

La Participación: concepto y clases; naturaleza; elementos comunes; la participación en los delitos imprudentes de omisión; penalidad; el problema de la comunicabilidad de las circunstancias.

Análisis de las formas de Participación: la inducción: concepto y elementos; el problema específico del agente provocador; la cooperación necesaria y la complicidad: teoría de distinción; la participación necesaria; la codelincuencia en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social.

LA PARTICIPACIÓN

• CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN Y SUS CLASES

- ◊ La participación implica contribución en un hecho ajeno, esto es, en un hecho que tiene varios autores.
- ◊ Su contenido material radica en auxiliar la comisión del delito mediante aportaciones, generalmente causales que toma en consideración el autor del delito.
- ◊ Suele hablarse de 2 clases de participación: *la participación material* que se propicia auxiliando actos materiales a los autores y, *la participación moral* que tiene lugar auxiliando, favoreciendo moralmente la comisión del delito. Serían partícipes materiales los cooperadores necesarios y los cómplices; mientras que el inductor sería partícipe moral.
- ◊ La participación por otro lado, viene regulada y prevista en el Art. 28 y 29 del CP. En ellos se diferencian 3 clases de partícipe:
 - Los cooperadores necesarios y los inductores (Art. 28)
 - Ambos, aunque sean partícipes, se les castiga como si fueran autores. A ellos resulta aplicable lo dispuesto en el Art. 61 del CP que señala que cuando la ley establece una pena se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada
 - Los cómplices
 - Se les aplica el Art. 63 del CP que prevé la rebaja a la pena inferior en un grado a la fijada por la ley para los autores del delito

• NATURALEZA DE LA PARTICIPACIÓN (CAE EN EXAMEN!)

- ◆ La participación es un delito que implica contribuir en el hecho punible por el autor, mientras que la autoría es principal, la participación es accesoria.
- ◆ Existe pues, una relación de dependencia entre la autoría y la participación hasta el punto de que, para que la participación sea punible, es necesario que exista un hecho de autoría que reúna determinados requisitos y, por ello, suele decirse que en la participación la accesoriedad viene establecida cuantitativa y cualitativamente.
 - ◊ Por lo que respecta a la accesoriedad cuantitativa para que exista participación punible es preciso que el hecho realizado por el autor alcance un determinado grado de ejecución, concretamente que el autor haya dado comienzo a la ejecución del tipo. Sino no existiera ese principio de ejecución del delito por parte del autor, no habría participación punible; aunque se hubiere realizado el acto de colaboración.
 - ◊ Por lo que respecta a la accesoriedad cualitativa, suelen distinguirse en la doctrina varias clases de accesoriedad:
 - La accesoriedad mínima: del tal modo que el partícipe incurriría en responsabilidad desde el momento en que la acción del autor sea meramente típica y aunque no sea antijurídica.
 - La accesoriedad limitada: de tal modo que al partícipe puede castigársele si el autor realizó una acción típica y antijurídica

- La accesoriedad máxima: de tal modo que el partícipe incurre en responsabilidad penal si la acción ejecutada por el autor era típica, antijurídica y punible.
- ◊ La mayoría de la doctrina y el Tribunal Supremo defienden la accesoriedad limitada. Esto es, que el partícipe incurre en responsabilidad cuando el hecho realizado y el autor es, como mínimo, típico y antijurídico.
- ◊ De ello discrepa el profesor Cerezo y su discípulo Boldoba Pasamar, que defienden la accesoriedad mínima, es decir, que basta con que el hecho realizado por el autor sea típico para que el partícipe incurra en responsabilidad. El fundamento de ello lo encuentran en que el tipo penal ya aglutina las cualidades que fundamenta lo injusto específico de la figura delictiva.

• **ELEMENTOS COMUNES A LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN**

- ◆ En la participación se distinguen 2 elementos que son comunes a la inducción, la cooperación necesaria y a la complicidad.
- ◆ **Elemento Objetivo**
 - ◊ El primero de ellos, tiene naturaleza objetiva consiste en el acto de colaboración que realiza el partícipe. La mayoría de la doctrina considera que el acto del partícipe debe ser causa o condición de la acción delictiva del autor.
 - ◊ Es discutible, sin embargo, si la denominada complicidad psíquica constituye o no condición a los efectos de su castigo como partícipe en el delito. La complicidad psíquica tiene lugar en aquellos casos en que mediante una influencia psicológica una persona refuerza sus ánimos para que el autor ejecute la decisión criminal –no quien le convence, sino quien da fuerzas–
 - ◊ El Tribunal Superior admite la complicidad psíquica pero sólo cuando puede establecerse un mínimo condicional en la ejecución del delito por parte del autor y, por ello, la complicidad psíquica resultaría punible cuando rigiera la decisión criminal del autor o que le diera un valor que no tiene el autor para afrontar la ejecución del delito, por ejemplo: acompañándolo al lugar del hecho.
 - ◊ Dentro de este elemento objetivo se discute si cabe la participación por omisión. El Tribunal Superior, hasta los años 60' no la admitía basándose en que el CP al regular las formas de participación hablaba de actos y ello interpretaba como acciones, en sentido estricto excluyen la omisión.
 - ◊ Hoy, sin embargo, ya admite el Tribunal Superior, además de la doctrina de punibilidad del partícipe, que actúa por omisión. Y, para ello, ha señalado que el partícipe debe ostentar una posición de garante de tal modo que debería estar obligado jurídicamente a impedir la producción del resultado delictivo.
 - ◊ Sin embargo, dado que la oposición de garante es un elemento que cabe atribuir y también y en un primer lugar al autor de un delito en comisión por omisión, la participación por omisión debe estimarse cuando la no realización de la acción no sea equivalente a la acción. Esto es, que no exista equivalencia entre la omisión y la acción.
- ◆ **Elemento Subjetivo**
 - ◊ Para que exista participación punible es preciso también un acuerdo de voluntades entre el autor y los partícipes, esta confluencia de voluntades no tiene porque ser expresa y anterior a la comisión del delito, sino puede ser tácita y simultánea a la ejecución del delito.
 - ◊ El Tribunal Supremo tuvo una posición ya casi abandonada totalmente, que el acuerdo entre autores y partícipes a la comisión del delito implicaba la autoría de todos ellos. Esa posición no es sostenible hoy dado que la participación, además, del

elemento subjetivo tiene un componente objetivo.

- ◊ Este acuerdo, además, vincula la responsabilidad del partícipe en función de lo que el autor ejecutara y, así, el partícipe responderá sólo de lo que conozca y pacte con el autor de modo que si el autor se excede, este exceso no será imputable al partícipe.

• **LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS IMPRUDENTES**

- ◆ La mayoría de la doctrina estima que es aceptable y admisible la participación imprudente en delitos de imprudencia, dado que también dicha participación supone una continuación a la perpetración del delito sólo que, según un sector doctrinal, dicha participación no sería punible en nuestro CP.
- ◆ El profesor Cerezo, sin embargo, no admite la partición en los delitos imprudentes porque el sujeto no tiene voluntad ni producción en el resultado delictivo. Sin embargo, este argumento no puede prosperar según la doctrina mayoritaria en tanto que también el autor pretende causar el resultado delictivo.
- ◆ En segundo lugar, se plantea si es posible la participación dolosa, en un delito imprudente. Como señala el profesor Cerezo, en estos casos no es posible configurar una responsabilidad dolosa en el marco de la autoría de un delito imprudente.
- ◆ Por último se plantea si es posible la participación imprudente en un delito doloso, pues también la imprudencia de un sujeto puede favorecer que otro cometa dolosamente un delito. Por ejemplo: farmacéutica que despacha un medicamento sin receta, muy tóxico que utiliza al comprador para asesinar a sus vecinos.
- ◆ El profesor Cerezo indica que, en estos casos, el farmacéutico es autor de un delito de homicidio; pero en realidad estaríamos ante una acción en la que debe plantearse la imputación objetiva del estado. Es decir, si lo de la receta médica funcionaba como instrumento para ejecutar el delito, es decir, si la norma de cuidado infringida trataba de impedir el resultado. Y, una vez aquí, hay opiniones de todos los tipos.

• **EL PROBLEMA DE LA COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS**

- ◆ Los Art. 21,22 t 23 del CP contienen una constelación de las circunstancias atenuantes y agravantes y respecto a la aplicación de las mismas, se plantea la cuestión de si son o no comunicables, es decir, dichas circunstancias a los partícipes y autores con independencia de en quienes concurra.
- ◆ El Art. 65 de CP establece el régimen general de comunicabilidad e incommunicabilidad de las circunstancias. Así en su num. 1 las circunstancias agravantes o atenuantes de naturaleza personal, es decir, que consistan en la disposición normal del delincuente en su relación particular con el ofendido sólo podrán aplicarse a aquellos sujetos en quienes concurra.
- ◆ El num. 2, por el contrario, señala que los agravantes y atenuantes de naturaleza objetiva referida a la ejecución o a los medios empleados, agravan o atenúan la responsabilidad penal de los sujetos, si han tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o cooperación en el delito.
- ◆ En 2º lugar, se plantea la doctrina si el Art. 65 del CP es aplicable a los tipos agravados que configura el legislador con las circunstancias agravantes genéricas. La mayoría doctrinal estima que sí debe aplicarse el Art. 65 CP, de tal modo que puede romperse el principio de unidad de imputación del delito, de tal modo que ante un único hecho unos intervinientes respondan por el delito y otros por delito diferente.
- ◆ Otra cuestión que se plantea es si el Art. 65 CP resulta aplicable a los delitos especiales, y se señala: en los delitos especiales e impropios sí, es decir, aquellos que tiene una figura delictiva paralela común, Ej.: falsedades documentales. El Art. 390 castiga la falsedad documental por funcionario público; el Art. 392 castiga la misma falsedad pero cometida por particulares. Por tanto la diferencia estriba en la cualidad del autor y así, si un NO funcionario induce a un funcionario a cometer falsedad documental, el funcionario responde con el Art.

390 y el inductor con el Art. 392.

- ◆ Por último, no cabe aplicar el Art. 65 a los delitos especiales propios, hasta los 50' el Tribunal Supremo estimaba que sí, y por tanto, dejaba impune conductas de participación. El Art. 65 no es aplicable a delitos especiales propios porque estos no suponen mayor o menor injusto, no agravan ni atenúan, sino que fundamentan por sí solos lo injusto. Ej: delito de prevaricación judicial.

ANÁLISIS DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN

• LA INDUCCIÓN

- ◆ Es inductor aquel sujeto que, mediante una influencia psíquica, determina a otra persona a cometer un hecho típico y antijurídico –según la doctrina mayoritaria–. Por tanto, para que exista inducción es preciso que, como mínimo, el inducido haya adoptado una resolución delictiva y que, además, como mínimo, haya dado comienzo la ejecución del delito.
- ◆ Los medios utilizados por el inductor no están tasados, se trata de una influencia psíquica que puede adoptar la forma de consejo, orden, o incluso algún tipo de comportamiento coactivo; no hasta el punto de instrumentalizarlo, pues, en ese caso, sería un autor mediato.
- ◆ Antes del empleo de esos medios, la inducción debe ser directa, significa que debe realizarse sobre personas determinadas y no a un tumulto de personas.
- ◆ El Art. 28 del CP se refiere precisamente al carácter directo de la inducción, por lo cual no es admisible la denominada inducción en cadena: convencer a una persona, para que éste a su vez, convenciera a un tercero para que cometa un delito.
- ◆ Por otro lado, la inducción debe ser eficaz para que resulte punible, lo cual significa que el individuo no sólo debe haber aceptado la resolución delictiva, sino que, como mínimo debe haber realizado parcialmente la conducta antijurídica y típica. Es decir, debe existir, al menos, tentativa de delito.
- ◆ La inducción sería pues impune aunque existiría resolución delictiva, si esta no fuera exteriorizada por actos ejecutivos del tipo.
- ◆ Finalmente, el inductor tiene la misma pena que el autor y responde sólo por lo que ha inducido, nunca de los excesos que realice el ejecutor.

• AGENTE PROVOCADOR

- ◆ Es aquel sujeto que con su conducta pretende inducir a otro a cometer un delito con la finalidad de descubrir u obtener pruebas de otro delito (estos delitos suelen estar ya consumados y se pretende obtener pruebas de ellos)
- ◆ Generalmente este tipo de acciones la realizan funcionarios de los cuerpos y fuerzas de seguridad, pero también los particulares.
- ◆ Se caracteriza porque no desea que el inducido consuma el delito, sino que solo llegue hasta el grado de la tentativa, de tal modo que desde el punto de vista *ex ante* el inducido no va a consumir el delito debido a las medidas adoptadas previamente por el agente provocador.
- ◆ Se plantea si esta figura resulta o no punible, si el agente provocar es inductor. La doctrina alemana y un amplio sector de la española considera que el agente provocador queda impune porque no tiene dolo. Existe un dolo diferente para la tentativa y para la consumación.
- ◆ En el ámbito penal solo existe el dolo de consumir un delito y como ese no es el objetivo del agente provocador, actúa sin dolo y queda impune.
- ◆ Cerezo señala que podría incurrir una responsabilidad por imprudencia cuando no adoptara las medidas necesarias para impedir que el inducido consumara el delito.
- ◆ Por otro lado, en la mayoría de los casos, el agente provocador también quedaría impune, puesto que se tratara de una tentativa idónea de un delito imposible.

• LA COOPERACIÓN NECESARIA

- ◆ Es una forma de participación, en el Art. 28 CP que tiene asignado la misma pena que el

autor. Tal y como señala el Art. 28.b son autores los que cooperan a su ejecución con un acto, sin el cual, no se habría ejecutado.

- ◆ Por su parte, en el Art. 29 CP señala que son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el Art. 28, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. Se plantea, entonces, la cuestión de la distinción entre cooperación necesaria y cómplice.
- ◆ La regulación de la cooperación necesaria contiene una tradición histórica, del enfoque causal, de tal modo que parece referirse a casos en que la aportación del cooperador era condición indispensable para cometer el delito. Sin embargo desde el punto de vista causal, no se ha resuelto mucho apd los intentos, básicamente de 2 tipos:
 - ◇ La Tª del Caso Concreto: hay cooperación necesaria si aplicando la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones, la aportación del cooperador fue causa del resultado. Esta teoría es poco práctica porque vacía totalmente el contenido a la complicidad, pues casi todas. Las aportaciones del delito son causas de resultado delictivo.
 - ◇ La Tª del Caso Abstracto: según la cual hay que plantearse en abstracto si la contribución era o no necesaria para cometer el delito en la forma en la que se predijo. Esto vaciará el contenido a la cooperación necesaria, ya que generalmente, los medios causales que se emplean en un caso concreto puedan obtenerse por diferentes vías.
- ◆ Existen otras Tª modernas:
 - ◇ Tª de los Bienes escasos (Gimbernat): hay cooperación necesaria si el medio causal que aporta el partícipe era escaso, hay escasez cuando el medio causal no es escaso, pues que es fácil de conseguir. También se rechaza esta Tª aunque ha sido y, aun, es aplicada por el Tribunal Supremo debido a que no parte de la necesidad de la cooperación.
 - ◇ Tª de Rodrigue Derez, quien señala que habría cooperación necesaria cuando la aportación de uno de los partícipes no podría haberla realizado ningún otro sujeto de los que intervienen en el delito.
- ◆ El Tribunal Supremo, en ocasiones, sigue la Tª de los Bienes Escasos para comprobar la existencia o no de cooperación necesaria, pero en la mayoría de las ocasiones, la delimitación entre complicidad y cooperación necesaria la realiza atendiendo a la importancia con arreglo al sentido común de la contribución a la comisión del delito. Por tanto, viene a evaluar, en definitiva, si la contribución fue o no decisiva para la comisión del delito con arreglo a una valoración objetiva y de carácter lógico.
- ◆ Por ello el profesor Cerezo propone *legue ferenda* (ley que va a venir) que la cooperación necesaria debe suprimirse y establecer la complicidad como forma de participación que, en algún caso, pueda atenuarse o equiparse la pena a la del autor. La complicidad según el Art. 63 CP debe castigarse con la pena inferior en grado a la fijada por los autores.

• **PARTICIPACION NECESARIA**

- ◆ En sentido propio implica que la consumación de un tipo penal requiere la intervención de otra persona que sí actúa con dolo es punible. Y en sentido impropio se habla de participación necesaria en los casos en que la consumación del tipo partícipe requiere la intervención de la víctima quedando impune.
- ◆ Ej. en sentido propio: delito de bigamia, Art. 217
- ◆ Ej. en sentido impropio: delito de estafa, requiere la intervención de una persona para que pueda cometerse.

• **AUTORÍA Y PATICIPACIÓN EN LOS DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL**

- ◆ EL Art. 30CP contiene una previsión restrictiva de la responsabilidad penal en cuanto el

delito o la falta cometida se hayan utilizado medios de comunicación social o soportes mecánicos de difusión (cd-rom) este sistema de la responsabilidad obedece a 2 razones:

- ◊ 1º se trata de garantizar la libertad de expresión de tal modo que las previsiones jurídico-penales sobre la autoría y la participación no implican cortapisas al ejercicio de la libertad de la información y de la expresión.
- ◊ 2º este sistema trata de garantizar que, en todo caso, alguien responda de los delitos o faltas que se cometan utilizando los medios de comunicación social. Este sistema de responsabilidad penal encascada supone que los intervinientes en un delito responden de forma escalonada, excluyente y subsidiaria.
- ◆ Así, el Art. 30.1 establece que los delitos o faltas cometidos a través de medios de comunicación social no responderán ni los cómplices ni quienes los hubieran favorecido personalmente o realmente, es decir, los encubridores.
- ◆ El Art. 30.2 establece este sistema de responsabilidad en cascada. Así, deben responder por el siguiente orden de forma excluyente y subsidiaria las siguientes personas de los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social:
 - ◊ 1º los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trata y quienes les hayan inducido a realizado, es decir que responderán en primer lugar y de modo conjunta autores directos, autores mediatos y los coautores e inductores.
 - ◊ 2º responderán los directores de la publicidad o programa en que se difunda.
 - ◊ 3º los directores de la empresa editora, emisora o difusora.
 - ◊ 4º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.
- ◆ Por último, en el Art. 30.3, establece que la exigencia de responsabilidad deberá hacerse de forma escalonada, de tal forma que cuando no puede dirigirse el procedimiento contra alguna de las personas se dirigirá contra la que aparece en el núm. inmediatamente posterior. Establece que el motivo por el que no puede responsabilizarse a una de esas personas, y, por ello, pasa a la siguiente, no ha de ser ni la extinción de responsabilidad penal, ni la rebeldía, ni la residencia fuera de España. Sobre todo están para delitos de calumnias e injurias, así como publicidad.

AUTORIA y PARTICIPACIÓN

–Tema 26–derecho penal–