismo, K-H. GÖSSEL, «Sukzessive Mittäterschaft...», op. cit., p. 542; K. SCHMOLLER, «Sukzessive Beteiligung...», op. cit., p. 319). En nuestro Derecho, como se desprende de lo que exponemos a continuación, probablemente lo procedente hubiese sido estimar presente un delito de abuso sexual agravado del artículo 182.1.

No entramos en las peculiaridades que se presentan en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas, donde ya manifestamos en otra ocasión las dificultades que el empleo de esta distinción presenta; vid. M. Gómez Tomillo, *Libertad de información...*, op. cit., pp. 333 y ss.

<sup>34</sup> De forma matizadamente distinta, E. PÉREZ ALONSO, *La coautoría...*, op. cit., p. 295, indica que la segunda acción «carece de cualidad lesiva».

causales (salvo que se incluya entre las condiciones del resultado la mutua incidencia psíquica que pueda tener la presencia de un plan conjunto, de un dolo común, de un *pactum scaeleris*, etc., cuyo tratamiento desplazamos a la vertiente subjetiva del supuesto)<sup>35</sup>. No por ello se les niega a todos ellos su condición de autor del hecho siempre que concurren una serie de requisitos en los que no nos podemos detener, en cuanto implicaría un examen del estado actual de la discusión en materia de coautoría.

Desechada esa perspectiva, procede el examen de otras posibles. Así se podría estimar que la expresión «conjuntamente» que emplea el artículo 28 del Código Penal español, o el § 25.2 *StGB* alemán, al regular la coautoría, actúa como «abrazadera» que permite imputar a N, al interviniente sucesivo, lo ya verificado antes de su aparición en escena. Los citados preceptos actuarían ampliando las posibilidades de aplicación de los tipos penales, de forma que se pudiese afirmar que no se ha vulnerado el principio de legalidad<sup>36</sup>. Ello equivaldría a sostener que en este contexto juega también el principio de imputación recíproca que permite atribuir al resto de codelincuentes hechos que no han sido realizados por ellos. Se trataría, pues, de determinar si también ese principio opera en este otro contexto, de forma que se pueda imputar, por ejemplo, la fuerza en las cosas a quien se limita a aprovechar la que otro ha realizado previamente sin su intervención ni objetiva ni subjetiva. Esto es, procede determinar si el principio de imputación recíproca juega no sólo en el caso más frecuente de que los sujetos desde el comienzo de la ejecución actúan conjuntamente, al menos conforme a un plan preestablecido, sino también cuando se produce una sucesión de acontecimientos típicos no unidos por la presencia previa de ese plan conjunto.

---

<sup>35</sup> Así, *vid.* la clásica posición de K. ENGISCH, «Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug», *Festschrift für Helmut von Weber*, Bonn, 1963, p. 269, desde una posición que él mismo indica que presupone un «cierto» determinismo. No obstante, en el caso concreto esa incidencia causal será realmente de muy difícil prueba; por otra parte, no es descartable que en determinados casos ni siquiera esté presente, como por ejemplo, cuando todos los codelincuentes estaban decididos a ejecutar el delito, con o sin la intervención de los demás; cuando lo que decide a los sujetos a actuar es un factor por completo ajeno al plan común, etc. Un examen de esta problemática nos llevaría demasiado lejos.

<sup>36</sup> En la doctrina española se ha sostenido que es una característica común a todas las concepciones existentes sobre la coautoría la de incluir en su ámbito comportamientos no abarcados por los tipos de la parte especial, *vid.* E. PEÑARANDA RAMOS y C. SUÁREZ GONZÁLEZ, «Autoría o participación en determinados supuestos de "vigilancia" (Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989) (ponente: Excmo. Sr. Baciagalupo Zapater)», *PJ* 27, pp. 198-99; cuestión que ya analizamos en M. GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información...*, *op. cit.*, pp. 215 y ss.

Desde nuestra perspectiva, intentos de aplicar el principio de imputación recíproca en contextos como el que nos ocupa no serían sino un expediente puramente formal orientado a salvar la censura de que esta clase de construcciones vulnera el principio de legalidad. Un estudio del principio de imputación recíproca nos llevaría demasiado lejos, en cuanto requiere un tratamiento prácticamente monográfico. No obstante, se pueden realizar unas mínimas consideraciones.

En primer lugar, en el caso que nos ocupa, apenas hay reciprocidad alguna, en cuanto a los hechos controvertidos, es decir, los primero realizados. El déficit que se observa en quien interviene de forma sucesiva es compensado por la actividad desplegada previamente por el otro sujeto. Sin embargo, la imputación es unidireccional, desde el momento en que tan sólo los hechos típicos realizados por quien interviene previamente se le imputan a quien actúa con posterioridad, sin que acto alguno de este último sea trasladado al ámbito de responsabilidad del primero. En el supuesto que nos ocupa, como mucho se podría tener en cuenta lo sustraído por el sujeto adhesivo para configurar la cantidad total que constituye el objeto material del delito. Pero en ese caso, difícilmente se puede afirmar que hay la igualdad en las aportaciones que de una manera u otra es frecuente requerir dentro de la teoría del dominio del hecho en la coautoría<sup>37</sup>. De esta forma, la interdependencia que caracteriza a ésta desaparece en este supuesto, cerrando el paso a la apreciación del fenómeno.

Al margen de lo ya apuntado, todavía cabe señalar que en la mayor parte de las construcciones que del principio de imputación recíproca se han diseñado existe un imprescindible elemento común de índole subjetiva que está presente durante la verificación de los hechos objetivamente típicos y que sirve de apoyo, de abrazadera, para verificar esa imputación de los actos de un sujeto a otro<sup>38</sup>. Ello es claramente

---

<sup>37</sup> Vid., por todos, R. BLOY, *Beteiligungsform als Zurechnungsform im Strafrecht*, 1985, p. 370; en España, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, op. cit., pp. 671-2.

<sup>38</sup> Vid. H.-H. JESCHECK, *Tratado...*, op. cit., § 63, I, 2; B. WOELK, *Täterschaft...*, op. cit., pp. 65-6; S. KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, 1999, p. 37; R. BLOY, «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung», *GA* 1996, p. 431, donde estima que el mínimo es una coincidencia de voluntades en el sentido de una conciencia de ejecución de un plan común, como pudo ocurrir en alguno de los casos de muertes causadas por diversos soldados en el muro de Berlín; H. LESCH, «Mittäterschaft und objektive Zurechnung», *ZStW*, 1995, p. 290, quien, no obstante, renuncia con carácter general al plan conjunto como requisito de la coautoría, en la misma línea que JAKOBS (pp. 291 y ss. y *passim*).

Prescindimos de la vertiente objetiva del principio de imputación recíproca que nos llevaría al examen de las diversas construcciones sostenidas en la materia, lo que desbordaría por completo la extensión razonable de un trabajo de esas característi-

perceptible, cuando existe un dolo común previo a los hechos. Así, en el ejemplo del grupo de codelincuentes en el que en el curso de un mismo robo con intimidación unos se apoderan de una cantidad y otros de otra, estimándose que la suma de ellas, posteriormente repartido, es la que determina el resultado final imputable a todos ellos<sup>39</sup>. O cuando, por ejemplo, varios sujetos asestan simultáneamente sendas puñaladas a la víctima que fallece como consecuencia del conjunto de heridas infligidas por los codelincuentes, ejemplo paradigmático de coautoría. Ese punto de apoyo subjetivo no es posible descubrirlo en los casos a los que nos estamos refiriendo, calificados tradicionalmente como supuestos de autoría sucesiva, cuando tiene lugar el primero de los actos típicos del delito complejo o de varios actos. Así, en el ejemplo que nos sirve de base, cuando actúa P ejerciendo la fuerza en las cosas no es posible detectar el presupuesto mínimo que requiere el principio de imputación recíproca: la existencia de ese imprescindible elemento de apoyo subjetivo que sea común a ambos codelincuentes durante la verificación de los hechos que integran la definición típica.

Los argumentos expuestos no descartan, sino que vienen a completar, la idea de que en las hipótesis más frecuentes de lo que se conoce como coautoría sucesiva está ausente el elemento volitivo del dolo. Si se parte del punto de vista de que éste supone no sólo el mero conocimiento, sino también la voluntad de realización, se puede afirmar que en el coautor sobrevenido no puede estar presente el necesario dolo. Para ello es preciso sostener que el elemento volitivo que integra el dolo requiere proyectarse hacia el futuro o, como poco, tener como referencia temporal el preciso momento en que acaecen los hechos. Esta última exigencia se manifiesta más claramente en alguna de las fórmulas empleadas en relación con el citado elemento volitivo, como cuando se exige que el sujeto «se tome en serio» la posibilidad del delito» (Stratenwerth); o «cuente con la posibilidad del delito» (Welzel); o tome una «decisión contraria al bien jurídico protegido» (Roxin)<sup>40</sup>. Por el contrario, de lo expuesto se deduce que debería revisarse la termi-

---

<sup>39</sup> *Vid.*, en este sentido, E. PEÑARANDA RAMOS y C. SUÁREZ GONZÁLEZ, «Autoría o participación en determinados supuestos de “vigilancia” (Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989) (ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)», *PJ* 27, pp. 198-9.

<sup>40</sup> Sobre éstas, en general, *vid.* S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, 10, II, 98 y ss.; ampliamente M. M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, pp. 167 y ss. La proyección de la que hablamos lógicamente dependerá de la concepción que se sustente en torno al elemento volitivo del dolo; así, ejemplificativamente, parece muy clara en el concepto coloquial de voluntad (*id.*, M. M. DÍAZ PITA, p. 141) o en las que equiparan finalidad y voluntad (*vid.*, por todos, H.-H. JESCHECK, *Tratado...*, *op. cit.*, § 29, IV, 1; P. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento, op. cit.*, pp. 82 y ss.).

nología empleada en ocasiones en referencia al elemento volitivo del dolo, cuando se equipara a las ideas de «conformarse con»; «aceptar», «tomar a su cargo», etc., en cuanto todas estas expresiones podrían servir para fundamentar el elemento volitivo del dolo en supuestos como los que nos ocupan, donde los hechos han acaecido previamente a la intervención del sujeto, es decir, no excluyen claramente los casos de *dolus subsequens*. Asimismo, hay que concluir que la denominada coautoría sucesiva es una buena muestra de por qué es preciso estimar en el dolo un elemento volitivo junto al cognitivo: quienes se conforman con el mero conocimiento no explican satisfactoriamente el llamado principio de simultaneidad o la prohibición de apreciar *dolus subsequens*. Al respecto, no deja de ser significativo en el contexto jurídico positivo español que, en una figura próxima a la problemática que analizamos, el encubrimiento, se exija correctamente en relación con el delito ya acaecido tan sólo su conocimiento y nada más. Así el artículo 451 CP se refiere literalmente a «...el que *con conocimiento* de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes...». En definitiva, en lo que nos concierne en esta sede, sostener que concurre el necesario dolo en quien se incorpora a los acontecimientos penalmente relevantes tras la verificación de la primera acción típica implicaría un quebranto del principio de simultaneidad del dolo con la acción descrita en el tipo<sup>41</sup>.

Ciertamente, el Tribunal Supremo español no se ha conformado con el simple conocimiento de los hechos ya acaecidos para calificar como coautor al que interviene de forma sobrevenida, sino que, como hemos puesto de manifiesto, ulteriormente requiere que éste *se aproveche* de la situación previamente creada por otro<sup>42</sup>. Esta exigencia jurisprudencial

---

<sup>41</sup> Así, *vid.*, por ejemplo, C. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, T. I, trad. D. M. Luzón *et al.*, 1997, § 12, 77.

Lo expresado en el texto es válido para los casos en los que la intervención objetiva no es sobrevenida, pero sí lo es el dolo: puede ser ilustrativo el ejemplo extraído de la jurisprudencia alemana que expone Gössel: dos sujetos se ponen de acuerdo para lesionar a un tercero; antes de la ejecución uno de ellos, R, pregunta al otro, G, si además va a apoderarse de su dinero, lo que es negado por éste; ambos delinquentes causan lesiones a la víctima que pierde el conocimiento. R le sustrae la cartera y le ofrece a G la mitad del dinero; G duda, pero al final lo coge. El tribunal de instancia estimó que G era autor de un delito de lesiones en concurso real con uno de hurto; el *BGH*, sin embargo, entendió que dado que la violencia desplegada todavía estaba operativa en el momento en que G tomó el dinero, debía imputarse a éste un delito de robo (K.-H. GÖSSEL, «Sukzessive Mittäterschaft...», *op. cit.*, p. 541). De esta manera, presupuesto que G efectivamente no tuviera intención de sustraer el dinero de la víctima, se ignoró la idea de que el dolo no puede ser nunca *subsequens*.

dencial añadida al dolo por sí misma no es capaz de superar el planteamiento descrito. El aprovecharse de lo ya ejecutado es un dato de carácter objetivo que no desvirtúa en absoluto la crítica formulada de que el interviniente adhesivo no actúa con la característica voluntad de quien lleva a cabo un comportamiento doloso.

Por fin, en este contexto, puede resultar significativo el tratamiento que se viene otorgando a determinados supuestos de autoría única. Piénsese en el caso del sujeto que penetra en la morada ajena mediante escalamiento sin dolo de sustraer lo que en su interior pueda encontrar; pero, una vez dentro de la vivienda, decide apropiarse de una serie de objetos que allí se encuentra. La ausencia del dolo específicamente requerido en el momento en que se produce el escalamiento cierra el paso a la apreciación de un robo con fuerza en las cosas, por lo que más bien debe estimarse un concurso real de delitos entre el allanamiento de morada y el hurto<sup>43</sup>. Lo mismo puede decirse en otros ejemplos análogos. Si un sujeto golpea a otro con ánimo tan sólo de lesionar y, posteriormente, a la vista de la inconsciencia provocada en la víctima decide sustraerle la carterera, no es posible estimar presente un robo con violencia, sino un concurso real de delitos de lesiones y hurto. Pues bien, no se entiende que se llegue a un conclusiones diferentes si en los hechos participa una pluralidad de personas sucesivamente, de forma que a quien interviene adhesivamente pueda imputársele acciones no abarcadas por su dolo, concretamente en los ejemplos propuestos la violencia o la fuerza en las cosas<sup>44</sup>.

En conclusión, tanto en los delitos de varios actos como en delitos complejos no será posible imputar a quien se incorpore con posterioridad al comienzo de la ejecución hechos ya acaecidos que fundamenten la responsabilidad. Con otras palabras, en tanto en cuanto la ejecución de alguno de los actos parciales en los que se descompone la figura delictiva se encuentre cerrada, no existe la posibilidad de considerar ese hecho ya clausurado para fundamentar la imputación de quien ha intervenido en el acontecimiento típico con posterioridad. Por consiguiente, en el ejemplo anterior, debe estimarse que N tan sólo es autor de un hurto; mientras que P comete un robo con fuerza en las

---

<sup>42</sup> Por ejemplo insiste en este requisito también G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 837, pero lo cierto es que este autor requiere para que haya coautoría que se intervenga cuando la ejecución del hecho no está cerrada.

<sup>43</sup> Así, *vid.* A. SANZ MORÁN, «Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada», *Estudios de Derecho penal y Criminología. Libro homenaje a Rodríguez Devesa*, t. II, 1989, p. 342.

<sup>44</sup> En sentido próximo, *vid.* K. SCHMOLLER, «Sukzessive Beteiligung...», *op. cit.*, p. 317.

cosas<sup>45</sup>. Lo contrario, supondría una flagrante violación del principio de legalidad, en cuanto el tipo requiere la presencia de dolo en todos los intervinientes, y del principio de culpabilidad<sup>46</sup>.

Otra cosa son los problemas concursales que puedan presentarse en el caso citado. Así, quizá en hipótesis como la aquí analizada todavía pueda afirmarse la vigencia de la distinción entre delito consumado y agotado<sup>47</sup>. De esta manera, cuando P se retira en la primera ocasión del quiosco, y establece un nuevo marco posesorio autónomo, el delito de robo con fuerza en las cosas se encontraba ya consumado. La dinámica de los acontecimientos muestra que, pese a ello, no se encontraba agotado, de forma que al acudir acompañado por segunda vez al quiosco y sustraer nuevos objetos de su interior todavía es posible sostener que aquello de lo que se apodera en la segunda ocasión se suma a lo primeramente obtenido para conformar un todo que constituye el objeto material del delito<sup>48</sup>. Ello puede tener trascendencia, al menos, desde tres puntos de vista. En primer lugar, cara a la potencial aplica-

---

<sup>45</sup> Así, por ejemplo, *vid.* G. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, 22, 40. Un punto de vista parcialmente discrepante es el que expone E. PÉREZ ALONSO, que en relación con los delitos de violación y robo indica que «quien intervenga después del ejercicio de la violencia o intimidación, sólo podrá responder como coautor de los actos parciales realizados a partir de ese momento, salvo que el aprovechamiento de la violencia pertenezca en sí a la lesión del bien jurídico» (*id.*, p. 301); deja así abierta una puerta a la admisión del fenómeno que aquí rechazamos.

<sup>46</sup> Carecería de trascendencia calificar la acción de N como una tentativa imposible de robo con fuerza en las cosas. La carencia de toda virtualidad lesiva *ex ante* para un espectador objetivo determinaría su exclusión del campo de lo penalmente relevante; incluso la conclusión es idéntica si se estima que la tentativa se caracteriza por la peligrosidad objetiva de la acción emprendida y se sostiene que en nuestro Derecho positivo la ausencia de una regulación expresa de la tentativa inidónea conlleva su impunidad. Quizá no se encontrase tan desencaminada una caracterización como la propuesta si se compara con clásicos ejemplos de tentativa imposible como el disparo sobre un cadáver; en ambos casos la intervención tiene lugar sobrepasado el umbral temporal en el que la acción puede tener virtualidad lesiva para el bien jurídico.

<sup>47</sup> Expresamente rechaza la posibilidad de que la distinción entre delito consumado y terminado despliegue efectos en esta clase de delitos E. BORJA JIMÉNEZ, «La terminación del delito», *op. cit.*, pp. 140 y ss., especialmente p. 146, si bien no entra en el examen de hipótesis análogas a la expuesta.

<sup>48</sup> Desde otra perspectiva, la del concurso de normas, probablemente estemos ante un supuesto de lo que la doctrina ha venido denominando «unidad natural de acción», «unidad de acción típica en sentido amplio», «unidad típica en sentido amplio»; se trata de una unidad valorativa, donde se estima como un único delito una pluralidad delictiva homogénea con base en criterios axiológicos; para ello se suele exigir tres elementos: contextualidad o estrecha conexión espacio temporal entre las diversas acciones típicas; la elevación simplemente cuantitativa de la lesión al bien jurídico o intensificación del injusto típico y culpabilidad unitaria o idéntica situa-

ción de la circunstancia agravante del artículo 235.3, la especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos (piénsese que quizá la suma de cantidades puede determinar su consideración, mientras que lo sustraído en el primer momento resulta insuficiente). En segundo lugar, si acaeciese la detención de P entre el primer y el segundo acto, debería estimarse un delito de robo con fuerza en las cosas cuyo objeto material sería lo efectivamente sustraído, de forma que la tentativa de un robo agravado sería desplazada sobre la base del principio de consunción por el delito consumado que se aprecie. En tercer lugar, en cuanto se cierra el paso a concepciones que estimasen que cuando P acude por segunda vez al quiosco se lleva a cabo un hurto. Otra cuestión es la calificación que merezca la acción de N. Roxin sostiene que N ha ayudado a P a aprovecharse del producto de un robo con fuerza en las cosas no consumado (en la segunda ocasión en que se acerca al quiosco); por lo tanto, estima que debe apreciarse complicidad en el robo con fuerza en las cosas aún no consumado. Sostiene que si no lo hubiese acompañado y sólo le hubiese prestado un vehículo para el transporte del objeto del delito, la calificación sería la misma<sup>49</sup>. Sin embargo, por otra parte, contemplando aisladamente la acción de N, cabría la posibilidad de entender que su acción constituye un hurto. Así, de hecho, la STS de 20 de noviembre de 1991, que en cuanto a los hechos básicamente coincide con el caso expuesto, el tribunal español, pese a utilizar la doctrina jurisprudencial que sobre la coautoría sucesiva hemos expuesto *supra*, acaba sosteniendo que quien interviene en los hechos de forma sobrevenida debía ser castigado como autor de un delito de hurto (*vid.* Fto. Jco. 3.º). Luego se plantea cuál es la relación entre esa potencial complicidad (sucesiva) en el robo con fuerza en las cosas y el hurto. Aun cuando no constituye el objeto de este trabajo, en general hay que entender que debe tener una aplicación preferente la autoría de hurto sobre la complicidad en el robo con fuerza en las cosas; parece que tiene una mayor entidad el ataque independiente a la propiedad ajena que verifica N que el ataque accesorio al mismo bien jurídico que puede llevar a cabo a través de P<sup>50</sup>.

---

ción de motivación (*Vid.* A. SANZ MORÁN, *Concurso de delitos...*, *op. cit.*, pp. 130-1, donde cita una serie de resoluciones jurisprudenciales); *vid.*, asimismo, R. GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem...*, *op. cit.*, pp. 122 y ss., donde prefiere hablar de supuestos de realización iterativa del tipo, citando expresamente los supuestos de sucesivos apoderamientos en estrecha conexión espacio temporal (especialmente, *vid.* p. 128).

<sup>49</sup> C. ROXIN, *Täterschaft...*, *op. cit.*, p. 291; coincide con él E. PÉREZ ALONSO, *La coautoría...*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>50</sup> Recordemos al respecto, como precisamente siguiendo la tesis de ROXIN, el fundamento de la punición de la participación reside en ese ataque accesorio al bien jurí-

### 2.3. *La imputación de circunstancias agravantes al interviniente sucesivo que lleva a cabo acciones ejecutivas*

En lo expuesto hasta ahora nos hemos centrado en figuras integradas por una pluralidad de elementos esenciales y no hemos hecho expresa consideración de los delitos en los que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad<sup>51</sup>. En estos últimos se plantea la problemática de si las circunstancias agravantes de la responsabilidad deben ser consideradas para modificar la responsabilidad de quien interviene como autor, pero de forma sobrevenida, cuando los hechos que fundamentan la circunstancia ya se han verificado<sup>52</sup>. El punto de partida de la discusión puede ofrecerlo un ejemplo de los ya apuntados convenientemente modificado. Así, pensemos en el caso en el que dos sujetos ejercen intimidación frente a la víctima empleando para ello «armas o medios igualmente peligrosos» a las que se refiere el artículo 180.5 del Código Penal; de esta manera consiguen conducir al sujeto pasivo al domicilio de uno de los codelincuentes, donde se encuentran a un tercer amigo que convive con ellos; en ese lugar, los tres individuos yacen con la víctima, dándose la circunstancia de que el temor generado previamente por el arma peligrosa hace innecesario que cuando el tercer sujeto interviene en los hechos ésta sea esgrimida de nuevo<sup>53</sup>.

Para abordar la cuestión planteada resulta imprescindible partir de la discutida naturaleza jurídica de las circunstancias. Siguiendo a Alonso Álamo, lo correcto quizá sea la idea de que el sistema español de las

---

dico (*Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, op. cit.*, vor § 26, 22 y ss.). Sin embargo, este mismo autor habla de una coautoría de N en un hurto simple, *Täterschaft...*, *op. cit.*, p. 291, reconociendo que en ningún lugar se califica así.

<sup>51</sup> Partimos de la idea de que las circunstancias del delito son elementos accidentales, contingentes, de éste, es decir, que pueden concurrir o no concurrir. A diferencia de ellas, los elementos esenciales resultan imprescindibles y sin ellos el delito o no existe o se transforma en uno diferente. Las circunstancias presuponen el delito y, como veremos, lo gradúan; *vid.*, por todos, M. ALONSO ÁLAMO, «Circunstancias del delito...», *op. cit.*, p. 49; S. MIR PUIG, *Derecho penal. parte general, op. cit.*, 25, I, 2: «de ellos no depende el ser del delito, sino sólo su gravedad».

<sup>52</sup> Sobre el estado de la discusión en Alemania, además de las referencias que proporcionaremos a continuación, *vid.* B. WEISSER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigungspflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Berlín, 1996, p. 130, n. 470.

<sup>53</sup> Evidentemente el punto de arranque del texto es que el artículo 180.5 CP contiene una auténtica circunstancia modificativa de la responsabilidad, si bien de carácter especial.

circunstancias permite mantener una noción amplia de tipo, como tipo conjunto en sentido amplio, donde la expresión «tipo conjunto» alude a que se halla integrado por el tipo de lo injusto y por el tipo de la culpabilidad, y «en sentido amplio» abarca no sólo las características de la parte especial, sino también las circunstancias genéricas que gradúan lo injusto o la culpabilidad<sup>54</sup>. Las circunstancias del delito, cuando concurren, se unen a los elementos esenciales constitutivos del delito y forman con ellos un todo unitario que ha de ser valorado unitariamente en los juicios de antijuricidad y culpabilidad<sup>55</sup>. Conforme a ello, la descripción de lo injusto culpablemente producido no se agotaría en el tipo de la parte especial. Este ha de ser completado con las características (accidentales) contingentes que, si concurren en el caso concreto, gradúan lo injusto o la culpabilidad<sup>56</sup>. Las circunstancias pueden concurrir o no, pero, cuando concurren, modifican también lo injusto o la culpabilidad y, en este sentido, de ellos forman parte integrante<sup>57</sup>. En consecuencia, deseamos la idea de que estamos en presencia de «causas modificativas de la pena» que repercutirían exclusivamente sobre la mayor o menor gravedad de la reacción punitiva<sup>58</sup>.

Volviendo al ámbito que nos ocupa, hemos rechazado que un hecho ya verificado pueda ser objetivamente imputado a quien no intervino en él ni objetiva ni subjetivamente cuando tal hecho tuvo lugar, o lo que es lo mismo, no es posible aceptar la coautoría sucesiva en delitos de varios actos o complejos de quien se suma cuando uno de los actos parciales en los que se descompone la figura delictiva se encuentra cerrado. No existen motivos para seguir un planteamiento diverso cuando se trata de una circunstancia, de un elemento accidental no esencial del delito<sup>59</sup>. Aquéllas no pueden ser utilizadas para incre-

<sup>54</sup> M. ALONSO ÁLAMO, «Circunstancias del delito...», *op. cit.*, p. 14.

<sup>55</sup> M. ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid, 1981, p. 372.

<sup>56</sup> Id. M. ALONSO ÁLAMO, p. 436.

<sup>57</sup> Id. M. ALONSO ÁLAMO, p. 437. Así entendido, el tipo conjunto en sentido amplio sería una forma de presentación del problema con significación eminentemente teórica que proporcionaría un aparato conceptual que permitiría la comprensión del sistema penal español. Las circunstancias generales, sin embargo, no forman parte del tipo de lo injusto, ni del tipo de la culpabilidad, en sentido estricto o restringido. M. ALONSO ÁLAMO, «Circunstancias del delito e inseguridad jurídica», *op. cit.*, p. 15.

<sup>58</sup> Vid. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad*, 1988, p. 177 y *passim*; M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, pp. 671 y ss. y sobre todo p. 673 (1999, pp. 877 y ss.). Críticamente, M. Alonso Alamo, «Circunstancias del delito...», *op. cit.* pp. 50 y ss.

<sup>59</sup> Así, vid. C. ROXIN, *Täterschaft...*, *op. cit.*, pp. 289-90; K. KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, *op. cit.*, § 20, 129, donde se emplean básicamente los mismos argumentos que los descritos *supra* en relación con los delitos complejos y de varios actos.

mentar la sanción frente a quien se adhiere con posterioridad al curso de los acontecimientos. Ello es especialmente claro si se tiene en cuenta que las circunstancias tan sólo modelan el contenido de injusto o de culpabilidad. Centrándonos en las primeras, carecería de sentido un régimen diferenciado de unos elementos de lo injusto frente a otros. No obstante, la cuestión requiere unas mínimas consideraciones partiendo de la base que proporciona el Derecho positivo. La materia no puede ser abarcada en su totalidad, por lo que limitaremos nuestro análisis a alguno de los aspectos problemáticos que se presentan.

Como es conocido, el artículo 65.2 del Código Penal español dispone que las circunstancias agravantes o atenuantes «que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido *conocimiento* de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito». Evidentemente escapa de nuestras posibilidades el examen de la compleja problemática de la comunicabilidad de las circunstancias. En este momento nos interesa tan sólo destacar, en primer lugar, cómo el artículo 65.2 puede tener aplicación no sólo a los partícipes en el delito, sino también a los autores<sup>60</sup>, hipótesis esta última que es la que resulta relevante en este momento de nuestra investigación. Y, en segundo lugar, que el citado precepto se limita a exigir «conocimiento» de las circunstancias y nada más. De ahí se desprende que, en principio, no resultaría incompatible formalmente con el Derecho positivo una concepción que aceptase la imputación de circunstancias agravantes al coautor sucesivo que, sin embargo, no ha intervenido en su ejecución y que tan sólo «conoce» *a posteriori* esas circunstancias. Expresado de otro modo, la crítica previamente expresada conforme a la cual el elemento volitivo del dolo no concurre en el denominado coautor sucesivo debe ser matizada en el ámbito específico de las circunstancias a la vista de la regulación concreta del derecho positivo. Ciertamente, en relación con el código anterior, se detectaban opiniones conforme a las cuales el anterior artículo 60, que se corresponde con el actual artículo 65, no tenía aplicación a las circunstancias especiales<sup>61</sup>, con lo cual carecería de sentido plantear la

---

<sup>60</sup> Al respecto, *vid.* M. A. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, pp. 121 y ss.; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias...*, *op. cit.*, p. 217; J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, T. II, *op. cit.*, p. 256.

<sup>61</sup> *Vid.* M. ALONSO ÁLAMO, «Circunstancias del delito e inseguridad jurídica», p. 61, n. 38, si bien en relación con el anterior código; M. A. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias...*, *op. cit.*, pp. 47-8, con el argumento de que las cir-

cuestión. Sin embargo, de la nueva regulación del Código Penal de 1995 más bien parece deducirse el criterio opuesto<sup>62</sup>. En todo caso, permanecería la importancia de la problemática en relación con las circunstancias generales, a las cuales inequívocamente le son aplicables esos preceptos<sup>63</sup>. El problema se plantea no sólo por el tenor literal del artículo 65.2, sino porque algún autor ha sostenido que carece por completo de relevancia para la comunicación de las circunstancias el aspecto volitivo del dolo, del mismo modo que también alguna línea jurisprudencial se orienta en esa misma dirección<sup>64</sup>.

Un planteamiento de esta índole no resulta admisible desde diversas perspectivas. Se ha destacado que nada se opone a la posibilidad de requerir además de la conciencia sobre la presencia de la circunstancia, la voluntad de que se realice<sup>65</sup>. No sólo no se opone nada, sino

---

cunstancias específicas se ubican en el tipo, o en el injusto específico, que no admite transacciones de ninguna clase, mientras que las circunstancias generales lo hacen en el injusto genérico o antijuricidad; *vid.* E. PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, 1995, pp. 246 y ss.; en pp. 116 y ss. propugna un tratamiento unitario de las circunstancias específicas y las generales.

<sup>62</sup> El artículo 66 establece las reglas de determinación de la pena en función de la concurrencia o ausencia de circunstancias generales; el artículo 67 excluye de esas reglas *del artículo anterior* a las circunstancias especiales; luego *a contrario sensu* hay que entender que sólo se excluye la aplicabilidad del artículo 66 y no la del artículo 65 (en este sentido, *vid.*, críticamente, M. A. BOLDOVA PASAMAR, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, —L. Gracia Martín, coord.—, Valencia, 1996, p. 203). Lo cierto es que la redacción de los preceptos no es tan inequívoca, como para conducir necesariamente a la intelección apuntada que, no obstante, sí parece la más razonable.

Tampoco entramos en otras cuestiones como la potencial configuración de determinados supuestos como delitos circunstanciados, al respecto, *vid.* M. ALONSO ÁLAMO, *El sistema...*, *op. cit.*, pp. 313 y ss., donde admite la aplicación del antiguo artículo 60 sin problemas en estos casos; otra perspectiva, puede verse, por ejemplo, E. PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias...*, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

<sup>63</sup> No entramos en los detalles relativos al «conocimiento» de las circunstancias personales a las que alude el artículo 65.1 que no contiene expresamente una exigencia análoga a la establecida en el apartado 2; sobre ello, *vid.* M. ALONSO ÁLAMO, *El sistema de circunstancias...*, *op. cit.*, pp. 311-2; M. A. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad...*, *op. cit.*, pp. 192 y ss.; la cuestión del conocimiento de las circunstancias que implican un mayor contenido de culpabilidad es más propio de un estudio específico en materia de circunstancias, en cuyos detalles no nos podemos detener.

<sup>64</sup> Así, *vid.* las referencias bibliográficas que proporciona M. A. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad...*, *op. cit.*, p. 202; en cuanto a la jurisprudencia, *vid.* pp. 208-9; *vid.* pp. ss. en relación con la línea mayoritaria que parece inclinarse mayoritariamente en sentido contrario a contentarse con el mero conocimiento.

<sup>65</sup> *Id.* M. A. BOLDOVA PASAMAR, p. 202, hasta el punto de que este autor señala que si el sujeto se representa la posibilidad de que concurra la circunstancia, pero confía

que lo contrario llevaría a un inadmisibile concepto dual del dolo, especialmente claro en aquellas circunstancias que sirven para graduar el contenido de injusto del hecho<sup>66</sup>. Por una parte, el que se predicaría de los delitos en los que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, donde éste se integraría tanto por el elemento cognoscitivo como por el volitivo, exigiéndose a los coautores que ambos se refieran a todos los elementos que componen lo injusto típico. Por otro, el concepto de dolo propio de los delitos en los que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, de las que gradúan lo injusto, donde sería suficiente con que en alguno de los coautores estuviera presente tan sólo el elemento cognoscitivo, al menos en conexión con las circunstancias que, recordemos, forman parte de lo injusto del hecho<sup>67</sup>. En suma, resulta imposible sostener que las circunstancias a las que nos venimos refiriendo gradúan lo injusto del hecho y al mismo tiempo entender que no deben ser captadas por el dolo en los mismos términos que el resto de elementos integrantes de ese injusto.

Estamos ante un indicio más de que *de lege ferenda* procede una modificación de los términos en los que está redactado el artículo 65.2 que excluya de su seno la expresión «conocimiento», sustituyéndola por una referencia genérica al dolo. *De lege lata* procede interpretar la idea de conocimiento precisamente en ese sentido, lo cual es posible, entre otras cosas, porque implica restringir el ámbito de aplicación del precepto. Como veremos *infra*, también resulta difícil encontrar un sentido razonable a esa expresión en otro contexto y, más concretamente, en el de la participación en el delito.

#### 2.4. *Delitos permanentes*

Un tratamiento diferenciado merecen los delitos permanentes, los cuales presentan ciertas peculiaridades. Entendemos éstos como aquellas figuras delictivas en las que la acción provoca la creación de una

---

en que no se produzca, no será comunicable, en tanto que si cuenta con ella, se comunicará de llegar luego a verificarse (p. 206).

<sup>66</sup> Aun cuando no podemos profundizar en la cuestión, téngase en cuenta que hoy se admite generalmente que la naturaleza objetiva, subjetiva o mixta es indiferente a efectos de decidir la pertenencia de una circunstancia a lo injusto o a la culpabilidad, *vid.*, por todos, M. ALONSO ÁLAMO, «Circunstancias del delito...», *op. cit.*, p. 51, n. 18.

<sup>67</sup> *Vid.* M. ALONSO ÁLAMO, «Circunstancias del delito...», *op. cit.*, p. 66, donde, con razón, indica que el dolo del autor debe abarcar el sustrato objetivo de las características que gradúan lo injusto; *vid.* como planteamientos como el aquí rechazado se han estimado incompatibles con el principio de culpabilidad: M. A. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad...*, *op. cit.*, p. 207.

situación antijurídica duradera que el sujeto mantiene voluntariamente<sup>68</sup>. En este caso, la cuestión no difiere en esencia del planteamiento anteriormente desarrollado, si bien puede presentarse algún matiz diferenciador, sobre todo desde el momento en que la calificación de quien interviene de modo adhesivo, una vez consumado el delito<sup>69</sup>, puede ser precisamente la de coautor, lo que no ocurría en el caso anterior. La cuestión puede aclararse mínimamente con un ejemplo:

A conoce que su amigo B ha privado de libertad a X cuando éste lleva ya ilegalmente detenido quince días; su enemistad con la víctima le lleva a intervenir en los hechos ejecutando acciones que inequívocamente deben serle imputadas a título de autor de un delito contra la libertad: releva a B en la vigilancia del detenido, renueva las ataduras con las que evitan los movimientos de X, le impide físicamente que en determinados momentos se dé a la fuga, etc. Dos días después, cuando la víctima lleva ya diecisiete privado de libertad, convencidos de que los riesgos de seguir adelante con su acción son ya demasiado elevados, ponen fin a la situación.

La especial regulación española en materia de delitos de esta índole (artículo 163 del Código Penal) hacen depender la pena a imponer al autor de la detención ilegal del tiempo durante el cual se prolonga el ataque al bien jurídico tutelado, en la idea de que el deterioro que sufre éste es progresivo. En el caso que nos ocupa, una visión excesivamente flexible del fenómeno que analizamos podría llevar a sancionar a B con la pena prevista en el tipo agravado del artículo 163.3, esto es, cuando la privación de libertad se prolonga más allá de quince días. Sin duda, ésa sería la conclusión a la que debería llevar la aplicación de los puntos de vista de determinados sectores de la doctrina y la jurisprudencia, cuando al hilo de las categorías consumación y terminación del delito, deciden imputar los hechos ya acaecidos, a quien interviene en el curso de los acontecimientos en ese momento, con el sólo requisito del conocimiento y aprobación de los hechos ya llevados a cabo. Las críticas a esta solución anteriormente expuestas serían plenamente aplicables: no se puede afirmar presente el elemento volitivo del dolo en B en relación con lo ya verificado, ni existe un auténtico codominio del hecho, ni se puede decir que A haya ejecutado los actos previos penalmente relevantes anteriores a su incorporación al curso

---

<sup>68</sup> *Vid.*, por todos, A. SANZ MORÁN, *El concurso...*, *op. cit.*, p. 116; R. CANTARERO BANDRÉS, *Problemas penales y procesales del delito continuado*, 1991, pp. 50 y ss.

<sup>69</sup> No obstante, hay que señalar como hay quien ha indicado que estos delitos no presentan propiamente un momento consumativo sino más bien un estado de consumación que dura hasta que cesa la situación antijurídica: *ibid.*, A. SANZ MORÁN.

de los acontecimientos; ni parece que el principio de imputación recíproca pueda tener campo de aplicación alguno. Como matiz diferenciador se puede destacar que en casos como el expuesto, en general en los delitos permanentes, el argumento de que el coautor «sucesivo» no interviene causalmente en los hechos ya acaecidos, sí que posee relevancia. Frente a lo que ocurría en los delitos de varios actos o en los delitos complejos, en esta clase de ilícitos constituye un presupuesto necesario para proceder a la imputación objetiva del resultado lesivo la intervención causal, la aportación de alguna contribución que se suma al flujo de factores que desembocan en el resultado. Estamos ante delitos que presentan una estructura caracterizada por la exigencia de un curso causal único, de forma que quien permanezca al margen de éste, o bien realiza una acción impune o bien tan sólo emprende una tentativa. La acción del denominado coautor sucesivo en los delitos permanentes, en el ejemplo A, adolece precisamente de ese déficit, la ausencia de una intervención que causalmente codetermine el resultado, en relación con los hechos ya verificados cuando aparece en escena.

Parece, pues, razonable sostener que en hipótesis de esta índole, debe estimarse que mientras B ha llevado a cabo un delito de detención ilegal agravado por el tiempo de duración de la privación de libertad, diecisiete días en concreto (artículo 163.3 del Código Penal), a A, por el contrario, tan sólo será posible sancionarle por el tipo atenuado del artículo 163.2, en cuanto tan sólo ha intervenido como coautor durante dos días. No por ello se rompe la unidad del título de imputación.

En el ejemplo de las detenciones ilegales propuesto, de A puede decirse tanto que ha realizado la totalidad de elementos objetivos y subjetivos que permiten afirmar que ha ejecutado conjuntamente con B hechos penalmente significativos, como que su intervención ha tenido lugar, durante el estadio de la ejecución. En consecuencia, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, como desde la teoría objetivo formal se abren las puertas a afirmar su condición de coautor, al menos por los hechos en los que los dos intervienen causalmente de forma interdependiente. Pese a ello, es dudoso que el calificativo «sucesivo» (o adhesivo, sobrevenido, etc.) aporte algo, pues, en definitiva, no hay nada distinto de una coautoría, sin más, al menos por los hechos en los que han intervenido conjuntamente ambos codeincentes.

El caso expuesto es especialmente significativo desde el momento en que en él también se plantea la problemática de la imputación de circunstancias agravantes a quien suma su actuación a la ya iniciada

por parte de otro agente (partimos de la base de que en el caso expuesto precisamente esa naturaleza presentan las circunstancias a las que alude el artículo 163.3 y que implican un incremento del contenido de injusto del hecho). Se trata en este caso de una circunstancia objetiva, caracterizada por un incremento del desvalor de resultado, donde lo expuesto *supra* en materia de circunstancias sería plenamente válido en este otro contexto. En consecuencia, en el ejemplo anterior, A no ha influido en absoluto en el deterioro que ha sufrido el bien jurídico durante los primeros quince días de cautiverio; imputarle de algún modo ese menoscabo, hacerlo responsable por ello, sería incompatible tanto con el principio de legalidad, como con el principio de culpabilidad.

## 2.5. *Delito continuado*

En este caso la cuestión no difiere esencialmente de lo descrito al hilo del supuesto anterior, lo cual no es extraño si se tiene en cuenta que ambos fenómenos presentan una cierta proximidad estructural, al caracterizarse ambos, al menos parcialmente, por ser supuestos de unidad delictiva que suponen un ataque progresivo al bien jurídico que requiere un espacio de tiempo prolongado<sup>70</sup>. En el delito continuado a quien se adhiere a los hechos cuando ya están en marcha no puede serle imputado acontecimientos ya sucedidos, aun cuando su actuación sea la propia de un autor. También en este contexto, deben tomarse en cuenta la pluralidad de obstáculos dogmáticos que existen para ello y que van desde la imposibilidad de afirmar la presencia del elemento volitivo del dolo, a las dificultades de aplicar las diversas teorías específicamente desarrolladas en materia de coautoría a ese sujeto adhesivo. De nuevo en este momento debe considerarse también que la ausencia de aportación causal a los sucesos ya acaecidos cierra el paso al eventual tratamiento como autor de los mismos de quien se incorpora con posterioridad. En definitiva, tan sólo procede estimar la responsabilidad del coautor sucesivo teniendo en cuenta lo acaecido tras el momento de su incorporación<sup>71</sup>. La

---

<sup>70</sup> Vid. R. CANTARERO BANDRÉS, *Problemas penales y procesales del delito continuado*, op. cit., pp. 50 y ss.

<sup>71</sup> Ésta parece ser la línea que sigue la jurisprudencia española. Al respecto, destacamos la STS 23-9-1993, la cual se refiere a un delito continuado de falsedad en documento oficial que se prolongó durante cuatro años; cuando ya había transcurrido un cierto tiempo, unos dos años, se incorporó un nuevo sujeto que realizó tareas definidas como cooperación necesaria. La sentencia más bien se ocupa de un supuesto de participación en el delito, no exactamente de autoría. Sin embargo, lo cierto es

acción de este último podrá ser considerada como encubrimiento; lo que ocurre es que tal calificación normalmente quedaría desplazada en virtud del principio de consunción por la de autoría o participación que simultáneamente constituye<sup>72</sup>. Ciñéndonos al primero de los casos, es decir, cuando la acción adhesiva es susceptible de estimarse como una acción de autoría, nada obliga a equiparar punitivamente, en idénticos términos, a todos los coautores. El artículo 74.1 del Código Penal español dispone que el autor de un delito continuado será castigado con «...la pena señalada para la infracción más grave que se impondrá en su mitad superior». Así, si la *infracción más grave* que se tiene en consideración a la hora de establecer la pena del autor que ha actuado en primer lugar ha acaecido con anterioridad a la incorporación del coautor «sucesivo», aquél hecho sólo deberá tenerse en cuenta para establecer la condena del primero de los sujetos. Para el que interviene de forma sobrevenida, el hecho que servirá de referencia para la determinación de la pena que le corresponde será el más grave de los acaecidos tras su incorporación. Por el contrario, si la infracción más grave sucede con posterioridad a la intervención del coautor adhesivo, entonces ésa será la que sirva para establecer la condena a todos los coautores. La solución, inevitable *de lege lata*, no es por completo justa ya que se produce una equiparación punitiva, cuando no todos los coautores han atacado al bien jurídico de forma cuantitativamente idéntica. *De lege ferenda* sería aconsejable que la Ley previera este tipo de situaciones.

Una problemática específica se plantea en el caso de las infracciones contra el patrimonio a las que alude el número 2 del artículo 74. En éstas, la pena se impone teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Ése es claramente el caso del sujeto que a título de autor actúa desde el inicio de la ejecución de los hechos. Sin embargo, el coautor «sucesivo» no puede ser tratado de la misma manera, por cuanto supondría imputarle actos en los que no ha intervenido ni objetiva ni subjetivamente, con todos los problemas dogmáticos que ello implica y de los que ya nos hemos ocupado. De nuevo, nada se opone a tomar como referencia a la hora de determinar la pena de

---

que la resolución del tribunal de instancia, impropriamente, condenaba a los tres sujetos implicados como autores. De esta resolución tendremos ocasión de ocuparnos *infra* más detenidamente cuando examinemos la complicidad sucesiva. En idénticos términos a la sentencia citada se expresa también la STS de 15 de junio de 1994 que tiene el mismo ponente.

<sup>72</sup> Así, *vid.*, con razón, la STS de 15 de junio de 1994, recurso A), Fto. de Derecho quinto.

este último la lesión patrimonial acaecida desde el momento en que comienza a actuar.

## 2.6. *Delitos de un solo acto: especial referencia a los delitos de resultado sin medios determinados*

En ocasiones se han presentado supuestos en los que se ha tratado de apreciar coautoría sucesiva fuera de los grupos de casos hasta ahora expuestos, v.g. en delitos contra la vida o contra la salud. Pero también en este contexto las distinciones que se pueden hacer son múltiples.

En primer lugar, se pueden analizar los casos en los que la intervención sobrevinida tiene lugar cuando la verificación de actos de ejecución no se encuentra cerrada por parte del autor que interviene en primer lugar y el resultado lesivo no se ha producido todavía. Al respecto, quizá pueda ser ilustrativo un ejemplo:

Un sujeto A elabora un artefacto explosivo y lo coloca en el domicilio de la víctima para matarla. Se da la circunstancia de que por un fallo en el mecanismo detonador no acaece la explosión. Un amigo del delincuente, B, avisado de los propósitos de éste tras el primer intento y enterado del fallo, se ofrece para arreglar el defecto. Lo hace, la bomba produce el efecto esperado y la víctima fallece.

Probablemente en un caso de estas características lo adecuado sería estimar que el amigo que se entera de la operación e interviene tras el fallo en el detonador es coautor de un homicidio o asesinato. La idea de que la aportación de B no es causal o no respeta las exigencias de un concepto de dolo articulado en torno a los elementos cognoscitivo y volitivo no son aplicables a hipótesis de estas características. Por una parte, resulta indudable que la aportación del coautor «sucesivo» se acumula al conjunto de factores que desembocan en el resultado típico. Por otra, en cuanto al elemento volitivo del dolo tampoco parece que pueda cuestionarse que B adopta una decisión contraria al bien jurídico protegido. Asimismo, claramente se puede llegar a la conclusión de que ambos sujetos realizan actos ejecutivos o codominan la acción descrita en el tipo. En el ejemplo propuesto para que se produzca la intervención de B será necesario que A haya procedido a comunicarle cómo han transcurrido los acontecimientos. Al hacerlo está realizando un acto que desde la teoría del dominio funcional del hecho podríamos calificar como esencial: para que su amigo pueda manipular el artefacto debe comunicarle no sólo lo que él ya ha hecho, sino, además, el lugar de colocación, sus características, etc. De esta

manera, mantiene su dominio, su control sobre el curso de los acontecimientos. Si, por el contrario, comunica a B el fallo en el detonador y lo hace de forma puramente informativa, sin la pretensión de que B se incorpore a los hechos con significación penal, pese a lo cual B decide actuar de forma penalmente relevante, la calificación debería depender del propio comportamiento de A. Presupuesto que A conoce la intención de B, dato imprescindible para la coautoría, cabe imaginar, al menos, dos posibilidades. Si A intenta impedir sería, firme y decididamente la consumación sería posible aplicarle el artículo 16.3, imposibilitando su consideración como coautor. Del mismo modo, un fracaso en su intento tan sólo sería indicativo de la pérdida del codominio del hecho, lo que cerraría el paso a la potencial estimación de una coautoría y le sería imputable tan sólo una tentativa de homicidio o asesinato. Si A adopta una actitud puramente pasiva y el resultado sobreviene, éste le sería objetivamente imputable por su comportamiento omisivo, en cuanto la omisión sobreviene tras la generación de una situación de peligro para el bien jurídico protegido. Carecería de trascendencia alguna intentar delimitar si cabe una coautoría entre la omisión y el comportamiento activo; del mismo modo que en lo que a A respecta, la apreciación de un delito consumado de homicidio desplazaría sobre la base del principio de consunción a la previa tentativa por él fallida. Por último, puede que A continúe desarrollando un papel activo en el curso de los acontecimientos, hipótesis en la que su condición de coautor permanecería intacta. Si A ignora las intenciones de B, que repara el fallo y activa el mecanismo que lleva al desenlace mortal, entonces estamos ante un caso de la llamada autoría accesoría, donde el primero debería ser considerado como autor de una tentativa de delito y el segundo como autor de un delito contra la vida consumado.

De lo expuesto se deduce que en los delitos de resultado, cuando éstos son de un solo acto y de medios indeterminados, en tanto en cuanto no se encuentre cerrada la ejecución de los hechos cabe todavía apreciar la coautoría de quien inicialmente no actuó, presentes la totalidad de elementos objetivos y subjetivos que ésta requiere. A tal conclusión probablemente se llegue con independencia de las tesis que en materia de autoría se sustente; tanto desde los postulados de la teoría del dominio del hecho, como si se sostiene la teoría objetivo formal. Desde estas bases se puede añadir que la figura del coautor «sucesivo» carece por sí mismo de sustantividad. En los casos en los que se debe estimar la coautoría de los diversos codelincuentes, la calificación de ésta como «sucesiva» apenas es indicativa; la trascendencia de esa adjetivación es por completo nula, en cuanto no se trata sino de un fenómeno de coautoría sin más, donde deben estar presentes los requi-

sitos de ésta y que, como mucho, indica que uno de los codelincuentes intervino en los hechos con posterioridad al otro, lo cual, como hemos señalado, no produce consecuencia alguna<sup>73</sup>.

Lo expuesto lleva a formularse la pregunta de si el cierre de la verificación de actos ejecutivos señala el final de la posibilidad de admitir coautoría. La respuesta probablemente deba ser negativa. Al respecto, puede ser significativo algún supuesto extraído de la experiencia jurisprudencial alemana: dos sujetos infligen a la víctima lesiones que con el tiempo la llevan a la muerte; verificadas éstas, interviene en los hechos un tercer sujeto que también golpea a la víctima, causando de esta forma nuevas lesiones que no resultan ser mortales para aquélla<sup>74</sup>.

Frente a una potencial calificación de la actuación de quien tan sólo inflige lesiones no mortales como coautor sucesivo de un homicidio, se alzan numerosas barreras: sobre todo se encuentra el obstáculo insalvable de la ausencia de causalidad, aun cuando tampoco concurre el elemento volitivo del dolo. En consecuencia, sin que resulte necesario realizar mayores precisiones, lo correcto sería estimar en quien actúa de forma sobrevenida unas lesiones dolosas consumadas o, quizá, una tentativa de homicidio, pero no cabe la calificación de coautor sucesivo de un homicidio, por mucho que asumiera lo previamente verificado. Ello al menos en tanto en cuanto la intervención analizada hubiese tenido lugar mientras el sujeto pasivo permanecía con vida porque, una vez acaecida la muerte, nos trasladamos al problemático campo de la tentativa inidónea<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> En sentido próximo, sin establecer diferencias entre unas clases de delitos y otras, M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 577; E. PÉREZ ALONSO indica que «para que exista coautoría sucesiva es preciso que concurren los presupuestos objetivos y sucesivos necesarios para afirmar el tipo de la coautoría como dominio funcional del hecho» (*La coautoría...*, op. cit., p. 296). En los delitos de varios actos y complejos y con los matices apuntados sí que sería aceptable la opinión ya expuesta de Gössel para quien la coautoría es posible hasta la consumación del respectivo menoscabo del bien jurídico típico (K. H. GÖSSEL, «Sukzessive Mittäterschaft...», op. cit., p. 555).

<sup>74</sup> Vid. C. ROXIN, *Täterschaft...*, op. cit., p. 593. Para algún ejemplo ulterior vid. B. WEISSER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme...*, op. cit., pp. 129 y ss., donde comenta el conocido caso *Lederspray*, rechazando tal posibilidad de coautoría sucesiva.

<sup>75</sup> Tan sólo matizadamente diferente resulta la opinión de E. PÉREZ ALONSO en ejemplos próximos; así, sostiene que no hay problema en afirmar que es coautor sucesivo quien ve a un compañero golpeando a otro y se suma a los golpes (*La coautoría...*, op. cit., p. 294). Lo expuesto en el texto más bien llevaría a estimar que quien interviene con posterioridad es coautor de las lesiones causadas desde el momento en que se suma a los hechos, pero en absoluto de lo causado con anterioridad, sin que el adjetivo sucesivo aporte ninguna especialidad al tratamiento jurídico del caso.

El ejemplo puede modificarse convenientemente para ilustrar la problemática de forma más completa: el sujeto que interviene cuando las primeras lesiones mortales ya han sido infligidas causa otras lesiones mortales. A su vez es posible concebir dos subhipótesis diferentes.

En la primera, la muerte sobreviene como consecuencia de las segundas lesiones, antes de que las primeras desplieguen sus efectos letales. La solución de esta hipótesis, como de las demás conexas, tiene un marco de tratamiento más adecuado en el ámbito de la teoría de la causalidad y de la imputación objetiva que en el de la autoría y participación. Ello mismo nos exime de una consideración pormenorizada, en cuanto nos interesa en este contexto tan sólo los problemas que en materia de codelinuencia puedan presentarse. Así, sin entrar en mayores detalles, probablemente se deba sostener que estamos ante un homicidio doloso consumado en quien interviene sobrevenidamente, mientras que tan sólo concurrirá una tentativa en los dos primeros sujetos.

Una segunda subhipótesis sería aquella en la que, pese a lo mortal de las heridas infligidas por el sujeto que actúa en segundo lugar, la muerte sobreviene a la víctima por las lesiones previamente causadas. Estaríamos ante un homicidio consumado en los dos primeros y tentativa de homicidio en el segundo.

Los ejemplos hasta el momento expuestos excluyen la relevancia de la coautoría en quien actúa en un delito de resultado de un solo acto y medios indeterminados. Cabe, no obstante, el diseño de un ejemplo, donde la cuestión varía. Así, cuando el sujeto que interviene de forma sucesiva incide en el proceso causal mortal ya en curso, acelerando la muerte. A los problemas que plantea el caso se añade el de la delimitación de la autoría y la cooperación en el delito, pues probablemente ambas formas de intervención puedan en abstracto concurrir a la solución del caso<sup>76</sup>. El examen detenido de la cuestión requeriría un tratamiento monográfico de imposible realización aquí. Baste decir que tratándose de un delito de resultado de medios indeterminados, donde todos los sujetos intervienen causalmente, la determinación de si estamos ante un caso de autoría o de participación, cooperación, dependerá de la entidad de la aportación; en definitiva, se tratará de una cuestión a resolver desde una perspectiva teleológico valorativa. En este sentido, la teoría del dominio del hecho requiere, en el caso

---

<sup>76</sup> La acción de acelerar la realización del delito por el autor constituye una de las hipótesis imaginables de complicidad; *vid.* M.C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito...*, *op. cit.*, p. 238 y *passim*.

del dominio funcional, una aportación esencial, concepto que no puede ser dotado de contenido de otra forma. Al margen de ello, lo que aquí interesa destacar es que existe la posibilidad de que el sujeto que actúa en segundo lugar, de forma sucesiva o adhesiva, en los delitos de resultado de medios indeterminados pueda ser calificado como coautor de los hechos<sup>77</sup>.

De lo expuesto deducimos una segunda conclusión: en los delitos de resultado cuando sean de un solo acto y de medios indeterminados, cabe apreciar coautoría, llámesela sucesiva o no, en tanto en cuanto no se haya producido el resultado lesivo típico y estén presentes el resto de requisitos que la teoría de la codelincuencia exige para este fenómeno.

### 2.7. *Delitos de un solo acto: delitos de resultado con medios legalmente determinados*

No todos los delitos de resultado responden al mismo esquema anteriormente descrito. Una consideración diferenciada merecen aquéllos cuando se trata de delitos de medios legalmente determinados.

En este contexto, podemos tomar como punto de partida el ejemplo que, en relación con el delito de estafa, propone Pérez Alonso: un sujeto lleva a cabo una actividad engañosa que provoca el error al comprador de una vivienda; como quiera que éste se retrasa en la entrega del dinero, su socio inmobiliario lleva a cabo las gestiones necesarias para lograr la disposición patrimonial por parte de la víctima. Para este penalista, dado que estamos ante un hecho global, una unidad de significado jurídico penal, hay que afirmar la coautoría sucesiva de quien interviene *a posteriori*<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> *Vid.* desde el punto de vista puramente causal, el tratamiento de un caso análogo, extraído de la jurisprudencia alemana en C. ROXIN, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, § 11, 17, donde desecha la idea de que en ese caso los golpes no son causales del resultado.

<sup>78</sup> E. PÉREZ ALONSO, *La coautoría...*, *op. cit.*, p. 298; su opinión coincide esencialmente con la de G. STRATENWERTH, *Derecho penal. parte general, op. cit.*, 874; E. SAMSON, *Systematischer Kommentar, op. cit.*, § 27, 18. Casos análogos en la jurisprudencia austriaca son citados por K. SCHMOLLER, «Die sukzessive Beteiligung...», *op. cit.*, p. 297, n. 10; H.-H. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt a.M..., 1992, p. 30, en lo que a la jurisprudencia del RG respecta.

El caso descrito en el texto quizá merezca alguna matización. Con independencia de la problemática de la coautoría sucesiva, desde nuestra perspectiva, llevar a cabo gestiones para evitar el retraso en el acto de disposición patrimonial más bien constituye un supuesto de complicidad en el delito. Precisamente se ha destacado que

Desde nuestra perspectiva, el planteamiento es distinto. El tipo de la estafa se caracteriza por exigir que el sujeto activo lleve a cabo la actividad engañosa; el error, el acto de disposición y el perjuicio patrimonial se encuentran conectados causalmente con la conducta requerida; son técnicamente el resultado (complejo) del delito. Estamos, pues, ante un delito de resultado con medios legalmente determinados; el resultado lesivo, simplificadaamente el perjuicio patrimonial, tan sólo puede ser causado por un medio específico, el engaño, de forma que si aquél sobreviene derivado de otra causa, quizá haya otro delito, pero no una estafa<sup>79</sup>. El engaño es, pues, un elemento nuclear, del delito. Es imposible que el llamado coautor sucesivo controle, codomine ese elemento central, lo que constituye el núcleo del comportamiento ilícito sin el cual no hay delito, ese engaño que ya había acaecido cuando apareció en escena. Luego difícilmente se puede afirmar desde los postulados de la teoría del dominio del hecho los requisitos exigidos por esta construcción en el interviniente sobrevenido. Se podría objetar que quien actúa en primer lugar no controla el acto de disposición patrimonial sin el cual tampoco hay delito y cuyo dominio está en manos del segundo sujeto. Sin embargo, eso sólo sería parcialmente cierto. Del mismo modo que en supuestos que hemos visto *supra*, para que se produzca la intervención del segundo sujeto activo, será preciso que el primero le transmita algún tipo de información, hecho que, unido a lo ya verificado, determina el dominio positivo del hecho, su impulso hacia adelante. Tan sólo una visión completamente rígida de la teoría del dominio del hecho exigiría que el control positivo característico exigido por esta construcción se mantenga en idénticos términos a lo largo de todo el proceso hasta la efectiva lesión del bien jurídico, visión que sencillamente inhabilitaría la citada teoría.

---

lo característico de la complicidad es el riesgo creado por el cómplice de favorecimiento de la realización del hecho principal; sólo crean un riesgo de favorecer la comisión del delito, las conductas aptas *ex ante* para facilitar, *acelerar* o asegurar la realización del delito por el autor o para intensificar el resultado principal causado por éste (C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, *op. cit.*, pp. 232-3 y p. 238). Resulta significativo como ROXIN propone precisamente un ejemplo próximo en el ámbito de la complicidad sucesiva, donde el partícipe adhesivo interviene tras el engaño tomando el objeto material del delito (*Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, *op. cit.*, § 27, 36). En cualquier caso, el ejemplo puede modificarse de forma que la entidad de la aportación del interviniente sobrevenido sea mayor y, por ejemplo, determine el acto de disposición patrimonial. De la problemática que puede presentar la complicidad sucesiva nos ocuparemos *infra*.

<sup>79</sup> *Vid.*, en sentido próximo, K. SCHMOLLER, «Die sukzessive Beteiligung...», *op. cit.*, pp. 297 y 305, desde la perspectiva del concepto unitario de autor; propone el ejemplo de quien tras la verificación del engaño se limita a proporcionar el número de cuenta corriente bancaria donde la víctima debe realizar el ingreso.

La conclusión no difiere esencialmente si los puntos de partida teóricos son otros. A modo puramente ilustrativo, podemos tomar la referencia de la moderna teoría objetivo formal<sup>80</sup>. Es conocido como en su seno Gimbernat Ordeig venía sosteniendo que autor es aquel cuya actividad es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial<sup>81</sup>. Gimbernat, en lo que alcanzo a ver, no se ha ocupado de la problemática que apuntamos aquí; sin embargo, si para él quien lleva a cabo la fuerza en el delito de violación no es autor<sup>82</sup>, probablemente mucho menos debería serlo quien no lleva a cabo el engaño en el delito de estafa, cuya centralidad resulta, si cabe, mayor en la conformación de la figura delictiva.

Si el problema se analiza desde la perspectiva subjetiva, las conclusiones tampoco difieren. No es posible afirmar un dolo coetáneo al acontecimiento típico central por parte de quien se adhiere al acontecimiento típico ya comenzado, de modo que, como mucho, en relación con el engaño, habría un dolo *subsequens*, consistente en ratificar lo ya acaecido, pero donde el elemento volitivo está ausente.

El caso presenta diferencias con los delitos de resultado de medios indeterminados, como el homicidio, de los cuales ya nos hemos ocupado. En estos últimos, la aportación de los codelincuentes no tiene por qué adoptar una forma determinada; ello se traduce en una flexibilidad mucho mayor a la hora de calificar jurídicamente las aportaciones de los diferentes codelincuentes, sencillamente porque el tipo es mucho menos rígido que en delitos como la estafa. El riesgo de vulnerar el principio de legalidad, en consecuencia, es mucho menor. De ahí las diferentes conclusiones a las que hemos llegado en cuanto al momento temporal desde el cual se debe entender cerrada la posibilidad de admitir la imputación a título de autor.

Del mismo modo se presentan ciertas similitudes con la situación característica de delitos complejos, como el robo con fuerza en las cosas. En éste, la verificación de un nuevo estado posesorio caracterizado por la constitución de una esfera de poder autónoma sobre la cosa mueble se constituye en el resultado del delito sin el cual no cabe apre-

---

<sup>80</sup> Respecto a esta teoría *vid.*, por todos y con carácter general, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, *op. cit.*, pp. 445 y ss.

<sup>81</sup> E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, *op. cit.*, p. 221; «Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre», *ZStW*, 80, p. 932 y *passim*.

<sup>82</sup> E. GIMBERNAT ORDEIG, «Diatriba del nuevo Código Penal», *La Ley* 1996, núm. 4043, p. 6; hemos analizado las tesis de este autor en otro contexto, *vid.* M. GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información...*, *op. cit.*, pp. 232-3, n. 289.

ciar la consumación. Sin embargo, en esta última figura delictiva comienza a haber acuerdo en que la intervención sobrevenida tras una de las acciones esenciales de la figura, el ejercicio de la fuerza en las cosas, cierra el paso a la posibilidad de imputar ésta al interviniente adhesivo. Igualmente, aquí, en los delitos de resultado de medios determinados, la intervención adhesiva, tras la verificación de un elemento esencial en el delito, como es el engaño en la estafa, cierra las puertas a la posibilidad de imputar *a título de autor* ese elemento esencial<sup>83</sup>. No estimamos, pues, que sea suficiente la caracterización de la estafa como una unidad de significado jurídico penal para superar los obstáculos dogmáticos apuntados.

Ciertamente, en un sistema como el nuestro donde está presente la figura del cooperador necesario, la cuestión desde el punto de vista de la pena presenta una importancia más reducida, en cuanto la apreciación de ésta permitirá una respuesta punitiva satisfactoria. Probablemente no se podría decir lo mismo con otro marco legal, como el alemán, en el que no existe una institución paralela. Como veremos posteriormente, en casos como el analizado, nada se opone a la aplicación de las normas sobre la participación, las cuales presentan un límite temporal menos exigente.

El ejemplo propuesto de la estafa resulta paradigmático de los delitos de resultado de medios determinados. En todos ellos está presente la exigencia de que el resultado desvalorado proceda con precisión de un medio específicamente concretado. La utilización de ese medio se constituye en un elemento esencial del delito, sin el cual éste no puede estar presente. Luego, la ausencia de intervención causal en él o, al menos su captación por el elemento volitivo del dolo, cierra el paso a la calificación como autor. La conclusión es que en esta clase de delitos, la denominada coautoría sucesiva encuentra su límite en la ejecución del acto nuclear, de forma que cerrada ésta, aun cuando el resultado lesivo típico no se haya verificado, se clausura la posibilidad de apreciar coautoría en el delito. Por el contrario, si la intervención adhesiva tiene lugar cuando la ejecución del acto especificado en el tipo no se ha cerrado todavía, se aplicarían los criterios generales de la teoría de la autoría.

---

<sup>83</sup> Para nosotros el ejemplo de la estafa transcurre de alguna forma paralelo al analizado *supra* en materia de fuerza en las cosas y del que se ocupó la STS de 20 de noviembre de 1991 o el *BGH*. Ya vimos entonces como para ROXIN, en aquel ejemplo, quien acompañaba al autor en su segundo viaje al quiosco era calificado como cómplice, si bien en un hurto simple, calificación que no compartíamos (*Täterschaft...*, *op. cit.*, p. 291).

## 2.8. Otras hipótesis

La problemática que puede presentar la realidad probablemente no se agote con las líneas trazadas. Dentro de los delitos de resultado todavía cabría hacer ulteriores distinciones que no se ajustan exactamente a los esquemas anteriormente proporcionados. Nos estamos refiriendo a delitos como los de construcción y edificación ilegal, descritos en el artículo 319 del Código Penal. Probablemente estas figuras delictivas se aproximen al concepto de «delito de estado», caracterizados porque la consumación se genera por un acto formal o material, voluntario, que no es preciso reiterar, pero que produce, sin embargo, efectos que se manifiestan durante el espacio temporal de lesión del bien jurídico protegido más o menos dilatado<sup>84</sup>. El caso del que nos ocupamos presenta ciertas peculiaridades en cuanto la consumación misma implica necesariamente el transcurso de un cierto periodo de tiempo; no acaece en un fugaz momento, por lo que más bien habría que hablar de periodo consumativo<sup>85</sup>. Nuevamente un ejemplo puede ayudar a ilustrar la problemática:

Un constructor inicia una obra no autorizada en un suelo que goza de una especial protección administrativa por sus valores ecológicos, históricos, etc. Cuando ha realizado actos suficientemente relevantes como para incidir en la descripción típica (v.g. ha realizado la cimentación de la construcción y erigido una cierta estructura alta y visible), un nuevo empresario de la construcción se incorpora a la obra y conjuntamente con el anterior la lleva a término: concluyen la estructura, llevan a cabo el techado, las paredes, las instalaciones, acabados, etc.

En el caso del primero de los constructores, apenas cabe duda de que se le debe considerar autor de un delito de construcción ilegal consumado<sup>86</sup>. Más problemas plantea la calificación del segundo. Desde

---

<sup>84</sup> Vid. A. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos...*, op. cit., p. 116.

<sup>85</sup> Sobre este último concepto, vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, op. cit., pp. 78-9, donde utiliza este concepto procedente de la doctrina italiana, más bien en relación con los delitos permanentes. De lo expuesto se deduce que no es apropiada para estos delitos la denominación «delitos instantáneos de efectos permanentes» que también se utiliza de forma intercambiable (*ibid.* A. SANZ MORÁN) ya que, como hemos señalado, en estos delitos la consumación instantánea resulta más que discutible.

<sup>86</sup> Prescindimos en este contexto de las dificultades interpretativas que presenta el delito del artículo 319.1, como puede ser la delimitación de conductas consumadas de las meramente intentadas, donde el concepto de construcción que emplea el tipo es central; partimos de que la cimentación y erección de una cierta estructura inciden en el marco de la consumación.

nuestra perspectiva, nuevamente nos enfrentamos a un problema que tan sólo puede ser resuelto con ayuda de un razonamiento teleológico valorativo, en cuyos detalles no podemos detenernos. De forma limitada cabe apuntar en este contexto que probablemente dependa de la entidad de lo realizado tras la intervención del segundo constructor. Una aportación que sea susceptible de encajar formalmente en el tipo, esto es, que por sí misma pueda llevar a aceptar que constituye una construcción, y que valorativamente implique un elevado peligro para el bien jurídico, determinará que deba estimarse como coautoría en el delito. Ese parece ser el caso, descrito, en cuanto lo ejecutado tras la aparición del segundo constructor posee una entidad notable: se acaba la estructura, se elevan las paredes, se realiza el techado, etc. Todo ello, lo verificado tras la intervención del segundo constructor, se le imputa también al primero en tanto en cuanto prosiga su intervención, pero no afecta al carácter de delito consumado por lo ya realizado, sino que servirá para graduar lo injusto de su actuación, lo cual debería tener incidencia en el marco de la individualización de la pena. En definitiva, pese a que el delito ya estaba consumado cuando se produce la adhesión de otro sujeto, no por ello debe dejar de apreciarse el carácter de coautor del segundo empresario constructor.

La situación contrasta con otros delitos de resultado (de ahí la consideración diferenciada), en cuanto hemos admitido la coautoría de quien interviene cuando el delito se encuentra ya consumado, pese a que habíamos rechazado esa posibilidad tajantemente en otros delitos de resultado. Probablemente la explicación del tratamiento diferenciado descrito radique en la especiales características que presenta el bien jurídico objeto de tutela<sup>87</sup>. Del mismo modo que en los delitos permanentes, aquí el bien jurídico presenta una característica elasticidad. Ello se traduce en que su afeción sólo es concebible en un marco de tiempo más o menos prolongado, pero nunca reducido a un sólo instante, y en que, cuando resulta afectado, el deterioro no resulta irreversible, sino que, por el contrario, es posible volver a su situación anterior. En el supuesto que nos ocupa, esa elasticidad es mucho menor que en los clásicos ejemplos de delitos permanentes como las detenciones ilegales, el allanamiento de morada o la tenencia ilícita de armas<sup>88</sup>. En

---

<sup>87</sup> Entendemos que éste es la normativa en materia de ordenación del territorio, lo que configura el delito como de peligro abstracto puro; al respecto, *vid.* M. ALONSO ÁLAMO, «Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo», *Cuadernos de la Guardia Civil* 17, 1997, pp. 71 y ss.; M. GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, Granada, 2000, pp. 21 y ss. y 47 y ss.

<sup>88</sup> Sobre estos bienes jurídicos elásticos e inelásticos, en cuyos detalles no podemos entrar, *vid.* en la literatura española, E. BORJA JIMÉNEZ, «La terminación del deli-

cualquier caso, esa elasticidad está ausente en delitos como el homicidio, donde, menoscabada la vida, no hay posible reversión, al mismo tiempo que la lesión del bien jurídico se produce en un determinado momento, de forma que pasado ese instante, desaparece el objeto de protección.

Por otro lado, la diferencia con los delitos permanentes radica en que en estos últimos la situación antijurídica creada por el autor puede cesar cuando voluntariamente así lo decida el sujeto activo, mientras que en esta clase de ilícitos los efectos sobre el bien jurídico permanecen aun cuando cese voluntariamente la actuación del agente<sup>89</sup>. De esta manera, cabría concebir múltiples combinaciones cuyo detalle no es necesario exponer, v.g. si el primer constructor interrumpe la construcción y posteriormente la reanuda con el otro, etc.

Evidentemente lo indicado juega exclusivamente en relación con los delitos dolosos. La cuestión difiere cuando se trata de un delito imprudente. Su expresa consideración desborda nuestras posibilidades en este contexto.

### 3. La complicidad sucesiva

#### 3.1. *Planteamiento*

No constituye el objeto de este trabajo el examen en profundidad de la complicidad sucesiva. No obstante, estimamos que el estudio quedaría incompleto sin unas referencias mínimas a este fenómeno, en atención al parentesco que presentan ambas figuras. Téngase en cuenta que la perspectiva adoptada implica que la coautoría «sucesiva» se encuentra vedada por la exigencia de que el sujeto que se adhiere a los hechos lo haga dentro de unos márgenes temporales estrictos. Superados éstos, variables en función de la estructura del delito de que se

---

to», *op. cit.*, p. 154, n. 163; A. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos, op. cit.*, p. 116, quien extrae consecuencias en materia de prescripción.

<sup>89</sup> Las precisiones que se pueden realizar no se agotan en las reflexiones precedentes. Las conclusiones a las que hemos llegado en los delitos de construcción ilegal no coinciden exactamente con las que derivan de los ejemplos tradicionales de delitos de estado, donde se suele utilizar como ejemplo paradigmático el delito, llamémoslo, de bigamia; en este último, sí que se puede hablar propiamente de un delito instantáneo de efectos permanentes; precisamente ese carácter instantáneo de la consumación determina la imposibilidad de una coautoría «sucesiva», pese a que conceptualmente es posible imaginar una sucesión de actos ilícitos, desde el momento en que el tipo describe la conducta consistente en contraer segundo o *ulterior* matrimonio. Sin embargo, cada nuevo matrimonio constituirá un nuevo delito.

trate, ya no cabe apreciar coautoría, pero se ha sostenido la posibilidad, en determinadas hipótesis y bajo determinados presupuestos, de que se aprecie participación accesoria en el delito y concretamente complicidad, necesaria o no (cabría también inducción, pero no podemos abordar esa forma de participación). Puede recordarse el ejemplo ya descrito del robo con fuerza en las cosas:

P, tras ejercer fuerza en las cosas, penetra en un quiosco y sustrae una parte de los alimentos allí contenidos, llevándolos a la vivienda de N, conocido suyo al que relata lo sucedido; ambos vuelven al quiosco, sustraen el resto de la mercancía y posteriormente reparten el botín.

Descartada la coautoría de N en el robo con fuerza en las cosas de P, con independencia de otras consideraciones, Roxin ha sostenido que N es cómplice en el hurto agravado, robo con fuerza en las cosas en España, de P. Llama inmediatamente la atención el diferente tratamiento que le merecen autor y cómplice; esto es, el diferente límite temporal que para la adhesión de nuevos sujetos se establece en función de si se les considera enmarcados en una o en otra categoría, donde en el caso de la complicidad se es mucho más flexible. Roxin para justificar tal diversidad de planteamientos acude, con razón, al carácter accesorio de la complicidad: el cómplice no es castigado por la propia realización del tipo, sino por facilitar la acción ajena. De esta manera, para él no se puede depender en los mismos términos del punto temporal en el que tiene lugar la acción de facilitación<sup>90</sup>.

### 3.2. *La discusión en la doctrina: perspectiva general*

En Alemania, de forma paralela a la coautoría sucesiva, un amplio sector doctrinal venía sosteniendo con unos matices u otros que es posible la complicidad en el delito hasta el completo agotamiento o terminación del delito<sup>91, 92</sup>. En España, aunque de forma mucho

---

<sup>90</sup> C. ROXIN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, op. cit.*, § 25, 196.

<sup>91</sup> ROXIN propone ejemplos alternativos extraídos de la experiencia jurisprudencial alemana: tres sujetos sustraen chatarra de un cercado y la llevan a un escondrijo situado a unos 500 metros del lugar de sustracción; de ahí la toma el acusado; a pesar de que con el traslado del objeto material al primer lugar se había consumado el delito, todavía no se ha producido el agotamiento de éste, de forma que todavía resulta posible conforme a la construcción tradicional la complicidad en el delito (*Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, op. cit.*, § 27, 33); sobre la jurisprudencia alemana *vid.* R.-D. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, München, 1977, p. 153. El BGH ha venido admitiendo la posibilidad de hurto o robo una vez consumado el delito «hasta que el botín se encuentre en su lugar de destino» (*vid.* H.-H. LESCH, *Das Pro-*

más limitada, también se aprecian opiniones próximas a ese punto de vista<sup>93</sup>.

*blem der sukzessiven Beihilfe*, op. cit., p. 43, mientras que en pp. ss. analiza otros casos y alguna decisión diferente, ya que en ocasiones el *BGH* hace coincidir el agotamiento del delito con el tipo formal, sin ir más allá.

<sup>92</sup> *Vid.*, entre los autores que defienden que la misma es posible en el segmento comprendido entre la consumación y el agotamiento del delito: H.-H. JESCHECK, *Tratado...*, op. cit., § 64, IV, 2 b); H. MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart, Köln, 1953, p. 323; H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrecht Lehre*, 5. Auf. Berlin, etc., 1996, p. 291; J. WESSELS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 29 Auf., Heidelberg, 1999, § 13, IV, 5, a; P. CRAMER, *Schönke-Schröder Strafrechtsgesetzbuch Kommentar*, op. cit., § 27, 17; H. BLEI, *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*, 12 Auf., München, 1996, § 80, I; E. DREHER y H. TRONDLE, *Strafrechtsgesetzbuch*, op. cit., § 27, 4; A. ESER, *Juristischer Studienkurs. Strafrecht II*, 3 Auf., München, 1980, 45, A 12; P. NOLL y S. TRECHSEL, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 3 Auf., Zürich, 1990, p. 174; S. TRECHSEL, *Schweizerisches Strafrechtsgesetzbuch. Kurzkomentar*, Zürich, 1989, Nachdruck, 1992, Art. 25, 8; H. SCHULTZ, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, I Band, 4 Auf., Bern, 1982, p. 297; K. LACKNER y K. KÜHL, *Strafrechtsgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22 Auf., München, 1997, § 27, 2 b), para el que el momento último en el que cabe la complicidad sucesiva se determina conforme no a la teoría del dominio del hecho, sino a un principio orientado al campo de validez de la norma; P. BOCKELMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 1979, § 25, III, 2 b); T. VOGLER, «Zur Ursachlichkeit der Beihilfe für die Haupttat», *Festschrift für Ernst Heintz*, Berlín, 1972, p. 308, para el que es indiferente en qué estadio del *iter criminis* tiene lugar la acción de complicidad en tanto se dé una relación objetiva entre el hecho principal y la acción de complicidad; para esta relación objetiva bastaría que existiera un incremento del riesgo, es decir una idoneidad general de la intervención para la lesión del bien jurídico a través del hecho principal (pp. 309 y ss.). Es preciso tener en cuenta que existen matices importantes entre ellos en relación, por ejemplo, al concepto de agotamiento o terminación —*Beendigung*—, en los que ahora no podemos entrar y para los que nos remitimos a K. KÜHL, *Die Beendigung...*, op. cit., pp. 81 y ss.; C. ROXIN, *Strafrechtsgesetzbuch Leipziger Kommentar*, op. cit., § 27, 22, para la que la decisión sobre si estamos en presencia de complicidad o de encubrimiento dependería de la dirección de la voluntad del que presta la ayuda; K. KÜHL, *Die Beendigung...*, op. cit., pp. 80-1.

<sup>93</sup> C. CONDE PUMPIDO TOURÓN, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, T. I, 1997, p. 920, donde cita alguna referencia de la jurisprudencia española; *vid.*, asimismo, M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO, los cuales parecen expresar una postura próxima cuando afirman que conductas materialmente de encubrimiento pueden ser consideradas como complicidad «porque la permanencia de los efectos permite todavía intervenir en el delito como partícipe», *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 56; dado que el encubrimiento sólo puede tener lugar tras la consumación del delito, podemos ubicar la posición de estos autores en este contexto; su posición que parece sugerir la existencia de un campo común entre complicidad y encubrimiento, los cuales se comportarían como círculos secantes, donde en la zona común desplazaría la complicidad al encubrimiento, lo que equivale a sostener la posibilidad de un concurso aparente de normas. Preferimos pensar que ambos fenómenos no poseen zonas comunes, en cuanto el tenor literal del artículo 451 se refiere al que «con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en él como autor o cómplice interviniera con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes...».

Se observa, no obstante, en este campo, una creciente corriente crítica en la doctrina alemana para la que, terminado el comportamiento típico, no cabe ya complicidad, considerando que defender lo contrario supondría una infracción del principio *nullum crimen sine lege* y, en consecuencia, sería incompatible con el artículo 103.II de la GG<sup>94</sup>. Sin embargo, no existe unidad plena en los planteamientos de quienes aceptan estos últimos puntos de partida.

La posición más restrictiva dentro de este bloque probablemente corresponda a Rudolphi. Para este penalista, terminada la acción típica del autor, si un tercero actúa sobre el curso causal que desemboca en el resultado injusto, su actuación sólo se puede calificar como autoría accesoria o como encubrimiento<sup>95</sup>. El punto de partida de su plan-

---

<sup>94</sup> Vid. R. D. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, *op. cit.*, pp. 71-2, donde pone de relieve que la fijación del momento en el que se agota el delito daría lugar a una gran inseguridad jurídica; en sentido semejante, C. ROXIN, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, *op. cit.*, § 27, 22; G. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general.*, Madrid, 1997 (trad. J. Cuello y J. L. Serrano), 22/38 y ss.; E. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, § 27, 18; K. H. GÖSSEL, «Über die Vollendung des Diebstahls», *ZStW* 85, 1973, pp. 646-7; N. BITZILEKIS, «Über die strafrechtliche Bedeutung von Vollendung und Beendigung der Straftat», *ZStW* 99, 1987, p. 734; de acuerdo con este último se muestra en España E. BORJA JIMÉNEZ, «La terminación del delito», *op. cit.*, p. 170, n. 193; H.-J. RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar...*, *op. cit.*, vor § 22, 9; B. WOELK, *Täterschaft...*, *op. cit.*, pp. 173-4, sin mencionar el precepto constitucional; G. M. L. SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfschaft?...*, *op. cit.*, p. 35, que, sin embargo, admite la participación entre ambas fases en los delitos permanentes mientras permanezca el estado antijurídico (p. 34); o si, aunque la ayuda física se prestase en dicha fase, se intervino psíquicamente en el delito desde el principio, por ejemplo por medio de una promesa de actuación (p. 135); H.-H. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, *op. cit.*, pp. 61 y ss.; para ulteriores referencias bibliográficas vid. H.-J. RUDOLPHI, «Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe», *Festschrift für H.-H. Jeschek zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1985, p. 560, al mismo tiempo que asume esta tesis en p. 568; sobre esta problemática en general y no sólo en materia de codelinuencia, vid. K. KÜHL, *Die Beendigung...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss. De aquí que algunos autores destaquen en estos casos que para derivar consecuencias fundamentadoras de la pena es preciso que el respectivo tipo penal permita incluir el comportamiento conforme a una interpretación admisible lingüística y objetivamente, T. VOGLER, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, *op. cit.*, vor § 22, 34.

<sup>95</sup> H.-J. RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar...*, *op. cit.*, vor § 22, 9; «Die zeitlichen Grenzen...», *op. cit.*, pp. 569 y ss. Básicamente coincide con su planteamiento, si bien no hace referencia a la autoría accesoria, G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, *op. cit.*, 22/40; M. KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, 9, 5.4.3.

Una posición incluso más restrictiva que la de Rudolphi es la que ha sostenido en Suiza Schild Trappe. Para esta autora, el límite temporal máximo hasta el que se puede admitir la complicidad en el delito se encuentra delimitado por el momento en el que el autor toma la decisión (G. M. L. SCHILD TRAPPE, *Harmlosegehilfschaft?...*, *op. cit.*, p. 136). Se trata de una opinión coherente con el concepto de complicidad

teamiento lo constituye la teoría del dominio del hecho. Si la complicidad es intervención en la realización del tipo dominado por otro, lo característico es que entre ella y el resultado injusto típico exista la decisión del señor del hecho sobre el si y el cómo de la realización típica<sup>96</sup>. Dado que con ello la eficacia de la ayuda para la realización de lo injusto típico siempre es dependiente de la decisión del autor, la voluntad de la complicidad está subordinada necesariamente a la del que ejerce el dominio del hecho. Si se fundamenta el dominio del hecho del autor sobre el dominio sobre su acción que repercute en el resultado injusto típico, sólo es posible la subordinación de la voluntad si el cómplice presta su contribución a la acción típica dominada por el autor. Si la eficacia de la contribución al hecho no opera a través de la acción prohibida dominada por el autor, si no existe entre la acción del que interviene y la realización del injusto típico la decisión del autor, falta la subordinación de la voluntad característica de la complicidad<sup>97</sup>. El que interviene tras la acción consumada del autor, ejerce el dominio del hecho no sólo sobre su propia acción, sino sobre sus consecuencias. Esto significa que su comportamiento no representa una intervención carente de dominio del hecho sobre el hecho dominado por otro, sino que es ejercicio de dominio del hecho en sí misma y con ello, en tanto esta acción sea abarcada con sus consecuencias por el respectivo tipo, habrá de valorarse como autoría accesoria. Por otra parte, ya al margen de la teoría del dominio del hecho, entiende que la complicidad sólo es posible en tanto en cuanto el autor no haya realizado completamente el desvalor de peligrosidad de su comportamiento. Si el autor ha cerrado ya su comportamiento peligroso jurídicamente desaprobado y con ello también la realización del desvalor de peligrosidad ya no es posible una complicidad<sup>98</sup>. En palabras de Bit-

---

que esta autora propugna basado en la solidaridad con el autor. Sin embargo, su idea de la complicidad resulta completamente minoritaria; sobre ella se han vertido numerosas críticas, en cuyos detalles no parece oportuno entrar; sobre la posición de esta autora y la reacción a la misma, *vid.* I. BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada, 2001, pp. 119 y ss.; M. GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información...*, *op. cit.*, pp. 409 y ss. En cualquier caso, se trata de una construcción que en lo que al límite temporal admisible de la complicidad no puede encajarse en nuestro derecho positivo, desde el momento en que los artículos 28 y 29 del Código Penal de 1995 se refieren a la cooperación en el hecho mismo, sin referencia alguna al autor.

<sup>96</sup> H.-J. RUDOLPHI, «Die zeitlichen Grenzen...», *op. cit.*, p. 574.

<sup>97</sup> *Ibid.* En términos semejantes, N. BITZILEKIS, «Über die strafrechtliche Bedeutung...», *op. cit.*, p. 733.

<sup>98</sup> *Id.* H.-J. RUDOLPHI, p. 576; la misma postura la expresa en *Systematischer Kommentar...*, *op. cit.*, vor § 22, 9. Una posición próxima en España estimo que es la de Gómez Benítez, quien, en relación con la problemática de la causalidad del partíci-

zilekis, si las características del tipo ya se han realizado a través del hecho principal, ya no existe ninguna acción injusta en cuya ejecución se pueda intervenir antijurídicamente<sup>99</sup>. En suma, Rudolphi aprecia complicidad sólo hasta la conclusión de la acción típica pensada como independiente del resultado<sup>100</sup>.

Roxin ha sometido a crítica la perspectiva de Rudolphi. Para él la separación de acción y resultado defendida por este autor no es viable porque la acción dañosa encuentra su final con la producción del resultado y antes sólo existe una acción de tentativa. Dado que una ayuda en el estadio de la preparación necesita facilitar alguna de las acciones del acontecimiento global, no se entiende por qué tiene que ser diferente en el estadio de la consumación; en consecuencia, configurada la acción típica como un delito de resultado, será posible la complicidad sucesiva en tanto no se produzca el mismo<sup>101</sup>.

Por otra parte, se puede completar la crítica a las tesis de Rudolphi poniendo de relieve que puestas en práctica en el marco del derecho español llevaría a indeseables e innecesarias lagunas de punibilidad. Pensemos en el caso en el que iniciado el incendio por el autor, cuando el objeto material, masa forestal, etc., todavía no se ha reducido a cenizas, el cómplice inutiliza un aparato extintor o el sistema contra incendios. Para Rudolphi, dado que la acción de este último ha tenido lugar cuando el autor ha cerrado su acción tan sólo cabe apre-

---

pe, rechaza que ésta sea necesaria, para añadir posteriormente que «cuando se alude a que el partícipe es causa, también, del resultado, no se quiere significar que sea causa en el sentido del tipo penal, porque en este sentido sólo el autor es causal *del resultado*, pues sólo él realiza el tipo penal: el partícipe causa el resultado *a través del autor*, es decir, favorece, aporta algo eficaz para que el autor pueda causar el resultado y realizar el tipo penal» (J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, 1984, p. 514, cursiva nuestra); críticamente hacia la idea de Gómez Benítez vid. M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, op.cit., pp. 494-5, n. 269.

<sup>99</sup> Id., N. BITZILEKIS, p. 733. Señala Lesch como la concepción de Rudolphi se enmarca en una larga tradición, la cual define la complicidad sobre la ausencia de un ataque inmediato al resultado por la intervención de un tercero en el curso causal (Lesch ha puesto de manifiesto que la aceptación de la teoría objetiva formal de la autoría conduce a la conclusión de que la complicidad es posible tan sólo hasta la tentativa acabada del autor y nunca posteriormente (H.-H. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, op. cit., p. 102); tal idea entronca con Pufendorf y, consecuentemente, sería tan antiguo como el propio concepto de participación (id., pp. 103 y ss.).

<sup>100</sup> Vid. C. ROXIN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, op. cit., § 27, 36.  
<sup>101</sup> *Ibid.*; interpreto en el mismo sentido la crítica que formula LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, op. cit., p. 121, que acusa a la construcción de Rudolphi de radicalmente restrictiva (id., pp. 116-7); desde otra perspectiva, vid. K. KÜHL, *Die Beendigung...*, op. cit., pp. 85 y ss. donde se pueden ver posiciones alternativas desde la teoría del dominio del hecho en las que no podemos entrar ahora.

ciar encubrimiento o autoría accesoria. En cuanto a lo primero, no parece posible. Efectivamente, sin que merezca demasiado la pena detenernos en ello, ninguna de las opciones que ofrece el artículo 451 del Código Penal español son susceptibles de ser utilizadas en este contexto: no se auxilia a los autores o cómplices a que se beneficien del provecho, producto o precio del delito; no se oculta, altera o inutiliza los efectos o instrumentos del delito para impedir su descubrimiento, etc.<sup>102</sup> En cuanto a lo segundo, probablemente sea necesario realizar alguna precisión más detallada.

Al margen de cuestiones terminológicas, la noción de autoría accesoria no siempre es coincidente en los diversos autores<sup>103</sup>. Normalmente se hace referencia a un grupo de casos en los que el suceso que realiza el supuesto de hecho típico es llevado a cabo por varias personas sin que se cumplan los presupuestos de la coautoría<sup>104</sup>. Lo más frecuente es que esté ausente un dolo común<sup>105</sup>, pero no de forma exclu-

<sup>102</sup> En Austria un planteamiento próximo puede ser el de K. Schmoller, quien rechaza la posibilidad de una intervención sucesiva en el delito en ese sistema y al mismo tiempo, reconociendo la proximidad con el encubrimiento, sin embargo, reconoce la imposibilidad de aplicarlo a la vista de los estrechos márgenes en los que está concebida esta figura: K. SCHMOLLER, «Die sukzessive Beteiligung...», *op. cit.*, p. 313.

<sup>103</sup> La terminología no es uniforme. J. L. Manzanares Samaniego traduce *Nebentäterschaft* como «autoría paralela»: H.-H. JESCHECK, *Tratado...*, *op. cit.*, § 63, II, 3; mientras que en la 3.<sup>a</sup> ed. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde prefieren emplear la expresión «autoría accesoria»; J. BUSTOS RAMÍREZ habla de «autoría concomitante», *Manual de Derecho Penal español. Parte general*, Barcelona, 1984, p. 331; idea que utiliza también en su traducción de H. WELZEL, *Derecho Penal alemán, op. cit.*, p. 159; G. J. FIERRO emplea la expresión «autoría secundaria», *Teoría de la participación*, Buenos Aires, 1964, pp. 238 y 318. Por su parte, J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo prefieren «autoría simultánea» como traducción de *Nebentäterschaft*: G. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 1995, p. 787, expresión que, como veremos, no se ajusta al concepto amplio que manejaremos aquí. Mantenemos en el texto «autoría accesoria» por ser más la más generalmente empleada, si bien adolece de enorme equívocidad, por cuanto, por definición, no cabe una «autoría accesoria», dado que la accesoriidad es una característica de la participación.

<sup>104</sup> *Vid.* G. STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I, op. cit.*, 832 y ss.; en sentido semejante, E. SAMSON, *Systematischer Kommentar...*, *op. cit.*, § 25, 132; C. ROXIN, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, op. cit.*, § 25, 160; G. SPENDEL, «Der «Täter hinter dem Täter» - eine notwendige Rechtsfigur? Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft», *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, 1976, p. 168; R. MAURACH, *Tratado de Derecho penal, op. cit.*, pp. 348-9; LACKNER entiende que en la misma, como en la autoría individual —*Alleintäterschaft*—, realiza el autor por completo el tipo y no como autor exclusivo, ni bajo la intervención causal de otro autor que actúa independientemente de él (*Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, op. cit.*, § 25, 8).

<sup>105</sup> *Vid.* H.-H. JESCHECK, *Tratado...*, *op. cit.*, § 63, III, 3; H. MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, op. cit.*, p. 311; P. NOLL; S. TRECHSEL, *op. cit.*, p. 162. Característica que es destacada por la doctrina española como definitoria de la autoría accesoria, G.

siva y también se incluyen supuestos en los que, como hemos visto, aun cuando haya tal dolo común, la acción del que interviene en primer lugar ya ha sido consumada, cerrando con ello el paso a una posible coautoría<sup>106</sup>. En ocasiones, se emplea como sinónimo de autoría múltiple o pluriautoría<sup>107</sup>. En todo caso, se ha destacado que la noción de autoría accesoria es perfectamente prescindible por carecer de un significado independiente y no solucionar ningún problema al no ser nada distinto de las diversas autorías individuales<sup>108</sup>, por lo que, como mucho, posee un cierto valor heurístico<sup>109</sup>.

---

RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, T. I, *op. cit.*, p. 838, que ubicaba la misma en el viejo artículo 14.1; E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Y S. HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1986, p. 451; J. A. SAINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal. Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1990, p. 809; L. F. RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en Derecho penal*, 1982, p. 182; F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Bogotá, 1984, p. 204; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal español. Parte general, op. cit.*, p. 331; M. COBO DEL ROSAL Y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 577 (4.<sup>a</sup> ed. p. 681); S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 419; M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria», *EJB*, pp. 708-9; J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, Madrid, 1996, p. 64; P. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría. Comentario a la STS de 11 de mayo de 1994», *AP* 3-1997, 43; C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Código Penal...*, *op. cit.*, p. 919.

<sup>106</sup> En sentido semejante, id. G. STRATENWERTH, 834; H.-J. RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar...*, *op. cit.*, vor § 22, 9; «Die zeitlichen Grenzen...», *op. cit.*, pp. 569 y ss.

<sup>107</sup> Así, la definición de Cramer emplea como sinónimo de autoría accesoria «autoría múltiple» —*Mehrtäterschaft*— en cuya presencia estaríamos cuando varias personas sin actuar conjuntamente de forma consciente y querida, ponen condiciones las cuales conjuntamente o por sí solas son adecuadas para producir el resultado: P. CRAMER, *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch, op. cit.*, § 25, 100 —subrayado nuestro—; en sentido próximo, M. FINCKE, «Der Täter neben dem Täter», *GA* 1975, pp. 165 y ss. La expresión *Mehrtäterschaft* ya era utilizada por H. MAYER como concepto que englobaría tanto a la coautoría como a la autoría accesoria, caracterizada esta última por la inexistencia de acuerdo entre los diferentes intervinientes, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, op. cit.*, p. 311 y ss. Esta última definición viene a coincidir, al menos parcialmente, con el concepto introducido por Díaz y García Conlledo cuando habla de «pluriautoría», presente cuando la acción de cada uno de los intervinientes es por sí sola suficiente para realizar el tipo de la parte especial, y, en consecuencia, ser calificada ella sola como acción de autoría; M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Responsabilidad penal por la ocupación y desvío...», *op. cit.*, p. 1039, concepto al que ya nos hemos referido *supra* en otro contexto.

<sup>108</sup> Lo que constituye una opinión muy extendida; *vid.*, por todos, C. ROXIN, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, op. cit.*, § 25, 161; M. FINCKE, «Der Täter neben dem Täter», *op. cit.*, pp. 167-8; en España, L. F. RUIZ ANTÓN, *El agente provocador...*, *op. cit.*, p. 181; M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria», *EJB*, T. I, p. 702 y 708 y ss.

<sup>109</sup> En sentido semejante, G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, op. cit.*, 21/110.

En lo que aquí interesa, con independencia de la tesis que en materia de autoría se defienda, por sí mismo la inutilización de un extintor no es suficiente como para estimar presente la autoría en un delito de incendio<sup>110</sup>. En definitiva, la calificación de tal conducta como autoría accesoria no sólo no añade nada, sino que más bien conduce a la impunidad.

### 3.3. *Toma de posición*

Como hemos indicado, la determinación del límite temporal desde el cual ya no es posible admitir que la aportación de un sujeto sea considerada complicidad, necesaria o no, en el delito se encuentra estrechamente conectada con los puntos de partida que se asuman en la misma cuestión, pero en la coautoría. Desde estos postulados podemos diferenciar dos supuestos:

1. La intervención del sujeto tiene lugar tras el último momento en el que es posible apreciar coautoría. Vedada esta calificación y admitido que los límites temporales de la complicidad no tienen que coincidir con ella, todavía es posible aceptar alguna forma de participación accesoria y concretamente la cooperación en el delito, siempre y cuando estén presentes el resto de requisitos objetivos y subjetivos que ésta exige. Tal perspectiva puede tener relevancia en las hipótesis en las que la entidad de la aportación sobrevenida de haber acaecido con anterioridad hubiese determinado su consideración como autoría. Nuevamente el ejemplo del robo con fuerza en las cosas que venimos examinando puede resultar ilustrativo. Si N que, tras el ejercicio de fuerza en las cosas y después de la llamada de su amigo, acude a transportar objetos, hubiese intervenido en los hechos con anterioridad a la ruptura de pared, techo o suelo, nadie hubiese dudado de que debía ser considerado como coautor del delito. Sobrepasado el umbral temporal que hemos fijado como límite, sin embargo, tan sólo se concibe la complicidad y no la autoría en un delito de robo con fuerza en las cosas<sup>111</sup>. Ello no debe sorprender si se tiene en cuenta que, en los deli-

---

<sup>110</sup> En Alemania, la cuestión resultaría algo más compleja desde el momento en que el § 307.3 *StGB* contiene una modalidad agravada del delito de incendio, en la que el autor bien aleja, bien inutiliza los extintores, construyendo, de esta manera, un delito de varios actos; la cuestión desborda nuestro estudio, *vid.* la ya citada monografía de B. WOELK, *Täterschaft bei zweiseitigen Delikten*, cit.

<sup>111</sup> Prescindimos en este contexto de los potenciales problemas de concurso que se pudiesen presentar y que vimos *supra*. Ciertamente entonces sostuvimos que la complicidad en el delito era desplazada por la autoría de un hurto, pero ni en todo ejemplo imaginable tiene que ocurrir un desplazamiento análogo, ni la opinión aquí vertida resulta unánimemente aceptada.

tos de resultado y desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, complicidad y coautoría mantienen una relación de círculos concéntricos, de forma que siendo imposible en el caso concreto apreciar uno, autoría, todavía permanece la opción de acudir al segundo de los conceptos, la complicidad<sup>112</sup>.

2. Si la intervención tiene lugar antes del momento último que cierra la posibilidad de apreciar coautoría, nos encontramos con el problema general de delimitación entre cooperación en el delito y autoría de éste que no constituye el objeto directo de este trabajo.

Partiendo de esos postulados, se trata de determinar hasta qué punto temporal es posible admitir la complicidad (necesaria o no) en el delito; cuál es el momento último tras el cual se cierra el paso a toda forma de participación accesoria en el delito.

El Derecho positivo podría proporcionar una solución, por definición contingente, con independencia de que ésta fuese o no ajustada a los postulados dogmáticos de partida. Por una parte, el § 27 del *StGB* alemán se limita a castigar a quien dolosamente preste ayuda a otro para la realización de un hecho doloso cometido antijurídicamente, de forma que no parece que proporcione una base firme sobre la que asentar una conclusión. Más explícito resulta el artículo 29 del Código Penal español de 1995 que considera cómplice a quien, sin estar comprendido en el artículo anterior, coopere a la ejecución del hecho *con actos anteriores o simultáneos*. Sin embargo, dista mucho de proporcionar una solución inequívoca. El código español se refiere a actos anteriores o simultáneos *al hecho*, con lo que hay que proceder a determinar

---

<sup>112</sup> *Vid.*, sin embargo, como A. SANZ MORÁN sostiene que la relación es de círculos secantes, y, en consecuencia, se aplica entre ellos el principio de subsidiariedad tácita (*Concurso de delitos...*, *op. cit.*, p. 124); entiendo, por el contrario, que, al menos en los delitos de resultado, autores y cómplices aportan una condición que se suma al flujo causal que desemboca en el resultado; en eso coinciden las intervenciones de unos y otros; sin embargo, los autores se caracterizan por poseer además un elemento o característica adicional que lo especializa desplazando a la complicidad, cual es el dominio del hecho. Otra cosa, es el perfil que caracteriza este dominio del hecho, cuya delimitación resulta imposible en este momento, pero que probablemente deba responder a la idea de determinación objetiva y positiva del hecho desarrollada por Luzón Peña y M. Díaz y García Conlledo, matizada en algún aspecto secundario. En cualquier caso, la relación de círculos secantes no debe descartarse en determinadas figuras delictivas; por ejemplo, en los delitos de simple actividad; esta última idea es coherente con el concepto restrictivo de autor conforme al cual los tipos están diseñados de tal manera que captan exclusivamente el comportamiento del autor y no los de los partícipes (por todos, L. ZIMMERL, «Grundsätzliches zur Teilnahmelehre», *ZStW* 49, 1929, p. 45; M. GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información...*, *op. cit.*, pp. 202 y ss.). No obstante, la profundización en estos aspectos nos llevaría demasiado lejos.

si el resultado se incluye en esa idea legal de «hecho» o si éste se identifica exclusivamente con el comportamiento desplegado por el autor, desajado del resultado del mismo<sup>113</sup>.

En el caso del Derecho positivo español, se presenta la complicación añadida de la existencia de la figura de la cooperación necesaria. En este último caso, no existen las mismas limitaciones literales que en la complicidad ya que el artículo 28 letra B) del Código Penal no introduce la exigencia de que aquélla se verifique con actos anteriores o simultáneos. El tratamiento que merezca la cooperación necesaria en lo que al problema que aquí analizamos respecta dependerá de la naturaleza jurídica que se otorgue a esta figura. Desborda nuestras posibilidades en este momento un tratamiento pormenorizado de esta cuestión. Tan sólo cabe hacer algún mínimo apunte que ubique la discusión.

Se detectan corrientes de opinión sobre todo desde posiciones próximas a la teoría del dominio del hecho que vienen sosteniendo que la cooperación necesaria no es sino una forma de autoría<sup>114</sup>. Esta, sin embargo, no es una conclusión obligada desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho. De forma muy esquemática podemos indicar como la doctrina mayoritaria requiere la presencia de tres elementos para que exista dominio funcional del hecho: aportación esencial, plan conjunto e intervención en la fase ejecutiva del delito. Ausente este último requisito, no existirá dominio funcional del hecho, por lo que queda abierta la posibilidad de apreciar alguna de las formas de cooperación. Al hilo de esa construcción, se ha sostenido que tras la aprobación del código de 1995 el apartado b) del párrafo segundo del artículo 28 acoge los supuestos en los que la aportación esencial no se realiza durante la fase ejecutiva, mientras que entienden captado por el párrafo primero las que tienen lugar en ese momento. Con ello queremos tan sólo poner de relieve como incluso desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho resulta aceptable entender que la cooperación necesaria puede, incluso debe, ser considerada

---

<sup>113</sup> Un planteamiento análogo, salvando las diferencias que derivan de la adopción del sistema unitario de autor en Austria, puede verse en K. SCHMOLLER, «Die sukzessive Beteiligung...», *op. cit.*, p. 311-2; en Alemania, sobre la base de la definición del § 27 StGB, M. BAUNACK, *Grenzfragen...*, *op. cit.*, p. 71, donde, sin embargo, sin entrar en mayores detalles acaba sosteniendo que la indeterminación del Derecho positivo permite la actuación del cómplice hasta la material terminación del delito.

<sup>114</sup> *Vid.* M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO ya en el viejo Código sostenía que le parecía absolutamente coherente afirmar que en el número 3 del artículo 14 se recogían supuestos de coautoría (*La autoría...*, *op. cit.*, p. 744). *Vid.*, por todos, el amplio panorama que expone E. PÉREZ ALONSO, *La coautoría...*, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

como un fenómeno de participación en el delito y sometida al principio de accesoriadad. Se entiende mal que la cooperación no necesaria sí que esté sometida a la accesoriadad y la cooperación necesaria no<sup>115</sup>. Partiendo de esa idea, parece razonable entender que procede la misma solución que en el caso de la complicidad y no dificultar la ya por sí compleja distinción con ulteriores diferencias entre ellas, como sería la admisión un diferente punto temporal desde el que es posible apreciarlas.

Al margen de la problemática de la cooperación necesaria, teniendo en cuenta, pues, que el Derecho positivo no proporciona una respuesta a la cuestión de cuál es el límite temporal más allá del cual no cabe la complicidad en el delito, se debe establecer éste desde puntos de vista alternativos.

Desde nuestra perspectiva, en sintonía con la posición de Roxin, se debe entender que en tanto en cuanto el delito no se haya consumado puede haber complicidad sobrevenida<sup>116</sup>. Con otras palabras, puede incorporarse al delito un cómplice, siempre que éste realice una acción objetiva y subjetivamente susceptible de ser calificada como tal y que, en segundo lugar, el autor mantenga un control, *al menos*, negativo, sobre el flujo de los acontecimientos<sup>117</sup>. Ello obliga a diferenciar las dos condiciones establecidas.

En primer lugar, desde el punto de vista del cómplice, hemos exigido que éste, con independencia del momento temporal en el que actúe, aunque siempre dentro de los límites señalados, lleve a cabo un comportamiento propio de éste. En qué consiste el desvalor de acción del cómplice no constituye el objeto de este trabajo, pero podemos aceptar básicamente el planteamiento de López Peregrín: el riesgo creado por la complicidad es un riesgo de favorecimiento de la realización del hecho principal, en la medida en que la conducta del cómplice sea idónea *ex ante* para elevar las probabilidades de éxito del autor

---

<sup>115</sup> Interpreto en este mismo sentido la posición de I. BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva...*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>116</sup> C. ROXIN, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, *op. cit.*, § 27, 36.

<sup>117</sup> Estimamos muy próximo a lo expuesto en el texto la posición de Bloy, quien señala que el codominio del hecho se fundamenta a través de que el incremento del riesgo que parte del que interviene sólo se somete a su propia disposición, mientras que el incremento del riesgo a través del cómplice, además está conectado a que el autor principal permita su desarrollo, R. BLOY *Beteiligungsförm...*, *op. cit.*, p. 375; asimismo, también resulta próximo H.-H. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, *op. cit.*, pp. 97, 285 y ss., especialmente p. 287, si bien desde su propia concepción de la autoría.

contra un bien jurídico protegido también frente al cómplice; esto es, las conductas aptas *ex ante* para facilitar, acelerar o asegurar la realización del delito por el autor o para intensificar *el resultado principal* causado por éste<sup>118</sup>.

En segundo lugar, desde el punto de vista del autor del delito, hemos indicado que es preciso que el autor mantenga al menos un dominio negativo del hecho, que tenga en sus manos la posibilidad de detener el curso lesivo del hecho. Para que sea conceptualmente posible la complicidad sucesiva es preciso que medie un cierto espacio de tiempo entre la acción desplegada por el autor y la verificación del resultado, fase en la cual tiene lugar la intervención del partícipe. Ese espacio está ausente en determinadas ocasiones por la propia dinámica comisiva. Así, si el autor dispara sobre la víctima a corta distancia, no existe un lapso temporal bastante entre la acción y el resultado, por lo que, en consecuencia, tampoco es posible apreciar una eventual complicidad adhesiva. Pero cuando ese espacio temporal aparece lleva consigo aparejada la posibilidad de una participación sucesiva. El citado espacio se caracteriza porque en la mayor parte de las hipótesis imaginables el autor puede desbaratar el flujo causal que camina hacia el resultado típico. Es decir, permanece abierta la posibilidad de desistir por parte del autor, entendiéndose el desistimiento en sentido amplio, lo que comprende tanto el desistimiento en sentido estricto como el denominado arrepentimiento activo eficaz o, más propiamente, desistimiento activo<sup>119</sup>. Esta caracterización matizada es compatible incluso con la idea de Rudolphi que define la complicidad como la actuación en la realización del tipo dominada por otro, la subordinación de la voluntad del uno al otro<sup>120</sup>, en cuanto durante ese tiempo al que nos venimos refiriendo permanece ese cierto dominio que hemos caracterizado como negativo. Este último resulta inválido por sí mismo para basar en él la autoría<sup>121</sup>, al menos

<sup>118</sup> M. C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad...*, *op. cit.*, pp. 238 y ss. y *passim*

<sup>119</sup> Sobre estas categorías *vid.*, por todos, S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, 13, VI, 106).

<sup>120</sup> H.-J. RUDOLPHI, «Die zeitlichen Grenzen...», *op. cit.*, p. 574. Entiendo que también lo es con la teoría objetivo formal, todavía hoy ampliamente defendida en España; Lesch ha puesto de manifiesto que la aceptación de la teoría objetivo formal de la autoría conduce a la conclusión de que la complicidad es posible tan sólo hasta la tentativa acabada del autor y nunca posteriormente (H.-H. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, *op. cit.*, p. 81), lo que se aproxima a la tesis defendida en el texto.

<sup>121</sup> *Vid.* D. M. LUZÓN PEÑA, «La «determinación objetiva» del hecho. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado», *ADPCP* 1989, pp. 894-5; M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, *op. cit.*, p. 670.

en los delitos dolosos de acción<sup>122</sup>, pero puede proporcionar una base suficiente para fundamentar la accesoriedad de la intervención del partícipe respecto a la del autor principal.

Esa dependencia que caracteriza la participación en el delito sigue vigente de dos formas cuando el autor tan sólo detenta un dominio negativo. Por una parte, la contribución del partícipe sólo tiene sentido puesta en relación con un hecho principal, aun cuando éste, al menos parcialmente, ya haya acaecido (piénsese que en el encubrimiento, aun cuando la acción delictiva ya acaeció, se sigue hablando de accesoriedad). Puede decirse que la complicidad sigue siendo una forma de intervención accesoría en el delito, dependiente de un hecho principal; perdida esa condición, aparece una figura de intervención independiente (probablemente podríamos entonces utilizar esa categoría de autoría accesoría a la que ya nos hemos referido *supra*). Por otra, esa aportación adhesiva sólo tiene la posibilidad de incidir en el resultado típico, de forma subordinada a la voluntad de otro sujeto. De esta manera, sigue presente en la complicidad sucesiva el fundamento de la punición de la participación entendido como el ataque accesorio al bien jurídico, conforme a las dominantes tesis actuales, desarrolladas esencialmente por Roxin<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Evidentemente en los delitos de comisión por omisión no se puede afirmar que el autor configure decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta el curso del acontecer típico, que fije el sí y el cómo del mismo, e impulse forzosamente o desvíe las cosas en una determinada dirección, concretamente hacia la producción del resultado. Resulta, sin embargo, significativo que en los delitos de omisión se utilice ampliamente el criterio del dominio del hecho (sobre la vulnerabilidad de la víctima o sobre la causa principal del resultado, B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, p. 280 y *passim*). Es cierto que ese dominio que caracteriza los delitos de comisión por omisión es algo más que la posibilidad de impedir el resultado lesivo, pero necesariamente implica ese dominio negativo y además, del mismo modo que en los delitos de acción positiva de los que aquí nos hemos ocupado, cabe la posibilidad de que en un determinado momento tan sólo esté presente ese dominio negativo. Un tratamiento en profundidad de esta problemática desbordaría nuestras posibilidades en este contexto. No obstante, se puede poner de relieve algún aspecto conexo con la problemática que nos ocupa. Admitida la complicidad activa en los delitos omisivos impropios, ciertamente una hipótesis residual (*vid.* C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, *op. cit.*, pp. 352 y ss.), trasladar el criterio expuesto en el texto, implica que en tanto en cuanto permanezca la posibilidad de impedir el resultado, cabe admitir la complicidad en ese delito. De esta manera, el criterio expuesto tiene la ventaja de unificar el tratamiento de los delitos de resultado, tanto activos en sentido positivo como omisivos, sean éstos de comisión por omisión o de garante.

<sup>123</sup>  *Vid.* C. ROXIN, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, *op. cit.*, vor § 26, 22; en España, *vid.* la amplia exposición que efectúa M. C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito...*, *op. cit.*, pp. 151 y ss. y su propia opinión favorable en las pp. 159 y ss.

La posición adoptada deja sin resolver todavía alguna cuestión, cuando la acción del cómplice ha tenido lugar en el momento en que, no habiendo acaecido todavía el resultado típico, sin embargo, el autor mantiene un dominio negativo sobre el hecho. Nos referimos en concreto a la hipótesis en la que efectivamente el autor desiste. En tal caso, la suerte del cómplice va ligada a la del autor principal como consecuencia del principio de accesoriedad. De esta manera, que si a aquél se le exime de pena, como consecuencia de lo previsto en el artículo 16.2, lo mismo procederá con el cómplice. Por el contrario, si por los actos ya ejecutados debiese sancionarse al autor también deberá hacerse lo mismo con el cómplice. En nada difiere, pues, del supuesto en el que la acción del cómplice tiene lugar de forma anterior o simultánea a la conducta desplegada por el autor. La única especialidad que debe apuntarse es que, producido el desistimiento, debería excluirse la responsabilidad del cómplice si su intervención hubiese tenido lugar cuando los actos por los que se castiga al autor hubiesen acaecido con anterioridad a su propia acción.

### 3.4. *Tratamiento de la complicidad sucesiva en los delitos permanentes y en el delito continuado*

Hemos sostenido que cabe la adhesión de cómplices en tanto el autor mantenga un dominio, al menos, negativo del hecho. Se deduce por sí mismo que si todavía lo controla positivamente, no cabe duda de que también es posible la intervención de estos participantes en el delito. La conclusión no varía en determinadas hipótesis cuando el delito ya se ha consumado.

Esto es lo que ocurre con los delitos permanentes. Así, puede pensarse en un cómplice que proporciona ayuda a quien lleva a cabo un delito de detención ilegal ya consumado, pero todavía no terminado: la víctima no ha recuperado la libertad y el cómplice adhesivo lleva a cabo actos susceptibles tan sólo de ser calificados como tales y no propiamente imputables a título de autor: v.g. lleva dolosa y repetidamente comida para el sustento tanto de la víctima como del delincuente<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> No parece ser un supuesto conflictivo; *vid.* M. C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad...*, *op. cit.*, p. 305, n. 139, donde proporciona abundante información bibliográfica; *vid.* como ya la jurisprudencia del RG admitía la complicidad sucesiva en el delito permanente: H.-H. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

En el caso de los delitos continuados, desde luego cabe que una vez iniciados los actos que darán lugar a esa calificación se incorporen cómplices, necesarios o no. No obstante, difícilmente se puede hacer responsable al cómplice por los actos ya verificados; se trata de hipótesis en las que la posibilidad de desistimiento ya ha desaparecido; en las que ni siquiera por lo ya acaecido se mantiene ese dominio al menos negativo que hemos requerido, lo que cierra el paso a una intelección expansiva de la responsabilidad del cómplice. En palabras de Vives Antón, «...al ser los hechos delictivos naturalmente fraccionables y regir en nuestro Derecho penal el principio de responsabilidad por los propios actos, el cooperador adhesivo sólo responderá a partir del momento en que haya comenzado su colaboración»<sup>125</sup>.

En la jurisprudencia española, no parece que se trate de una cuestión discutible. Al respecto, destacamos la STS 23-9-1993, la cual se refiere a un delito continuado de falsedad en documento oficial que se prolongó durante cuatro años; cuando ya había transcurrido un cierto tiempo, unos dos años, se incorporó un nuevo sujeto que realizó tareas definidas como cooperación necesaria. Precisamente esta sentencia señala que

«Cuando de delitos continuados se trate, que se desarrollan en una serie sucesiva de actos guiados con un «dolo de continuación», o «dolo conjunto», que abarca la sucesión o progresión de todos los hechos, de suerte que los particulares actos realizados no son otra cosa que partes del resultado global, el agente que se incorpora a la ejecución del delito cuando éste ya se ha iniciado, de un lado, asume al menos eventualmente lo ya ejecutado (independientemente que *el principio de culpabilidad impida realizar una aplicación retroactiva del reproche culpabilístico a actos ya ejecutados sin su participación, por lo que no pueda exigírsele la responsabilidad que de éstos exclusivamente se derivan*, ya por integrar una mayor gravedad del delito, ya en el caso de que hubiera en tal fase delitos conexos sancionables independientemente); y de otro, pasa a responder, en función de la eficacia causal de su aportación, de la continuidad delictiva *desarrollada en el futuro*»<sup>126</sup> (cursiva nuestra).

---

<sup>125</sup> T. S. VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal*, Valencia, 1996, arts. 27-28-29, p. 287; M. C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad...*, *op. cit.*, p. 306. Otro criterio es el que sostienen R. MAURACH, K.H. GÖSSEL y ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1989, p. 358, cit. por M. C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad...*, *op. cit.*, p. 306, n. 141, donde defienden que aunque el cómplice participe en un solo acto, habrá complicidad en el delito continuado si el dolo del cómplice abarca la totalidad; idea que nuevamente presenta el problema de que el elemento volitivo del dolo no puede tener como referencia hechos ya pasados.

<sup>126</sup> En idénticos términos a la citada sentencia se expresa la STS de 15 de junio de 1994 que tiene el mismo ponente.

Desde luego, de lo afirmado es más que discutible que el sujeto que se incorpora asuma eventualmente lo ya ejecutado, si con ello se quiere hacer referencia a la presencia de dolo eventual, pero el resto de ideas vertidas en el párrafo expuesto parecen correctas.

Ciertos problemas pueden presentarse, sin embargo, cuando se entienda que el partícipe adhesivo es un cooperador necesario que, en consecuencia, le debe ser impuesta la misma pena que al autor. De alguna manera debería tenerse en cuenta los diversos hechos que se imputan a autor y a partícipes. Dicho de otra manera, no debería procederse siempre y en todo caso a una equiparación automática entre ambos en el marco de la pena, de forma que se iguale la sanción que corresponde al autor, cuya intervención en los hechos es anterior, con la que procede imponer al partícipe adhesivo, por muy necesaria que se estime su contribución, que puede haber actuado mucho después que el autor, cuando éste ya ha ejecutado numerosos hechos penalmente significativos. Por los mismos motivos, no resulta razonable cuando intervienen varios cooperadores necesarios y alguno de ellos es sucesivo que la sanción de todos ellos sea idéntica (como ocurrió en el caso de la ya citada STS de 23 de septiembre de 1993). Partiendo de que el artículo 74.1 del Código Penal español establece que al autor de un delito continuado se le impondrá la pena del hecho más grave en su mitad superior, cabe imaginar, al menos, tres hipótesis posibles:

1. El hecho más grave que se tiene en cuenta para determinar la pena del autor ya había tenido lugar cuando se incorporó el cómplice. La regulación del artículo 74.1 combinada con la que deriva de los artículos 28 b) y 61 podría llevar a pensar que se debe equiparar la pena del partícipe adhesivo con la pena que corresponde al autor y con la resto de cooperadores que actuaron desde el inicio de la ejecución de los hechos. Tal solución desde el punto de vista de la justicia no resultaría razonable ya que se igualan hechos que probablemente no merezcan idéntica respuesta, al mismo tiempo que se tiene en cuenta para fijar la pena que corresponde al partícipe acontecimientos en los cuales no ha intervenido. En consecuencia, parece más razonable tomar como punto de referencia de la pena a imponer al cooperador necesario el hecho más grave de los acaecidos desde el momento en que comienza a actuar. Y es que la Ley no obliga a imponer idéntica pena al autor y al cooperador necesario. Al considerar autor a este último, tan sólo indica que su marco penal deberá ser el establecido para el delito principal que venga en consideración, lo cual es plenamente respetado con la intelección propuesta.

2. El hecho más grave que se tiene en cuenta para determinar la pena del autor tiene lugar con posterioridad a la incorporación del cooperador necesario. En ese caso, a la hora de determinar la pena del partícipe debe tomarse como referencia precisamente ese hecho, tanto para el autor como para el cooperador necesario. Quizá entonces se produzca una equiparación punitiva que puede tampoco resultar por completo justa, en cuanto se iguala lo que no merece o necesita el mismo tratamiento. No debería considerarse en idénticos términos punitivos la reiteración de acciones del autor o de los cooperadores necesarios cuyos comportamientos comienzan antes que la del partícipe sobrevenido que interviene con posterioridad. La cuestión resulta difícil de solucionar *de lege lata*. Así, puede no resultar satisfactorio utilizar el recorrido de la pena del que dispone el juez para el delito continuado (la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave), imponiendo al autor, por ejemplo, la pena más elevada posible, mientras al cooperador necesario adhesivo se le sanciona con la más reducida posible en el citado recorrido que establece la Ley. La pena del autor debe ser impuesta atendiendo a sus circunstancias personales y a la mayor o menor gravedad del hecho, como establece el artículo 66, pero, en todo caso, prescindiendo de la que corresponde a los partícipes. La única solución razonable pasa por una consideración expresa de la problemática en la Ley.

3. Todos los hechos que pueden tenerse en cuenta para determinar la pena aplicable son idénticos en gravedad. La pena a imponer al cooperador necesario será la misma que la que corresponde al autor y al resto de cooperadores necesarios que intervinieron desde el principio, con lo que nos encontramos con una situación idéntica a la descrita en el número anterior.

Por fin, una mínima consideración aparte merece el tratamiento de las hipótesis de infracciones contra el patrimonio, donde el artículo 74.2 dispone que se impondrá la pena atendiendo al perjuicio total causado. Este sólo puede ser tenido en cuenta cara a la pena a imponer al autor y a los cooperadores necesarios que intervengan en los hechos desde los primeros actos ejecutivos. Sin embargo, una vez producidos perjuicios patrimoniales parciales en los que el partícipe adhesivo no ha intervenido, éstos no pueden ser considerados cara a la sanción a imponer al citado cooperador sobrevenido. Del mismo modo, conviene precisar el alcance del inciso último del mencionado artículo 74.2, conforme al cual si el hecho revistiere notoria gravedad o afectase a una generalidad de personas, se impondrá motivadamente la pena superior en uno o dos grados. En función de los hechos en los que se ha producido la cooperación del cómplice necesario sobreve-

nido se deberá aplicar o no. Si se decide que procede incrementar la pena, nada obliga a hacerlo en la misma proporción que lo efectuado con el autor, sino que dependerá de como hayan cursado los acontecimientos.

Lo descrito sería *mutatis mutandis* aplicable al mero cómplice.

### 3.5. *Excurso: el desvalor de resultado en la complicidad*

Lo expuesto hasta ahora permite realizar un pequeño excurso en cuanto al desvalor de resultado de la complicidad. Hay que poner de manifiesto como necesario punto de partida que, desde nuestra perspectiva, y dejando al margen la problemática específica que plantea la tentativa, no puede prescindirse de esta pieza en el concepto de lo injusto. En consecuencia, no se puede llegar a una conclusión diferente en lo que a la complicidad concierne<sup>127</sup>. En la doctrina la discusión se ha

---

<sup>127</sup> En contra del planteamiento esgrimido en el texto, a título puramente ilustrativo, *vid.* por ejemplo, como SCHMIDHÄUSER sostiene que lo injusto del delito del partícipe queda plenamente constituido con la presencia del desvalor de acción, mientras el desvalor de resultado no puede fundamentar lo injusto, limitándose a determinar el marco de la punibilidad: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1982, 10/17-19; del mismo modo quienes configuran la complicidad como un delito de peligro abstracto puro, tampoco exigen la presencia de desvalor de resultado alguno (*vid.* R.-D. HERZBERG, «Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», *GA* 1971, pp. 66 y ss.). No entramos en detalles sobre otras concepciones como las Schaffstein o la de T. Vogler, que respectivamente estiman que la complicidad resulta un delito de peligro concreto o abstracto-concreto (*vid.*, en los últimos tiempos, la exposición que efectúa M. BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, Berlín, 1999, pp. 46 y ss.) Críticamente hacia esas posiciones, *vid.*, por todos, L. F. RUIZ ANTÓN, por su incompatibilidad con nuestro sistema (la participación no seguida de un principio de ejecución ya debería ser punible) y dadas las consecuencias que de tales tesis se derivan en cuanto a la participación en los delitos especiales (no es posible explicar el castigo al partícipe *extraneus* en los delitos especiales): L. F. RUIZ ANTÓN, *El agente provocador...*, *op. cit.*, pp. 205-6; M. C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito...*, *op. cit.*, pp. 201 y ss.; I. BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva...*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.; en Alemania, por ejemplo, *vid.* C. ROXIN, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, *op. cit.*, vor § 26, 4. También rechaza M. Heghmanns que el resultado juegue papel alguno en la configuración de lo injusto del cómplice; no sólo porque para él, siguiendo a Zielinski, el resultado y su imputación documentan sólo la peligrosidad y merecimiento de pena de la acción prohibida, sino por su propia concepción de la cooperación punible. Así, sostiene que la complicidad consiste en la ruptura del aislamiento del autor; en tanto el cómplice facilite la comisión del hecho desde el punto de vista *ex ante* del partícipe, actúa antijurídicamente. Si su ayuda posteriormente de forma objetiva repercute o no en el hecho, carece de relevancia alguna (M. HEGHMANN, «Überlegungen

venido centrando sobre todo en la determinación del desvalor de acción del cómplice, destacándose que la acción de complicidad debe ser causal respecto al *resultado*<sup>128</sup>. Sin embargo, no es frecuente matizar exactamente en qué consiste ese resultado propio de la complicidad, lo cual en determinadas hipótesis podría tener relevancia práctica. Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar dos opiniones tan sólidamente fundadas, como antagónicas.

Por una parte, Rudolphi, coherentemente con las opiniones *supra* expuestas, entiende que el desvalor de acción y de resultado del hecho principal integran el desvalor de resultado de la complicidad<sup>129</sup>. Por otra, y en una línea diversa, Stein no encuentra en el desvalor de resultado diferencia alguna entre los comportamientos del autor y el de los partícipes. Los resultados, afirma, son completamente idénticos<sup>130</sup>.

No compartimos ni una ni otra idea. La primera desde el momento en que hemos sostenido que cabe una complicidad sucesiva posterior a la intervención del autor, por lo que no sería coherente ahora sostener que el desvalor de acción del autor forma parte del desvalor de resultado del cómplice. La tesis contraria a la admisión de la complicidad sucesiva que sostiene Rudolphi, como ya hemos destacado, no sólo implica una imposible secesión entre acción y resultado, sino que lleva a indeseables lagunas de punibilidad.

En cuanto a la idea de Stein, tampoco podemos compartirla si no se introducen importantes matices ya que lleva a consecuencias inde-

---

zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung», *GA* 10, 2000, especialmente p. 478). No compartimos el punto de partida de este autor en cuanto a la configuración de lo injusto y tampoco su idea de la complicidad; en cuanto esta última implica una innecesaria subjetivización de la cooperación en el delito que lleva a que el punto de vista del cómplice sea lo decisivo y no la objetiva contribución al hecho; su construcción implica un peligroso deslizamiento hacia el Derecho penal de la actitud.

<sup>128</sup> No entramos en los complejos problemas de la conexión entre ambos plasmada en la exigencia de causalidad; al respecto, *vid.* la exposición y análisis efectuado por M.C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad...*, *op. cit.*, pp. 165 y ss., cuyos planteamientos esencialmente compartimos; de la problemática en Alemania, puede ser expresivo el panorama que presenta G. M. L. SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft...*, *op. cit.*, pp. 57 y ss.; C. ROXIN, «Was ist Beihilfe?», *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, pp. 501 y ss.

<sup>129</sup> H.-J. RUDOLPHI, «Die sukzessive Beihilfe...», *op. cit.*, p. 575. Observa Schmoller cómo la opinión de Rudolphi no se puede trasladar sin más al derecho austriaco, desde el momento en que el § 12 öStGB se refiere a la contribución a la *ejecución* de la acción punible; K. SCHMOLLER, «Die sukzessive Beteiligung...», *op. cit.*, p. 311.

<sup>130</sup> U. STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsslehre*, Berlín, 1988, p. 222.

seables perfectamente evitables. Si coinciden el desvalor de resultado de la autoría y el de la complicidad, ausente éste, tanto la acción de autoría como la de complicidad permanecerían en el ámbito de la tentativa, que en el caso de la complicidad resultaría impune. Probablemente esa conclusión no pueda ser sostenida universalmente. Cerraría el paso a una participación punible en una tentativa, lo cual, en lo que alcanzo a ver, no es sostenido por nadie hasta la fecha<sup>131</sup>.

Desde nuestra perspectiva, el desvalor de resultado del cómplice puede concretarse alternativamente tanto en la propia conducta desplegada por el autor, y a través suyo con el resultado principal del delito<sup>132</sup>, como directamente en ese resultado principal del delito<sup>133</sup>. Nada obliga a una intelección unitaria del desvalor de resultado del cómplice, cuando estamos ante un fenómeno plural que puede presentarse de muy diversas maneras.

Si el desvalor de resultado de la complicidad puede ser puesto en contacto indistintamente con la conducta del autor o con el resultado del delito, cuando ese resultado principal no acaece, habrá que diferenciar en cuanto al tratamiento jurídico penal adecuado al cómplice.

Si su acción tuvo lugar con anterioridad o de forma simultánea a la del autor, teniendo como referencia esta misma, es decir incidiendo causalmente en el cúmulo de factores que desembocan en la conducta del autor, entonces habrá que estimar una participación punible en una tentativa de delito. Evidentemente, si la conducta del autor no llega ni siquiera a comenzar a ejecutarse debería estimarse una tentativa de complicidad impune.

<sup>131</sup> *Vid.*, por ejemplo, M. C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad...*, *op. cit.*, pp.485-6.

<sup>132</sup> Evidentemente, en los delitos de simple actividad, éste será el único desvalor de resultado posible; *vid.*, al respecto, G. M. L. SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfschaft...*, *op. cit.*, p. 61, n. 269.

<sup>133</sup> Para LÓPEZ PEREGRÍN el desvalor de resultado de la complicidad implica la realización de un riesgo jurídico penalmente relevante en un resultado principal antijurídico a través del autor (*La complicidad...*, *op. cit.*, pp. 274 y ss.). En consecuencia, si coincidimos ampliamente con esta autora en cuanto a la formulación del desvalor de acción de la complicidad, no lo hacemos exactamente en lo que al desvalor de resultado respecta, salvo que la idea de que el desvalor de resultado se tiene que producir a través del autor principal se entienda en sentido amplio, sin requerir que el flujo causal pase necesariamente por la acción del autor y se sostenga que es suficiente con que éste mantenga ese dominio negativo.

M. Baunack expresa una posición próxima a la expuesta en el texto, pero posteriormente sostiene que la acción del cómplice puede sólo mediatamente, a través de la influencia en la acción de ejecución, influir en el resultado principal del delito (M. BAUNACK, *Grenzfragen...*, *op. cit.* pp. 38, 71 y *passim*).

Por el contrario, otra consideración merecen los supuestos habitualmente denominados de complicidad sucesiva. Si el resultado principal no acaece y la acción desplegada por el cómplice tiene lugar con posterioridad a la desarrollada por el autor, cuando éste conserva tan sólo un dominio negativo del hecho y no incide en absoluto en lo que es la conducta en sentido estricto del autor, habría una tentativa de complicidad que resultaría impune. La casuística puede ser muy numerosa. Por ejemplo, iniciado el incendio por el autor, cuando el objeto material todavía no se ha reducido a cenizas, el cómplice inutiliza el sistema contra incendios que podría coadyubar a su extinción. Enviado por correo el paquete bomba, el cómplice, empleado de correos, corrige la dirección del destinatario imprecisamente redactada en el paquete. En los delitos contra la propiedad intelectual, el cómplice, iniciado el plagio, corrige defectos que observa en el ejemplar plagiado, etc.

Como veremos *infra*, las conclusiones apuntadas pueden tener un alcance más amplio, no limitadas a los supuestos de complicidad sucesiva, en las hipótesis de complicidad sin dolo común con el autor.

### 3.6. *La imputación de circunstancias agravantes al cómplice sucesivo*

La cuestión de la imputación de las circunstancias agravantes del hecho ya realizadas al cómplice sucesivo es objeto de múltiples tomas de posición que no pueden ser abordadas en todos sus extremos. En lo que al tema aquí objeto de debate concierne, el punto de partida de la discusión puede proporcionarlo la relación de hechos probados a la que se refiere la STS de 22 de julio de 1998: los acusados abordaron a la víctima con una navaja que ponen en su cuello, obligándole a la entrega de una serie de objetos y a desplazarse a la vivienda de uno de ellos, donde permaneció privado de libertad durante un cierto espacio de tiempo. La mujer de uno de los acusados, se incorpora al curso de los acontecimientos en el momento en que llegan a la vivienda, sin que conste en la citada relación de hechos probados que tras su aparición se siguiera empleando navaja u otra arma peligrosa. El Tribunal Supremo calificó tales sucesos como delito de robo con intimidación con toma de rehenes y uso de instrumentos peligrosos, donde la mujer tan sólo fue considerada como cómplice. El ejemplo podría actualizarse en un supuesto donde se debiese apreciar el delito de robo con intimidación agravado por el uso de armas u otros medios peligrosos (artículo 242.2 del Código Penal de 1995); asimismo, el caso podría presentarse también en el supuesto del número 5.º del artículo 180 del mismo

cuerpo legal, dentro de los delitos sexuales, «Cuando el autor haga uso de armas o medios igualmente peligrosos...», etc.<sup>134</sup>

Puede ser igualmente esclarecedor el siguiente ejemplo propuesto por Roxin: un sujeto, sobre la base de una repentina decisión, arroja una escalera de cuerda a través de la ventana al ladrón bloqueado para que pueda escapar con el botín<sup>135</sup>. Para el profesor de Munich el sujeto ha prestado su ayuda a un hurto agravado, aun cuando la circunstancia agravatoria ya había sido realizada en el momento en que se presta la ayuda<sup>136</sup>. El caso puede servir para ilustrar la problemática, aun cuando no es extrapolable sin más a la situación jurídica española, ya que conviene recordar que lo que en España sería un delito de robo con fuerza en las cosas, en Alemania no sería, sino un supuesto agravado de hurto<sup>137</sup>. En consecuencia, la perspectiva a adoptar en nuestro derecho es necesariamente diferente, ya que en esa hipótesis no se trata de un problema de imputación de circunstancias agravantes, sino que se enmarca en el problema más amplio y ya analizado de cuál es el límite temporal hasta el que es posible la admisión de nuevos cómplices en el delito. En este caso, sencillamente el hecho todavía no se ha consumado, el sujeto activo todavía puede desistir. Luego desde los planteamientos anteriormente desarrollados cabe todavía la

<sup>134</sup> También en los ejemplos propuestos y en otros análogos se plantea la problemática de si estamos o no ante auténticas circunstancias del delito o ante otro fenómeno conexo. Nos remitimos a lo señalado *supra* cuando analizábamos el mismo problema pero en relación con el denominado coautor sucesivo.

<sup>135</sup> C. ROXIN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, op. cit.*, § 25, 196.

<sup>136</sup> *Ibid.* C. ROXIN. La jurisprudencia (vid. B. WOELK, *Täterschaft...*, *op. cit.*, p. 173, n. 4) y un sector de la doctrina alemana imputan al sujeto que se incorpora a los hechos los actos parciales ya realizados (E. DREHER y H. TRONDLE, *Strafgesetzbuch, op. cit.*, § 27, 4; P. CRAMER, *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch, op. cit.*, § 27, 17), con lo que estaríamos en presencia de complicidad en el equivalente a nuestro robo con fuerza en las cosas; Samson juzga decisivo si el resultado típico del acto parcial ya ejecutado continúa operando, con lo que en el caso de Roxin la solución sería la misma que en los autores anteriormente citados (E. SAMSON, *Systematischer Kommentar, op. cit.*, § 27, 18); STRATENWERTH imputa las circunstancias del hecho al cómplice si la agresión a un determinado bien jurídico no ha concluido (*Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible, op. cit.*, 873 ss.; en términos semejantes, E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, op. cit.*, 10/138); para B. WOELK no es ése el caso, con lo cual estaríamos en presencia de complicidad en hurto, lo que supondría la ruptura del título de imputación (*Täterschaft...*, *op. cit.*, p. 173). Niegan la imputación de los actos ya realizados, G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, op. cit.*, 22/40; H.-J. RUDOLPHI, «Die zeitlichen Grenzen...», *op. cit.*, p. 560; R. MAURACH, K.-H. GÖSSEL y H. ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, T. II, op. cit.*, § 52, 13; H.-H. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe, op. cit.*, p. 310.

<sup>137</sup> Vid. R. MATA MARTÍN, *El delito de robo con fuerza en las cosas, op. cit.*, pp. 72 y ss.

complicidad de quien se incorpora al curso de los hechos, si lleva a cabo un comportamiento que pueda calificarse de tal. Sin embargo, lo que aquí se cuestiona ya no es la consideración jurídica de cómplice, sino más bien si se le deben imputar las circunstancias agravantes que concurren.

En España, un punto de referencia del análisis puede constituirlo nuevamente la regulación positiva española en la materia. Así, el artículo 65.2 del Código Penal, como es sabido, establece que las circunstancias que consistan «en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido *conocimiento* de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito»<sup>138</sup>. De esta manera, surge la pregunta de si es suficiente con que el cómplice sucesivo conozca la circunstancia objetiva para que la agravación le alcance. Resulta claro que no se puede afirmar que haya habido contribución causal del cómplice en relación con los hechos que sirven para cualificar la responsabilidad. Del mismo modo tampoco el elemento volitivo del dolo puede en este caso estar presente en el cómplice, si se parte, como hemos hecho aquí, de que éste debe proyectarse hacia el futuro o, al menos, hacia acontecimientos no pasados. Luego no sería por completo infundado sostener que cuando el artículo 65.2 se limita a exigir el conocimiento, sin ulteriores referencias al elemento volitivo del dolo, lo hace precisamente pensando en hipótesis como las aquí estudiadas, donde resulta imposible exigir la concurrencia de voluntad alguna. Si el autor ya ha dejado de actuar y el resultado lesivo todavía no se ha producido, no tendría sentido requerir que la voluntad del cómplice se refiriese a esa acción pasada del autor. La consecuencia lógica sería la comunicación de las circunstancias agravantes al cómplice sucesivo. De esta forma, el artículo 65.2 alcanzaría pleno sentido al requerir tan sólo el conocimiento para poder comunicar las circunstancias. La ausencia de causalidad no constituiría un obstáculo serio para ello, ya que no se puede sostener la exigencia de que las acciones de los partícipes a título de cooperadores deban influir causalmente en todos los extremos de la acción desplegada por el autor.

Pese a lo anteriormente expuesto la solución no es tan clara como a primera vista pudiera parecer. Por una parte, hemos rechazado la

---

<sup>138</sup> Como expusimos *supra*, partimos nuevamente de la base de que el citado artículo 65.2 se aplica tanto a las circunstancias generales, como a las especiales o específicas, como a los delitos circunstanciados.

posibilidad de imputar circunstancias agravantes comunicables al *coautor* sucesivo, sobre la base de una serie de consideraciones que no procede repetir en este momento. Por otra, el tenor literal de la Ley permite aceptar la imputación de circunstancias agravantes al cómplice sobrevenido. Sin embargo, ambas conclusiones examinadas conjuntamente arrojan un resultado poco satisfactorio. Suponen situar al cómplice en una situación peor que al coautor, sobre todo si se tiene en cuenta que la complicidad necesaria en nuestro sistema es una forma de participación que lleva aparejada la misma pena que la que corresponde al autor. En suma, consideraciones conexas al principio de proporcionalidad deberían conducir a negar la posibilidad de estimar circunstancias agravantes ya acaecidas y por su propia naturaleza comunicables a la hora de determinar la responsabilidad del cómplice sucesivo sobre la base del mero conocimiento de éstas. En todo caso, sigue persistiendo la censura de que una imputación de circunstancias agravantes al cómplice sucesivo requiere admitir un *dolus subsequens* que no podemos aceptar<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> Vid. la opinión contraria a la defendida en el texto en H.-H. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, op. cit., pp. 311 y ss., evidentemente, sin tener la perspectiva del artículo 65.2 del Código Penal español. Este penalista alemán sostiene que el interviniente individual no sólo actúa para sí, sino que lo hace como representante personal de la comunidad de todos los intervinientes. De esta manera, se fundamenta la competencia de cada sujeto de la comunidad por el conjunto; el punto temporal de la contribución carece de relevancia, en tanto la realización típica todavía persista (id., p. 311). En consecuencia, para él sería suficiente el mero conocimiento de la situación organizativa de un tercero y de sus planes, de forma que la aportación de un nexo comunicativamente relevante en esa organización determina que ya no se pueda distanciar del contexto de la acción producida (id., p. 314). Esa opinión sería válida tanto para la complicidad como para la coautoría sucesiva (id., p. 315). Su opinión no puede ser compartida. Entre otras cuestiones, lleva a resultados injustos. Piénsese en un secuestro de larga duración, por ejemplo, de más de dos años. De aplicar las tesis de Lesch, a un partícipe que intervenga adhesivamente en él durante los dos últimos días realizando actos de cooperación necesaria debería serle imputado la totalidad de la acción llevada a cabo por el autor y, consecuentemente, sancionarlo en idénticos términos que al autor, pese a ser sólo un partícipe y, además, haber realizado una contribución a la lesión del bien jurídico objetivamente muy inferior. Por otra parte, el mismo Lesch reconoce que ello implica un reconocimiento de un *dolus subsequens*, lo cual califica como «una consecuencia necesaria de la responsabilidad accesoria por la realización típica que implica una división colectiva del trabajo y que es, *sin más*, compatible con el mandato de taxatividad de los tipos» (id., p. 316, cursiva nuestra). Lesch olvida en su discurso referirse a los supuestos de coautoría no sometidos al principio de accesoriaidad. En todo caso, liquida la cuestión afirmando «sin más» la compatibilidad con el principio de legalidad, sin que profundice en un concepto de dolo del que derive esa compatibilidad. Si con carácter general es inadmisibles el *dolus subsequens* ¿por qué «sin más» es aceptable en este contexto?

Lo expresado, probablemente apoya la idea de que, *de lege ferenda*, se debería reconsiderar la redacción del artículo 65.2 del Código Penal y proceder a sustituir la actual referencia al conocimiento por otra alusión más amplia al dolo.

### 3.7. Referencia al tipo subjetivo del cómplice

Contrasta la abundancia de materiales desarrollados dogmática y jurisprudencialmente en relación con el tipo objetivo de la complicidad con la escasez de contribuciones en lo que al tipo subjetivo respecta<sup>140</sup>. En un trabajo de estas características tan sólo se puede apuntar algunos de los aspectos problemáticos, en conexión con el tema central de nuestra investigación.

Es muy frecuente en la doctrina afirmar que el dolo del cómplice debe ser doble<sup>141</sup>, o requerir que éste posea un doble punto de referencia: se debe conocer y querer el despliegue de la propia acción, de la conducta llevada a cabo por el cómplice, y, además, conocer y querer la acción del autor del delito<sup>142</sup>.

De una intelección como la aquí sostenida se deduce que esa idea conforme a la cual la complicidad requiere la presencia de un doble dolo, o éste debe tener un doble objeto de referencia, no es siempre exacta. Ciertamente se debe conocer y querer el despliegue de la propia acción, de la conducta llevada a cabo por el cómplice, pero no siempre es necesario que éste conozca y, además, quiera la acción del autor del delito. En relación con esta última, admitido el fenómeno de la complicidad sucesiva, es condición necesaria y al mismo tiempo suficiente la presencia del elemento cognoscitivo. Luego no tiene sentido seguir hablando de un «doble dolo» ya que ese conocimiento de la acción previamente llevada a cabo por el autor no reúne los requisitos necesarios para ser conceptualizado como dolo. En consecuencia, el dolo del cómplice sucesivo debe tener como objeto, nece-

<sup>140</sup> Lo que también es destacado en la doctrina en lengua alemana: G. M. L. SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfeschaft*, *op. cit.*, p. 139.

<sup>141</sup> H.-H. JESCHECK, *Tratado...*, § 64, III, 2; K. LACKNER, *Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, § 26, 4; *vid.* las abundantes referencias bibliográficas que proporciona G. M. L. SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfeschaft*, *op. cit.*, p. 153, n. 730.

<sup>142</sup> *Vid.* C. ROXIN, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, *op. cit.*, § 27, 45; E. SAMSON, *Systematischer Kommentar*, *op. cit.*, vor § 26, 37. En España, *vid.* G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 895; L. F. RUIZ ANTÓN, *El agente provocador...*, *op. cit.*, p. 315.

sariamente, su propia acción y, en los delitos de resultado, ese resultado típicamente requerido. Desde luego, una defensa a ultranza de ese doble dolo en toda forma de complicidad modificaría las conclusiones a las que hemos llegado aquí. O bien implicaría que no es posible admitir la complicidad en el delito sino transcurre la acción del cómplice de forma anterior o simultánea a la del autor, en la línea de alguno de los autores que hemos visto, como Rudolphi. O bien requeriría una concepción del elemento volitivo del dolo en una línea muy diferente de la que hemos expuesto; esto es admitiendo que alternativamente éste puede venir referido a hechos ya acaecidos o que, sencillamente, no es necesario. La primera conclusión sería quizá coherente, pero que llevaría consigo probablemente indeseables lagunas de punibilidad, desde el momento en que, como hemos visto *supra*, no siempre la figura del encubrimiento que posee un perfil muy nítido podrá ser aplicada. La segunda, evidentemente, requeriría un estudio exhaustivo del concepto general de dolo de imposible desarrollo aquí.

Podemos concluir con una mínima referencia a la denominada complicidad secreta o complicidad sin dolo común con el autor a la que ya hemos aludido *supra* y que representa probablemente uno de los campos donde con más frecuencia se puede presentar el fenómeno de la complicidad sucesiva. Si lo que distingue a la denominada autoría accesoria es sobre todo la inexistencia del vínculo psíquico que caracteriza a la coautoría, entre otras posibilidades, en el caso de la complicidad también es imaginable una cooperación al delito de otro sin que medie dicho nexu subjetivo<sup>143</sup> y sin que por ello existan obstáculos para

---

<sup>143</sup> Lo que no sería exactamente una especie de «complicidad accesoria» paralelo al de autoría accesoria, como ocurre entre la coautoría y la complicidad sucesiva. Por una parte, la doctrina generalmente no emplea dicho concepto. Sí que acude a él M. DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO («Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria», *op. cit.*, p. 709) empleando la más general expresión de «participación accesoria» que debería abarcar tanto a la complicidad, en sentido amplio, como a la inducción. Es a este último campo al que se refiere el ejemplo que propone: dos sujetos por separado y sin saber uno de otro inducen a un tercero a la comisión de un delito, siendo la suma de ambas incitaciones la que determina al tercero a cometerlo (*ibid.*; también S. MIR PUIG acepta la posibilidad de una «inducción accesoria», *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 400; J. BARJA DE QUIROGA, *Autoría...*, *op. cit.*, p. 75, habla de «complicidad accesoria»). Aunque DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO no se refiere a la cooperación en el delito, es imaginable una situación análoga en este marco: dos sujetos, independientemente uno de otro, dolosamente ponen a disposición del autor (con o sin conocimiento de éste) piezas de un arma que, si por sí solas no sirven, ensambladas convenientemente forman un arma de fuego que el autor emplea para la perpetración de un homicidio (probablemente sería un supuesto de tentativa imposible

apreciar complicidad punible<sup>144</sup>.

En el contexto de la complicidad sucesiva en el que nos movemos puede ser válido el ejemplo en el que un vecino enemistado con la víctima ayuda a unos delincuentes a salir del ascensor en el que han quedado atrapados inmediatamente después de salir del piso en el que han perpetrado un robo con fuerza en las cosas, sin que llegue a existir contacto alguno entre ellos<sup>145</sup>. Roxin entiende que, a diferencia de la inducción, no es preciso un contacto psíquico entre autor y cómplice «si el carácter de complicidad de un hecho es reconocible objetivamente de las circunstancias»<sup>146</sup>. Lo que carecería de sentido es que hipótesis

---

complicidad o cooperación necesaria o habría que investigar, como sugiere Díaz y García Conlledo, si se puede encajar en alguno de los actos preparatorios punibles en el ordenamiento).

Dados los fuertes problemas terminológicos que existen, ya que la complicidad siempre es accesoria, y la carencia de consecuencias jurídicas derivadas de esta categoría, es aconsejable desecharla ya que ni siquiera posee el valor aclaratorio que puede ofrecer el concepto paralelo de autoría accesoria, por lo que preferimos hablar como en el texto de complicidad sin dolo común con el autor.

<sup>144</sup> Vid. H.-H. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, op. cit., p. 53; C. ROXIN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, op. cit., § 27, 9; F.-Ch. SCHRÖEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, Berlín, 1965, p. 151; E. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., 10/139; H. MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., p. 323.

<sup>145</sup> Maurach propone el siguiente ejemplo: un ratero sustrae en una aglomeración la cartera a un transeúnte, mientras que un compinche, cuya presencia aquél ignora, se apuesta en un lugar próximo, por «solidaridad profesional», con el fin de provocar en caso necesario el conveniente tumulto bajo el que pueda el ratero actuar con mayor facilidad. El compinche finalmente no necesita realizar esta conducta (R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 382). La solución del caso no ha sido uniforme en la doctrina y generalmente se opera al margen del dato de la existencia o inexistencia de conexión psíquica. Así Maurach aprecia complicidad punible porque «la acción de complicidad habrá dado forma al hecho, desde el momento en que sin la ayuda, el ladrón hubiera tenido menos posibilidades de llevar a cabo su empresa (*ibid.*). De tal planteamiento discrepa Schaffstein, para el que tal idea no es sino una vuelta al principio del incremento del riesgo (F. SCHAFFSTEIN, «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe», *Festschrift für M. Honig*, Göttingen, 1970, pp. 169, op. cit., p. 180), y ROXIN, porque, sin negar el incremento del riesgo, supondría castigar un puro estar preparado para la ayuda pensado internamente lo que se acerca peligrosamente a un Derecho penal del ánimo (*Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, op. cit., § 27, 9); en todo caso, *vid.* la exhaustiva relación bibliográfica que proporciona sobre esta cuestión, incluyendo algún supuesto jurisprudencial suizo y alemán, G. M. L. SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft?...*, op. cit., p. 83, n. 394, así como su propia opinión en pp. 84 y ss. y 163, esencialmente negadora de la complicidad en estos casos sobre la base del fundamento que defiende de la complicidad, esto es, la solidaridad con el autor del delito; críticamente sobre la solución que propugna, *vid.* C. ROXIN, en la recensión a su monografía publicada en *JZ* 1, 1996, p. 30.

<sup>146</sup> C. ROXIN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, op. cit., § 27, 9; «Was ist Beihilfe?», op. cit., p. 511. En los últimos tiempos rechaza la posibilidad de una complicidad

como la *supra* expuesta o en otras todavía más claras un requisito no expresamente derivado de la ley ni de construcción dogmática alguna se alzara en obstáculo insuperable para la punición de comportamientos altamente merecedores o necesitados de pena.

Precisamente en la denominada complicidad secreta o sin dolo común con el autor puede ser un campo en el que tenga repercusión alguno de los puntos de vista anteriormente expuestos. Hemos sostenido que el desvalor de resultado del cómplice puede concretarse alternativamente tanto en la propia conducta desplegada por el autor (y a través suyo con el resultado principal del delito), como directamente en el resultado principal del delito. De esta manera, si en el caso concreto no es posible concretar desvalor de resultado alguno, estaremos ante un supuesto de complicidad intentada impune.

Eso es lo que ocurre cuando la acción de complicidad tuvo lugar con anterioridad o simultáneamente a la del autor, pero no estaba destinada a favorecerla causalmente, sino que sigue un curso causal independiente que tan sólo se orienta a repercutir en el resultado principal

---

dad sin dolo común con el autor M. HEGHMANN, sobre la base de su concepto de complicidad (*vid.* «Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe...», *op. cit.*, p. 479). Si no hemos aceptado el planteamiento general (*vid. supra* 3.5), menos aún podemos compartir sus conclusiones. Su construcción lleva a consecuencias insatisfactorias: en el ejemplo del texto en el que el amigo sin acuerdo previo con el autor entretiene a los dueños de la casa mientras ésta es saqueada, se debería proceder a la absolución de quien impide que los propietarios lleguen a tiempo a la casa. Heghmans, para apoyar su idea utiliza el siguiente ejemplo: imagínese que el amigo F del ladrón E asume sin que éste lo sepa la vigilancia del robo con fuerza en las cosas que éste ejecuta; en esa función golpea hasta matar al dueño de la casa que se acercaba en ese preciso momento; del mismo modo que a E no se le puede imputar el asesinato, tampoco a F se le puede imputar el apoyo a E en tanto éste no detecte el apoyo que se le ha prestado y continúe actuando ya consciente de su ayuda (*Ibid.* M. HEGHMANN). Desde nuestra perspectiva si al autor del robo no se le puede imputar la participación en un asesinato es sencillamente porque ni objetiva, ni subjetivamente ha intervenido en él, a diferencia de lo que ocurre en el caso del robo, donde, pese a la inexistencia de acuerdo previo, no puede haber duda de la objetiva contribución del vigilante a su desarrollo. Otro planteamiento, evidentemente, merece el caso en el que el vigilante lleva a cabo la tarea de observar mientras el autor roba, pero no llega a intervenir objetivamente porque no resulta necesaria su aportación, hipótesis que merece idéntico tratamiento a los casos en los que la acción del vigilante, existente un previo pacto, no tiene repercusión alguna en el curso de los acontecimientos; v.g. el autor no ejecuta los hechos de forma más eficaz por la tranquilidad que le proporciona esa acción de cooperación; o lo que le determinó a llevar a cabo los hechos no fue precisamente el poder contar con la acción de vigilancia; se trataría de una mera tentativa de complicidad impune (así, *vid.* M. C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad...*, *op. cit.* pp. 306 y ss.).

delictivo, pero no en la acción del autor. Las hipótesis que se presentan más claras transcurren en el ámbito de la denominada complicidad secreta o complicidad sin dolo común con el autor, ya que en ellos no hay una incidencia en la psique del autor que conecte cursos causales en principio independientes. Así, podemos construir un ejemplo de laboratorio que ilustre la cuestión:

Un sujeto contempla como sus compañeros están llevando a cabo un robo con fuerza en las cosas en un domicilio ajeno; al mismo tiempo observa que la rueda del vehículo en el cual los sujetos pretendían huir con el botín está pinchada, movido por solidaridad «profesional» procede a reparar el pinchazo, utilizando un sistema de hinchado rápido; antes de que los delincuentes puedan huir son sorprendidos y detenidos, sin que tengan la oportunidad ni siquiera de subirse al vehículo.

En el ejemplo propuesto, la acción del sujeto que procede a intentar facilitar la huida de los delincuentes transcurre simultáneamente a la de los autores del delito, pero por un cauce independiente por completo del emprendido por aquéllos. En ese comportamiento orientado a facilitar la labor delictiva está presente el desvalor de acción característico de la complicidad (incrementa *ex ante* el riesgo de que acaezca el resultado), sin embargo, no se traduce en desvalor de resultado alguno, en cuanto el curso causal impulsado por el cómplice ni incide en la acción de los delincuentes, ni en el resultado final desvalorado: la formación de un estado posesorio autónomo. En definitiva, sólo cabe estimar presente una tentativa de complicidad que debería resultar impune.

Los ejemplos alternativos que se pueden proporcionar siempre en el marco de la complicidad sin dolo común con el autor, pueden ser múltiples. Pensemos en el sujeto que observa como un compañero suyo que está verificando un robo con escalamiento en un domicilio ajeno va a ser sorprendido por los propietarios que en ese momento se encaminan a su casa; para evitarlo se cruza en su camino y los distrae, pretendiendo dar tiempo a que su amigo concluya la labor iniciada y abandone el lugar de los hechos. El delito no se llega a consumir porque se da la circunstancia de que un vecino también se percata del delito de robo que está sucediendo y avisa a la policía que detiene al delincuente, pese a los esfuerzos de su amigo. Como hemos visto, la acción de este último no repercutió causalmente en la conducta desplegada por el autor, por lo que no puede hablarse de una complicidad punible en una tentativa que requiere de esa conexión causal en los hechos al menos intentados del autor. Tampoco lo hizo en el resultado principal, la desposesión, que no acaeció por la actua-

ción policial<sup>147</sup>. Luego más bien estaríamos ante una complicidad intentada impune.

### 3.8. *Conclusión*

La categoría «complicidad sucesiva», a diferencia de la denominada «coautoría sucesiva», sí que posee sustantividad propia. Supone una acción de complicidad desarrollada tras el comportamiento del autor, y antes de que se verifique el resultado lesivo, siempre y cuando el autor mantenga un dominio al menos negativo del hecho que permita seguir manteniendo el carácter accesorio de la participación. Las consecuencias que derivan de ello son, al menos, dos. En primer lugar, en las hipótesis en las que el resultado lesivo no acaezca no podrá estimarse complicidad en una tentativa de delito, sino más bien una complicidad intentada impune. En segundo lugar, pierde sentido en estos supuestos la exigencia de un doble dolo en el cómplice, lo que puede tener trascendencia en múltiples campos.

Una consideración diferenciada merece la cooperación sobrevinida en los delitos continuados, donde se debe censurar la imputación de hechos ya acaecidos al partícipe.

---

<sup>147</sup> Prescindimos en este contexto de la problemática que presenta el ejemplo propuesto en el texto, en el que si el cómplice efectivamente consigue impedir que el autor sea descubierto, de forma que éste huye con el botín, la conexión de causalidad es más que discutible. Se trataría de un caso análogo al de la interrupción de cursos causales salvadores, cuyo tratamiento desborda el marco de este trabajo.