

## **Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo**

Catedrático de Derecho penal. Universidad de León, España. Patrono fundador de la FICP y Director de Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales.

### **~Autoría\*~**

1. Es un honor intervenir en el I Congreso Internacional que organiza la FICP, de cuyo patronato formo parte, por lo que me siento honrado. Felicito a los organizadores del Congreso y al Presidente y Presidentes de Honor de la FICP por la iniciativa y por la elección de la difícil, pero necesaria, línea temática del Congreso.

2. Me ha correspondido inaugurar la mesa sobre autoría y participación, concretamente con una ponencia titulada “Autoría”, cuyo desarrollo en los quince minutos de que dispongo es francamente difícil. También es difícil –tal vez más aún- de resumir aquí por escrito, por lo que la expongo sintéticamente en esta especie de decálogo (por usar números redondos, que siempre parece elegante, si se me permite la broma).

3. Había pensado tratar, aunque fuera de forma somera, temas polémicos, como la llamada autoría mediata en aparatos organizados de poder (y su posible extensión al ámbito empresarial), los llamados delitos de infracción de deber o la autoría y la participación imprudentes. Pero, con gran acierto, los organizadores se los han encargado a otros componentes de esta mesa. Puedo pronunciarme sobre ellos en el debate, no obstante.

4. Me tomo por tanto el encargo, bajo el nombre de “Autoría” que se me ha asignado, como una presentación general y de expresión muy resumida de mi opinión global sobre el tema.

5. Deseo destacar que, aunque sigue tratándose de tema central de la teoría del delito, existe bastante acuerdo en muchas cosas y hay que quitar algo de hierro al debate.

6. En España, como en otros países, se defienden casi todas las posiciones; sin afán de exhaustividad: 1) La teoría objetivo formal (clásica –de VIVES ANTÓN, aunque ahora cree que no se puede identificar un único concepto de autor, a GÓRRIZ ROYO, en la misma línea- o modificada –de GIMBERNAT o, con matices, RODRÍGUEZ MOURULLO a

---

\* Resumen de la ponencia presentada en el I Congreso Internacional de la FICP, celebrado en Barcelona los días 29 y 30 de mayo de 2015.

GARCÍA DEL BLANCO-); 2) la teoría de la pertenencia del hecho (de MIR PUIG a ÁLVAREZ BAUTISTA, pasando, entre otros y con gran relevancia, por BOLEA BARDON); 3) Las teorías normativizadoras (en dos sentidos: tendentes a concepto unitario de autor unas – de FEIJOO SÁNCHEZ a SÁNCHEZ VERA-, restrictivas otras –SÁNCHEZ LÁZARO o MARAVER GÓMEZ-, con matices intermedios –p. ej. ROBLES PLANAS-); 4) La teoría del dominio del hecho (con el fundamental impulso de ROXIN), la mayoritaria también en España; 5) La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho (de mi maestro, LUZÓN PEÑA, yo mismo y seguidores, mereciendo destacarse su desarrollo en el ámbito de la imprudencia por ROSO CAÑADILLAS). 6) Otras, como la cercana a la nuestra, del acceso al tipo y el control del suceso típico, sustentada por DÍEZ RIPOLLÉS.

7. Las líneas generales de mi concepto de autoría son muy resumidamente: a) Preferencia de un concepto restrictivo de autor, como más adecuado al Derecho penal propio de un Estado de Derecho (si bien no el único compatible con él), pero, con ello, exigencia de coherencia; b) Concepción de la conducta de autoría como aquella que la norma pretende evitar con mayor urgencia o perentoriedad, la que se enfrenta más directamente a la norma, la que más directamente afecta al bien jurídico, etc.; c) En delitos puramente resultativos, sobre todo: autor es quien con su conducta (solo o con otros) determina objetiva y positivamente el hecho, el acontecer típico.

8. Ello supone coincidencias, pero también diferencias con la doctrina dominante y, en concreto, con la más influyente concepción dentro de ella, la de mi maestro alemán, ROXIN; entre las diferencias: creo que esta extrae excesivas consecuencias de la idea en sí misma no desdeñable del autor como figura central tomada como principio rector o imagen regulativa; aunque con dudas, acabo rechazando la figura de una autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder (desde luego, en la delincuencia en la empresa generalmente “legal”, aunque esto es una coincidencia con ROXIN, incluso si se admite su, en todo caso, genial construcción de esta forma de autoría mediata); también rechazo algunos –no todos- casos de autoría mediata mediante inducción a menores –ROXIN habla normalmente, es verdad, de “niños”-; aunque reconozco gran parte de corrección material en ella, rechazo (por razones derivadas del principio de legalidad, que creo que serían superables con mínimas previsiones legislativas) la admisión generalizada, con sus consecuencias, de delitos de infracción de deber –aunque más aún en las versiones que exageran las tesis de ROXIN-; etc. Pero sobre todo dos:

a) El criterio de autoría que sustento posee carácter objetivo, frente a la concepción objetivo-subjetiva del dominio del hecho, con mayor (por ejemplo, WELZEL) o menor (por ejemplo, ROXIN) acento de la faceta subjetiva: ello supone importantes consecuencias en el ámbito de la imprudencia, con posibilidad para nosotros de distinguir entre autoría y participación imprudente. Sostengo, siguiendo principalmente a LUZÓN PEÑA, la impunidad de esta última, básicamente por razones de política criminal con apoyo en la ley, pero no por incompatibilidad clara del castigo de la participación imprudente con la regulación legal española (en concreto, con el art. 12 CP, como sostienen autorizadas voces), pero este es otro tema, que no puedo desarrollar aquí.

b) Exigimos un carácter positivo de la determinación del hecho, frente al meramente negativo que exigen los partidarios del dominio del hecho para la coautoría, incluido el más restrictivo de ROXIN del dominio funcional del hecho (que exige acuerdo en sentido amplio, esencialidad de la contribución y actuación en fase ejecutiva, de modo que, retirando la contribución de un sujeto, caería la empresa criminal común; veo en ello insuficiencias y contradicciones). Sin poder desarrollar aquí esta idea (lo que significa negativo, que la ley no señala expresamente el umbral de dominio o determinación que requiere la coautoría, la preferencia por el máximo nivel, que sería el positivo frente al negativo –que, desde luego, es más que mero poder de interrupción, al menos en la concepción de ROXIN y sus seguidores-, etc.), que he explicado ampliamente en diversos trabajos en distintos países y he ido matizando a lo largo del tiempo y al hilo del debate con otros autores, incluido el propio ROXIN, ello conduce a un concepto bastante más estrecho de coautoría que el de la doctrina dominante, incluido el que se deriva de la tesis del dominio funcional del hecho, aun desarrollada estrictamente (que no es la más extensiva de la coautoría, sino la más estricta dentro de la general del dominio del hecho). Creo que con nuestro concepto de coautoría se guarda la máxima coherencia con el concepto restrictivo de autor al que tantas ventajas se le atribuyen (con razón, aunque, en mi caso, lejos de la demonización generalizada de un concepto unitario de autor –quizá mejor un concepto unitario de intervención delictiva, como ha apuntado ya hace tiempo entre nosotros, con argumentos dignos de atención y análisis, PEÑARANDA RAMOS- para los delitos dolosos, demonización que ha sido –y aún es, aunque ya con más brechas- tan común). Ciertamente (como el propio ROXIN ha venido finalmente a reconocer en el debate que conmigo ha sostenido), este

concepto tan restrictivo de autor también en la coautoría es mucho más fácil de sostener en legislaciones que, como la española (y no solo ella), consagran una forma de cooperación o complicidad equiparada en pena a la autoría, pero sometida al principio de accesoriedad, la comúnmente llamada cooperación necesaria (art. 28, 2º inciso, letra b CP español), inexistente hoy en Alemania (y en otros países), cuya existencia reivindicó, si bien creo debe formularse en la ley de forma positiva y no hipotética y en la que cabe discutir (como en la otra forma de participación equiparada en pena a la autoría, la inducción) si el marco penal legal debe ser exactamente igual que el de la autoría.

9. Al margen del concepto de autoría que se mantenga, deseo aprovechar este importante foro para realizar una llamada de atención contra lo que, en este y en muchos temas, hacen a veces los tribunales de diversos países: no basta citar una teoría o construcción para resolver un problema en un caso al que en realidad se da una respuesta intuitiva (correcta o incorrecta). Esto es frecuente en materia de autoría. Así, a modo de ejemplo, señalaré que dos construcciones de ROXIN se emplean a menudo mal: a) autoría mediata por aparatos organizados de poder (como, p. ej., ha sucedido en buena medida en el famoso caso de corrupción conocido como MENSALÃO en Brasil, como han puesto de relieve distintos autores –algunos brasileños pero con peso también en Alemania, como GRECO, y el propio ROXIN): ni se prueba la existencia de aparato, ni su carácter inequívocamente criminal ni la fungibilidad de sus eslabones, ruedecillas del engranaje o “instrumentos” ni la alta disposición de los ejecutores al hecho; b) coautoría por dominio funcional del hecho (p. ej., en algunos supuestos de la llamada “coautoría impropia” en Colombia o bastantes sentencias de la jurisprudencia española): no se prueban los tres elementos (acuerdo en sentido amplio, esencialidad de la contribución, prestación de esta en fase ejecutiva) y a veces casi existe solo acuerdo previo (denostada antigua construcción de nuestro TS) y actuación conjunta, a lo sumo con cierta división del trabajo o acumulación de esfuerzos. Si se comparte una construcción sólida, como las señaladas (yo no las comparto del todo, pero eso es lo de menos), no basta con citar su nombre como un lema; hay que demostrar que se cumplen en el caso sus requisitos.

10. Para que esto sea un decálogo, acabaré diciendo que, aun alcanzándose altos grados de consenso, los temas penales, incluso los más clásicos, nunca se cierran del todo y lo que parecía superado vuelve a menudo al debate, a veces con gran fuerza y de la mano de notables penalistas. Podría citar, por ejemplo, la pugna de teorías y el

aparente declive hace algunos años de la teoría del dolo en materia de error de prohibición (yo mismo erré claramente al pronosticar que esa parte del debate estaba bastante superada en el último cambio de siglo), pero, por ceñirme al tema que nos ocupa, el de la autoría, mencionaré el resurgir, naturalmente con matices, de un concepto unitario de autor en los delitos dolosos, fundamentalmente de la mano de concepciones normativistas “fuertes” que ven las diferencias entre formas de intervención delictiva más bien como cuantitativas y no cualitativas. Esa es una grandeza del debate penal, especialmente en materias –a menudo centrales- propias de la teoría del delito. De ahí el gran acierto en la elección del tema general de este Congreso por sus organizadores, a los que agradezco mucho que me hayan el hecho el honor de llamarme para intervenir en él.