

LAS AGRESIONES EN GRUPO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (Comentario a la STS 474/2005, de 17 de marzo)¹

M.^a VICTORIA GARCÍA DEL BLANCO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos

Sumario

I. **Introducción.**—II. **La STS de 17 de marzo de 2005.**—A. Hechos probados.—B. Fallo mantenido en la Sentencia.—C. Voto particular.—III. **El mutuo acuerdo como elemento caracterizador de la coautoría.**—A. Introducción.—B. Concepto de mutuo acuerdo y consecuencias jurídicas derivadas de su constatación.—C. Fundamento y principios constitucionales.—D. Contenido del mutuo acuerdo.—E. Toma de postura crítica. Negación de la sustantividad propia de la coautoría como forma de pluriautoría.—IV. **Perspectiva jurisprudencial del problema.**—A. Evolución jurisprudencial en materia de coautoría: de la teoría del acuerdo previo a la teoría del «dominio del hecho».—1. La teoría del acuerdo previo.—A. Breve exposición. B.—Críticas.—2. La teoría del dominio del hecho.—B. La aplicación del artículo 28 del Código Penal de 1995.—C. Situación actual: ¿una concepción jurisprudencial propia de la teoría del dominio del hecho?—V. **Solución jurisprudencial en los supuestos de agresiones en grupo.**—A. Introducción.—B. Supuestos en los que no consta quien realiza la aportación que produce el resultado lesivo.—C. Supuestos en los que consta quien produjo el resultado lesivo.—1. Cuando el resto no favorece el curso causal lesivo.—2. Cuando el resto favorece en alguna medida la producción del resultado.

¹ RJ. 2005/4308. (Ponente: Excmo. Sr. D. J. R. Berdugo y Gómez de la Torre).

I. Introducción

Las agresiones realizadas por un grupo de sujetos representan uno de los supuestos que la doctrina viene considerando más característicos de coautoría. Y aunque son un campo de batalla idóneo para enfrentarnos a los eternos problemas de la delimitación entre formas de autoría y participación, sin embargo, tanto los problemas que se abordan, como las soluciones adoptadas pueden ser muy diferentes dependiendo de otras circunstancias del caso. La STS de 17 de marzo de 2005, en este sentido, aborda un supuesto clásico de agresión en grupo que nos sirve como excusa perfecta para la exposición, no sólo de las diferentes soluciones mantenidas por el Tribunal Supremo en estos casos, sino también para comprobar cómo problemas en cuanto a la definición y delimitación de figuras tan antiguas en el discurso doctrinal y jurisprudencial como la coautoría siguen sin resolverse. Y lo que puede ser más grave, cómo estructuras muy depuradas por la elaboración doctrinal, se pueden estar tergiversando en la práctica.

II. La STS de 17 de marzo de 2005

En esta resolución, el Tribunal Supremo mantiene la calificación de coautores de dos sujetos con relación a los tres delitos de lesiones sostenida por la sentencia de la Audiencia de Santander (Sección 2.^a) de 25 de noviembre de 2003, aunque casa dicha resolución con relación a la calificación de la agresión de uno de los sujetos que pasa de lesiones agravadas por los medios utilizados en el ataque a ser considerada tentativa de homicidio.

A. *Los hechos probados*

Los hechos probados se resumen en que: un grupo de personas (entre los que se encuentran Ignacio, Rubén y Eusebio) están una noche en un pub, y sin que exista un motivo aparentemente razonable, sufren el ataque de otros dos sujetos (Agustín y Juan Ramón). La agresión comienza cuando Agustín se abalanza sobre Rubén y comienza a golpearle. Acto seguido Juan Ramón se suma al ataque y comienza a golpear también a Rubén, «golpeándole ambos, propinándole varios navajazos». Eusebio trata de separarlos y cuando agarra de la cintura a Juan Ramón, éste lanza un navajazo contra Ignacio, y sale en persecución de Eusebio a quien alcanza y apuñala.

También Agustín alcanza a Eusebio y le «propina varios golpes o cuchilladas». Los tres agredidos resultan con lesiones².

B. Fallo mantenido en la Sentencia

El Tribunal Supremo, no admite el recuso presentado por la representación de Agustín por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del art. 28 del Código Penal en relación con los tres delitos de lesiones al considerar a Agustín como autor de tres delitos de lesiones por uso de arma, a pesar de no estar acreditada la utilización de ningún arma por su parte, no constar que tuviera conocimiento de su utilización por el otro penado Juan Ramón, y además no tener participación alguna en las lesiones causadas a Ignacio.

En primer lugar, con relación a las lesiones sufridas por Juan Ramón, el Tribunal Supremo considera que del relato fáctico no puede excluirse la utilización por parte del acusado de armas, puesto que como viene siendo costumbre, cuando se quiere hacer mención de la realización de la acción típica se utiliza ya en los hechos los plurales o el «ambos».

En cuanto a la responsabilidad del acusado por las lesiones que sufrieron Ignacio y Eusebio, de los hechos probados se desprende para el Tribunal que «existió participación de ambos acusados y en todas las agresiones se empleó arma blanca, tal como lo acredita el examen de las lesiones producidas».

² Las lesiones que figuran en la sentencia comentada son las siguientes: Eusebio, de 20 años, sufrió heridas con arma blanca en abdomen, hombro derecho, tres en espalda, hemoperitoneo, rotura del diafragma, herida penetrante hepático con rotura de vena suprahepático media perforación de víscera hueca, requiriendo para su curación intervención quirúrgica urgente, dado el gravísimo shock hipovolémico que presentaba [...] Según informan los médicos forenses las mismas hubieran sido mortales si no se hubiera intervenido en breve espacio de tiempo. [...] Rubén, presentó herida inciso en hemitórax izquierdo por debajo de la mamila en sentido transversal de 5,5 cms. de longitud que no penetró en cavidad pleural, una segunda herida penetrante en región lateral derecho sobre la iliaca de 1,2 cms que no fue supurada, una tercera herida incisa-penetrante en región dorso lateral lado izquierdo sobre fosa renal y para iliaca izquierda de 9,5 cms. de longitud sin penetrar en cavidad peritoneal seccionando fascia y músculos, una cuarta herida en dorso mano derecha de 1,2 cm. con dos puntos de sutura, requiriendo tratamiento con limpieza y drenaje de heridas bajo anestesia local, tratamiento con analgésicos y retirada de puntos y vigilancia continua. [...]. Ignacio sufrió herida inciso contusa no penetrante en tórax tres centímetros por debajo de la mamila de 2,5 cms. que requirió para su curación limpieza, sutura de herida y retirada de los puntos.

Por ello se califica a Agustín «coautor en sentido estricto pues formó parte del plan del autor, intervino en el acuerdo previo y ostentó dominio funcional del hecho, contribuyendo y colaborando a la realización del delito de manera esencial o relevancia e igualmente está presente el elemento subjetivo o anímico basado en un acuerdo de voluntades tácito y simultáneo a la dinámica conexión» (...) «En definitiva, nos hallamos ante un comportamiento conjunto, ante un ataque colectivo en el que ambos acusados golpearon a Eusebio y a Rubén».

Y con relación al uso del arma que cualifica el resultado lesivo se manifiesta en cuanto que «el que pueda decirse que las lesiones más graves causadas por arma blanca corresponda a Juan Ramón no puede excusar la responsabilidad de Agustín, el uso del arma, aunque hubiera sido utilizada por solo uno de los agresores debe tenerse en consideración contra todos los que intervinieron en el hecho porque se trata de un tipo delictivo realizado en coautoría y en tales supuestos basta el conocimiento por uno de los medios de ataque utilizado por el otro (STS 694/2000, de 24 de abril [RJ 2000\ 3299]). Por ello, y aun cuando en las lesiones sufridas por Ignacio en el hecho probado se imputan a un navajazo lanzado por Juan Ramón, no debe excluirse la responsabilidad de este hecho del recurrente Agustín. En efecto éste fue quien inició la agresión contra el grupo de personas entre las que se encontraba aquél, teniendo, en todo momento, una actitud activa, con conocimiento cabal de la forma en que se desarrollaban los acontecimientos, no pudiéndose romperse el título de imputación, aunque en este caso, no realizara acto ejecutivo dirigido a vulnerar la integridad física de la víctima, pues su adhesión expresa al pacto criminal su misma presencia física coadyuvando a la consecución de la mecánica comisiva, su propia actividad agresiva no desatendiéndose de lo que allí ocurría, le convierten en coautor material».

C. Voto particular

Se produce, sin embargo, un voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta que disiente tanto en la estimación del recurso del Ministerio Público y de la acusación particular en cuanto a la calificación de los hechos como homicidio y, más interesante en este trabajo, en cuanto a que el recurso del recurrente Agustín debió ser estimado, dados los propios hechos declarados probados y la actividad probatoria practicada. Puesto que no se ha podido demostrar que el acusado hiciera uso del arma, no debió ser condenado como coautor de las lesiones agravadas del art. 148.1º CP, sino como autor únicamente de tres faltas de lesiones del art. 617 CP.

Vemos como los problemas planteados por las agresiones en grupo sirven de ejemplo perfecto para comprobar la solidez de soluciones doctrinales y jurisprudenciales en materia de autoría y participación, fundamentalmente en cuanto a la configuración de la coautoría y la relevancia que deba dársele al elemento que tradicionalmente conforma su vertiente subjetiva: el mutuo acuerdo.

III. El mutuo acuerdo como elemento caracterizador de la coautoría

A. Introducción

El artículo 28, primer párrafo, del Código penal de 1995 recoge de forma expresa, por primera vez en nuestra historia legislativa, la figura de los que realizan el hecho conjuntamente que se identifica tanto por la doctrina como por la jurisprudencia con la tradicional «coautoría». Así el que interviene en la realización conjunta, junto con el que realiza el hecho por sí solo y el que para su ejecución utiliza a otro como instrumento conforman las tres formas de intervención en el delito que son calificadas de autoría y que, por tanto, tendrán responsabilidad autónoma.

Como el legislador del 95 ha preferido evitar una delimitación siquiera un poco más precisa de esta figura, caracterizándola únicamente por la concurrencia de una pluralidad de sujetos que realizan el hecho de forma conjunta, sin especificar en qué debe consistir formal o materialmente la intervención de cada uno de ellos:

- por una parte, legalmente se da cabida así a diferentes interpretaciones sobre el concepto de autor entre las defendidas por la doctrina —en España actualmente mantienen un cierto equilibrio la teoría del dominio del hecho y la teoría objetivo formal, ambas en diferentes versiones³—. La coautoría, para la

³ Sin buscar exhaustividad, para mostrar el precario equilibrio doctrinal en la materia, entre los defensores en España de la teoría del dominio del hecho podemos destacar: CEREZO MIR, «Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal», *ADPCP*, t. 32; 1979, pp. 570 y ss.; el mismo, «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española», *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, pp. 172 y ss.; el mismo, *Derecho Penal. Parte General.*, UNED, Madrid, 2.ª ed., 2000, pp. 185 y ss.; el mismo, *Curso de Derecho Penal. Parte General, III, Teoría Jurídica del delito/2*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, pp. 206 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *ADPCP*, 1984, p. 105; el mismo, *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Par-*

te General, Madrid, Ed. Civitas, 1984, pp. 114-115; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 177; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 481 y ss.; MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 77; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal español, Parte General*, 4.ª ed., corregida y puesta al día por Hernán Hormazabal Malarée, Trotta, Madrid, 1994, p. 435; BERDUGO DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVE/SERRANO PIEDECASAS/GARCÍA RIVAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Barcelona, Praxis, 1999, pp. 289-290; HERNÁNDEZ PLEASANCIA, *La autoría mediata*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 62 y ss.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, Granada, Comares, 1998, pp. 165 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed., Barcelona, Reppertor, 2004, p. 373; SILVA SANCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC*, 1989, pp. 385 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 347 y ss.; JOSH JUBERT, «Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la STS de 19 de octubre de 1995, ponente Excmo. Sr. Bacigalupo)», *ADPCP*, 1995, p. 678; BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000; la misma, *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004. Representantes de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho: LUZÓN PEÑA, «La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado», *ADPCP*, 1989, pp. 889 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 625 y ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en Derecho penal*, Granada, Comares, 1997, pp. 397 y ss.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, Granada Comares, 2002, pp. 537 y ss.; DURÁN SECO, «Reflexiones sobre la coautoría en los supuestos del tirón. Comentario a la STS de 8 de julio de 1998», *RDPCr.*, 2000, p. 458; la misma, *La coautoría en Derecho penal: Aspectos esenciales*, León, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, 2003, pp. 266 y ss. Como defensores de la teoría objetiva formal en diferentes versiones, destacaremos: GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, Universidad, Sección de publicaciones e intercambio, 1966, pp. 63-87; el mismo, «Prólogo a la segunda edición del Código Penal», *Código Penal*, 11.ª ed., Madrid, Civitas, 2005, pp. 49-51; VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1977, pp. 151 y ss.; especialmente en pp. 181-189; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, Tecnos, 1966, p. 287; el mismo, «El autor mediato en Derecho penal español», *ADPCP*, 1969, pp. 461 y ss.; el mismo, *Comentarios al Código penal*, I, Barcelona, Ariel, 1972, pp. 802 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, Cymis, 1974, pp. 74-77 y pp. 79-80; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en Derecho penal*, Madrid, Edersa, 1984, pp. 120-132; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal, Parte General, Teoría Jurídica del delito*, 2.ª ed., Madrid, Rafael Castellanos, 1986, p. 479 y ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General* 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 746 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, «Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia (Comentario a la STS de 21 de febrero de 1989)», *PJ*, n.º 27, 1992, pp. 193-194; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, «Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia (Comentario a la STS de 21 de febrero de 1989)», *PJ*, n.º 27, 1992, pp. 201-202; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, Madrid, Edersa, 1999, p. 179 y p. 193; el mismo: «Comentario a los artículos 27, 28 y 29 del Código Penal» en *Comentarios al Código Penal*, M. Cobo del Rosal (Dir.), tomo III, Madrid, Edersa, 1999, pp. 204 y ss y pp. 251 y ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 102 y ss, pp. 421 y ss. Se encuen-

mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, se configura tradicionalmente por dos elementos: el mutuo acuerdo y la aportación objetiva de los diferentes intervinientes, cuya relevancia en cada caso dependerá de la teoría defendida y que observadas conjuntamente conforman la realización del hecho.

- y, por otra parte, pero indisolublemente conectado, pues depende del contenido material que se exija a la aportación de cada coautor, se plantea el problema de si esta figura comprende únicamente formas de autoría *stricto sensu* o si también abarca supuestos que materialmente serían de participación, equiparándolos a supuestos de autoría⁴. Se discute en este sentido sobre el carácter constitutivo o declarativo del precepto dedicado a la realización conjunta del hecho.

De cualquier forma, e independientemente de la teoría que se mantenga en torno de la autoría, parece que en lo que coincide toda la doctrina es en exigir una aportación objetiva por parte del coautor, lo cual resulta obligado en cumplimiento del mandato constitucional que establece como garantía el principio de responsabilidad por el hecho⁵ y el principio de responsabilidad personal⁶.

tra bastante cercano a esta teoría al menos en los resultados a los que llega, aunque en ocasiones es aún más restrictivo en la determinación del ámbito del la autoría DÍEZ RIPOLLÉS, «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal», *RDPCr*, n.º 1, 1998, pp. 34-36.

⁴ Como, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo*, 2005, cit. nota 3, pp. 49-51, quien mantiene que la realización conjunta del hecho que se recoge en el art. 28, primer párrafo, del Código Penal de 1995, engloba tanto la figura del coautor-autor en sentido estricto, que realiza la acción típica, como la figura del coautor-coejecutor, que es un partícipe elevado a la categoría de autor en virtud del mandato legal (y que coincidiría con la figura del coejecutor del artículo 14.1 del Código Penal de 1973).

⁵ El principio de responsabilidad por el hecho no sólo declara la necesidad de un hecho activo u omisivo como fundamento de la infracción, sino que la condena sea precisamente por ese hecho, excluyendo la posibilidad de que el hecho sea utilizado como pretexto para reprimir situaciones o condiciones anímicas. Entre otras, en STC 150/1991, de 4 de julio (Ponente: López Guerra) que literalmente afirma: «no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos». Para SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch, 1992, p. 261, deriva del respeto a la dignidad humana o humanidad. Cfr. igualmente, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal: Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórica-práctica a sus problemas básicos)*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch., 1993, p. 278; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP. PG.*, 1999, cit. nota, pp. 346-351; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal, Introducción*, 2.ª ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2000, p. 361; MIR PUIG, *DP. PG.*, 2004, cit. nota 3, p. 134.

⁶ Que conforme a la jurisprudencia constitucional sólo exige la prueba de la autoría o de la participación del sujeto en el hecho. Así, se establece que la presunción de

Por lo tanto, el criterio delimitador entre la coautoría y otros supuestos distintos de intervención plurisubjetiva en el delito, como serían la autoría accesoria o supuestos de autoría y participación, no puede hacerse depender en ningún caso de elementos exclusivamente de carácter subjetivo, a riesgo de volver a conceptos subjetivos de autoría ya abandonados y el menoscabo a la seguridad jurídica que conllevan⁷.

Y, sin embargo, el elemento que en mayor medida parece otorgar entidad propia a la coautoría, el que parece caracterizarla más claramente, es la existencia de un acuerdo de voluntades entre los coautores. Por este motivo precisamente se convierte en necesario su análisis pormenorizado.

Aunque sectores minoritarios de la doctrina se han pronunciado rechazando la necesidad de mutuo acuerdo o relativizando su importancia⁸, la posición mayoritaria, tanto en España como en Ale-

inocencia es el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas (entre otras muchas, STC 81/1998, de 2 de abril, FJ. 3; ATC 214/1998, de 13 de octubre, FJ. 3). Pero a renglón seguido hay que añadir que la presunción de inocencia sólo se desvirtúa cuando se ha probado no sólo el hecho sino también que una persona determinada ha intervenido como autora o partícipe en el mismo; la inocencia de la que habla el art. 24.2 CE ha de entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él (SSTC 175/1985, de 17 de diciembre, FJ. 5; 105/1986, de 21 de julio, FJ. 2; 141/1986, de 12 de noviembre, FJ. 2; 92/1987, de 3 de junio, FJ. 1; 229/1988, de 1 de diciembre, FJ. 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ. 2 B; 201/1989, de 30 de noviembre, FJ. 4; 217/1989, de 21 de diciembre, FJ. 2; 84/1990, de 4 de mayo, FJ. 2; 118/1991, de 23 de mayo, FJ. 2; 140/1991, de 20 de junio, FJ. 4; 82/1992, de 28 de mayo, FJ. 4; 104/1992, de 1 de julio, FJ. 3; 133/1994, de 9 de mayo, FFJJ. 3 y 4; 259/1994, de 3 de octubre, FJ. 2; 283/1994, de 24 de octubre, FJ. 2 A; 51/1995, de 23 de febrero, FJ. 3; 30/1996, de 27 de febrero, FJ. 3 B; 50/1996, de 26 de marzo, FJ. 2 b; 24/1997, de 11 de febrero, FJ. 4; 173/1997, de 14 de octubre, FJ. 2 A; 68/1998, de 30 de marzo, FJ. 5; 157/1998, de 13 de julio, FJ. 2; 85/1999, de 10 de mayo, FJ. 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ. 5; 209/1999, de 29 de noviembre, FJ. 2; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ. 5; 16/2000, de 16 de enero, FJ. 3; 33/2000, de 14 de febrero, FJ. 4; 117/2000, de 5 de mayo, FJ. 2; 171/2000, de 26 de junio, FJ. 5).

⁷ Estas teorías, siempre minoritarias y actualmente abandonadas en la doctrina, se sostenían sobre la incapacidad de los presupuestos causales, basados en la teoría de la equivalencia de las condiciones para una delimitación cualitativa entre las diferentes formas de intervención en el delito. El recurso a elementos subjetivos que delimitaran las diferentes condiciones del resultado, cualitativamente idénticas, conlleva la calificación de coautoría de todos los que tengan el ánimo de ser autores. Sobre los orígenes y las diversas teorías subjetivas mantenidas históricamente, vid. ampliamente y con extensísimas referencias bibliográficas, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoria*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 134 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 3, pp. 357 y ss.; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 71 y ss.

⁸ Fundamentalmente entre la doctrina alemana, cfr. en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, Trad. Cuello Con-

mania, sigue exigiendo el mutuo acuerdo como requisito imprescindible para poder afirmar que nos encontramos ante un supuesto de coautoría.

En este sentido, partimos del hecho de que como el coautor necesariamente tiene que haber realizado una determinada contribución objetiva en la realización del hecho, la existencia de un acuerdo entre los coautores sólo podrá tener sentido para aquellos sectores doctrinales que consideran que de este elemento de carácter subjetivo derivan consecuencias para la determinación de la responsabilidad penal del coautor. Dichas consecuencias podrán ser:

- o bien cualitativamente distintas convirtiendo en autores a sujetos cuya aportación objetiva, individualmente considerada, no supondría la realización del tipo y, por tanto, no serían autores *stricto sensu*. En estos casos, la realización conjunta del hecho englobaría tanto supuestos de autoría en sentido estricto como de participación elevada a categoría de autoría en virtud precisamente del acuerdo.
- o bien consecuencias cuantitativamente superiores a las derivadas de la responsabilidad individual, suponiendo así un incremento de pena: no sólo a supuestos de participación elevados a la categoría de autoría en algunos casos, sino fundamentalmente aplicando la pena de la realización completa del hecho a aquel sujeto que sólo lo habría realizado parcialmente.

En todo caso, la relevancia que se le otorga a la intervención de un sujeto únicamente en un acuerdo no puede llegar a determinar la calificación como autor del hecho. Por ello, actualmente se afirma con toda contundencia que se encuentran abandonadas aquellas teorías, de tinte fundamentalmente jurisprudencial, que le otorgaban a este elemento una importancia tal que bastaría su comprobación para considerar que nos encontramos ante un caso de coautoría⁹.

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

treras/Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 746 y ss.; DERKSEN, «Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft», *GA*, 1993, pp. 170 y ss.; LESCH, «Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung», *ZStW* 105 (1993), pp. 271 y ss.; el mismo, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 90 y ss.

⁹ Por ejemplo, la teoría del acuerdo previo, cuya evolución y situación actual en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo trataré posteriormente.

- o bien la calificación como conspirador, si hubiera concertado una aportación propia de autoría y no llegara a comenzar la fase ejecutiva (siempre y cuando dicho acto preparatorio estuviera expresamente tipificado en relación con el tipo concreto).
- o bien, la calificación como partícipe en hecho ajeno (como cooperador necesario o como cómplice) si se produjera el comienzo de la tentativa por parte de un tercero y se pudiera considerar que la intervención del sujeto en el acuerdo ha favorecido la ejecución¹⁰.

B. Concepto de mutuo acuerdo y consecuencias jurídicas derivadas de su constatación

Ciertamente la importancia que se le otorga al acuerdo depende de la posición doctrinal mantenida, sin embargo, éste se viene configurando generalmente como una conexión o vínculo subjetivo que sirve de andamiaje interno conectando las diferentes aportaciones de cada uno de los coautores en un único hecho, porque todas han sido realizadas persiguiendo un objetivo común. Hecho conjunto del que todos responderán en idéntica medida, como autores. Las consecuencias jurídicas que se derivan entonces del mutuo acuerdo significarán que aportaciones que individualmente —consideradas en abstracto, es decir, fuera de dicho contexto comisivo concreto—, sólo responderían:

- como autores de la realización parcial del hecho: utilizando el ejemplo clásico ya en cualquier manual de un homicidio rea

¹⁰ De la misma manera, si comienzan los actos ejecutivos del delito, pero en los mismos no interviene alguno de los concertados previamente, no podrá imputarse dicha ejecución a ese que no interviene en la misma a título de coautoría, aunque dependiendo de la valoración que hagamos de dicha aportación en la fase preparatoria podríamos considerarlo como una forma de participación en el delito. La impunidad de estos actos preparatorios se refiere únicamente a la imposibilidad de sancionar estas conductas de forma independiente, esto es, cuando el delito no ha entrado en fase ejecutiva. Sin embargo, cuando se inicia la fase de ejecución y el delito entra en fase de tentativa o queda consumado, los actos preparatorios realizados por personas distintas al autor devienen punibles y se sancionan como formas de participación en el hecho intentado o consumado: complicidad y cooperación necesaria. Por otro lado, hay que aclarar que existen algunos preceptos en los Libros II y III del Código Penal en los que se sancionan conductas que por su naturaleza tienen carácter de actos preparatorios de otro delito. Estos supuestos sí que son punibles, ya que en estos casos el legislador ha elevado a la categoría de delito autónomo un acto de preparación sancionándolo de forma independiente (Ej. El delito de colaboración con banda armada del artículo 576, 1º y 2º del CP).

lizado suministrando a la víctima sucesivas dosis de veneno, cada uno de los sujetos que intervienen suministrando una dosis responderían como autores a lo sumo de una tentativa de homicidio. O, por ejemplo, el que realiza la intimidación en un robo podría responder únicamente como autor de una tentativa de robo, ya que en ningún caso ha intervenido en la sustracción de la cosa.

- como autores de un tipo distinto. Por ejemplo el que fractura la puerta para que otros entren en una vivienda —con ánimo de sustraer objetos de su interior— sería únicamente autor de daños.
- o como partícipes en un hecho ajeno con responsabilidad subsidiaria a la del autor. Dependiendo de cuál sea la teoría de la que partamos para definir cuál es el contenido objetivo de la aportación del coautor, puede ocurrir que conductas que de existir mutuo acuerdo serían propias de coautoría, y sin embargo sin mutuo acuerdo no serían más que actos de favorecimiento a la autoría ajena. Por ejemplo, la conducta del cooperador necesario en la fase ejecutiva, es decir, el que aporta el vehículo en el que se lleva a cabo la huída.
- o incluso conductas impunes, si las consideramos individualmente en abstracto. Existen determinados tipos penales que convierten una conducta en típica en virtud de los medios comisivos de su realización, por ejemplo, la realización arbitraria del propio derecho, art. 455, castiga el empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas para realizar un derecho propio. Entonces, el que ejercita su derecho mientras otro intimida al sujeto pasivo pero sin mutuo acuerdo entre ambos estaría realizando una conducta lícita.

Pues bien, existiendo mutuo acuerdo para la consecución de un resultado típico, esas mismas conductas conllevarán la responsabilidad autónoma como coautor por la realización global del hecho llevada a cabo entre todos ellos. Es decir, la existencia de acuerdo llevará aparejada normalmente una pena mayor.

En este caso, la STS 474/2005, de 14 de marzo es un clásico ejemplo de los efectos que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias derivan de la existencia del acuerdo:

«Es, por otro lado, doctrina harto consagrada que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo

eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realicen para el logro de la ilícita finalidad perseguida. Cuando aparece afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo concurso, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito».

C. *Fundamento y principios constitucionales*

El fundamento de ese incremento de responsabilidad penal que reposa en la existencia de mutuo acuerdo entre los coautores se viene argumentando en que otorga unidad de sentido a las diversas aportaciones individuales de los autores, adquiriendo el conjunto de las mismas —justamente por realizarse en el marco establecido por los límites del acuerdo— una valoración jurídico penal diferente a la que pudiera corresponder según una consideración individual de cada una de ellas¹¹. Esta conexión subjetiva que unifica diferentes aportaciones individuales en un único hecho representa la esencia de la coautoría y como decíamos marca la diferencia con el resto de formas plurisubjetivas de realización del hecho. Además el mutuo acuerdo marcará los límites del hecho conjunto y cualquier actuación realizada fuera de lo acordado implicará responsabilidad autónoma en principio únicamente del que la haya llevado a cabo; puesto que el resto de los coautores normalmente desconocerán dicha actuación.

Sin embargo, debemos tener presente que la unificación de las diferentes aportaciones individuales en un sólo hecho conjunto no significa que también exista un sólo sujeto global. Si no queremos infringir el principio de responsabilidad personal, principio básico del Derecho penal con reconocimiento constitucional¹², debemos huir de

¹¹ Por todos, Cfr., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 674, que considera que el mutuo acuerdo es un «paréntesis que agrupa los actos parciales en la totalidad»; MIR PUIG, *DP. PG.*, 2004, cit. nota 3, p. 390: «convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones».

¹² De entre las garantías limitadoras que el Derecho penal moderno deriva del principio de culpabilidad se encuentra la necesidad de que las consecuencias jurídicas del delito se ciñan al hecho *propio*. Cfr. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1986, p. 6; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, p. 71; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, J. M. Bosch, 2.ª ed., 2001, pp. 275-276; ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, p. 44; BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, 2001, cit. nota 3, pp. 116-120.

todas aquellas estructuras que en mayor o menor medida colectivizan la responsabilidad penal. Con base en el principio de responsabilidad personal no puede admitirse que la existencia de un acuerdo conjunto actúe como elemento aglutinador de responsabilidades o fundamentador de un responsabilidad conjunta¹³ que pueda llegar a otorgar legitimidad a la renuncia de la prueba de la aportación individual de cada coautor (lo que sería además contrario al derecho fundamental a la presunción de inocencia) o incluso a la no exigibilidad de todos los requisitos objetivos del tipo en cada una de las aportaciones individuales de los coautores (lo que, en mi opinión, sería contrario al principio de legalidad).

La responsabilidad penal es personal e intransferible, por lo que nadie puede ser castigado por lo realizado por otra persona, y coloca al individuo, con todas sus características personales, en el centro de toda imputación penal¹⁴.

Este principio, negando la posibilidad de aplicar una pena o medida de seguridad por un hecho ajeno, exige para la atribución de responsabilidad penal a un sujeto la realización personal, directa o mediata, de un tipo de injusto (ya sea como autor o como partícipe) con sus aspectos objetivos y subjetivos. Con otras palabras, el principio de responsabilidad personal reclama y presupone la autoría o participación criminal¹⁵.

Por ello no podemos admitir ningún tipo de responsabilidad penal conjunta, y habrá que tratar de encontrar una explicación a las consecuencias derivadas de la coautoría y explicar cómo el mutuo acuerdo afecta a la actuación individual de cada uno de los coautores. Es decir, cómo repercute la existencia de acuerdo con el resto o la posesión de determinados conocimientos en la responsabilidad penal individual de cada coautor.

¹³ En contra, por ejemplo, cfr. DERKSEN, GA, 1993, cit. nota 8, pp. 173 y ss.

¹⁴ Cfr. HUERTA TOCILDO, «El principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, 2000, p. 72, quien considera excepciones los supuestos de participación delictiva o de «actuación en nombre de otro» legalmente previstos.

¹⁵ Así, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, Madrid, Universitas, 1996, p. 89; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2001, cit. nota 3, pp. 119-120; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, cit. nota 2, p. 69, llega a la consecuencia de que uno sólo puede ser castigado por su propio injusto, tanto si se trata de un autor como de un partícipe; sin embargo, SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, cit. nota, pp. 69-70, a pesar de considerarlo un principio general, admite excepciones si existen razones especiales que lo justifiquen, como, por ejemplo, la autoría mediata, la coautoría o la participación.

D. Contenido del mutuo acuerdo

El mutuo acuerdo consiste en la transmisión recíproca de conocimientos entre los diferentes coautores sobre la realización de una determinada conducta normalmente para la obtención de un determinado objetivo. En el mejor de los casos supondrá un reparto lógico de funciones, la coordinación de la realización de las mismas para la obtención de un determinado resultado. Por ello, buscando una mayor eficacia o maximizando las posibilidades existentes, normalmente se establecerá el orden de actuación y la empresa encomendada a cada uno de los coautores. Y en virtud del mutuo acuerdo cada uno de los coautores sabrá, por tanto, cual es su función dentro del plan de actuación y también cuál es el cometido encargado al resto. Entonces, la esencia del mutuo acuerdo está formada por los conocimientos de cada uno de los intervinientes en la realización conjunta del hecho. El plus de desvalor individual que representa el mutuo acuerdo para cada coautor reside en la obtención por dicho cauce, transmisión recíproca, de unos determinados conocimientos del contexto comisivo en el que se va a insertar su propia actuación.

Dicha transmisión recíproca de informaciones entre todos los coautores concluirán finalmente en que cada uno de ellos tenga idénticos conocimientos sobre la realización del hecho. Es decir, cada uno de ellos conocerá su propia aportación y además la del resto y por último conocerá además que el resto también conoce su intervención¹⁶. Sería por ello que coincidiría la responsabilidad de cada uno de los que objetivamente realizara una aportación en coautoría (aparte de la culpabilidad individual de cada uno de ellos).

La defensa de esta sustantividad propia de la coautoría se suele fundamentar en la superior peligrosidad de la actuación conjunta coordinada en comparación con la actuación individual o con la actuación conjunta no coordinada¹⁷. Es cierto que normalmente el reparto lógico y coordinado de tareas conlleva un incremento en la eficacia de la actuación conjunta, es decir, un aumento de las posibilidades de alcanzar el éxito. Y se afirma en este sentido que el ma-

¹⁶ Por ejemplo, cfr., SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIÉRREZ, «Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría. Comentario a la STS de 11 de mayo de 1994 (Ponente Sr. Hernández Hernández)», *AP*, n.º 3, semana del 13 al 19 de enero, 1997-1, pp. 44-49.

¹⁷ Sostienen expresamente que el acuerdo supone un incremento del riesgo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 3, p. 656; SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIÉRREZ, *AP*, 1997, cit. nota 6, pp. 46-47; también pero refiriéndose a la conspiración, RUIZ ANTÓN, *El agente provocador*, p. 171, pues «en esa mutua dependencia es donde radica el peligro que se cierne sobre el bien jurídico».

yor peligro de la actuación conjunta coordinada debe repercutir en una superior responsabilidad de cada uno de los coautores¹⁸, que para algunos autores deriva de la aplicación del principio de imputación recíproca de aportaciones que regiría la coautoría¹⁹.

Sin embargo, desde mi punto de vista, tras analizar los diferentes argumentos ofrecidos²⁰:

- primero: de una actuación conjunta, por más coordinada que se realice, no se deriva necesariamente un riesgo superior al de la actuación individual o de la actuación conjunta no coordinada, pues en todo caso el riesgo efectivo dependerá de las facultades que los diferentes intervinientes posean para la realización de la conducta asignada. Por ejemplo: hay delitos cuya comisión lleva aparejada cierta dosis de sigilo, lo cual puede aconsejar *a priori* una ejecución individual. O, por ejemplo, también podría ocurrir que uno de los sujetos que intervenga en la actuación conjunta posea unas cualidades personales tan inadecuadas para dicha ejecución que supone una carga para la consecución del fin propuesto.

¹⁸ Para SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIÉRREZ, AP, 1997, cit. nota 16, p. 47.

¹⁹ En este sentido, por ejemplo, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Trad. y anotado por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Ed. Bosch, 3.ª ed., 1981, p. 939; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2.ª ed., Ed. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1984, p. 287; LUZÓN PEÑA, ADPCP, t. 42, cit. nota 3, 1989, p. 908; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, cit. nota 3, p. 350; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 3, p. 653 y ss; GONZÁLEZ RUS, «Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría», en *Problemas de autoría, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Noviembre, 1994, p. 120; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español. Parte General.*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 2000, p. 459, afirmando, no obstante, que en la coautoría no rige el principio de unidad del título de imputación; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, cit. nota 11, p. 675; KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Ed. Franz Vahlen, München, 1997, p. 703; TRÖNDLE, *Strafrechtsgesetzbuch kurz Kommentare*, 48 ed., Ed. C.H. Beck, München, 1997, p. 184; HAFT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Eine Einführung für Anfangssemester*, 8.ª ed., Ed. C. H. Beck, München, 1988, p. 202; WESSEL/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 28.º ed., Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 1997, p. 158; MIR PUIG, DP. PG., 2004, cit. nota 3, pp. 390 y 394; KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, Belin, Duncker & Humblot, 1999, p. 29; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, cit. nota 3, pp. 305 y 383; el mismo en *Comentarios*, 1999, cit. nota 3, p. 210; LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, *Comentarios*, 1999, cit. nota 3, p. 142; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «La autoría conforme al Código Penal», *La Ley*, 2000-2, p. 1725: aunque sin utilizar la denominación «imputación recíproca» sino «responsabilidad mutua»; el mismo, RDPP, 2000, p. 29; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad*, 2001, cit. nota 3, p. 126, pp. 261-262. Cfr., también en este sentido, STS 14 de octubre de 1998 (RJ. 1998/6873).

²⁰ Sobre mi toma de postura con relación a la función del mutuo acuerdo en la coautoría, vid., GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).

- segundo: este tipo de fundamentaciones nos aboca al peligroso terreno de los juicios hipotéticos, puesto que si efectivamente se ha actuado de forma conjunta y coordinada, nunca se habrá actuado de forma individual abstracta. Así que tendríamos que utilizar en la comparación un término que nunca se habría producido. Por ello, la única valoración correcta de las diferentes aportaciones individuales sólo podrá tener en cuenta la intervención objetivamente conjunta que en realidad se haya producido.

E. Toma de postura crítica. Negación de la sustantividad propia de la coautoría como forma de pluriautoría

Entonces, ¿cuál es el fundamento y la necesidad de seguir exigiendo el mutuo acuerdo para poder afirmar la existencia de coautoría?

No encuentro una respuesta convincente a esta pregunta. En mi opinión, el que el mutuo acuerdo permita la responsabilidad por el hecho conjunto con base en el principio de imputación recíproca de aportaciones ajenas o bien consiste en una metáfora que intenta explicar cómo el contexto objetivo afecta a la determinación del riesgo imputable individualmente a cada coautor o, en otro caso, consecuencias como el principio de imputación recíproca de aportaciones ajenas resultarían constitucionalmente insostenibles por infringir el principio de responsabilidad por el hecho o el principio de responsabilidad personal.

La resistencia doctrinal y, en mayor grado, jurisprudencial al abandono del mutuo acuerdo como elemento esencial de la coautoría, olvidando los avances que en la determinación de la responsabilidad penal supone la admisión de los criterios de imputación objetiva, creo que se asienta en la falsa creencia de que el coautor realiza el delito únicamente de forma parcial y, por tanto, sin mutuo acuerdo, no tendría responsabilidad por lo ejecutado por el resto de los intervinientes lo cual conllevaría que en muchos casos no pudiera responder por lo finalmente producido. Por ejemplo, el sujeto que se limitara a intimidar con un arma al vigilante del banco no podría responder del robo perpetrado porque no habría realizado de propia mano la sustracción del dinero. Sin embargo, si una vez analizada individualmente la aportación del sujeto se le pudiera imputar el hecho completo incluso aunque no hubiera existido el acuerdo, significaría que la coautoría no tendría identidad propia como forma específica

de autoría y su diferencia con la autoría individual resultaría ficticia e innecesaria.

Desde mi punto de vista, la existencia o ausencia de mutuo acuerdo no resulta un dato esencial. Lo relevante en todo caso será determinar el desvalor de la conducta individual de cada uno de los intervinientes en el hecho. Si la realización de acciones típicas delimita la conducta de los autores y la diferencia de las conductas de participación, a partir de ahí, será la aplicación del primer criterio de imputación objetiva el que determine cuál era *ex ante* el riesgo previsible creado o incrementado por la conducta individual de cada uno de los intervinientes, teniendo en cuenta los conocimientos especiales que tuviera o hubiera debido tener el sujeto en concreto. Así, cuando en un hecho intervienen una pluralidad de sujetos, ese dato, la intervención plurisubjetiva en la dinámica comisiva, forma parte de la realidad objetiva en la que se inserta la conducta individual. Por ello, en la valoración del riesgo que implica la conducta, debe ser relevante la circunstancia de que el sujeto conociera o hubiera debido conocer el concreto contexto comisivo, lo cual no depende de la existencia de acuerdo.

La existencia de un acuerdo entre los coautores puede facilitar el que el sujeto adquiera dichos conocimientos, pero, repito, no es absolutamente imprescindible para obtenerlos.

Pueden darse situaciones donde uno de los intervinientes en la realización objetivamente conjunta del hecho posea el conocimiento de su aportación dentro de un entorno objetivo conformado por el resto de actuaciones ajenas, ya sean éstas previas, coetáneas o futuras, pero que el resto de los intervinientes *ex ante* desconozca la suya, ya sea parcial o totalmente. Por ejemplo, el que escucha en un bar una conversación entre dos sujetos que están planificando un robo y fuerza la puerta para que la encuentren abierta o escucha la planificación de cómo piensan dormir a la víctima con somníferos y previamente o posteriormente le suministra él una dosis que al sumarse a la ajena le produce la muerte. Es decir, la comunicación recíproca de informaciones que constituye un acuerdo entre los coautores no es la única forma en que un sujeto puede adaptar su actuación con la del resto para la consecución de un objetivo puesto que los conocimientos necesarios sobre las actuaciones ajenas pueden obtenerse también por otras vías.

Estos casos suelen denominarse adaptaciones unilaterales o autorías accesorias. Y la doctrina defiende que conllevan consecuencias diferentes a las de la coautoría pues a diferencia de ésta, donde todos los coautores tienen idéntica responsabilidad sobre el hecho con-

junto, el autor accesorio, cuya intervención es desconocida por el resto, pues no ha habido esa reciprocidad de la transmisión de informaciones, sólo responderá por su propia actuación²¹.

Sin embargo, en todo caso, el que dichos sujetos respondan únicamente por su aportación no significará en ningún caso que los conocimientos que poseían o hubieran debido poseer en el momento de realizar la acción vayan a carecer de relevancia. Todo lo contrario, dichos conocimientos sobre la actuación propia y ajena (que de ser recíprocos hubiera conformado un acuerdo) se tienen en cuenta en diferentes momentos del análisis del tipo global de injusto, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, para la determinación del significado penal de dicha conducta.

Por lo tanto, lo importante es la valoración de determinados conocimientos en el momento de la realización de una conducta, y no por qué vía se han obtenido.

En cuanto a esta realidad, en este sentido objetiva, la opinión mayoritaria en la doctrina es que no se debe exigir que el sujeto disponga del máximo del conocimiento posible *ex ante*²². Entonces el punto de partida limitador para la determinación de la previsibilidad objetiva de la lesión al bien jurídico consistirá en considerar los conocimientos de un espectador objetivo o de un observador imparcial situado en el lugar del autor en el momento de realizar la acción²³, teniendo además todos los «conocimientos especiales» de que disponga el autor en concreto²⁴.

²¹ Sobre las diferencias entre la coautoría y la pluriautoría accesorio, por ejemplo, ROXIN, «Comentario a §§ 25 a 30 StGB», *LK*, 11.ª ed., Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1993, p. 161; FINCKE, «Der Täter neben dem Täter», *GA*, 1975, pp. 167-168; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador*, 1982, cit. nota 3, p. 181; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Autoría mediata, coautoría y autoría accesorio», *EJB*, 1995, pp. 702, 708 y ss.; SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIÉRREZ, *AP*, 1997, cit. nota 16, p. 47.

²² En este sentido, por ejemplo, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 245 y ss.

²³ Cfr., entre otros, MIR PUIG, *DP. PG.*, 2004, cit. nota 3, pp. 171 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «*Aberratio ictus* e imputación objetiva», *ADPCP*, 1984, p. 367; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, cit. nota 3, pp. 252 y ss.; LUZÓN PEÑA, «Imputación objetiva», *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 3466; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Ed. Edijus, Zaragoza, 1999, pp. 187 y ss.

²⁴ Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, 1982, cit. nota 3, p. 65; CERESO MIR, *ADPCP*, 1983, cit. nota 3, p. 474; el mismo, *Curso*, II, 1997, cit. nota 3, p. 108; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1984, cit. nota 23, pp. 366 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, cit. nota 3, pp. 200 y ss.; LUZÓN PEÑA, *EJB*, 1995, p. 3466; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Causalidad e imputación objetiva del resultado*, Ed. Edersa, Madrid, 1994, p. 89; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones*, 1999, cit. nota 23, p. 189.

Es decir, el punto de partida son los conocimientos individuales que tenga o haya debido tener el sujeto en concreto, porque constituyen la parte de la realidad en la que se desarrolla su comportamiento²⁵.

Así, el juicio de previsibilidad objetiva deberá mantenerse dentro de la realidad conocida o que debiera haber sido conocida por el sujeto²⁶.

En este sentido, no sólo será relevante el conocimiento de las conductas realizadas de forma previa a la intervención del sujeto, sino la previsibilidad objetiva de las conductas coetáneas y de las futuras²⁷. Lógicamente si dichas conductas —previas, coetáneas y futuras— han sido pactadas anteriormente, las posibilidades de conocerlas que han sido realizadas y el grado de previsibilidad de las que se realizarán coetánea o posteriormente se verán incrementadas. Sin embargo, ésta es toda la relevancia que puede otorgarse al mutuo acuerdo, pues el que la responsabilidad penal de cada uno de los autores en la realización conjunta del hecho coincida o no, dependiendo de los conocimientos individuales que posea cada uno de ellos sean idénticos o no, resulta irrelevante para la determinación de su responsabilidad.

Y es que la relevancia de la representación de los conocimientos o intenciones ajenos, es decir, el conocer que el resto de los coautores también se representan la propia conducta y que persiguen o se representan el mismo resultado, va a depender de la relevancia que se le otorgue al dolo con relación a la determinación de la peligrosidad objetiva de la conducta.

1. Si partimos de que la intención con la que un sujeto actúa no afecta a la determinación de la peligrosidad objetiva de su conducta²⁸, entonces el conocimiento que tenga un sujeto de los conocimientos o intenciones con las que actúa el resto de los intervinientes en la realización de un hecho resultará también irrelevante. El peligro de la actuación conjunta será el

²⁵ En el mismo sentido, por ejemplo, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: Fundamento y límites*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 206-207.

²⁶ Vid., FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, cit. nota 22, p. 243.

²⁷ Cfr., en contra, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *AP*, 1997, cit. nota 6, p. 51 afirmando que el criterio de previsibilidad no permite realizar un enjuiciamiento seguro, puesto que será difícil determinar en la mayoría de los casos cuando nos encontramos ante una conducta suficientemente previsible; en el mismo sentido, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad*, 2001, cit. nota 3, pp. 265-266.

²⁸ Vid., entre otros, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, pp. 200 y ss.; JAKOBS, *DP. PG.*, 1997, cit. nota 8, pp. 312 y ss.

mismo siendo conscientes cada uno de que todos actúan persiguiendo o no todos los coautores la producción del mismo resultado.

2. Si, por el contrario, asumiéramos que actuar con dolo directo de primer grado, por ejemplo, incrementa la peligrosidad objetiva de la conducta²⁹, entonces, para que un sujeto pueda representarse correctamente el entorno objetivo en el que se desarrolla su propia conducta será necesario que también abarque la intención con la que actúan el resto de los intervinientes. En ambos casos, sin embargo, el conocimiento del contexto objetivo de actuación formará parte de los conocimientos —reales o potenciales— individuales de cada uno de los coautores.

Por ello, opino que ni el mutuo acuerdo permite superar los límites de la responsabilidad penal individual ni aporta un mayor desvalor a la conducta del coautor que hubiera adquirido los mismos conocimientos por otra vía distinta. Por lo tanto, si el mutuo acuerdo no aporta sustantividad propia a la coautoría, pues no es más que otro supuesto de pluriautorías individuales, resulta ficticia su delimitación de la autoría accesoria y desaparecen los problemas que se planteaban en la delimitación de excesos.

IV. La perspectiva jurisprudencial del problema

Los problemas que conlleva otorgarle relevancia a la existencia de mutuo acuerdo se incrementan en terreno jurisprudencial. La fundamentación utilizada por el Tribunal Supremo en sus resoluciones sobre coautoría ha evolucionado desde la inicial aplicación de la teoría del acuerdo previo de forma prácticamente sistemática hasta decantarse actualmente por la teoría del dominio del hecho.

²⁹ En este sentido, en la doctrina española, MIR PUIG, *Función de la pena*, 1982, cit. nota 3, pp. 74 y ss. En contra, STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Trad. Bacigalupo Zapater, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1980, p. 119; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma, Madrid, 1986, p. 158.

A. Evolución jurisprudencial en materia de coautoría: de la teoría del acuerdo previo a la teoría del «dominio del hecho»

1. La teoría del acuerdo previo

a) Exposición

La teoría del acuerdo previo afirmaba la responsabilidad como coautores de un delito de todos aquellos sujetos que se hubieran concertado previamente para la comisión del mismo, sin que fuera preceptivo ningún otro requisito. Es decir, de haber participado en el acuerdo previo para la comisión del hecho resultaría irrelevante la aportación material que cada uno de los intervinientes hubiera realizado³⁰.

La mayoría de la doctrina española³¹ la ubica como una teoría subjetiva, o al menos muy próxima, pues acude a un elemento subjetivo para establecer los límites entre el círculo de autores y partícipes. Si bien es cierto que, al menos en teoría, no aboca necesariamente a un concepto unitario de autor, en la práctica se reduce de tal forma el ámbito de aplicación de las formas de participación, que aproxima sus consecuencias a las de un concepto extensivo de autoría³².

³⁰ Sobre la teoría del mutuo acuerdo, vid., ampliamente, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor*, 1966, cit. nota, pp. 73 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 3, pp. 354 y ss.

³¹ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal. I*, 2.^a ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1946, p. 269; el mismo, «Autoría penal», *NEJ III*, 1951, p. 147; el mismo, «Codelincuencia», *NEJ IV*, 1952, p. 510; DEL ROSAL, «Sobre la codelincuencia culposa», *ADPCP*, 1953, p. 532; VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa*, 1977, cit. nota 3, p. 134; MIR PUIG, *DP, PG*, 2004, cit. nota 3, p. 370; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español, Parte General*, 4.^a ed., corregida y puesta al día por Hernán Hormazabal Malarée, 1994, pp. 327, 331; GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, 1984, cit. nota 3, p. 104; QUINTERO OLIVARES, *DP, PG*, 2003, cit. nota 3, p. 536; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG.*, 1986, cit. nota 3, p. 483; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 3, pp. 354 y ss.

³² Ya QUINTANO, (*Tratado I*, 1962, cit. nota 31, p. 533, pp. 631-632) califica esta teoría como «peligrosa», porque «reduce a la nada la esfera reservada a la complicidad». Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 3, p. 358, para el que, además de aproximarse a las consecuencias de un concepto extensivo de autor, también se aproxima a las consecuencias de un concepto unitario sin limitaciones, aunque en mi opinión esta opción plantea dudas. De mantenerse un concepto unitario de autor, aparte de que en principio no cabría diferenciar entre autor y partícipe, ya que todos los intervinientes serían autores (no cabría entonces tampoco el concepto de coautoría), cada uno responde de su propia aportación (no se aplicaría ni el principio de imputación recíproca ni el principio de accesoriedad). El hecho de que todos fueran autores no conlleva necesariamente que a todos les corresponda la misma pena, como ocurriría con la aplicación de la teoría del acuerdo previo.

b) Críticas

A la dura crítica realizada por GIMBERNAT ORDEIG³³, posteriormente se ha adherido la práctica unanimidad de los autores españoles³⁴, incrementando o matizando los motivos que justifican el abandono, pues en un Derecho penal donde rige el principio de responsabilidad por el hecho, a las personas no se les puede juzgar exclusivamente por lo que pensaban hacer, ni siquiera por aquello que se han manifestado dispuestos a hacer, sino por lo que realmente han hecho³⁵.

El principio de legalidad otorga al tipo penal una función garantista primordial que excluye el castigo como autores de quienes, independientemente de que hubieran participado en un acuerdo o no, no realicen las acciones descritas en el mismo³⁶. Así, aunque se pudiera demostrar que la aportación que ha realizado el sujeto era intercambiable con la de cualquiera de sus compañeros y que la distribución de tareas realizada en el acuerdo respondió a criterios totalmente aleatorios, la base del enjuiciamiento únicamente puede ser lo que efectivamente cada sujeto realizó³⁷.

³³ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor*, 1966, cit. nota 3, pp. 78 y ss.

³⁴ Entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, 1972, cit. nota 3, pp. 828 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 3, pp. 388 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, 1990, cit. nota 3, pp. 131 y ss.; MIR PUIG, *DP. PG.*, 2004, cit. nota 3, p. 369; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, cit. nota 3, pp. 90 y ss.

³⁵ Y en este sentido, también se manifiesta contundentemente GIMBERNAT ORDEIG cuando expresamente alega en contra que «prescindir de enjuiciar conductas tal como realmente han tenido lugar, es infringir el principio de la tipicidad y destruir la garantía que dicho principio ofrece al ciudadano», GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1966, cit. nota 3, pp. 31 y ss.

³⁶ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 3, pp. 390-391.

³⁷ Lo mismo se puede afirmar en lo relativo a las disposiciones del Libro I del Código Penal donde se recogen expresamente las formas de participación en hecho ajeno. Aunque causas de ampliación de la tipicidad contenida en los Libros II y III del Código Penal, establecen en qué consiste cada una de las conductas como límite. No bastará entonces con probar la existencia del mutuo acuerdo, sino que además o independientemente de la existencia del mismo, hay que probar en su caso que la intervención supone una inducción o una cooperación con relación a quienes realizan la conducta típica en calidad de autores. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor*, 1966, cit. nota 3, pp. 79 y ss., «al hombre solo se le puede juzgar por lo que ha hecho, por sus actos tal como tuvieron lugar en la realidad, entendiéndose por acto, por supuesto, tanto los externos como los internos»; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 3, p. 390, afirma en este sentido «aunque se demostrara fehacientemente que todos los que participaron en el acuerdo estaban dispuestos a realizar cualquier papel, desde el más central al más marginal, en la comisión del delito, aunque se demostrara que incluso se sortearon los papeles, no es posible prescindir de lo que cada cual realizó en concreto».

Se le suma que su aplicación depende de la conveniencia del criterio en el caso concreto. Así, el Tribunal Supremo considera coautor a aquel sujeto que interviene en un acuerdo previo, mientras que al calificar a un sujeto de cómplice, no lo argumenta con base en no haber intervenido en acuerdo previo, puesto que sería bastante infrecuente, sino que acude a criterios diferentes³⁸. Esta forma de actuar por parte del Tribunal Supremo crea «una inseguridad jurídica insoportable»³⁹ y la patente lesión del principio de justicia⁴⁰.

El incremento de la extensión del ámbito de la coautoría se produce simultáneamente al progresivo relajamiento en los requisitos para la existencia de ese acuerdo previo. Al admitirse también el simultáneo, se pierde el sentido que se le venía otorgando al acuerdo de acto preparatorio de planificación conjunta. Además ambos, tanto el acuerdo previo como el simultáneo, pueden tener carácter expreso o tácito, quedando así equiparado prácticamente a un dolo común⁴¹.

Ante la oposición frontal de la doctrina a esta teoría, la jurisprudencia del Tribunal Supremo opta por ir abandonándola, progresiva aunque pausadamente, y comienzan así a aparecer sentencias en las que de forma expresa, en algunas ocasiones, y tácitamente, en otras, se le niega validez, manteniéndose el mutuo acuerdo como requisito de la coautoría, pero perdiendo la exclusividad⁴².

³⁸ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1966, cit. nota 3, pp. 33-35.

³⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor*, 1966, cit. nota 3, p. 83; el mismo, *ADPCP*, 1966, pp. 33-34; en el mismo sentido, VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa*, 1977, cit. nota 3, p. 126; GÓMEZ BENÍTEZ, *TJD*, 1984, cit. nota 3, p. 124, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 3, p. 394.

⁴⁰ En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor*, 1966, cit. nota 3, p. 84.

⁴¹ Así, salvo en aquellos supuestos en los cuales un sujeto colabora en la ejecución del delito con una aportación no esencial que es desconocida para el resto de intervinientes, en el resto de los casos siempre podrá afirmarse la existencia de acuerdo y por tanto de coautoría. Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 3, pp. 358-359. Incluso hasta sentencias muy recientes, el propio Tribunal Supremo sigue reconociendo los efectos extensivos y las distorsiones en materia de autoría y participación que conllevaba dicha doctrina, por ejemplo, STS 24 de marzo de 1998 (RJ. 1998/2356).

⁴² Así en numerosas sentencias se sigue manteniendo la línea tradicional o se modifica levemente exigiendo además únicamente que el sujeto realice algún tipo de aportación al delito, sin especificar de todas formas en qué tiene que consistir en concreto tal aportación ni en qué momento temporal debe ser aportada. También podrían incluirse en esta línea jurisprudencial aquellas sentencias que, existiendo mutuo acuerdo entre los intervinientes en la fase ejecutiva, únicamente exigen como requisito mínimo para afirmar la coautoría la mera presencia del sujeto en fase de ejecución del delito. Podemos comprobar fácilmente que tal exigencia no supone un incremento de rigor en comparación a los requisitos que se venían exigiendo con la teoría del acuerdo previo, al menos en la práctica. Pues si basta con la mera presencia física en el lugar de los hechos del sujeto que ha intervenido previamente en el acuerdo, sin exigir

Así se incrementa el número de sentencias en las que se pone de manifiesto el rechazo, en unos casos declarándolo expresamente⁴³; en otros la paulatina superación de la misma⁴⁴ o señalando cómo el mutuo acuerdo sólo es uno más de los requisitos de la coautoría —que puede estar presente también en las formas de participación— que requiere necesariamente la presencia de determinados elementos objetivos⁴⁵.

que dicha presencia tenga relevancia alguna para la ejecución, la diferencia entre estar presente y no estar no existe. Además, es dicha presencia física en el lugar de comisión del delito la que se utiliza normalmente como indicio para considerar probado que el sujeto estaba dentro del acuerdo. Así, SSTS 14 de enero de 1985 (RJ. 1985/301); 16 de enero de 1985 (RJ. 1985/313); 14 de febrero de 1985 (RJ. 1985/959); 31 de mayo de 1985 (RJ. 1985/2570); 14 de diciembre de 1985 (RJ. 1985/6265); 12 de abril de 1986 (RJ. 1986/1964); 10 de diciembre de 1986 (RJ. 1986/7874); 27 de febrero de 1987 (RJ. 1987/2254); 3 de julio de 1987 (RJ. 1987/5156); 22 de febrero de 1988 (RJ. 1988/1204); 21 de junio de 1988 (RJ. 1988/5150); 25 de junio de 1988 (RJ. 1988/5351); 21 de septiembre de 1988 (RJ. 1988/7210); 30 de enero de 1989 (RJ. 1989/612); 9 de febrero de 1989 (RJ. 1989/1517); 14 de septiembre de 1989 (RJ. 1989/7503); 23 de octubre de 1989 (RJ. 1989/7733); 30 de noviembre de 1989 (RJ. 1989/9363); 21 de febrero de 1990 (RJ. 1990/1594); 30 de marzo de 1990 (RJ. 1990/3396); 17 de enero de 1991 (RJ. 1991/130); 29 de enero de 1991 (RJ. 1991/543); 22 de febrero de 1991 (RJ. 1991/1346); 17 de junio de 1991 (RJ. 1991/4730); 1 de julio de 1991 (RJ. 1991/5942); 13 de noviembre de 1991 (RJ. 1991/8124); 5 de febrero de 1992 (RJ. 1992/1013); 15 de junio de 1992 (RJ. 1992/5490); 31 de marzo de 1993 (RJ. 1993/2943); 16 de julio de 1993 (RJ. 1993/6044); 23 de septiembre de 1993 (RJ. 1993/6779); 15 de junio de 1994 (RJ. 1994/4960); 7 de diciembre de 1994 (RJ. 1994/564); 16 de enero de 1995 (RJ. 1995/7); 11 de octubre de 1995 (RJ. 1995/7230); 17 de octubre de 1995 (RJ. 1995/7553); 20 de octubre de 1995 (RJ. 1995/8007); 29 de noviembre de 1995 (RJ. 1995/8779); 15 de diciembre de 1995 (RJ. 1995/8965); 29 de diciembre de 1995 (RJ. 1995/4550); 19 de febrero de 1997 (RJ. 1997/1135); 15 de marzo de 1997 (RJ. 1997/2823); 12 de junio de 1998 (RJ. 1997/5589).

⁴³ Véase jurisprudencia exhaustiva en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, cit. nota 3, pp. 374-376 (nota 60) y además SSTS 28 de enero de 1991 (RJ. 1991/404); 29 de enero de 1993 (RJ. 1993/392); 20 de octubre de 1995 (RJ. 1995/8007); 4 de noviembre de 1997 (RJ. 1997/7908); 7 de noviembre de 1997 (RJ. 1997/7845); 28 de noviembre de 1997 (RJ. 1997/9059); 2 de diciembre de 1997 (RJ. 1997/8711); 24 de marzo de 1998 (RJ. 1998/2356); 6 de abril de 1998 (RJ. 1998/4017); 9 de octubre de 1998 (RJ. 1998/8055); 11 de noviembre de 1998 (RJ. 1998/8623); 2 de julio de 1999 (RJ. 1999/5812).

⁴⁴ Cfr., jurisprudencia citada por PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, cit. nota 3, pp. 118-119.

⁴⁵ Destaca en este sentido la argumentación mantenida en algunas sentencias; sólo como un ejemplo, STS de 4 de noviembre de 1997 (RJ. 1997/7908) donde claramente el Tribunal Supremo afirma «que el acuerdo previo, por sí mismo, no es determinante de la coautoría, como lo consideraba la jurisprudencia más antigua. Por el contrario, la decisión conjunta de la realización del hecho punible, que caracteriza la coautoría, debe ir acompañada de una aportación a la ejecución que exteriorice el dominio funcional del hecho, o el condominio del mismo. Por lo tanto, la tesis sostenida por el Fiscal debe ser analizada desde esta perspectiva, dado que solo acuerdo previo entre los partícipes no es determinante de la coautoría, ni de la cooperación necesaria. En

2. La teoría del dominio del hecho

Paralelamente se acrecientan las sentencias que aplican el criterio del dominio del hecho. Esta teoría, que aparece por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal Supremo con la sentencia de 1 de julio de 1963 (RJ. 1963/3373), se ha convertido en la línea mayoritaria en la actualidad, aunque en su aplicación podemos distinguir diversas clases de resoluciones. Por una parte, las que exigen dominio funcional del hecho, compuesto por mutuo acuerdo y contribución esencial en fase ejecutiva⁴⁶. Por otra parte, aquéllas que exigen igualmente que la aportación abarcada por el mutuo acuerdo sea esencial pero pudiendo efectuarse, al parecer, tanto en fase preparatoria como en fase ejecutiva⁴⁷. Tampoco faltan las que fundamentan el dominio funcional del hecho en un dominio negativo del hecho⁴⁸. Y por último las que se limitan a invocar la teoría del dominio del hecho sin concretar el contenido de la misma, ni el porqué en el caso permite calificar como coautores a los intervinientes⁴⁹.

efecto, el criterio del acuerdo previo es, ante todo, incompatible con el propio texto de la Ley Penal, dado que, éste (antes y después de la reforma de 1995) exige «un acto sin el cual (el delito) no se habría efectuado». Es evidente que un acto de estas características requiere inexorablemente una aportación de determinada significación, que no puede ser en ningún caso reemplazada por el acuerdo entre los partícipes. Si esto es así respecto de la cooperación necesaria, no puede ser de otra manera para la coautoría, toda vez que ésta debe implicar también un juicio sobre la aportación al hecho que justifique un reproche penal adecuado a la autoría».

⁴⁶ Ver jurisprudencia en PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, cit. nota 3, p. 126, nota 49; y, más recientemente, por ejemplo, SSTS 8 de febrero de 1991 (RJ. 1991/915); 24 de septiembre de 1997 (RJ. 1997/7166); 21 de diciembre de 1992; 28 de noviembre de 1997 (RJ. 1997/9059); 11 de octubre de 1997 (RJ. 1997/7219); 4 de noviembre de 1997 (RJ. 1997/7908); 24 de marzo de 1998 (RJ. 1998/2356); 2 de julio de 1998 (RJ. 1998/6230).

⁴⁷ Así SSTS 20 de diciembre de 1996 (RJ. 1996/9034); 2 de febrero de 1999 (RJ. 1999/215).

⁴⁸ Por ejemplo, SSTS 8 de febrero de 1991 (RJ. 1991/915), entre otros argumentos utiliza que «Es indudable que quien domina una parte esencial del hecho tiene la posibilidad de dominar el hecho en su totalidad, pues el retiro de esa parte esencial frustraría la realización del mismo»; 10 de febrero de 1992 (RJ. 1992/1112) «ambos tenían el condominio del hecho, dado que si hubieran excluido su participación éste no se hubiera llevado a cabo con iguales características»; 20 de diciembre de 1996 (RJ. 1996/9034) «actúan en el enfrentamiento y no evitan la producción del resultado»; 24 de marzo de 1998 (RJ. 1998/2356) cada coautor «actúa y deja actuar a los demás».

⁴⁹ Véase jurisprudencia en PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, cit. nota 3, pp. 126-127, nota 50. Además, por ejemplo, SSTS 24 de enero de 1996 (RJ. 1996/14); 3 de marzo de 1997 (RJ. 1997/1821); 2 de diciembre de 1997 (RJ. 1997/8711).

B. La aplicación del art. 28 del Código Penal de 1995

Se esperaba con impaciencia por parte de la doctrina la interpretación jurisprudencial de la mención del artículo 28 párrafo primero a los que «*son autores*» porque «*realizan el hecho... conjuntamente*», y cómo se conformarían los límites con relación principalmente a la cooperación necesaria (art. 28 párrafo segundo, b)).

La jurisprudencia aplaude la regulación en materia de autoría y participación adoptada por el legislador de 1995 —que, sorprendentemente, considera reflejo de los logros obtenidos por la evolución jurisprudencial en la materia⁵⁰— y, como resultaba previsible, la interpretación del nuevo articulado se realiza conforme los criterios de la teoría del dominio del hecho⁵¹.

De esta forma, desde las primeras sentencias que aplican el art. 28 del nuevo texto legal⁵² —y hasta la actualidad, con escasísimas ex-

⁵⁰ Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1998 (RJ. 1998/10345), afirma algo que se repetirá literalmente en múltiples sentencias posteriores, que la nueva definición de la coautoría acogida en el artículo 28 «viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del «acuerdo previo» a los cooperadores no ejecutivos, es decir, a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo —por ejemplo, a quien planea el «golpe» que ejecutan otros—, pese a que resultaban difícilmente encuadrables en el artículo 14.1º del Código Penal de 1973 que exigía «tomar parte directa en la ejecución del hecho». La «realización conjunta del hecho» implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del «*pactum scaeleris*» y del co-dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución».

⁵¹ Así, de forma expresa en la mayoría de los casos, se mantiene en todas y cada una de las sentencias a partir del momento en que comienza la aplicación del nuevo texto legal por parte del Tribunal Supremo. Vid. por ejemplo, STS de 4 de noviembre de 1997 (RJ. 1997/7908) donde claramente el Tribunal Supremo afirma que «la decisión conjunta de la realización del hecho punible, que caracteriza la coautoría, debe ir acompañada de una aportación a la ejecución que exteriorice el dominio funcional del hecho, o el condominio del mismo [...] el propio texto de la Ley Penal, [...] (antes y después de la reforma de 1995) exige «un acto sin el cual (el delito) no se habría efectuado». Es evidente que un acto de estas características requiere inexorablemente una aportación de determinada significación, que no puede ser en ningún caso reemplazada por el acuerdo entre los partícipes».

⁵² Por ejemplo, claramente, STS 7 de noviembre de 1997 (RJ. 1997/7845).

cepciones—, se rechaza de forma expresa la teoría del acuerdo previo y tras afirmar que el mutuo acuerdo es solamente un elemento de la coautoría, no el único, se exige para poder aplicar la calificación como coautoría que exista un dominio del hecho de cada uno de los intervinientes.

Aunque continúan los problemas de unificación y concreción de los requisitos necesarios para poder establecer tal dominio del hecho capaz de calificar la intervención individual como coautoría^{53, 54},

⁵³ Sin embargo, los argumentos esgrimidos por otro numeroso grupo de sentencias en este sentido siguen difiriendo considerablemente, de los presupuestos mencionados, dependiendo básicamente de las circunstancias del caso concreto que se esté enjuiciando. Así, por ejemplo, la STS 16 de junio de 1999 (RJ. 1999/5689), defendiendo la aplicación de la teoría del dominio del hecho, considera a continuación que «resulta indiferente que se produzca una situación de coautoría entre todos los vulnerantes, o bien que se trate de un supuesto de cooperación necesaria» pues la pena es la misma, y, así, mantiene la calificación de la sentencia impugnada en la cual se le condena como cooperador necesario en atención a las «cotas de cualificada aportación y eficiente causalidad en la producción del resultado delictivo». Sin ir más lejos, la propia STS de 14 de noviembre de 1997 (RJ. 1997/7845), citada, mantiene el dominio del hecho sobre la no subordinación de aportaciones. Literalmente establece lo siguiente: «una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar». Igualmente, SSTS 18 de febrero de 2002 (RJ. 2002/3181); 8 de marzo de 2002 (RJ. 2002/4927); 6 de abril de 1998 (RJ. 1998/4017); 9 de octubre de 1998 (RJ. 1998/8055); 11 de noviembre de 1998 (RJ. 1998/8623); 5 de marzo de 1999 (RJ. 1999/1295), caso Anabel Segura; 14 de abril de 1999 (RJ. 1999/4848); 2 de julio de 1999 (RJ. 1999/5812) en la que, existiendo una decisión conjunta para la realización de un robo violento, portando respectivamente los dos interviniente una hacha y una pistola para usarlas en el caso de que la víctima ofreciese resistencia, el primero le causa la muerte al agredirle con el hacha, por lo que el otro no aportó nada a la producción de este resultado, declarando el Tribunal Supremo que «aunque fuese su hermano quien materializó la brutal agresión, pudiéndose afirmar que ambos gozaban del dominio funcional en la realización del ataque a la vida como al patrimonio de la víctima», sin que podamos establecer cuál es esa aportación del segundo sujeto de la cual se predica que tiene el dominio del hecho por la no subordinación y por qué lo tiene.

⁵⁴ Otras sentencias, aproximándose más al concepto mayoritario sobre el dominio del hecho, exigen que se realice una aportación en fase ejecutiva, aunque sin establecer qué entidad han de reunir esta clase de aportaciones. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1999 (RJ. 1999/827): Considera coautores de adquisición de billetes falsos para su puesta en circulación (art. 386 párrafo 2º) a dos sujetos, siendo así que sólo uno de ellos tenía la posesión de los billetes, considera que el otro tenía la posesión por la común disponibilidad que ambos tenían sobre los billetes, independientemente de quien los portara físicamente. No justifica por qué tiene el dominio del hecho, pero declara que «existe coautoría cuando [scil. los intervinientes] obedeciendo a un plan convenido asumen individualmente papeles distintos en su ejecución total». En el mismo sentido, STS 9 de febrero de 1999 (RJ. 1999/294): «en la motivación no existe una descripción del comportamiento individual de cada uno de los co-acusados», esto «carece de relevancia dado que han obrado de

también es cierto que cada vez con mayor frecuencia encontramos sentencias que aplican correctamente los presupuestos de la teoría del dominio del hecho, exigiendo y fundamentando sobre hechos probados que, bajo mutuo acuerdo, cada coautor intervino durante la fase ejecutiva con una aportación de carácter esencial⁵⁵. Lamentablemente no faltan las que aprecian dominio del hecho bastando un mutuo acuerdo con reparto de papeles bastando incluso el haber formado parte de la fase preparatoria⁵⁶.

En cualquier caso, la doctrina del dominio del hecho se ha asentado firmemente en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Y como claro ejemplo, la propia sentencia comentada afirma que:

Siendo muy abundantes las SSTs en las que se mantuvo tal doctrina y de las que se pueden citar la de 10/2/92 (RJ 1992\1112), 5/10/93 (RJ 1993\7282), 2/7/94 (RJ 1994\6416), 24/9/97 (RJ 1997\ 7166) y 28/11/97 (RJ 1997\9059), 27/1, 24/3 (RJ 1998\2356), 12/6 (RJ 1998\5589) y 2/7/98 (RJ 1998\6230), basta, por su claridad, con reproducir literalmente lo mantenido en esta última, en la que se reconoció lo siguiente: «El art. 28 del Código Penal (RCL 1995\3170 y

forma conjunta, es decir, se trata de un caso de coautoría en la que carece de trascendencia la conducta individual, en la medida en que en la coautoría se imputa la totalidad del hecho»; o la sorprendente STS 8 de junio de 1999 (RJ. 1999/5554).

⁵⁵ Por ejemplo, SSTs 1 de marzo de 2000 (RJ. 2000/1105); 15 de marzo de 2002 (RJ. 2002/5119).

⁵⁶ Así la sentencia del Tribunal Supremo 2 de febrero de 1999 (RJ. 1999/215), en la cual se defiende el dominio del hecho, por haber participado «en la organización y planeamiento de una operación de tráfico de drogas», el sujeto «había tomado parte [en esa fase preparatoria] con las mismas posibilidades de dominio del hecho que los otros co-imputados». En el mismo sentido, STS 8 de julio de 1998 (RJ. 1998/5816) o 14 de diciembre de 1998 (RJ. 1998/10345). También influye en esta línea jurisprudencial, admitiendo la coautoría por aportaciones realizadas durante la fase preparatoria, el que el Tribunal Supremo considera que la autoría mediata no es incompatible con la autoría directa, y, por lo tanto, en los supuestos donde existe autoría mediata y autoría directa, ambos sujetos son coautores. En este sentido se pronuncia la STS de 13 de diciembre de 2002 (RJ. 2002/1991). Sin embargo, parece discrepar de esta tesis la STS de 18 de abril de 2002 (RJ. 2002/4782). Con mayor frecuencia, estas aportaciones en fase preparatoria se complementan con la exigencia de su intervención en fase ejecutiva, aunque en muchos casos consista en la mera pasividad ante la ejecución ajena. Véase, por ejemplo, STS de 26 de febrero de 2004 (RJ. 2004/2245) donde se afirma que «la aportación de los acusados que no ejecutan materialmente el acto que causa la muerte a Tomás, consistente en haber intervenido directamente en el control de la víctima durante los distintos desplazamientos, hasta finalmente llegar al apartado lugar de los hechos, donde se mantienen pasivos ante la acción de Eugenio, supone un control o dominio conjunto del hecho en razón de su actividad en el total de la acción, que los convierte en coautores».

RCL 1996, 777) vigente nos permite disponer ya de una definición legal de la coautoría que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que el mismo fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelinquencia —ss. 31/5/85 (RJ 1985\2577), 13/5/86 (RJ 1986\2461) entre otras— por la doctrina de esta Sala. Preciso es pues, esclarecer qué debemos entender por uno y otro elemento —objetivo y subjetivo— de la coautoría. La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12/2/86 (RJ 1986\590), 24/3/86 (RJ 1986\1692), 15/7/88 (RJ 1988\6583), 8/2/91 (RJ 1991\915) y 4/10/94 (RJ 1994\7612). Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer».

C. Situación actual: ¿una concepción jurisprudencial propia de la teoría del dominio del hecho?

En los últimos años, por un lado, desde la doctrina se elogian los esfuerzos que el Tribunal Supremo está realizando en el sentido de intentar comprender los problemas que se plantean en la práctica en materia de autoría y participación, así como de aplicar con corrección las teorías delimitadoras entre ambas categorías. Sin embargo, también se reprocha que esta evolución jurisprudencial no haya alcanzado los objetivos esperados —al menos por parte de la doctrina que sigue abogando tanto por una línea jurisprudencial unitaria, como por una seria fundamentación de las decisiones adoptadas,

de la cual carecen numerosas sentencias, afectándose seriamente con ello la seguridad jurídica⁵⁷—.

Pendiente de solventar este problema, los avances derivados de la aplicación de criterios teóricos más adecuados en la delimitación de autores y partícipes, quedan en muchos casos en poco más que meras palabras⁵⁸.

⁵⁷ La pluralidad de criterios mantenidos en casos sustancialmente iguales por el mismo órgano judicial es contraria al principio constitucional de igualdad (artículo 14 de la Constitución Española) en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley. Este principio exige que en sede del mismo órgano judicial se apliquen los mismos criterios a casos sustancialmente iguales, y que, si varía el criterio, ello sea objeto de una especial motivación. Vid. GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).

⁵⁸ Comenzando por el problema de la falta de fundamentación seria que se produce en múltiples sentencias, hay que constatar que viene siendo advertido desde antiguo, si bien es cierto que la jurisprudencia ha tratado de solventarlo. El problema radica en muchas ocasiones en que en dicha fundamentación se limita el Tribunal a repetir mecánicamente y literalmente los argumentos de otras sentencias sin aplicación de los criterios mencionados al caso concreto. No sólo vulnerarían el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada (analogía), sino que resultarían también constitucionalmente rechazables por el mismo motivo aquellas otras que conduzcan a soluciones opuestas a la orientación material de la norma. El único punto de partida posible para orientarnos en la valoración de si la interpretación de la norma ha sido o no la correcta por parte del Tribunal es la motivación contenida en la resolución. Así, la interpretación restrictiva —como contrapuesta a la interpretación extensiva o analógica— obligada en cuanto al establecimiento, interpretación y aplicación de normas limitadoras del ejercicio de derechos fundamentales, exige que las resoluciones sancionadoras en aplicación de las mismas contengan una motivación suficiente para poder controlar la proporcionalidad de la medida aplicada. Y por tanto, la falta o insuficiencia de la motivación, conllevará la vulneración del derecho fundamental sustantivo afectado (STC 151/1997, de 29 de septiembre de 1997 (Ponente: Viver Pi-Sunyer), FJ. 5). El Tribunal Constitucional, al admitir la constitucionalidad de los conceptos normativos abiertos, como sería el caso de la «realización conjunta del hecho», traslada el problema del legislador al intérprete y aplicador de la norma, que deberá utilizar para fundamentar sus decisiones pautas objetivas que determinen y complementen los preceptos legales, garantizando así la taxatividad de la norma y la seguridad jurídica. Para ello los tribunales atenderán a los valores generalmente admitidos y conocidos socialmente conformes al ordenamiento jurídico y, principalmente, a la Constitución. Y como ha establecido la STC 151/1997, de 29 de septiembre, en su fundamento jurídico tercero, «la única manera de llevar a cabo esta tarea de conformidad con el artículo 25 de la Constitución española es hacer expresas las razones que determinan la antijuridicidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud del castigo desde una perspectiva constitucional. Ello significa que, como sucede en el ámbito de otros derechos fundamentales, también la garantía del citado precepto constitucional puede vulnerarse por la ausencia de un adecuado razonamiento que ponga de manifiesto el cumplimiento de sus exigencias». Añadiendo la citada resolución en su fundamento cuarto que «la falta de un fundamento jurídico concreto y cognoscible priva a la sanción del sustento que le exige el artículo 25.1 de la Consti-

Con relación a los requisitos constitutivos de la coautoría exigibles por la doctrina del Tribunal Supremo y en cuanto a la evolución hacia posiciones donde la intervención del sujeto en la realización del hecho tuviera más peso, sólo cabe destacar que actualmente al menos no se exige únicamente el mutuo acuerdo para la construcción de la responsabilidad por coautoría —lamentablemente debemos considerarlo un gran logro si recordamos el punto de partida—. Pero, de ahí a afirmar que dicho requisito objetivo tenga la entidad que pudiera considerarse conveniente, desde mi punto de vista, va un enorme trecho.

Recordemos: la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene considerando que para poder afirmar la existencia de coautoría e imputar el hecho conjunto a cada coautor basta con probar la existencia de mutuo acuerdo entre los sujetos y que el hecho se ha realizado, interviniendo los sujetos en dicha realización de forma esencial. El Tribunal Supremo de esta forma se decanta claramente por la aplicación de la teoría del dominio del hecho⁵⁹. Pero, como ya se ha se-

tución y convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de legalidad de la sanción, sólo reparable con su anulación definitiva». En este punto, no tanto la falta de fundamentación existente en algunas resoluciones en materia de autoría y participación —pues afortunada y progresivamente se producen de forma cada vez más excepcional—, sino sobre todo la mezcla de criterios utilizados, en su caso, en la fundamentación de la decisión y la falta de aplicación real de la argumentación teórica a los hechos concretos —utilizándose así como fórmulas automáticas— pueden suscitar serias dudas sobre su constitucionalidad. Vid. GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).

⁵⁹ Independientemente, repito, de que no sea a mi entender la teoría más adecuada para una correcta delimitación de la coautoría. En este mismo sentido, criticando duramente los criterios mantenidos por la teoría del dominio del hecho, recientemente se ha pronunciado GIMBERNAT ORDEIG: *Recensión a CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal, Parte General, vol. III, Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid, 2001*, en *RDPCrim*, 2.ª Época, n.º 13, (2004), p. 436 donde literalmente afirma que «la teoría del dominio del hecho, la mayoritaria en Alemania y en nuestra doctrina, y también ahora en la jurisprudencia española, es una doctrina contra legem y contra reo, carece de contornos precisos, y no ha servido más que para introducir en la exégesis de los arts. 28 y 29 CP 1995 (como, anteriormente, de los arts. 14 y 16 CP 1973) una inseguridad jurídica de unas dimensiones que difícilmente puede encontrarse en la interpretación de otro u otros preceptos del Código Penal» y, continuando en esta línea, en pp. 439-440: «como la teoría del dominio del hecho es una fórmula vacía, carente, a nivel de principio, de cualquier contenido mínimamente concretizable, de ahí que, cuando se presenta un caso individual, no sea posible deducir de ella criterios seguros para determinar si un acusado ha dominado funcionalmente el hecho, y si le corresponde, por ello, la calificación de autor. (...) Por todo ello, la caótica y contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre quien reúne la condición de autor y quien la de partícipe no debe ser reconducible a errores de subsunción, sino a que se trata de aplicar una teoría —la del dominio del hecho— que, como no se sabe en qué consiste, ni siquiera a nivel de principio, mucho menos aún se puede saber quién, en el caso concreto, de entre los distintos intervinientes en la producción del delito, ha detentado ese misterioso dominio».

ñalado por algún autor, el Tribunal no está aplicando con la corrección necesaria los criterios que establece esta teoría para la existencia de coautoría y su delimitación de la cooperación necesaria⁶⁰.

La adopción del criterio del dominio funcional del hecho como fundamentador de la coautoría, como concepto abierto, permite y exige también una adaptación a las necesidades del caso concreto que le dote de contenido⁶¹. La teoría del dominio del hecho faculta al juez a interpretar el concepto de dominio funcional, siempre conforme a las circunstancias concretas del caso, sin necesidad de someterse a estrictos criterios regulativos que le limiten en su tarea de valoración de la aportación —que supondrían, sin embargo, una mayor seguridad jurídica—. Así se explicaría la calurosa acogida otorgada por parte de la Jurisprudencia, y sirva de ejemplo la sentencia objeto de comentario.

El Tribunal Supremo ha creído encontrar en esta teoría, por la mayor flexibilidad de los criterios, una puerta abierta para fundamentar sin mayores problemas, aparentemente, las soluciones por las que quizás de forma previa ya se había decantado.

Con ello, independientemente de la opinión que se mantenga sobre la corrección o no de la teoría del dominio del hecho para interpretar la regulación actual en materia de coautoría, resulta bastante evidente que el Tribunal Supremo no consigue establecer una línea divisoria clara con la cooperación necesaria —con los problemas que ello conlleva en la aplicación, por ejemplo, del principio de imputación recíproca o del principio de accesoriadad—. Resulta preocupante, por ejemplo, que en numerosas sentencias el Tribunal Supremo se pronuncie expresamente negando relevancia a esta

⁶⁰ Cfr. PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, cit. nota 3, p. 129. Agravando la cuestión, la confusión se mantiene en la jurisprudencia sobre el concepto de coautoría, pues si en ocasiones se refieren a una forma de autoría *stricto sensu*, no tienen mayores problemas para utilizar el mismo concepto para referirse también a todos los supuestos recogidos en el artículo 28, tanto los del primer párrafo como los del segundo párrafo, del Código penal, abarcando por tanto y sobre todo los supuestos de cooperación necesaria. Sin embargo, la opinión jurisprudencial no considera que la utilización indiferenciada del concepto de coautoría en sentido estricto o en sentido amplio sea una cuestión relevante puesto que, y volvemos a lo mismo, la pena que va a derivar de la calificación de un sujeto como autor o como cooperador necesario va a ser idéntica. Vid. GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).

⁶¹ Señalaba el propio ROXIN, *Autoría*, 1998, cit. nota 3, p. 314, que el concepto de «importancia esencial» de la contribución no tiene en sí mismo un contenido aprehensible, sino que sirve para facilitarle al juez, con la ayuda de la idea material rectora de la dependencia condicionada funcionalmente, una solución que le permita hacer justicia en el caso concreto.

delimitación, olvidando que de la diferencia entre la calificación de una aportación como constitutiva de coautoría o de cooperación necesaria, en un ordenamiento como el nuestro, depende la tipicidad o atipicidad de numerosas conductas, aunque aparentemente no tenga un reflejo cuantitativo a efectos de pena en el caso concreto⁶².

Finalmente, por más que el Tribunal Supremo insista en su rechazo de la teoría del acuerdo previo y la afirme superada, su sinceridad resulta más que dudosa: la teoría del acuerdo previo se esconde tácitamente en múltiples resoluciones⁶³.

La aplicación de los criterios resulta sospechosa ya desde el momento en que se constatan probados los elementos de la estructura de la coautoría según la construcción jurisprudencial.

En primer lugar, curiosa y poco casualmente a la vez, en mi opinión, el punto de partida siempre es verificar la existencia del mutuo acuerdo, que, al tratarse de un elemento subjetivo, comprensiblemente se puede considerar probado por indicios. Y no olvidemos que dicho requisito no exige que el acuerdo sea previo ni expreso, sino que basta el acuerdo coetáneo, incluso siendo tácito, por lo que esta tarea se facilita de forma considerable.

De este elemento derivará, en palabras del Tribunal Supremo, un vínculo de solidaridad que permitirá castigar a cada uno de los coautores por el hecho realizado.

Sin embargo, no pueden convencer en ningún caso los indicios que el Tribunal Supremo considera suficientes para afirmar que los sujetos estaban concertados entre sí, como por ejemplo, el hecho de que el sujeto «estaba presente y no se opuso a la ejecución del resto» o que «éste (*scil.* el acuerdo mutuo) puede resultar implícita-

⁶² Por ejemplo, en la STS de 14 de noviembre de 1997 (RJ. 1997/7845).

⁶³ Vid., de la misma opinión, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, IV.4.a), nota 17, considerando que la utilización del mutuo acuerdo como requisito subjetivo exigido en la teoría del dominio del hecho que hace el Tribunal Supremo puede conducir en la práctica a resultados coincidentes con la tesis del acuerdo previo; SÁNCHEZ-OSTÍZ GUTIÉRREZ, *AP*, 1997, cit. nota 16, p. 41; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 2000-2, cit. nota 19, nota final, p. 1728, se manifiesta contundentemente en contra de la aplicación por el Tribunal Supremo de la teoría del dominio del hecho: «Abandonado —parece— este burdo razonamiento (*scil.* la teoría del acuerdo previo), sin embargo hoy asistimos a la recuperación de buena parte de sus consecuencias por la vía de la llamada teoría del «dominio del hecho», crecientemente acogida por el Tribunal Supremo a pesar de su absoluta carencia en la letra y el espíritu de la ley», que, como acertadamente afirma, conduce «a la expansión del alcance de la autoría, fundamentalmente a costa de la cooperación necesaria, y, en ocasiones, de la inducción».

mente de la acción conjuntamente enjuiciada y realizada que aúna voluntades»⁶⁴. Por una parte, podemos observar cómo la fundamentación resulta circular, puesto que la realización de la acción conjunta implica para el Tribunal Supremo la existencia de mutuo acuerdo que da lugar a la coautoría y por tanto a la existencia de un único hecho. Por otra parte, como hemos afirmado con relación a los requisitos formales del mutuo acuerdo, la mera presencia en el lugar de los hechos sin oposición a la realización ajena no puede servir tampoco como único medio de prueba, a no ser que se confirme con actividades previas, coetáneas o posteriores de actuación en una determinada dirección⁶⁵.

Y es que la relevancia que le otorga el Tribunal Supremo a la existencia del acuerdo entre los coautores resulta crucial. Así, en segundo lugar, a partir del momento en que se les considera vinculados por el mutuo acuerdo, y como el criterio del dominio funcional del hecho no reserva las conductas de autoría únicamente a conductas que encajen con la descripción típica, sino que amplía el círculo de autores a todos los que realizan una actividad esencial en fase ejecutiva, el Tribunal Supremo da el siguiente paso, en una interpretación, a mi entender, propia y original.

Realizado el hecho sobre la base del mutuo acuerdo, afirma entonces, o bien que cualquier actividad realizada en fase ejecutiva es esencial; o bien que habiendo realizado todos el hecho, no es necesario probar qué actividad llevó a cabo cada uno de ellos individualmente, puesto que su aportación individual va a ser irrelevante en cuanto a la determinación de su responsabilidad penal. En cualquiera de ambos casos el resultado es el mismo: responderá cada uno por el hecho completo.

Pues bien, frente a esta posición en materia de prueba, hay que recordar que, conforme a la jurisprudencia mantenida por el Tribunal Constitucional, para considerar desvirtuado el principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 24.1 de la Constitución deben resultar probados todos los elementos del delito, incluida la

⁶⁴ STS de 5 de abril de 1983 (RJ. 1983/2221).

⁶⁵ En otras sentencias, por ejemplo, STS de 29 de marzo de 1993 (RJ. 1993/2569), aunque califica la intervención adhesiva de la acusada como complicidad exige la «exteriorización del carácter adhesivo y solidario con el delito iniciado [...] mediante actos concluyentes, cuales fueron la huida del lugar junto con Luis (*scil.* el autor) tras consumarse el hecho y la participación en el botín del robo, «gastándose después el dinero conjuntamente en comprar heroína», carácter conjunto de la disposición que revela la naturaleza también conjunta de la acción a la que se sumó y adhirió la acusada y que excluye que el ánimo que hubiera guiado su intervención fuera sólo el de auxiliar a la víctima y evitar males mayores».

forma de intervención del sujeto en los hechos⁶⁶. En consecuencia, resulta, a mi entender, de dudosa constitucionalidad la postura mantenida por el Tribunal Supremo en materia de coautoría, desde el momento en que considera prescindible la prueba de la concreta intervención individual de cada uno de los coautores, es decir, del hecho en concreto del que deriva su responsabilidad penal.

Este modo de actuar de nuestra jurisprudencia se observa perfectamente en el literal de la sentencia comentada:

«En efecto hemos de partir que entre los principios fundamentales del Derecho Penal ha sido reconocido sin excepciones el de la responsabilidad personal. De acuerdo con este principio la base de la responsabilidad penal requiere, como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro. En este sentido se ha sostenido por el TC 131/87 (RTC 1987\131) que «el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad», de lo que deriva, como dice la STS 9-5-90 (RJ 1990\3880), exigencias para la interpretación de la Ley penal». Es cierto, *no obstante, la doctrina jurisprudencial que considera coautores en base a lo que se denomina «dominio funcional del hecho» (...)* todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, *con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida*. Cuando aparece afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo concurso, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito (Sentencias TS 9 octubre 1992 [RJ 1992\7954] y 17 octubre 1995 [RJ 1995\7553])»⁶⁷.

En este sentido quiero destacar la fundamentación del Voto Particular emitido por el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta a la sentencia comentada, donde se denuncia claramente la ausencia de la necesaria prueba de la aportación individual del recurrente, que hubiera debido concluir en la estimación de su recurso.

⁶⁶ Vid. SSTC 141/1986, de 12 de noviembre (Ponente: Díez-Picazo y Ponce de León); 92/1987, de 3 de junio (Ponente: Díez-Picazo y Ponce de León); 150/1989, de 25 de septiembre (Ponente: Gimeno Sendra); 217/1989, 21 de diciembre (Ponente: Gimeno Sendra); 118/1991, de 23 de mayo (Ponente: Gimeno Sendra); 283/1994, de 24 de octubre (Ponente: González Campos); 173/1997, de 14 de octubre (Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera) y 68/1998, de 30 de marzo (Ponente: González Campos). Vid., ampliamente sobre el tema, CUERDA RIEZU, «Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional», *Revista Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2000, p. 18.

⁶⁷ Cursivas añadidas.

Pues «de las declaraciones de los lesionados y de los testigos que comparecieron en el enjuiciamiento no reconocen al recurrente como la persona que blandiera una navaja o cuchillo, le identifican como una persona del grupo de los agresores en el interior de establecimiento pero sin llegar a afirmar la producción de las lesiones con el arma blanca». «En una reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Sala hemos concretado el contenido esencial del derecho y las facultades revisoras de los órganos jurisdiccionales encargados del conocimiento de los recursos cuando se invoca el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Así, hemos declarado (STS 175/2000, de 7 de febrero [RJ 2000\ 932]), que se vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia cuando se condena sin pruebas, o éstas son insuficientes, o éstas no son susceptibles de valoración, por su ilicitud o su irregularidad en la obtención y práctica de la prueba. También cuando la motivación de la convicción que el tribunal expresa en la sentencia es irracional o no se ajusta a las reglas de la experiencia o de la lógica. Consecuentemente, el ámbito sobre el que se ejerce el control revisor del derecho fundamental que se invoca se contrae a comprobar que ante el tribunal de la instancia se practicó la precisa actividad probatoria; que ésta es susceptible de ser valorada, por su práctica en condiciones de regularidad y licitud previstas en la Ley, concurriendo los requisitos de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción efectiva; que tiene el sentido preciso de cargo; que permite imputar a una persona, objetiva y subjetivamente, unos hechos por los que es acusado; y que la valoración de la prueba desarrollada por el tribunal de instancia es racional y lógica.

La prueba practicada consiste, esencialmente, en prueba de carácter personal. Los perjudicados, testigos del hecho, y los acompañantes de éstos, han declarado en el enjuiciamiento la presencia del recurrente entre los agresores, pero nadie afirma que él llevara arma alguna. La propia sentencia, en la fundamentación jurídica se plantea la duda de que el recurrente llevara arma y en el hecho probado se relata la acción de Agustín contra el perjudicado Eusebio, en los siguientes términos «propina golpes o cuchilladas a Eusebio, encontrándose en posición fetal». En otros apartados del relato fáctico se refiere a Agustín para expresar que lanzó botellas de cerveza contra el grupo de los perjudicados.

El principio del «in dubio pro reo», nos lleva a no considerar probado, precisamente por las dudas que expresa el tribunal, que el recurrente llevara armas peligrosas en su acción de golpear».

Vemos, cómo el Tribunal Supremo trata de superar el requisito considerando que los únicos elementos que es necesario constatar en el andamiaje estructural con que configura la coautoría son el mutuo acuerdo y realización conjunta del hecho. Sin embargo, en mi opinión, el poder afirmar que el hecho se ha realizado por todos los coautores con intervención esencial —ese uso de los plurales a que tanta afición

tiene el Tribunal—, exige en todo caso la prueba inequívoca de que lo que cada uno de los sujetos realizó en concreto y la valoración individual de si su aportación realmente es esencial o no para la realización del hecho. El que la responsabilidad vaya a ser idéntica en uno u otro caso será otra cuestión, al igual que tampoco puede resultar indiferente considerar a un sujeto autor o cooperador necesario, pues la naturaleza jurídica de la autoría y de la participación es absolutamente distinta, aunque la pena que les corresponda sea la misma⁶⁸.

Puede parecernos insólito que tan graves cuestiones se expliquen jurisprudencialmente en función de un concepto carente de toda solidez científica y, en cambio, así sucede. ¿Desde cuando la teoría del dominio del hecho ha defendido que con base en la existencia de un mutuo acuerdo entre los diferentes intervinientes en la ejecución no sea necesario más que demostrar la realización del hecho sin analizar individualmente la relevancia material de cada aportación? ¿No tratará el Tribunal Supremo de maquillar como dominio del hecho los ajados criterios de la teoría del acuerdo previo, criticados incluso expresamente en estas resoluciones?⁶⁹.

Lamentablemente comprobamos que también es de aplicación a nuestra jurisprudencia lo afirmado hace tiempo por PUPPE en cuanto que los Tribunales utilizan la coautoría para barrer debajo de su alfombra los problemas de prueba⁷⁰.

De esta forma la supuesta evolución desde la teoría del acuerdo previo hasta nuestros días queda en muchos casos en papel mojado. Si resulta que ni siquiera con base en la teoría del acuerdo previo se

⁶⁸ También puede ocurrir, no obstante, que los cómplices que hayan intervenido en el mutuo acuerdo realicen su aportación en fase ejecutiva. Aunque tal aportación sea menos relevante que la de un cooperador necesario, podrá llegar a ejercer un dominio funcional del hecho, como ya puso de manifiesto GIMBERNAT ORDEIG. Y sin embargo, esos cómplices merecerán en todo caso menor pena que la de los coautores.

⁶⁹ Prueba de los resultados de la nefasta aplicación que, en mi opinión, está realizando el Tribunal Supremo de la teoría del dominio del hecho —que influencia igualmente la interpretación mantenida por el resto de los órganos judiciales—, podemos mencionar cómo en el «caso de Sandra Palo», que tanta repercusión social ha provocado, la sentencia 13 de octubre de 2003 del Juzgado de Menores n.º 5 de Madrid literalmente llega a afirmar que, como «no ha podido fijarse con nitidez quién o quiénes de ellos (*scil.* los acusados) en concreto sujetaban a la víctima para facilitar las reiteradas agresiones sexuales, al no existir ningún testigo presencial de los hechos y dar los coimputados versiones contradictorias» resultan «todos los partícipes igualmente responsables». ¿Es este el valor que debemos conceder a la prueba de la aportación individual tras la existencia de mutuo acuerdo en la fase de ejecución? ¿Defiende la teoría del dominio del hecho que debemos renunciar a la prueba ante la dificultad de llevarla a cabo?

⁷⁰ Cfr. PUPPE, «Anmerkung zu BGH 31, 106», *JR*, 1992, p. 34.

llegaba a considerar coautor a aquel que no había intervenido en la ejecución del delito —pues en la práctica siempre había realizado algún tipo de aportación independientemente de su relevancia—, y actualmente se exige sobre el papel el elemento objetivo como esencial, pero no es necesaria la prueba del mismo de forma individual sino que basta con que el hecho se haya realizado bajo mutuo acuerdo para considerar que las aportaciones han sido esenciales, los resultados son idénticos. Si el requisito no se prueba convenientemente de forma individual, su relevancia es prácticamente nula.

V. La solución jurisprudencial en los supuestos de agresiones en grupo

A. Introducción

El Tribunal Supremo de forma expresa en diferentes resoluciones dicta los criterios aplicables para la resolución de los problemas que plantean estos concretos supuestos de coautoría caracterizados por la agresión en grupo. Sin perjuicio de que dichas directrices terminen desdibujándose en mayor o menor medida en su aplicación práctica, como trataremos de exponer.

La línea jurisprudencial marcada para las agresiones en grupo se incluye, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2000 (RJ. 2000/3479) al afirmar:

«—que son coautores todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico.

- que en la agresión en grupo, cuando todos los sujetos emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el condominio funcional del hecho, en cuanto la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima y, además, la iniciativa de cualquiera de ellos podrá determinar el cese de la agresión.
- que el elemento subjetivo de la coautoría, acuerdo de voluntades, puede ser un acuerdo tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos supuestos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica»

Sin embargo, aunque muchos de los problemas que plantean las agresiones en grupo sean comunes a todos los supuestos, podemos comprobar cómo la producción de un resultado concreto —la muer-

te de la víctima, lesiones cualificadas, por ejemplo— por la intervención exclusiva de uno de los sujetos pertenecientes al grupo agresor, va a plantear problemas específicos con relación a su imputación en coautoría. Habremos de diferenciar de esta forma supuestos en los que consta fehacientemente quién produjo el concreto resultado lesivo, habiendo colaborado el resto a dicha producción o no habiendo colaborado en forma alguna, de aquellos otros supuestos donde ni siquiera resulta probado quien lo produjo.

B. Supuestos en los que no consta quien realiza la aportación que produce el resultado lesivo

Por una parte, comenzaremos analizando la solución mantenida por el Tribunal Supremo ante las agresiones en grupo en supuestos en que habiendo agredido a la víctima todos los integrantes del grupo, sin embargo, se produce finalmente un resultado lesivo concreto —por ejemplo, la muerte de la víctima— a consecuencia exclusivamente de una de las aportaciones individuales, pero no se puede probar, o ni siquiera se intenta, en algunos casos, quién de los intervinientes realizó dicha conducta lesiva.

En supuestos de estas características el Tribunal Supremo, siguiendo la línea jurisprudencial mencionada en cuanto a la estructura de la coautoría, niega relevancia a la determinación individual de la intervención de cada uno de los miembros del grupo agresor, lo que deriva en la responsabilidad conjunta por el resultado⁷¹.

⁷¹ Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2002 (R.J. 2002/558) contiene como hechos probados que dos sujetos, cada uno con un machete, agreden a un tercero, resultado probado que la muerte de éste se produce por una única puñalada, sin poderse demostrar en cambio cuál de los dos agresores asestó dicha puñalada mortal. El Tribunal de instancia declara que en los supuestos de agresión en grupo en la que sus miembros emplean una violencia de análoga intensidad es indiferente quién realice la acción que produce el resultado, siendo todos coautores.

Se alega por parte del recurrente que no está probado quien realizó tal acto criminal «y ante la indeterminación del agente comisario del hecho, hubiera devenido, si se aplica el principio de presunción de inocencia, la lógica sentencia de carácter absolutorio».

El Tribunal Supremo no estima el recuso y considera que no se ha desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia pues ha resultado probado que el recurrente ha intervenido directamente junto con el amigo que le acompañaba en la agresión a la víctima, por tanto, ambos con un arma blanca; y añade que en dicha agresión la víctima recibió una puñalada asestada con un arma de idéntica naturaleza que le produjo la muerte. Lo cual basta, a su entender, para considerar probada la coautoría. Puesto que «en la agresión en grupo, cuando todos los sujetos emplean contra el agre-

Sin embargo, si rechazamos la necesidad de demostrar cuál es la aportación individual de cada uno de los miembros del grupo afirmando que resulta irrelevante demostrar cuál de dichas aportaciones produjo el concreto resultado lesivo y cómo colaboraron el resto en el mismo, podríamos estar aproximándonos a estructuras inconstitucionales como son los denominados «delitos de sospecha». Para imputar el resultado, ya sea como autor individual, como coautor o como partícipe del hecho, resulta absolutamente imprescindible la prueba de cargo de la concreta intervención en la realización del hecho⁷².

dido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el condominio (Sic. codominio) funcional del hecho, en cuanto la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima y, además, la iniciativa de cualquiera de ellos podrá determinar el cese de la agresión».

⁷² Sin embargo, en la STS de 8 de septiembre de 2003 (RJ. 2003/6352) se enjuicia un supuesto de una agresión en grupo resultando muerta la víctima pero sin poderse probar cuál de los agresores produjo el resultado lesivo. Los hechos son los siguientes: «A partir de ahí, en una secuencia rápida, formando cerco alrededor de Álvaro, el grupo integrado por Jesús Manuel, Sergio, Gaspar, Javier, Diego y el propio Marcelino, la emprendieron a puñetazos y patadas con Álvaro, en secuencia ininterrumpida, al que dichos procesados, una vez abatido y en el suelo, en posición de cúbito supino, manteniendo el cerco, siguieron golpeando con gran intensidad por diversas partes de su cuerpo, incluso pisándolo en algún momento, dirigiendo deliberadamente los golpes hacia zonas sensibles del mismo, tales como la cabeza, el cuello, el abdomen y testículos, con intención de acabar con su vida, tal como aconteció». La calificación como coautores de todos los integrantes del grupo agresor es fundamentada por el Tribunal Supremo de la siguiente forma: «En los supuestos de ataques violentos realizados por un grupo de personas contra otra u otras, la conducta de cada uno de los intervinientes no resulta del todo individualizada en el relato fáctico, pues no resulta posible en la mayoría de las ocasiones describir al detalle los actos ejecutados individualmente por cada uno. Pero, tal como ocurre en los hechos descritos en la sentencia impugnada, el acuerdo entre los autores surge y se acepta implícitamente al atacar conjunta y simultáneamente a las víctimas todos los que forman parte del grupo, percibiendo y asumiendo todo lo que los demás realizan, uniéndose a ello, aportando su intervención personal, y aceptando el eventual resultado de la acción conjuntamente ejecutada. Por lo tanto, son todos autores salvo los que se excluyen expresamente de esa conducta agresiva, como ocurre en el caso actual, abandonando el lugar. Pero todos los demás participan en la ejecución de la agresión, y mientras unos golpean, otros, al mismo tiempo, cercan a las víctimas evitando la huida y la defensa y facilitando con ello la ejecución de la agresión». Semejante razonamiento, salvo problemas de exceso, encontramos en STS de 8 de marzo de 2002 (RJ. 2002/4927) o en STS 10 de noviembre de 2003 (RJ. 2003/8056). En esta última resolución los criterios utilizados por el Tribunal Supremo no pueden quedar más claros: como «en los supuestos de agresión a una o varias personas por parte de un grupo, las lesiones que resulten son imputables a todos los agresores de acuerdo con el principio de “imputación recíproca”, en virtud del cual se entiende que todos aceptan lo que cada uno de ellos haga contra la integridad física de las víctimas», ante el supuesto en que cuatro acusados «se concertaron previa o simultáneamente para dar un escarmiento a determinados grupos de la ciudad de Pontevedra, personándose todos ellos, en unión de

Como lamentablemente supera los límites de este trabajo no puedo abordar el motivo del recurso del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, estimado por el Tribunal Supremo, que recae sobre la interesante y complicada delimitación entre la conducta tipificada en el art. 148.1º CP —las lesiones del art. 147.1 agravadas por el uso de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado— y la tentativa de homicidio⁷³. El Tribunal Supremo en esta resolución acude al ánimo que guió a los acusados en su ataque para poder afirmar que nos encontramos, no ante unas lesiones agravadas, sino ante una tentativa de homicidio, pues infiere de los hechos probados dolo de matar aun eventualmente⁷⁴. Sin embargo, el voto particular emitido también disiente en este punto del fallo de la sentencia. Y es precisamente este punto el que pone en conexión este problema con los propios de las agresiones en grupo, pues aborda la cuestión de cómo solucionar los supuestos en los que se produce un concreto resultado (en este caso de peligro concreto) y, sin embargo, no se puede determinar quien lo produjo. Y es que el Excmo Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, aun estando de acuerdo en los criterios esgrimidos por la sentencia en cuanto a la delimitación del dolo de homicidio con relación al dolo de lesiones, considera requisito imprescindible para dicha calificación la prueba de la concreta aportación del imputado. Y afirma:

otros no identificados, en un lugar y hora determinados, portando instrumentos contundentes —palos, muletas, bates de béisbol—, y agrediendo a cuantos se encontraban a su paso», y aunque la recurrente «no realizó ningún acto ejecutivo dirigido a vulnerar la integridad física de las víctimas, pero su adhesión al pacto criminal, su conocimiento cabal de que se iba a producir con palos, bates de béisbol, y otros objetos igual de contundentes, su presencia física coadyuvando a la consecución de la mecánica comisiva, su posibilidad participativa cuando se hiciera necesaria, su disponibilidad intimidatoria, su misma inactividad no desentendiéndose de forma alguna de lo que allí ocurría, la convierten igualmente en coautora material». La condena afirma así la coautoría de un delito de lesiones imprudentes del art. 152.3 CP y diez faltas de lesiones del art. 617.1 CP.

⁷³ Este problema consistente en circunscribir el ámbito de un delito de lesiones con peligro concreto para la vida de la tentativa de homicidio ha sido abordado doctrinalmente, vid. ampliamente, SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *El sistema de imputación subjetiva del Código Penal de 1995: Dolo, imprudencia y error de tipo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa), con relación también al delito de conducción temeraria.

⁷⁴ El cual, afirma, «surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad en que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido», señalando posteriormente, por ejemplo, que «para apreciar que el autor obró dolosamente sólo se requiere que éste haya conocido el peligro concreto de la realización del tipo, cualquiera que sea su motivación».

«Las lesiones eran graves, la reiteración en el ataque, la localización de las lesiones y la afectación de centros vitales, junto a la pericial que determina la letalidad de las lesiones producidas, permiten deducir el ánimo de matar que se predica en el recurso. Sin embargo, el relato fáctico no permite establecer, con la precisión y claridad que requiere un pronunciamiento penal condenatorio la concreta acción que cada uno de los acusados realizó. De la conducta de Juan Ramón, condenado no recurrente, sólo puede inferirse que propinó una puñalada a la víctima, sin añadir ningún otro elemento fáctico que permita atribuirle cuál de los resultados produjo su acción. Ante la duda no cabe imputarle las lesiones mas graves que se detallan en el hecho probado.

(...) Mayor entidad tiene mi disensión con respecto a Agustín. El relato fáctico refiere que propinó a Eusebio «golpes o cuchilladas». Esa duda en la determinación de la acción no permite la aplicación del tipo penal del homicidio intentado que se postula en la impugnación, pues es obvio que con las manos no se podía producir el resultado declarado, y no consta declarado probado que portara un instrumento peligroso. La expresión de la duda en orden al medio empleado, si las manos o un cuchillo, hace procedente la interpretación mas favorable al imputado, en este caso, no imputarle el homicidio doloso intentado».

C. Supuestos en los que consta quién produjo el resultado lesivo

Por otra parte, encontramos también casos de agresiones en grupo en las que sí se establece cuál de los intervinientes produce materialmente el resultado. Independientemente de este hecho, el Tribunal Supremo se lo imputa a todos ellos en virtud de la existencia de mutuo acuerdo, incluso en supuestos de imprudencia⁷⁵. Sin embargo, aunque la solución aplicada sea idéntica, podemos diferenciar diferentes supuestos.

⁷⁵ Las soluciones que discrepan de los criterios aportados por esta línea jurisprudencial son muy escasas. En mi opinión, porque, por una parte, en nuestros tribunales se maneja una incorrecta estructura de la coautoría, pero, por otra parte, también a que la tergiversación, consciente o inconsciente, del principio de responsabilidad personal que se viene entendiendo intrínseco a la coautoría tiene como origen la dificultad de la prueba de la concreta aportación individual de cada interviniente. Así, en ocasiones, aunque sean contadas, podemos encontrar ejemplos en los que la existencia de una delimitación concreta de la acción individual de cada uno de los que intervienen en la agresión deriva en la inaplicación de la imputación recíproca. En este sentido, la reciente STS de 9 de diciembre de 2005 (RJ 2005/110) juzga un típico caso de agresión en el que tres sujetos, «Luis Francisco, Vicente y Teresa... puestos de común acuerdo y en acción conjunta, en un momento determinado y

1. Cuando el resto no favorece el curso causal lesivo

Debido a las dificultades probatorias que habitualmente se presentan en las agresiones en grupo existen casos en los que, incluso pudiéndose probar quién produjo el resultado, no se puede demostrar que las aportaciones realizadas por el resto hayan intervenido de forma alguna en dicho curso causal.

Utilicemos el ejemplo clásico del pelotón de fusilamiento en el supuesto en concreto de que sólo exista un proyectil de fuego real y el resto de los disparados sean de fogueo. Realmente sería posible demostrar que sólo uno de los disparos pudo ser el que produjo el resultado. El disparo de cada uno de los proyectiles de fogueo no ha podido incrementar en forma alguna el riesgo derivado del disparo de fuego real.

En estos supuestos, si no se pudiera demostrar cuál de los integrantes del pelotón de fusilamiento disparó el proyectil de fuego real, en mi opinión la única solución sería, conforme a los principios limitadores del *ius puniendi* y sobre todo al derecho fundamental a la presunción de inocencia, imputar a cada uno de ellos una tentativa de homicidio⁷⁶.

con ánimo de herir, propinaron a José Antonio un cabezazo el primero, un botellazo el segundo y patadas y puñetazos la tercera. A consecuencia de ello, José Antonio resultó con lesiones...» entre ellas una dilatación postraumática de la arteria temporal superficial en el lugar donde había padecido la contusión que le ocasionó un hematoma y que exigió intervención quirúrgica. Aunque la Audiencia de Madrid, en virtud de la existencia de un acuerdo previo entre los tres, les condenó como coautores de un delito de lesiones agravado por la utilización de un medio peligroso, el Tribunal Supremo, en respuesta al recurso planteado por Luis Francisco considera —en contra del criterio utilizado habitualmente por este Tribunal— que no está acreditado este acuerdo previo ni que los imputados tuvieran dominio de la acción realizada por la rapidez con que ocurren los hechos. Por lo tanto «al recurrente sólo cabe imputarle la agresión realizada al perjudicado consistente en el cabezazo al que no cabe imputar la producción del aneurisma (...) la indeterminación del resultado de la acción hace que subsumamos el hecho en la falta del art. 617.1 del Código Penal». Igualmente se pronuncia con relación a la conducta de la recurrente Teresa, imputando el concreto resultado derivado de la utilización del arma peligrosa a Vicente que fue el que le propinó un botellazo a la víctima. Sin embargo, considero que la solución adoptada en este caso tampoco resulta correcta. La rapidez de la actuación no impide en todo caso la adopción de una resolución conjunta de forma tácita y la ausencia de este mutuo acuerdo no significa tampoco que cada interviniente tenga que responder únicamente de una falta de lesiones.

⁷⁶ Aunque los integrantes del pelotón del fusilamiento conocieran cuál de ellos era el que tenía el proyectil de fuego real, desde una perspectiva *ex ante* para un hombre medio ideal, la probabilidad de producción del resultado existiría. Si el pelotón estuviera formado por diez miembros la probabilidad de que el sujeto tuviera dicho proyectil sería exactamente de un diez por ciento.

En cambio, si pese a las dificultades, se pudiese probar cuál de ellos disparó el proyectil de fuego real, no podemos olvidar que el resto conocía que su intervención, aunque no incrementara las probabilidades de éxito del que disparaba, sí que iba a dificultar la posibilidad de probar la atribución personal de dicho disparo. Es decir, las dificultades de prueba con las que se encuentran los tribunales en las agresiones en grupo para poder probar quién produjo efectivamente el resultado no son ficticias. Y probablemente en muchos casos sea uno de los móviles que impulsan a los intervinientes para actuar de la forma en que lo hacen, es decir, para ampararse en el anonimato que puede proporcionar el grupo. Aunque no aumenten las posibilidades de éxito, el peligro para el bien jurídico protegido, al menos sí disminuirían las probabilidades de probar que concurren en cada aportación individual los elementos del tipo consumado. Por lo tanto, la actuación conjunta efectivamente puede desdibujar a posteriori la intervención de cada uno de los sujetos, con la consiguiente perspectiva de rebaja de pena al existir la posibilidad de ser castigados únicamente y a lo sumo por una tentativa.

Pero, aunque las dificultades de prueba existan y en algunos supuestos sean enormes o puedan llegar a considerarse insalvables, este problema no se puede resolver tan alegremente como comprobamos en algunas resoluciones de nuestros tribunales, estructurando la coautoría de tal manera que los requisitos de imputación en ella sean inferiores respecto a los que se exigen en la autoría individual. Utilizar la estructura de la coautoría para evitar los problemas de prueba en el caso concreto, estaría infringiendo también los principios constitucionales básicos del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal⁷⁷.

⁷⁷ Como decíamos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo resuelve los problemas de la intervención en grupo acudiendo a la figura de la coautoría, apoyándose fundamentalmente en el mutuo acuerdo y en criterios que considera propios de la teoría del dominio del hecho. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2001 (RJ. 2001/9505) en la que se juzga a tres sujetos que agreden a la víctima propinándole diversos golpes en la cara con manos y puños y en el momento en que el agredido se intenta alejar de lugar es acometido por uno de los agresores (Lorenzo V. M., menor de edad) el cual le tira al suelo y le da varios golpes indiscriminados con una delgada vara que portaba, alcanzándole involuntariamente con un extremo de la misma en el ojo derecho, lo que le produjo a Manuel, la víctima, el estallido del globo ocular. Los tres acusados son condenados por la Audiencia de instancia como coautores de un delito de lesiones graves por imprudencia, basándose en la existencia de un dolo unitario o decisión común de lesionar entre los tres, siendo indiferente que la ejecución fuera materialmente producida por Lorenzo V. M. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia considerando que entre la agresión en grupo y el golpe que produce el resultado realizado por uno de ellos no hay solución de continuidad, es decir, hay una única acción, presidida por un dolo unitario de lesionar. Así, considera probada la existencia de un acuerdo tácito entre todos los agresores en la conducta agresiva, o en todo

Podemos concluir que en las agresiones en grupo donde se haya probado efectivamente quién ha producido el resultado, probándose además que la intervención del resto de sujetos no ha favorecido en modo alguno el riesgo derivado del curso causal productor del resultado, el hacerles responder a todos como coautores del delito consumado, no respeta los principios generales limitadores de la responsabilidad penal. Así el principio de responsabilidad por el hecho exige la intervención ya sea como autor o como partícipe en la producción de dicho resultado, si la intervención de un sujeto no ha favorecido en modo alguno la producción de la lesión de un bien jurídico, estaremos imputándole dicho resultado única y exclusivamente en función de su intervención en el acuerdo y por tanto supone el retorno a la teoría del acuerdo previo⁷⁸.

caso, un acuerdo sobrevenido en el primer instante de la agresión, pues consienten desde el inicio en el empleo del instrumento ofensivo por parte de uno de ellos. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo afirmando que «si existe acuerdo entre los tres acusados para llevar a cabo una agresión, portando uno de ellos un instrumento agresivo, y, antes de finalizar aquella, el instrumento es utilizado por quien lo portaba sin sobrepasar los límites impuestos por el contenido del acuerdo, según pueda éste considerarse acreditado, el resultado ha de imputarse a todos ellos con independencia de quien ejecute materialmente la acción, siempre que, a causa de las circunstancias, no pueda excluirse el *dominio funcional del hecho que inicialmente les concede a todos ellos la misma existencia del acuerdo y la ejecución del mismo en su presencia*. La responsabilidad será sólo del ejecutor material cuando su acción se sitúe más allá de los límites acreditados del acuerdo o impida el dominio funcional del hecho por parte de los coautores». Desde mi punto de vista, se utiliza la coautoría por el Tribunal Supremo para encubrir la estructura de un delito cualificado por el resultado, o la estructura de un delito preterintencional, agresión dolosa y resultado imprudente, sin exigir siquiera relación de causalidad entre la aportación de cada uno y el resultado finalmente producido. Casos semejantes podemos encontrarlos en SSTs de 24 de marzo de 1998 (RJ. 1998/2356); 25 de marzo de 2000 (RJ. 2000/3479); 21 de julio de 2000 (RJ. 2000/7928); 7 de marzo de 2001 (RJ. 2001/6868); 26 de julio de 2000 (RJ. 2000/7478); 3 de enero de 2001 (RJ. 2001/395); 19 de octubre de 2002 (RJ. 2002/402). Véase un análisis individual de estas resoluciones en GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).

⁷⁸ Así, por ejemplo, STS de 7 de mayo de 2005 (RJ. 2005/3250) en la que se condena a dos sujetos como coautores del homicidio causado por los disparos de uno de ellos pues, «no es necesaria en modo alguno la prueba de que llegara efectivamente a disparar el revólver que llevaba, dato que quedó acreditado, sino que... habría bastado algo que el propio Luis Pedro (scil. el que no disparó) nunca ha negado: que estuvieron los dos de acuerdo en efectuar un atraco y que ambos llegaron a las oficinas de “La Caixa” cada uno con un arma de fuego. Quien así actúa, aunque los disparos causantes de las lesiones y del homicidio los hubiera realizado el otro, ha de responder del homicidio consumado, por referirnos al más grave de todos los delitos, a título de dolo eventual, pues es claro que tuvieron que prever los dos la posibilidad de que hubiera de hacerse uso de las armas de fuego; así como también nos parece evidente que Pedro Luis con su comportamiento, pone de manifiesto que aceptó el resultado que pudiera derivarse de tal uso y que desgraciadamente se produjo por los reiterados disparos de Gustavo».

2. Cuando el resto favorece en alguna medida la producción del resultado

En los supuestos de agresiones en grupo donde se puede probar quién ha producido el resultado, pero también que el resto de aportaciones de alguna forma ha intervenido en el favorecimiento de dicho curso causal, y dependiendo del tipo de favorecimiento, podríamos establecer dos clases de supuestos.

En primer lugar, si el delito en concreto recoge una circunstancia específica agravatoria cuyo fundamento reside precisamente en dicho favorecimiento de la ejecución ajena cabría perfectamente considerar que dichos sujetos que realizan la agravante específica puedan ser considerados autores por la realización de acción típica de un delito agravado o de un delito autónomo cualificado por los medios empleados⁷⁹.

⁷⁹ Así, por ejemplo, mantiene la sentencia de 13 de marzo de 2001 (RJ. 2001/1353), donde sin embargo, se sigue evidenciando la importancia en el sentido de la argumentación que se le otorga al mutuo acuerdo. Los hechos probados relatan cómo tres sujetos «armados con cuchillos y un bastón o cayado [«cachaba»], se dirigieron rápidamente hacia su víctima, mientras el acompañante de ésta lograba huir. Los tres acorralaron al posteriormente fallecido, que se encontraba desarmado y aturdido por el consumo de estupefacientes, contra la puerta de un garaje, y encontrándose en dicha situación, rodeado por los tres acusados (Mariano esgrimía un cuchillo, José Antonio la «cachaba» y Marcos Sergio otro cuchillo), éste último le asestó varias cuchilladas que le afectaron el tórax, brazo izquierdo, ceja izquierda, región pectoral derecha y otra en la región dorsal que, entre otras lesiones, le seccionó las arterias femoral braquial y le ocasionó la muerte inmediata». En los fundamentos considera el Tribunal que «a través del *«pactum scaeleris»* y del dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo como la realizada en el caso actual por los recurrentes que aun cuando no materializaron de manera directa y personal el apuñalamiento de la víctima si se integraron desde el primer momento en el plan común realizando conjuntamente las acciones necesarias para encararse con ella, perseguirla por la calle, acosarla con armas, ahuyentar a su acompañante y acorralarla en grupo en un lugar sin salida, de tal modo que así acorralada y aislada la víctima, la acción final de su apuñalamiento, realizada por uno de los actuantes mientras los demás la amenazaban con sus armas e impedían cualquier posibilidad de fuga o defensa, es imputable a todos ellos en concepto de coautores [...] En el caso actual es claro que todos los acusados actuaron de común acuerdo, a iniciativa de los recurrentes que eran precisamente los directamente enemistados con la víctima según el relato fáctico, acosándola y persiguiéndola hasta su muerte, aportando su esfuerzo común en la fase ejecutoria, con codominio del hecho y con reparto de funciones, pues asegurándose conjuntamente con su actuación y con sus armas de que la víctima no tenía salida ni defensa, no se hacía necesario que todos ellos le asestaran el golpe mortal». Efectivamente, en este supuesto, los intervinientes en la agresión que no asestaron las puñaladas mortales, realizaron no sólo una aportación esencial, sino que provocaron efectivamente la situación de indefensión que derivó en la calificación del hecho como asesinato. Por lo tanto, podremos considerar que realizaron la conducta típica del tipo agravado del artículo 139 del Código Penal. También, SSTS 1 de marzo de 2000 (RJ. 2000/1105); 18 de abril, 2002 (RJ. 2002/4782); 24 de mayo de 2003 (RJ. 2003/5503).

Y así ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo 474/2005, de 17 de marzo, objeto de este comentario.

Nos hallamos ante un comportamiento conjunto, ante un ataque colectivo en el ambos acusados golpearon a Eusebio y a Rubén. El que puede decirse que las lesiones más graves causadas por arma blanca corresponda a Juan Ramón no puede excusar la responsabilidad de Agustín, el uso del arma, aunque hubiera sido utilizada por solo uno de los agresores debe tenerse en consideración contra todos los que intervinieron en el hecho porque se trata de un tipo delictivo realizado en coautoría y en tales supuestos basta el conocimiento por uno de los medios de ataque utilizado por el otro (STS 694/2000 de 24.4 [RJ 2000\3299]). Por ello, y aun cuando en las lesiones sufridas por Ignacio en el hecho probado se imputan a un navajazo lanzado por Juan Ramón, no debe excluirse la responsabilidad de este hecho del recurrente Agustín. En efecto éste fue quien inició la agresión contra el grupo de personas entre las que se encontraba aquél, teniendo, en todo momento, una actitud activa, con conocimiento cabal de la forma en que se desarrollaban los acontecimientos, no pudiéndose romperse el título de imputación, aunque en este caso, no realizara acto ejecutivo dirigido a vulnerar la integridad física de la víctima, pues su adhesión expresa al pacto criminal su misma presencia física coadyuvando a la consecución de la mecánica comisiva, su propia actividad agresiva no desatendiéndose de lo que allí ocurría, le convierten en coautor material.

Simplemente baste con señalar el contenido al respecto del voto particular:

«Ciertamente la jurisprudencia de esta Sala ha acudido, en ocasiones, a la referida construcción, la de la imputación recíproca, por la que se entiende que todos que intervienen en una pelea, para la que existe una decisión común de agredir y en los supuestos en los que no puede identificarse los concretos autores de cada acción, aunque todos participan de su realización, aceptan lo que cada uno de ellos haga contra la integridad física de las víctimas, resultando también coautores desde el punto de vista del «dominio del hecho», siempre que éste llegue a ser un acto de todos, porque a todos pertenece (STS 1503/2003, de 10 de noviembre [RJ 2003\8056]). Este principio de la imputación recíproca rige entre los coautores, como el de accesoriedad respecto a los partícipes, mediante el cual a cada uno de los coautores se les imputa la totalidad del hecho con independencia de la concreta acción que haya realizado, toda vez que todos participan en un hecho que les pertenece. Ahora bien, en estos supuestos es preciso comprobar que cada uno de los intervinientes sea, verdaderamente, autor, esto es, tenga un dominio del hecho, en este supuesto condominio, y comprobar la efectiva acción para evitar que le sean imputables posibles excesos no abarcados por la decisión conjunta.

En el hecho probado se relata una agresión que surge en el interior de un establecimiento de hostelería. Por un motivo nimio surge una agresión de un grupo contra otro y en el curso de la agresión, uno de los autores extrae una navaja que dirige y golpea a los perjudicados. El recurrente que participa en la pelea no consta que llevara arma de ningún tipo, se limita a golpear a los perjudicados.

Las exigencias de un Derecho Penal asentado en las garantías del principio de culpabilidad obliga a avanzar en la individualización de la responsabilidad criminal y desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y sus manifestaciones, como pudiera ser una responsabilidad apoyada en la solidaridad de los coautores sobre la base del resultado realmente producido por cualquiera de ellos. Por esta asunción del principio de culpabilidad se ha superado en nuestra jurisprudencia las teorías que afirmaban la responsabilidad penal en la existencia de un acuerdo previo, la mayoría de las veces insuficientemente acreditado, como justificación de la responsabilidad sobre todo lo posteriormente acontecido, aunque desborde lo convenido.

Del relato fáctico, y de la prueba practicada, resulta acreditado lo que el hecho probado declara, que el recurrente con otro condenado, intervinieron en una pelea en el interior de un establecimiento por un asunto nimio, y que la acción del recurrente consistió en propinar golpes a los perjudicados y en arrojar una botella de cerveza en las inmediaciones del grupo de los perjudicados. La agresión con navaja que realizó el otro condenado no recurrente no le es imputable al recurrente al no constar, y no declararse probado, que conociera su llevanza con anterioridad a la acción, ni que estuvieran de acuerdo en su empleo en la agresión. Se trata de un exceso sobre la acción mutuamente aceptada, de agredir a los perjudicados.

Consecuentemente, la impugnación de este recurrente debió ser estimada y debió ser condenado como autor responsable de tres faltas de lesiones del art. 617 del Código Penal (RCL 1995/3170 y RCL 1996, 777)».

En segundo lugar, en caso de que el delito no recoja agravación específica, habría que considerarlos meros partícipes en hecho ajeno, cooperadores necesarios o cómplices dependiendo del caso.

Puede defenderse la solución de la coautoría cuando nos encontremos ante agresiones en grupo en delitos de lesiones cuando resulte probado que el resultado lesivo resulta de la acumulación del menoscabo al bien jurídico, en este caso, cuantitativamente diferenciado por tipos, de las diferentes conductas individuales, todas individualmente constitutivas de autoría de un delito o falta de lesiones⁸⁰.

⁸⁰ Este sería el caso de la STS 8 de marzo de 2002 (RJ. 2002/4927) en cuyos hechos probados se recoge como «Gerard G. F., Ernest R. G, Carlos C. S. y otros amigos se hallaban en las inmediaciones de un bar denominado Iris [...] bajo un puente

Una vez afirmado el acuerdo y la intervención de los coautores, «si bien no puede precisarse la actuación individual de cada uno, lo que no obsta para establecer que actuaron todos de acuerdo, desde el inicio de la provocación hasta el final de la agresión y por ello, la deducción del acuerdo previo y la asunción de los resultados sólo supone predeterminación en cuanto a la estructura del silogismo que toda sentencia constituye». Resulta, cuando menos sorprendente pues, si con base a la existencia de un acuerdo para que resulte indiferente la entidad individual de cada aportación, imputándose el resultado global a todos, si no se está aplicando la teoría del acuerdo previo, la verdad, es que se le parece mucho.

Sin embargo, por las razones antes expuestas, la solución no puede coincidir, como en cambio afirma el Tribunal Supremo, si, por ejemplo, la calificación de lesiones agravadas en función del resultado producido deriva de la intervención probada de uno de los intervinientes⁸¹.

peatonal, un grupo de entre diez y quince jóvenes, entre los que se hallaban, Miguel [...], Albert [...] y Javier [...], habiendo resuelto y convenido entre sí atacar a los primeros, tras escupir —uno de ellos— a los mismos desde lo alto del referido puente, descendieron del mismo provistos —alguno de ellos— de palos. Actuando de consuno y aceptando todos ellos la acción de los demás, rodearon a los anteriormente citados y en actitud provocadora pidieron a Ernest que les diera costo o chocolate (por hachís) y, sin esperar respuesta le propinaron primero un golpe en la cara y después un golpe con un palo en la nuca, derribándole al suelo donde quedó momentáneamente inconsciente; a resultas de ellos sufrió contusiones de las que tardó en curar 15 días sin que precisara tratamiento médico. Al propio tiempo, el grupo en el que se hallaban los referidos Miguel, Albert y Javier, aceptando éstos la acción conjunta, con un palo golpearon a Gerard en la zona periorbitaria —lo que le produjo una pérdida de visión—, derribándole y, en el suelo, continuaron golpeándole produciéndole una contusión facial, [...]. También golpearon a Carlos, causándole contusiones que no precisaron tratamiento médico». Igualmente STS 21 de diciembre de 2000 (RJ. 2000/10667).

⁸¹ Este sería el supuesto planteado por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2003 (RJ. 2003/7523), donde resultan hechos probados: «Que sobre las 5,15 horas de la madrugada del día 1-11-1997, cuando los empleados de la cafetería «Raymond's» de la calle Manuel del Fresno de Oviedo, Pedro Antonio, Marcos y Salvador, acusado, mayores de edad penal, que se encontraban a la sazón desempeñando su trabajo en dicho establecimiento, se disponían a terminar su trabajo con los últimos clientes del establecimiento entró en el local Gustavo, que mostraba síntomas de encontrarse embriagado, solicitando una consumición alcohólica que le fue servida, surgiendo un incidente entre éste y los camareros a los que imputaba tardanza en el servicio; saliendo Gustavo del local procediendo a introducir pegamento en la cerradura de la puerta, lo que fue observado por los acusados que no obstante tras recriminarle le permitieron efectuar otra consumición, terminada la cual como al salir del establecimiento Gustavo tratara de repetir la operación con la cerradura, los acusados salieron produciéndole las siguientes lesiones a base de patadas y puñetazos, derribándole al suelo: fractura mandibular con dificultades en los últimos grados de cierre,

Por último quiero señalar que en los supuestos de agresiones en grupo, las dificultades de prueba que presenta la determinación de la conducta individual de cada uno de los agresores son evidentes. Sin embargo, la opción por la responsabilidad conjunta por el resultado producido finalmente hay que considerarla inadmisibles⁸². No resulta una alternativa legalmente aceptable resolver los problemas de prue-

fractura de pie derecho con artrosis postraumática cuneo-metatarsiana que le impide caminar durante mucho tiempo o permanecer en bipedestación largo tiempo, limitación funcional del pie por fractura de etiología traumática y trastorno de la afectividad por ansiedad generalizada de etiología sicógena. No se contentó solo con ello el acusado Pedro Antonio el cual golpeó con un puñetazo en el ojo derecho a Gustavo, lo que le produjo el estallido del globo ocular derecho provocando la pérdida definitiva de la visión del ojo». El Tribunal Supremo condena a los tres acusados del conjunto de lesiones producidas.

⁸² No podemos terminar la exposición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sin alabar algunas sentencias que suponen excepciones a la línea general expuesta hasta este momento. Sentencias donde quizás resulte decisivo para la determinación de la responsabilidad de los intervinientes el hecho de que la prueba de las aportaciones individuales de cada uno de los integrantes del grupo que interviene en la agresión pueda probarse sin demasiadas dificultades. Así la sentencia del Tribunal Supremo 173/1996, de 27 de febrero (R.J. 1996/1394) enjuicia la agresión de un grupo a un hertzaina que iba de paisano y se encontraba fuera de servicio cuando fue reconocido. Resulta decisivo, a mi juicio, como decía el que la agresión por parte de los diferentes integrantes del grupo fuera gravada por una cámara de seguridad, por lo que se pudo individualizar fácilmente la aportación de cada uno de ellos. En respuesta al recurso del Ministerio Fiscal que «sostiene que la sentencia de instancia ha seguido un criterio puramente físico e individualizado de las lesiones, entendiendo que los que se limitaron a lanzar una o varias patadas a la víctima y no persistieron en la actitud agresiva deben ser reputados autores de una falta de lesiones y que tal criterio es erróneo, ya que la sentencia condena a los doce acusados como autores de un delito de atentado y con lamentable olvido, además que no sólo ha causado lesiones físicas, sino también un menoscabo a la salud mental», el Tribunal Supremo estima el recurso, afirmando: «De todo el *factum* se deduce con claridad: a) Que la víctima tuvo secuelas psíquicas. b) Que tales secuelas fueron resultado o consecuencia del actuar lesivo. c) Que la secuela psíquica fue consecuencia de lesiones físicas. d) Que el lesionado precisó tratamiento psiquiátrico-psicológico y e) Que requirió asimismo tratamiento farmacológico para la mejoría de la secuela psíquica.... Tal quebranto o lesión psíquica se originó coetánea a las físicas y por el grupo de los doce condenados que formaron parte del grupo de perseguidores, acosantes, que no sólo con los repetidos y brutales golpes, sino con sus gritos de «cipayo», «asesino», «mátalo» produjeron tal ansiedad y depresión reactiva de la que fue tratado farmacológicamente. Tal conducta no puede individualizarse, como se hace por la Audiencia de Bilbao, respecto a las lesiones físicas, pues éstas no nacen de los golpes y patadas sufridos por la indefensa víctima, sino por el acometimiento, el acoso y la persecución, los gritos insultantes y las frases amenazadoras. Así, de estas lesiones psíquicas son responsables todos y no pueden incardinarse en la falta o lesión venial del art. 582 del texto penal, sino en el artículo 420.1 del mismo en concurso ideal con el delito de atentado». También rompe el nexo de unión subjetivo la STS 1460/2004, de 9 de diciembre, y sin embargo, la solución a la que llega en ese caso no resulta correcta.

ba rechazando la necesidad de la misma o construyendo la coautoría conforme a una determinada estructura que permita esquivar los principios limitadores del *ius puniendi*⁸³.

⁸³ Sin embargo, tampoco debemos olvidar que los sujetos al actuar de tal forma, en grupo agrediendo simultáneamente a la víctima, conocían que se iban a dificultar las posibilidades de probar los hechos acontecidos y su intervención individual en los mismos. Vid. GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).