

CRÍTICA A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL ACUERDO PREVIO

Enrique Gimbernat Ordeig

ADPCP, T. XIX, Fasc. I, Enero-Abril 1965, pp. 13-38

<http://www.cienciaspenales.net>

Critica a la doctrina jurisprudencial del "acuerdo previo" *

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Doctor en Derecho por las Universidades de Madrid y Hamburgo
Profesor ayudante de la Universidad de Madrid

A Karin, en nuestro V aniversario.

I. *La posición del TS antes de la aparición de la doctrina del "acuerdo previo".*

En la interpretación del art. 14 núm. 1, el TS siguió, en un principio, una doctrina objetiva. Para decidir si un comportamiento era o no constitutivo de autoría directa, nuestro más alto tribunal acudía a datos externos; eran estos datos externos los únicos que entraban en juego para determinar si había o no participación directa en la ejecución del delito. Con la aparición de la doctrina del acuerdo previo, la interpretación objetiva entra en decadencia. Pero no ha desaparecido nunca de modo total de la jurisprudencia del TS; todavía se acude en ocasiones a ella; sólo que lo que antes era la regla ahora es la excepción.

Por lo que se refiere a la posición originaria del TS, el mejor modo de ver que se trataba de una objetiva es irse directamente a la Colección Legislativa. Aunque, naturalmente, el TS no hacía constantemente declaraciones de principio, basta leer las sentencias del siglo pasado para comprobar que, para decidir si había o no participación directa en la ejecución del delito, sólo se manejaban criterios objetivos.

Hasta tal punto se delimitaba el núm. 1 del art. 14^o por criterios objetivos que incluso en supuestos de autor único se llegó a aplicar el número 3 del mismo precepto en un caso en que la conducta del sujeto no correspondió externamente, a juicio del TS, con la definición de autoría directa del CP. A pesar de que sólo fue este sujeto el que intervino en la comisión del delito, la sentencia de 8 de octubre de 1872 (1) hizo responsable, *no por el núm. 1 sino por el núm. 3 del*

(*) El presente artículo forma parte de un libro, aún inédito, sobre "Autor y cómplice en Derecho penal". Hasta 1936 he tomado la jurisprudencia de la Colección Legislativa (abreviatura: C. L.); desde 1939, del Repertorio Aranzadi (abreviatura: A.).

(1) C. L., págs. 335-337 (336/337).

artículo 14, a quien, para incendiar, dejó unas cerillas sobre una era a las once de la mañana que se inflamaron, por la acción del sol, a las tres de la tarde. El concepto objetivo se pone también de manifiesto, por ejemplo y entre otras muchas sentencias, en la de 9 de octubre de 1877 (2): Manuel García es cómplice de asesinato, “puesto que, sino parte directa en el asesinato frustrado, reconoce que la tomó en el *acto anterior* de indagar por orden de su hermano Ramón (3) si el ofendido Buceta había llegado a su casa, separándose al efecto del sitio donde reunidos le esperaban para matarlo” (4); y en la de 5 de diciembre de 1891: Prudencio Martín Ramos no es autor, sino cómplice del robo, porque se limitó a servir de apoyo para que los otros entraran en la casa robada, “hechos... que por no ser... de cooperación directa...” (5). El hecho de presenciarse como la madre mata a su hijo, estando de acuerdo con ella, constituye complicidad, se estima en la sentencia 14 marzo 1893 (6), porque de este modo “alentaron el ánimo de la parricida”, pero no autoría del artículo 14, número 1, pues “tales hechos no pueden calificarse de *participación directa*, ... porque *consistiendo ésta en las violencias mortales* causadas por la madre al recién nacido, *para que pudiera afirmarse que los recurrentes habían tomado parte directa en la consumación de aquél, era preciso que su intervención hubiera sido material en el hecho físico*”. Para justificar la autoría directa no se alude, en esta primera etapa jurisprudencial, al acuerdo previo, sino que la fundamentación reside en argumentar por qué un determinado comportamiento integra una participación en la ejecución. El hecho de sujetar a una mujer, por ejemplo, mientras otro la viola es subsumible en el artículo 14, número 1, pues se trata de “directa ejecución de uno de los elementos integrantes del propio delito” (7); en cambio, el hecho de animar “con su presencia al ejecutor material del delito no constituye la participación directa del número 1 del artículo 13 (hoy 14)” (8).

Estos criterios objetivos que el TS utiliza para decidir si en el caso concreto hay o no un comportamiento subsumible en el artículo 14, número 1, son, por supuesto, los que integran la definición de autoría directa cuando el TS hace una declaración de principio sobre el contenido de dicho precepto. Así, por ejemplo, la sentencia 20 junio 1892 (9) afirma que “en la primera disposición de las expresadas (sc. art. 14, núm. 1) se comprenden cuantos realizan actos íntimamente ligados con el hecho físico que en el delito se expresa”; y

(2) C. L., págs. 253-256.

(3) Hubo, pues, acuerdo previo.

(4) Pág. 256 (subrayados añadidos).

(5) C. L., págs. 594-600 (599).

(6) C. L., págs. 274-278 (277, 278); subrayados añadidos.

(7) C. L., págs. 124-126 (126).

(8) TS 6 diciembre 1902, C. L., págs. 285-289 (289).

(9) C. L., págs. 230-241 (238).

(10) C. L., págs. 335-337 (336).

la de 22 marzo 1905 (10) dice que en el artículo 14, número 1, "están comprendidos cuantos efectúan actos materiales íntimamente ligados con el delito".

La aparición de la doctrina del acuerdo previo no supone, como ya he indicado, la desaparición total de la doctrina objetiva. Hasta nuestros días, el TS, en ocasiones cada vez más raras, ha seguido acudiendo a puntos de vista exclusivamente externos para definir la autoría directa. Valgan como ejemplo las sentencias 26 febrero 1916 (11) ("... conforme a lo establecido en el núm. 1.º del artículo 13 (12) del Código penal, no sólo son autores de un delito los que realizan el hecho material que lo constituye, sino todos los que toman parte directa en la ejecución del mismo por actos íntimamente ligados con él, tendentes a su consumación"); 18 octubre 1933 (13) ("... según el núm. 1.º del art. 14 del Código penal, son responsables en concepto de autores los que toman parte directa en la ejecución del hecho, concepto en el que se comprende no sólo la intervención en los actos consumativos del delito, sino también la participación directa en la ejecución"; en cambio, "la complicidad implica una participación preparatoria o indirecta en el delito ejecutado por otro"); 8 diciembre 1934 (14); 19 junio 1961 (15) (G. no es autor, sino cómplice de la falsedad, pues "todos los actos de ejecución de este delito fueron realizados por L., y G. sólo intervino en los meramente preparatorios"); 29 septiembre 1961 (16) ("... el concepto de autoría... no debe circunscribirse siempre al autor material de la infracción, con olvido de los otros supuestos del art. 14 del Código penal") (17); etc. Este "etc." no debe entenderse en el sentido de que es fácil encontrar defendida por el TS la tesis objetiva cuando define al autor directo; al contrario, sobre todo en la jurisprudencia de las últimas décadas, cada vez hay que buscar más para encontrar sentencias que interpreten objetivamente el artículo 14, número 1.

II. *El contenido de la teoría del "acuerdo previo"*

1. Por lo que alcanzo a ver, la doctrina del acuerdo previo aparece por primera vez, de modo esporádico y confusamente, en la sentencia 7 noviembre 1890 (18), vuelve a constituir la base, también con-

(11) C. L., págs. 97-99 (98).

(12) Hoy, 14.

(13) C. L., págs. 113-116 (115).

(14) C. L., págs. 846-848 (847/848); de contenido muy parecido a la anterior sentencia y expresado casi con las mismas palabras.

(15) A., 2665.

(16) A., 3324.

(17) De aquí se infiere, a contrario, que en el artículo 14, número 1, sólo es subsumible la conducta del "autor material de la infracción".

(18) C. L., págs. 572-573 (573).

fusamente de la de 30 enero 1891 (19), y se establece ya de modo bien claro en la de 4 octubre 1901 (20)—de la que por su trascendencia, también en otro aspecto, me ocuparé más adelante (21)— y en la de 6 junio 1904 (22). En esta sentencia de 1904 no se llega, ciertamente, a resultados revolucionarios: el TS se limita a reafirmar la doctrina jurisprudencial anterior de que los vigilantes son autores directos del robo. La novedad es que para fundamentar esta tesis no se acude ya al comportamiento externo: los vigilantes son autores directos porque “aunque ellos no se apoderaron materialmente del dinero, como a este fin tendía el conjunto de los actos practicados, es evidente que *alcanza igual responsabilidad a cuantos unidos por el mismo propósito* prestaron el concurso de su voluntad y su auxilio personal para asegurar la realización del plan concertado”.

2. Aunque es seguro, por supuesto, que han escapado sentencias a mi control, las conclusiones a las que he llegado respecto de la posterior evolución de la teoría del acuerdo previo son éstas: El 29 marzo 1906 (23), en un caso de robo con fuerza en las cosas, el TS vuelve a repetir que para la calificación de autora de la agente no tienen demasiada importancia los actos externos que cometió: “pues aunque aquélla no llegara a la habitación donde se hallaban los efectos sustraídos, todos los actos practicados por todos los culpables tendían al mismo fin y estaban íntimamente ligados entre sí; por lo que es evidente que la responsabilidad de autora alcanza a Paula Llana de igual forma que a todos los que, unidos con el mismo propósito, prestaron el concurso de su voluntad y su auxilio personal para asegurar la realización del plan concertado”. Vuelvo a ver todavía una alusión a la doctrina del acuerdo previo en TS 25 octubre 1907 (24) (ambos recurrentes actuaron “con unidad de propósito y de acción...; y siendo esto así, es evidente que los dos tomaron parte directa en la ejecución del delito de lesiones graves”). Pero es durante la segunda década de este siglo cuando dicha doctrina empieza a adquirir el papel dominante que hoy en día sigue conservando.

En el acuerdo previo se basan, entre otras, las sentencias 29 noviembre 1916 (25), 19 enero 1917 (26) y 20 enero 1917 (27). En la sentencia 15 enero 1918 (28) se puede ya decir que “tiene reiterada

(19) C. L., págs. 207-210 (210).

(20) C. L., págs. 107-109.

(21) *Infra*, III, 3.

(22) C. L., págs. 567-569; subrayados añadidos.

(23) C. L., págs. 297-299 (298). La de 19 diciembre 1905 establece todavía una doctrina opuesta por completo a la del acuerdo previo.

(24) C. L., págs. 205-207 (206).

(25) C. L., págs. 281-283 (282): El vigilante es autor, “pues que el acuerdo entre los culpables para verificar una sustracción, produce entre éstos la responsabilidad peculiar de los autores, a los efectos del Código penal”.

(26) C. L., págs. 21-28 (28).

(27) C. L., págs. 30-42 (41/42).

(28) C. L., págs. 22-24 (24); subrayado añadido.

mente declarado esta Sala que todos los que convenidos previamente, concurren a la ejecución de un crimen, son responsables en el concepto de autores del mismo por participación directa, aunque alguno de ellos no practique los actos materiales necesarios para la consecución, porque la delincuencia no se determina por la intervención en el mal físico causado, sino por la concurrencia del elemento intencional en relación con el hecho externo que la manifiesta". En los siguientes años, el TS sigue manteniendo la doctrina del acuerdo previo (29) a la que ya se califica en 1924 de doctrina constante: "... según el texto del art. 13 (30) del Código penal, interpretado por la doctrina constante de esta Sala, debe estimarse como autor de un hecho punible a todos los que toman parte directa en la ejecución del mismo; que este concepto adquiere realidad y vida legales no sólo cuando el que lo realiza efectúa materialmente el daño, sino cuando con el concierto anterior de voluntades se agrupan varios para que se lleve a cabo el delito, sea cualquiera la participación que se tome conjuntamente para ejecutarlo" (31).

3. Desde los años veinte hasta el presente, el desarrollo ha sido, a grandes rasgos, el siguiente: Hasta 1936, y a pesar del predominio de la teoría del acuerdo previo (32), se aprecia todavía una cierta coexistencia con la teoría objetiva. No sólo tácitamente—en algunas cuestiones del TS sólo a puntos de vista objetivos para decidir la cuestión: autoría o complicidad—, sino también expresamente, esto es, en declaraciones de principio en las que el TS efectúa una definición del artículo 14, número 1, en base únicamente a elementos objetivos; en este sentido, son un ejemplo claro las sentencias 18 octubre 1933 (33) y 8 diciembre 1934 (34). Además, la jurisprudencia, unas veces tácita y otras expresamente, introduce a veces una importante limitación a la doctrina del acuerdo previo; para que ese dé la autoría directa se exige, además del concierto, la presencia del sujeto en el lugar del delito; si no concurre a la comisión del delito, el TS suele manejar exclusivamente el artículo 14, número 3, ó el artículo 16, olvidándose de su tesis del previo concierto (35).

(29) Cfr., por ejemplo, TS 13 octubre 1920, C. L. págs. 74-76 (76); 21 octubre 1920, C. L., págs. 78-80 (79); 6 diciembre 1921, C. L., págs. 222-226 (226).

(30) Hoy, 14.

(31) TS 29 marzo 1924, C. L., págs. 276-278 (277).

(32) Cfr., entre las numerosísimas que mantienen esta teoría, las sentencias: 20 marzo 1926, C. L., págs. 270-275 (275); 30 octubre 1926, C. L., páginas 189-190 (190); 25 noviembre 1926, C. L., págs. 272-274 (273); 28 febrero 1928, C. L., págs. 218-219 (219); 15 noviembre 1928, C. L., págs. 290-294 (294); 13 abril 1934, C. L., págs. 470-473 (472); 6 julio 1935, C. L., págs. 50-53 (52/53); 22 octubre 1935, C. L. págs. 141-144 (143); 12 diciembre 1935, C. L., págs. 405-407 (406).

(33) Cfr. supra, nota 13.

(34) Cfr. supra, nota 14.

(35) En este sentido se han declarado, entre otras, las sentencias 20 enero 1917, C. L., págs. 30-42 (41/42); 13 octubre 1920, C. L., págs. 74-76 (76); 29 marzo 1924, C. L., págs. 276-278 (277); 20 marzo 1926, C. L., págs. 270-275

4. Estos factores que hasta 1936 habían representado una cierta limitación de la doctrina jurisprudencial, pasan cada vez más, desde 1939, a un segundo plano (36). Ciertamente que todavía es posible encontrar, en ocasiones, sentencias en las que el TS decide sobre el 14, 1, en base a principios objetivos; pero cuando ello sucede se hace tácitamente; las declaraciones expresas sobre el contenido del artículo 14, número 1, recogen, casi sin excepciones, la doctrina del acuerdo previo. Por otra parte, es cada vez menos frecuente que el TS exija, tácita o expresamente, para la calificación como autor directo, además del concierto, la actuación *durante* la comisión del delito (37). Por todo ello se puede decir que la frase: la "complicidad... está en vías de desaparecer" (38) corresponde a la realidad jurisprudencial de los últimos decenios.

a) Junto a la desaparición paulatina durante los últimos años de los pocos obstáculos que se oponían a la aplicación radical y sin limitaciones de la doctrina del acuerdo previo, se observa también que nuestra jurisprudencia va derivando cada vez más, con su tesis, a una repetición mecánica de conceptos, a una renuncia a toda clase de fundamentación y a un tono dogmático que producen la sensación de que el TS en vez de resolver problemas, los está eludiendo. ¿Dónde está para el TS el atractivo de la teoría del acuerdo previo: en que emana de ella la correlación o en que emana de ella la facilidad? Porque el hecho es éste: la difícilísima problemática de la distinción entre autor y cómplice se convierte en algo "de coser y cantar" si la tesis que se aplica es la del acuerdo previo. Con su concepto de autor directo el TS no sólo está "resolviendo" el contenido del número 1,

(275); 30 octubre 1926, C. L., págs. 189-190 (190); 13 abril 1934, C. L., páginas 470-473 (472); 6 julio 1935, C. L., págs. 50-53 (52/53); 12 diciembre 1935, C. L., págs. 405-407 (406); 19 junio 1940, A. 634.

(36) Entre las innumerables sentencias que desde entonces han adoptado la teoría del acuerdo previo *cf.*, por ejemplo: 19 junio 1940, A. 634; 28 junio 1941, A. 876; 19 mayo 1942, A. 703; 2 febrero 1945, A. 211; 28 febrero 1947, A. 284; 22 febrero 1950, A. 1731; 7 octubre 1950, A. 1338; 20 diciembre 1950; A. 1742; 6 febrero 1951, A. 155; 9 junio 1951, A. 1466; 19 junio 1951, A. 1739; 31 octubre 1951, A. 2219; 22 enero 1952, A. 21; 22 febrero 1952, A. 127; 8 octubre 1952, A. 1748; 29 octubre 1952, A. 1786; 21 noviembre 1952, A. 2373; 28 febrero 1953, A. 442; 3 marzo 1953, A. 449; 27 febrero 1954, A. 507; 17 marzo 1954, A. 565; 13 noviembre 1954, A. 2469; 16 diciembre 1954, A. 3097; 29 enero 1955, A. 386; 2 abril 1957, A. 933; 6 abril 1957, A. 941; 8 abril 1957, A. 945; 31 mayo 1957, A. 1709; 29 enero 1958, A. 75; 20 mayo 1959, A. 2656; 2 octubre 1959, A. 3862; 5 octubre 1959, A. 3899; 16 enero 1960, A. 29; 9 marzo 1960, A. 650; 14 junio 1960, A. 1994; 26 octubre 1960, A. 3506; 21 marzo 1961, A. 1274; 7 abril 1961, A. 1314; 3 mayo 1961, A. 2633; 23 octubre 1961, A. 3401; 6 noviembre 1961, A. 3806; 21 noviembre 1961, A. 3860; 14 diciembre 1961, A. 4209; 22 septiembre 1962, A. 3361; 23 octubre 1963, A. 4170; 14 diciembre 1963, A. 4991; 14 mayo 1964, A. 2512; 8 junio 1964, A. 3029; 3 diciembre 1964, A. 5155; 27 marzo 1965, A. 1360; 8 abril 1965, A. 1600; 8 mayo 1965, A. 2274; 21 septiembre 1965, A. 3790; 23 septiembre 1965, A. 3797; 8 noviembre 1965, A. 5004; 9 noviembre 1965, A. 5014; 12 noviembre 1965, A. 5048; 7 diciembre 1965, A. 5543.

(37) La exige, por ejemplo, TS 3 noviembre 1951, A. 2225.

(38) Quintano, Curso de Derecho penal, tomo I, Madrid, 1963, pág. 250.

sino también, indirectamente, el del número 3 del artículo 14. y el del art. 16. La realidad enseña que en mayoría de los casos los code-lincuentes están de acuerdo; lo raro es que no lo estén. Para el dogmático existe el problema de qué es lo que querrá decir: “Cooperar a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado”. Para el TS, no. Por lo menos, en la mayoría de los casos; pues como el cooperador actúa casi siempre de acuerdo con los otros partícipes, la cuestión de si su comportamiento fue o no cooperación necesaria no existe para nuestra jurisprudencia: hay acuerdo previo y, por tanto, esa conducta —tanto si es necesaria como si no— va al 14, 1.

Algo análogo se puede decir del art. 16. De las muchas dificultades que plantea al dogmático y de las pocas que plantea al TS. La pregunta sigue siendo: ¿El TS sigue la doctrina del acuerdo previo porque es una que resuelve los problemas o porque es una que “acaba” con los problemas?

b) Una última manifestación de la cómoda postura adoptada por el TS, sobre todo en los últimos años, respecto de la participación delictiva, es que en muchas sentencias maneja los tres conceptos de autor del art. 14, como si fueran intercambiables. Con esto me refiero a las numerosas sentencias en las que se afirma de algún sujeto que es autor sin especificar si lo es del 1, del 2 o del 3 del art. 14. Pero me refiero también, y sobre todo, a una inadmisibles dirección jurisprudencial que muestra con toda claridad hasta qué punto el TS renuncia a fundamentar su tesis del acuerdo previo.

La dirección jurisprudencial en cuestión es ésta: La sentencia de 28 de enero de 1950 (39), dice que si hay acuerdo previo se es *cooperador necesario* (!), y añade: “según declara la reiterada doctrina de esta Sala” (!!); la sentencia de 16 de mayo de 1963 (40) declara: “cuando varios se conciertan para la comisión de un hecho delictivo... forman una verdadera ‘societas sceleris’, en que todos y cada uno son verdaderos autores de la infracción de acuerdo con las aps. 1.º y 2.º del art. 14 del C. P.”; dos recientes sentencias: de 3 de febrero de 1965 (41) y de 5 de junio de 1965 (42) insisten en la misma tesis: si hay acuerdo previo el comportamiento de los sujetos debe ser subsumido en el art. 14, *núm.* 3. Por otra parte, la sentencia de 17 de junio de 1957 (43) mantiene que lo que es el que actúa previo concierto es *inductor* (!!); en el mismo sentido se expresan la de 26 de octubre de 1960 (44) y la de 25 de junio de 1962 (45).

e) No es el momento todavía de examinar si el concepto juris-

(39) A. 117.

(40) A. 2452 (subrayados añadidos).

(41) A. 455.

(42) A. 2826.

(43) A. 1740.

(44) A. 3506.

(45) A. 2839.

prudencial de autor tiene algo que ver con el art. 14 núm. 1; pero lo que sí se puede afirmar ya es: con el art. 14 núms. 2 y 3 no tiene nada que ver.

Si A empieza a convencer a B para que asesine a otro y tras muchas discusiones A le entrega la pistola y B dice: "de acuerdo", ¿qué es lo que sostiene esta postura jurisprudencial de que el concierto previo fundamenta la inducción? Pues sostiene que en el momento en que B dice: "de acuerdo", acaba de inducir a A a cometer un asesinato. Es así como esta doctrina consigue algo que parecía muy difícil: convertir a todo inducido en inductor. Un ejemplo más para demostrar que esta teoría no tiene por donde cogerla. Si yo, de acuerdo con otros dos, cometo un delito, la situación, según esta postura que mantiene que hay inducción allí donde haya concierto previo, sería así de absurda: Yo te he inducido a ti y al otro; tú, a mí y al otro; y el otro, a ti y a mí.

El acuerdo previo no tiene tampoco ninguna relación con el artículo 14 núm. 3. No podemos ocuparnos en este artículo del problema si la necesidad del núm. 3 hay que entenderla en un sentido abstracto o en uno concreto o si se impone la búsqueda de nuevas soluciones. Aquí vamos a partir de que hemos hallado ya el concepto correcto de necesidad en el sentido del CP y que, por ejemplo —admitámoslo como hipótesis de trabajo sin entrar en la cuestión de si son o no auténticas condiciones necesarias—, la entrega de un veneno para un asesinato y la facilitación a la embarazada del domicilio de una abortadora son condiciones necesarias de los respectivos delitos. La doctrina jurisprudencial que criticamos se vería obligada a establecer aquí diferencias. Si yo entrego el veneno al asesino a petición suya y si indico a la mujer, tras ponernos de acuerdo, quien puede hacerla abortar, coloco condiciones necesarias. Pero si enterado de los planes del asesino introduzco en su bolsillo, sin que él se dé cuenta, un frasco con el rótulo "arsénico" —que es lo que contiene—, o si conociendo el embarazo de la mujer y sus propósitos criminales le envío una anónimo en el que escribo: "En la calle X, número Y, piso Z vive un abortador", como falta el acuerdo previo ya no coloco una condición necesaria del resultado delictivo. Sería interesante averiguar cómo pretende fundamentar el TS esta tesis: ¿Es que si hay acuerdo previo tienen el asesino o la mujer una necesidad mayor del veneno o de los servicios de un abortador? ¿Es que estos medios para la comisión del delito (el veneno y la facilitación de las señas) pasan a desempeñar un papel más importante cuando hay concierto que cuando no lo hay? ¿Qué tiene que ver una cosa con la otra? Nada: La necesidad depende exclusivamente de la significación objetiva de la cosa o de la prestación, no de que el que me las proporcione esté o no de acuerdo conmigo. Para decirlo con un ejemplo prosaico: Si yo preciso 5.000 pesetas para comprarme una máquina fotográfica no las dejo de necesitar porque me las envíe un donante anónimo, ni se

vuelven a convertir en necesarias para la compra del aparato porque me las preste un amigo a petición mía.

III. El origen de la doctrina del "acuerdo previo"

1. Los vocablos "acuerdo (o concierto) previo" tienen un sentido equívoco.

Imaginemos que A quiere hurtar una joya ajena de la habitación de un hotel y que, para lograrlo, le dice al botones que suba a una determinada habitación a recoger el objeto precioso, haciéndole creer que la sortija de brillantes es propiedad de su esposa (de A). Si ahora decimos que entre A y el botones no hubo concierto previa para realizar el hurto, con ello no sólo queremos significar la falta de confabulación, sino también que el chico ha actuado *sin dolo*. Por tanto: *El primer significado de falta de acuerdo previo es: falta de dolo y también, por supuesto, falta de confabulación.*

Pero "acuerdo previo" también puede querer decir otra cosa. A se dirige a casa de un millonario dispuesto a robar y al llegar al lugar del delito se encuentra con que la tapia que rodea la mansión es demasiado alta; entonces entabla conversación con un transeúnte y, tras exponerle sus planes, le pide que le ayude para poder saltar la valla; el transeúnte, en efecto, le ayuda a hacerlo inmediatamente ante la promesa de A de que le dará una participación del botín. También aquí podemos decir que entre A y el transeúnte no existía acuerdo previo. Pero entonces queremos decir otra cosa. Queremos decir que, *a pesar de que el transeúnte actúa con dolo*, entre los dos delinquentes *no hubo confabulación. El segundo significado de falta de acuerdo previo es: no falta de dolo (éste existe), sino falta de confabulación, de planeamiento del delito entre los partícipes.*

2. En un principio, acuerdo o concierto previo tenía para el TS exclusivamente el primer significado. Su utilización iba vinculada a una singular constelación de casos, a supuestos de hecho como el siguiente: A está enzarzado en una pelea con X y, mientras le sujeta, B, sin que A pudiera sospecharlo, mata a X de una cuchillada. En tal caso, declara el TS, A responde sólo de las lesiones que el mismo causó, pero no del homicidio, pues entre él y B no hubo "acuerdo previo". En este sentido, falta de acuerdo previo, quiere decir, ciertamente, falta de confabulación, pero también, y al mismo tiempo, falta de dolo.

La diferencia entre el uno y el otro significado de acuerdo previo es sutil, pero real. Es esa sutileza precisamente la que explica que el paso de un sentido a otro fuese casi imperceptible y que el TS, tal vez sin darse cuenta, se encontrase de pronto con una teoría de la participación delictiva cuando lo que en realidad quería era resolver problemas de intencionalidad.

En su sentido primigenio, falta de "acuerdo previo" quiere decir, exclusivamente, que no ha habido confabulación y que, *por ello*,

tampoco ha habido intención. En cambio, el sentido que tiene la expresión cuando la utiliza el TS para definir su teoría de la participación es únicamente el de falta de confabulación, pero no, al mismo tiempo, el de falta de dolo. Precisamente para el TS lo que caracteriza la complicidad es que, sin existir concierto previo, existe dolo. Lo que el cómplice hace, por ejemplo, es vigilar, sin que el autor lo sepa—falta de confabulación—, mientras éste roba; pero la intención del auxiliador está dirigida, como la del autor, a la sustracción de la cosa, esto es: tiene conciencia del resultado antijurídico que persigue el ejecutor: actúa, pues, con dolo.

Son numerosísimas las sentencias que a fines del siglo pasado y principios del presente utilizan la expresión “acuerdo previo” en ese originario sentido de ausencia de confabulación y, *al mismo tiempo*, de dolo (46).

He aquí algunos ejemplos:

a) “Considerando que en la ejecución del homicidio de Alejandro Ruiz no tomó una parte directa Pedro Busto Fernández, porque de los datos consignados en la sentencia objeto del recurso aparece que él solo, independientemente de los otros que han sido penados, dio un palo al interfecto, *sin que resulte que estuviera en connivencia ni acuerdo con ellos para verificar una agresión continuada que pudiera dar por resultado la muerte de Alejandro Ruiz*, sino que aquéllos, aprovechándose de la circunstancia de estar el ofendido en el suelo, cometieron el homicidio” (47).

b) Dos sujetos, A y B, se están peleando. A pide ayuda a un tercero, y éste interviene entonces matando a B. A pedía ayuda, pero

(46) Entre las numerosas sentencias de finales del siglo XIX y comienzos del XX que utilizan acuerdo previo en el sentido de confabulación + dolo, Cfr. —además de las citadas en las notas que vienen a continuación de ésta—: 2 junio 1874, C. L., págs. 891-894 (893); 18 octubre 1881, C. L., págs. 256-257 (257); 29 diciembre 1884, C. L., págs. 1060-1063 (1061/1062); 16 febrero 1886, C. L., páginas 442-447 (446); 25 junio 1886, C. L., págs. 1594-1602 (1601); 7 junio 1886, C. L., págs. 1451-1454 (1454); 14 octubre 1887, C. L., págs. 451-453 (453); 12 noviembre 1887, C. L., págs. 770-772 (772); 21 noviembre 1887, C. L., páginas 858-862; 23 mayo 1888, C. L., págs. 1410-1413 (1412); 8 octubre 1889, C. L., págs. 373-377 (376); 7 noviembre 1890, C. L., págs. 572-573 (573); 30 enero 1891, C. L., págs. 207-210 (210); 4 noviembre 1892, C. L., págs. 193-196 (195); 11 noviembre 1893, C. L., págs. 186-187 (187); 7 noviembre 1895, C. L., páginas 243-247 (246/247); 27 enero 1896, C. L., págs. 169-171 (171); 6 marzo 1896, C. L., págs. 406-408 (407/408); 6 julio 1897, C. L., págs. 22-25 (24); 6 febrero 1899, C. L., págs. 148-150 (150); 18 octubre 1899, C. L., págs. 220-221 (221); 27 septiembre 1901, C. L., págs. 88-92 (91); 30 octubre 1901, C. L., páginas 203-205 (204); 1 abril 1902, C. L., págs. 319-322 (321); 13 mayo 1902, C. L., págs. 319-322 (321); 13 mayo 1902, C. L., págs. 439-440 (440); 4 marzo 1903, C. L., págs. 119-121 (120); 26 abril 1904, C. L., págs. 418-321 (420); 11 enero 1905, C. L., págs. 29-31. En la doctrina utiliza también acuerdo previo en el sentido de dolo, Silvela. Cfr. El Derecho penal estudiado en principios, tomo I, 2.ª ed., Madrid 1903, págs. 184/185; El Derecho penal..., tomo II, 2.ª ed., Madrid 1903, págs. 226/227.

(47) TS 9 abril 1878, págs. 484-487 (486), subrayados añadidos,

no que ésta consistiese en un homicidio; por eso no responde de la muerte, ya que faltó “un previo convenio o concierto” (48).

c) No existe participación, ni siquiera la de cómplice, en el delito “porque en el presente caso... obraron uno y otro procesado *sin propósito y concierto previo*, con acción independiente, y sin que en modo alguno ni anterior ni simultáneo cooperara X al asesinato perpetrado súbitamente por Y” (49).

d) “Considerando, en cuanto al recurso interpuesto por el Ministerio fiscal en beneficio del otro reo Jaime Carbonell, que en el veredicto del Jurado se afirma ... que ese procesado no tuvo otra intervención en el hecho ... que la de presenciar la riña de Rafols con el sujeto desconocido a quien el primero dio muerte, *sin concierto previo alguno* con él para el homicidio ni para el robo”, el TS declara que Carbonell no responde por el delito cometido por el otro (50).

e) A sujeta a X; en ese momento B dispara contra X y le mata. A, dice el TS, no responde por la muerte, pues no consta “que existiera acuerdo previo o de momento entre los procesados” (51).

f) A y B agreden conjuntamente a X; A le golpea, B le mata. A respondió sólo por lesiones (“... y no afirmándose que entre ellos hubiera el concierto de voluntades, previo o de momento, pero siempre necesario, para establecer la solidaridad penal...” (52)).

3. Y llegamos a 1901. Tengamos presente la doctrina que se ha venido sentado reiteradísimo hasta entonces: Si dos sujetos intervienen en la producción de un resultado antijurídico y uno quiere inferir sólo un mal —lesiones, por ejemplo— menos grave que el que persigue y ejecuta el otro agente —por ejemplo, muerte—, el primero, por falta de acuerdo previo (= dolo), sólo responde por las lesiones.

En todos estos casos, pues, *en los que siempre han intervenido varios sujetos*, el problema que se le plantea al TS es el de saber si existe coautoría o si al sujeto no se le puede imputar el resultado en absoluto. Y la doctrina que se sienta es que si falta el acuerdo previo no hay responsabilidad y, por tanto, *tampoco coautoría*. En el error de dar la a esta frase y sentar el principio de que si hay acuerdo previo existe responsabilidad y, por tanto, *también coautoría* incurre el TS en su sentencia de 4 de octubre de 1901 (53). Se trata de un supuesto en el que A y B acometen a X. A asesta unas puñaladas a X y B mata a éste de un disparo. A pretende librarse de su responsabilidad de *coautor* de homicidio alegando que a él sólo se le debe punir por la acción que ejecutó, esto es: por las puñaladas asestadas. Pero el TS le declara responsable y, con ello, coautor, argumentando que tuvo in-

(48) TS 6 diciembre 1880, C. L., págs. 455-460 (459).

(49) TS 14 noviembre 1892, C. L., págs. 242-245 (244), subrayados añadidos,

(50) TS 23 mayo 1894, C. L., págs. 238-243 (242).

(51) TS 28 enero 1898, C. L., págs. 77-78 (78).

(52) TS 18 octubre 1899, C. L., págs. 220-221 (221).

(53) TS 4 octubre 1901, C. L., págs. 107-109 (108/109).

tención de causar la muerte: “Considerando que la individualización de la responsabilidad sólo puede tener lugar cuando entre los propósitos y los actos de cada procesado hay la independencia y separación necesaria para juzgarlos aisladamente, pero no cuando, como en el caso presente, resulta afirmada en el veredicto la unidad de acción y concurso mutuo con que los dos procesados coadyuvaron a la perpetración del delito..., lo cual demuestra que la intención y los esfuerzos aunados de unos y otros tendieron al mismo fin, siendo indiferente y puramente incidental para la apreciación del conjunto del hecho justiciable que cualquiera de ellos infiera la herida ocasional de la muerte”.

En mi opinión, pues, la aparición de la doctrina del acuerdo previo se produce de modo puramente casual. El TS se había ido acostumbrado en sus primeros tiempos a negar el carácter de coautoría —se trataba siempre de supuestos en los que intervenían por lo menos dos agentes— de acciones que objetivamente eran ejecutivas, cuando constaba que uno de los agentes no había tenido la intención de causar un mal tan grave como el que produjo el otro. Sucede entonces —y esto se observa ya en recursos anteriores a 1901— que en otros casos en que hubo acuerdo previo (= dolo) el delincuente pretende que no se le condene por el resultado que, con su concierto produjo el otro sujeto, sino únicamente por el acto que ejecutó (que se le condene, como pretendía el recurrente de la sentencia de 1901, sólo por las puñaladas que asestó y no por el homicidio consumado que ejecutó su compinche). Y es entonces cuando el TS establece un segundo principio dando la vuelta al primero: Si no hay acuerdo previo no hay coautoría; si lo hay, hay coautoría.

4. ¿Cuál es la situación actual? Terriblemente confusa: El TS no se ha dado cuenta aún de las equivocidad encerrada en el término “acuerdo previo” y sus dos significados coexisten en la doctrina jurisprudencial.

Unas veces el TS emplea “acuerdo previo” en el sentido de que si falta la confabulación, pero hay dolo, se responde como cómplice.

Otras veces, emplea “acuerdo previo” en el sentido de dolo y, aunque aparentemente lo que está decidiendo es la autoría o complicidad del sujeto, la realidad es que lo que depende de la cuestión del acuerdo previo es si responde —porque actuó con dolo— o no —por faltar el concierto previo (= dolo)— por el delito.

Además, el TS utiliza ahora acuerdo previo en el sentido de dolo no sólo para resolver el grupo de casos, como vimos, constituyó el origen de la doctrina (A lucha con X, y B, sin que A pueda sospecharlo, mata a X mientras A le sujeta) (54), sino también para decidir

(54) Cfr. entre las sentencias que aplican a este grupo de casos la doctrina del acuerdo previo, además de las antiguas sentencias citadas supra nota 46, las más recientes: 11 octubre 1911, C. L., págs. 136-139 (138); 27 marzo 1912, C. L., págs. 406-408; 3 julio 1917, C. L., págs. 9-15 (13/14); 21 octubre 1920,

sobre otra contelación de supuestos de hecho. A saber: A, B, C y D, agreden a X; X muere en la pelea, *pero se ignora* (a diferencia del anterior grupo de casos) *cuál de los atacantes infirió la herida mortal*. Entonces el TS dice: Si hubo acuerdo previo (esto es: dolo) todos responden por el homicidio; si no hubo acuerdo previo (esto es: si no hubo dolo) es de aplicar el tipo de la riña tumultuaria; en este sentido puede confrontarse las sentencias: 25 de octubre de 1907 (55), 13 de abril de 1934 (56), 28 de junio de 1941 (57), 29 de abril de 1950 (58), 14 de abril de 1952 (59), 23 de enero de 1958 (60), 9 de marzo de 1960 (61), 14 de junio de 1960 (62), 14 de diciembre de 1961 (63) y 23 de mayo de 1962 (64).

5. El TS ha complicado tanto la cuestión que voy a tratar de resumir lo expuesto en este apartado.

a) Primera etapa. En un principio la doctrina de acuerdo pre-

C. L., págs. 78-80 (79); 3 febrero 1943, A. 170; 11 diciembre 1953, A. 2996; 7 febrero 1955, A. 517; 12 marzo 1965, A. 908.

(55) C. L., págs. 205-207 (206).

(56) C. L., págs. 470-473 (472).

(57) A. 876.

(58) A. 803.

(59) A. 619 ("... la riña... es tumultuaria aquella en que se acometen o luchan más de dos personas, confusa y mutuamente, sin que por esa confusión inherente al tumulto quepa distinguir los actos de cada uno; pero cuando, como en el caso que se contempla en acción conjunta y simultánea, se *aúnan y funden las voluntades* de los determinados componentes de un grupo para acometer a otras personas, y causan a cada una de éstas lesiones, aunque no se determine concretamente quiénes de los que se destacaron del grupo en esa *actitud conjunta* y simultánea, son todos ellos responsables del resultado, como consecuencia del *vínculo creado por la codeincuencia*" (subrayados añadidos).

(60) A. 59: "Que se opone al concepto de riña tumultuaria definido en el artículo 408 del Código Penal, pese a la pluralidad de personas actuantes y a desconocerse cuál de ellas asestase el golpe mortal, la circunstancia especialísima del caso, según de que, *los dos componentes de uno de los bandos en colisión, el padre y el hijo que ejercieron las violencias descritas sobre los dos hermanos enemigos suyos, obraron con unidad de propósito y acción conjunta*" (subrayados añadidos).

(61) A. 650: "... consiste la riña definida en el artículo 408 del Código Penal en un acometimiento mutuo, confuso y tumultuario con pluralidad de ofensores e indeterminación del autor del daño resultante e imposibilidad de señalarlo y *sin que exista concierto previo*, calificación que no es posible admitir cuando la agresión se realiza en acción conjunta". Por eso, porque hubo concierto previo (= dolo) entre los agresores, el TS castiga por las lesiones causadas y no por lesiones en riña tumultuaria.

(62) A. 994.

(63) A. 4209.

(64) A. 2200: "... no llega a determinarse cuáles de ellas (sc. de las lesiones que infirieron A y B) ocasionaron su muerte (sc. la de X), tal indeterminación consignada en la sentencia, *al no compensarse por el previo acuerdo entre los partícipes*, que tampoco medió según se deduce claramente del tenor de los hechos probados del que resulta la plena autonomía y ocasionalidad de las conductas, entrañaría por su propia imprecisión la doble posible consecuencia de absolver a ambos procesados por el delito de homicidio, o bien la de apreciar la figura de riña tumultuaria con resultado de muerte, del artículo 408., que es la más ajustada a derecho" (subrayados añadidos).

vio se aplicaba exclusivamente a este grupo de casos: A y B cometen acciones que, objetivamente, son de ejecución del homicidio de X. El TS dice entonces: Si hubo acuerdo previo —y como partimos de que las acciones son ejecutivas (por ejemplo, A sujeta y B mata)— existe coautoría. Si no hubo acuerdo previo (= dolo) el que sujetó no responde del homicidio, no es coautor.

b) Segunda etapa. Insensiblemente el TS pasa del principio: si no hay acuerdo previo no hay coautoría (esto es, no hay responsabilidad) al principio: siempre que haya acuerdo previo habrá coautoría. Pero ahora se le da a este término otro sentido. Cuando se habla de existencia de acuerdo previo se alude a que hay: dolo y confabulación (por tanto, responsabilidad de autor); cuando se afirma que no existe acuerdo previo se quiere decir que *existe dolo* y que lo único que falta es la confabulación. Por ello será cómplice, por ejemplo, el que se pone repentinamente de acuerdo con el autor o el que, conociendo sus intenciones, le ayuda sin que éste se perciba de ello.

c) En esta segunda etapa, que es la presente, subsiste, junto a este significado de dolo, pero no confabulación, el otro significado originario de falta de acuerdo previo; esto es: el de falta de dolo y de confabulación. Por eso, porque no existe acuerdo previo, *se absuelve* por el resultado causado por otro sujeto, no sólo en los casos de la primera (A sujeta a X y B le mata sin el consentimiento de A), sino también en otra nueva constelación de casos: Si A, B y C atacan a X y éste fallece, desconociéndose quién causó la muerte, existirá homicidio cuando hubiese acuerdo previo (= dolo de matar) y riña humultaria cuando el acuerdo falte (= cuando falte el dolo de matar)).

d) Que la situación es la que aquí se ha expuesto lo demuestran dos recientes sentencias. En una de ellas (29 noviembre 1958) (65), el TS se hace un verdadero lío con los dos sentidos de “acuerdo previo” y dice: si no hay acuerdo previo existe complicidad; pero entiende por “falta de acuerdo previo” no, como acostumbra a interpretar el TS, la existencia de dolo con falta de confabulación, sino la falta de confabulación y *de dolo* (!). Se trataba de un supuesto de hecho en que varias personas acometieron a un sereno; sólo una de ellas tenía intención de matarle y le causó una herida mortal. Los demás participes en la agresión no actuaron con acuerdo previo (= dolo), dice el TS; por ello no responden como autores; pero son cómplices del homicidio (!!), a pesar de que no tenían intención de que se produjese una muerte.

La otra sentencia es de 3 de marzo de 1965 (66). El TS declara en ella que “la coautoría exige la concurrencia de dos factores esenciales; uno, objetivo, constituido por la acción conjunta, y otro, subjetivo, consistente en el concierto de voluntades.” Parece, pues, que el TS está hablando de la distinción entre autor y cómplice y que,

(65) A. 4161.

(66) A. 908.

si falta alguno de esos “dos factores”, se responderá en base al artículo 16. Pero no es así. El TS entiende en esta sentencia por “concierto” el dolo, y como éste faltó, el sujeto que no quiso la muerte causada por uno de sus compinches no es que responda como cómplice, sino que no responde en absoluto por la muerte. Por consiguiente, en esta sentencia, cuyo resultado es, por supuesto, correcto, aunque tal como se expresa el TS parece que va a hablar de la distinción entre autoría y complicidad, de lo que habla es, en realidad, de que no puede pensarse a un sujeto por el resultado que no ha querido.

IV. *Fundamentación de la teoría del “acuerdo previo”*

¿Cómo responde el TS a la cuestión de por qué “toma parte directa en la ejecución del hecho” el delincuente que actúa con acuerdo previo? La verdad es que la mayoría de las veces el TS no responde a esta cuestión. Se limita a puras afirmaciones (“si existe previo concierto hay coautoría”) a las que no acompaña fundamentación de ninguna clase, o, a lo sumo, una fundamentación que sólo es aparente (“si existe previo concierto hay autoría, como reiteradamente ha declarado esta Sala”).

En raras ocasiones, sin embargo, el TS ha intentado justificar la tesis que declara autores directos a todos los que han actuado con concierto previo. En la sentencia 21 octubre 1920 (67) se dice que “lo que cada uno ejecuta en virtud de un plan previamente trazado y convenido, establece entre todos un vínculo de solidaridad que les hace responsables en el mismo grado”. “Cuando hay acción y mutuo concurso”, se declara en TS 6 diciembre 1921 (68), “los actos individuales no son sino accidentes de dicha acción común en que juntos tomaron parte”. “Constituyendo los actos individuales simples accidentes de la acción común”, se dice en TS 15 noviembre 1928 (69). “Existiendo unidad de acción y mutuo acuerdo, los actos individuales de cada uno de los reos son simples accidentes de la acción común (TS 19 junio 1940, A. 634). “Existió mutuo acuerdo entre los tres para realizar el hecho, en el que hubo unidad de propósito y de acción, y estas circunstancias implican manifiesta coautoría en todos los que intervienen cualquiera que fuese la participación que accidentalmente tomase cada uno de los culpables en la ejecución, porque los actos individuales constituyen... meros accidentes de la acción común” (TS 31 marzo 1957, A. 1.709). “Unidos los que ejecutan el delito en la voluntad y en la acción y mutuo acuerdo, los actos individuales son simples accidentes de la acción” (TS 9 marzo 1960, A. 650). “La individualización de la responsabilidad de los que intervienen en la comisión de un delito, sólo cabe cuando

(67) C. L., págs. 78-80 (79).

(68) C. L., págs. 222-226 (226).

(69) C. L., págs. 290-294 (294).

entre los propósitos y los actos de cada culpable hay la independencia necesaria para juzgarlos separadamente, pero no cuando, como aquí acontece, existe previo concierto, unidad de acción y concurso mutuo" (TS 14 diciembre 1961, A. 4209). "Una vez concertados varios sujetos para la ejecución de un delito, todos son responsables como autores, cualquiera que fueran los actos realizados por cada uno, por ser fases diversas de ejecución de un solo proceso delictivo" (TS 27 marzo 1965, A. 1360) (70).

La idea del TS cuando intenta fundamentar su doctrina parece ser, pues, ésta. El delito se concibe como una totalidad por la que responden todos los codelincuentes. Al establecerse el concierto, cada sujeto se hace solidario con los demás; lo que cada uno realiza, lo realiza por todos. La intervención concreta que cada uno tenga en el delito es un simple accidente, carece de importancia. Por ello es indiferente que se tome o no parte en la ejecución, y es indiferente, por ejemplo, que A sólo realice actos preparatorios y que B sea el que consuma el delito. Pues B consuma el delito también por A, y A ha de responder no sólo por su comportamiento, sino también por el de B.

Esta fundamentación del TS tiene en la doctrina defensores nada menos que de la categoría de un Binding. También Binding estima que es indiferente que el partícipe haya realizado o no una acción ejecutiva. "Lo que cada uno hace, dentro de lo convenido, lo hace por todos y todos lo hacen a través suyo" (71). "Sucede a veces", escribe Binding en otro lugar (72), "que de entre varios coautores todos realizan por propia mano el supuesto de hecho total: así, cuando los conjurados caen conjuntamente sobre su víctima y cada uno le produce una herida mortal. Pero en la inmensa mayoría de los casos de aplicación se trabaja con una mayor economía de fuerza y destreza: se proyecta un plan sobre cómo puede ser cometido el delito con las mayores ventajas y con la mayor posibilidad de éxito y se reparten cuidadosamente los papeles. Algunos quedan vigilando, uno o dos obstruyen el camino de huida al que se va a robar o asesinar; unos atacan al propietario y a sus criados; otros violentan las cosas y toman de ahí los objetos de valor; una persona débil se limita a alumbrar con la linterna eléctrica; un último se mantiene con el automóvil detrás de la casa para poner en seguridad a todos los coculpables y a todo el botín... Sus acciones, consideradas aisladamente y prescindiendo de las decisiones de voluntad de los agentes, aparecerían como acciones preparatorias o de cómplice o de

(70) Cfr. además, en el mismo sentido, TS 8 mayo 1952, A. 1008 y 28 febrero 1953, A. 442.

(71) Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 8.^a ed., Leipzig 1913, pág. 159.

(72) Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe. Eine kritische Untersuchung, en: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, tomo I: Strafrecht, Munich y Leipzig 1915, págs. 296 y sigs.

favorecimiento... Según esta opinión (73), en el ejemplo arriba mencionado quedarían excluidos del círculo del autor todos los que vigilaron, cerraron a la víctima el camino de la huida, mantuvieron lista la propia huida o no llegaron a ejecutar por su propia mano una parte del supuesto de hecho..., tal vez porque otros más rápidos les apartaron.—Este modo de ver las cosas se queda totalmente en lo externo y lleva a las mayores injusticias. Tal vez el creador de todo el plan de ejecución se reserva el peligroso puesto del vigilante, que, eventualmente, deberá estorbar o despistar a la Policía, pero que no entra en acción porque la Policía llega demasiado tarde. ¿Y porque quiso encargar y encargó a otros lo más fácil ha de ser privilegiado? Se dice de él que no es autor; imaginemos que no es inductor, pues no tiene por qué serlo necesariamente; ¡queda, pues, reducido a cómplice!" (74).

Entre nosotros, defiende una posición parecida Rueda. En su opinión, importa "poco la intervención personal mayor o menor en los diferentes medios que cada cual pone, al distribuirse, de previo y mutuo acuerdo, todos los que intervienen en el suceso, los diferentes medios que cada uno ha de ejecutar para el resultado final completo" (75).

Otros autores destacan también la importancia de la división del trabajo en la participación delictiva. Pero en sentido distinto a Binding y a Rueda. Para éstos, el principio de la división del trabajo hace coautor incluso al que sólo lleva a cabo acciones preparatorias (76). Aquéllos (77), en cambio, destacan también el princi-

(73) Binding se refiere a la teoría objetivo-formal, para la cual autor es el que realiza actos de ejecución y cómplice el que lleva a cabo actos preparatorios o accesorios.

(74) En análogo sentido a Binding se ha expresado Dahm, *Täterschaft und Teilnahme im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Ein kritischer Beitrag zur Lehre von der Teilnahme als einem Problem der Gesetzgebung, Strafrechtliche Abhandlungen*, tomo 224, Breslau 1927, páginas 41/42: "Al delincuente moderno —no es preciso destacar especialmente la significación de la división del trabajo, sobre todo en el Derecho penal económico— le tiene que complacer la tradicional teoría objetivo-formal. Pero para el orden jurídico tiene que regir el principio: La organización no protege del castigo."

(75) Rueda, *Elementos de Derecho penal*, tomo I, 4.^a ed., Santiago de Compostela 1898, págs. 225/226. Cfr. también, en parecido sentido, Conde-Pumpido, *Encubrimiento y receptación* (Ley de 9 de mayo de 1950), Barcelona 1955, página 89, nota 159; Luzón Domingo, *Derecho penal del Tribunal Supremo* (Síntesis crítica de la moderna Jurisprudencia Criminal), parte general, tomo II, Barcelona 1964, pág. 202.

(76) Aunque Rueda no lo diga expresamente—expresamente, dice, más bien, lo contrario—, el hecho es que en base a este principio de la división del trabajo califica de autores a sujetos cuya actividad es claramente preparatoria: Cfr. op. cit., pág. 196.

(77) Cfr., por ejemplo, Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906, página 410; M. E. Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, segunda edición, Heidelberg 1923, págs. 381/382; Coenders, *Über die objektive Natur der Beihilfe*, ZStW 46 (1925), págs. 8/9; Welzel, *Studien zum System*

pío de la división del trabajo, pero sólo para justificar la responsabilidad por todo el delito tanto de coautores como de cómplices. Es decir: En primer lugar, y según la posición que se defiende, se distingue entre autor y cómplice: aquél es, por ejemplo, el que realiza un acto ejecutivo o el que tiene el dominio del hecho. Es una vez establecida esta distinción cuando se dice: en base al principio de la división del trabajo el cómplice responde, *como cómplice*, por todo el delito; el coautor, *como coautor*, también por todo el delito. A la división del trabajo se acude, por consiguiente, para explicar, por ejemplo, por qué el que intimida responde por el robo—aunque sea otro el que sustrae—y no sólo por un delito de amenazas; pero no se utiliza para hacer al cómplice coautor. Al que por realizar actos preparatorios o por no tener el dominio del hecho se le considera, según la doctrina que se defiende, cómplice, sigue siendo cómplice. El principio de la división del trabajo lo único que hace es, según esta dirección doctrinal, justificar por qué se es cómplice *del delito total* tal como se ha producido a consecuencia de las diversas contribuciones de los partícipes.

V. Toma de posición

La ciencia española, con pocas excepciones, tiene una opinión distinta del artículo 14, número 1, a la que tiene de él la jurisprudencia; a pesar de ello, la mayoría de nuestros autores no toma posición ante la doctrina del acuerdo previo y elude un enfrentamiento crítico con ella.

De esta tónica general discrepan, por una parte, Luzón Domingo; por otra, Quintano.

De la doctrina del acuerdo previo dice Luzón Domingo que es un “criterio que estimamos aceptable” (78). También Quintano se separa, como Luzón Domingo, de esta tónica general de guardar silencio ante la teoría jurisprudencial. Pero en sentido opuesto al de Luzón, ya que Quintano no pierde ocasión de atacar la postura del TS, a la que califica de “interpretación un tanto atrevida” (79), de “doctrina un tanto arbitraria por lo vaga... que aboca, como lógica consecuencia, a desorbitar las categorías de autoría a expensas de las formas secundarias de coparticipación, anulando de hecho la de complicidad” (80). La tesis del acuerdo previo, a la que Quintano

des Strafrechts, ZStW 58 (1939), pág. 552; el mismo, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 9.^a ed., Berlín 1965, pág. 97; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, Hamburger Rechtsstudien, tomo 50, Hamburgo 1963, pág. 302; Mezger/Blei, Strafrecht, tomo I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 11 ed., Munich y Berlín 1965, pág. 257; Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 3.^a ed., 1965, § 49 III 3, pág. 561.

(78) Derecho penal del TS, parte general II, 1964, pág. 194.

(79) Curso I, 1963, pág. 246.

(80) Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, tomo I: Infracciones

califica de "peligrosa" (81), es, en su opinión, una "doctrina no demasiado convincente y con escaso o nulo apoyo en dogmática, que al exacerbarse reduce prácticamente a la nada la esfera reservada a la celeridad; defecto común a toda ella, pero todavía más visible y chocante precisamente en los delitos de estafa, en que apenas son imaginables actividades espontáneas, únicas a las que, de seguirse con rigor dicho punto de vista, alcanzaría la participación secundaria" (82). Y en otro lugar (83) habla de la noción de autoría "tan desmesuradamente dilatada" por el TS.

La teoría del acuerdo previo no puede, en efecto, convencer. Contra ella hay varias cosas que oponer.

1. Crítica a la fundamentación de la doctrina del "acuerdo previo"

El TS opina (84) que si existe concierto el acto de cada delincuente es un mero accidente de la acción conjunta: su acción puede estar muy alejada del resultado, pero ello, estima nuestra jurisprudencia, es algo casual. El delincuente que realiza un acto preparatorio podía haber realizado uno ejecutivo, y viceversa. Cada partícipe actúa en su nombre y en el de los demás. Una vez puestos de acuerdo, los delincuentes dividen el trabajo. El que a A le correspondía llevar a cabo esta acción y a B la otra depende del azar; es así, pero lo mismo podía haber sido al contrario. Así consideradas las cosas carece de trascendencia qué es lo que en concreto ha hecho un delincuente; no puede, pues, depender de las características externas de los comportamientos delictivos el que se imponga una pena mayor o menor.

a) "Ciertamente es correcto", alega Roxin contra los que en Alemania argumentan de modo parecido, "que los papeles a menudo son permutables y que su reparto puede depender del azar. Pero esto no es una objeción contundente. Pues la base del enjuiciamiento jurídico-penal tiene que ser siempre el hecho tal como se ha desarrollado en concreto. Consideraciones hipotéticas como la de que los partícipes podían haber procedido también de otra manera son irrelevantes" (85).

En mi opinión, ello no puede ser de otra manera a como dice Roxin.

Prescindir de enjuiciar conductas tal como realmente han tenido lugar, es infringir el principio de la tipicidad y destrozar la garantía que dicho principio ofrece al ciudadano. Pues si lo decisivo al enjuici-

contra las personas, Madrid 1962, pág. 553. En el mismo sentido, Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, tomo II. Infracciones patrimoniales de apoderamiento, Madrid 1964, pág. 485.

(81) Tratado I, 1962, pág. 553.

(82) Tratado II, 1964, págs. 631/632.

(83) Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, tomo III: Infracciones sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales, Madrid 1965, pág. 879.

(84) Cfr. supra IV.

(85) Täterschaft und Tatherrschaft, 1963, pág. 301.

ciar penalmente la conducta de un sujeto no es lo que ha hecho, sino lo que muy bien *podría* haber hecho, ¿por qué limitar este procedimiento a la teoría de la participación? Para condenar a una persona por estafa o por falsedad ya no sería preciso, entonces, que hubiese estafado o falsificado, sino que, a juicio del tribunal, muy bien hubiera podido hacerlo. Ante un Derecho penal así concebido nadie estaría a salvo. La conducta no necesitaría ser típica para ser punible; bastaría para imponer la pena asignada a un delito que el tribunal llegase a la conclusión de que el sujeto muy bien hubiera podido actuar típicamente. Para el principio de legalidad, por fortuna inequívocamente acogido en nuestro Derecho positivo, una tesis tal es intolerable. Frente al TS hay que decir, pues: Como autor sólo responde el que, en concreto, toma parte directa en la ejecución del hecho, fuerza o induce directamente a otros a ejecutarlo, o coopera a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado. Si el azar ha sido lo único que ha determinado que una persona dispuesta a tomar parte directa en la ejecución del hecho, no lo hiciese, penalmente el azar le salva.

b) Pero es que, además, al hombre sólo se le puede juzgar por lo que ha hecho, por sus actos tal como tuvieron lugar en la realidad, entendiéndose por actos, por supuesto, tanto los externos como los internos (para que exista hurto, por ejemplo, no basta que el sujeto muy bien hubiera podido tener ánimo de lucro: es preciso que de verdad lo haya tenido). Si yo tengo intención de escribir un libro, pero no lo escribo, lo único por lo que se me puede juzgar es por esa intención (por el acto—interno—que se dio en la realidad), pero no por el hecho de haber escrito un libro que no existe. Puede ser que, por tener ese proyecto, mi comportamiento sea más valioso que si no hubiera tenido tal propósito (pues el proyecto es un *acto* interno que, como tal, pasa a ser un elemento del juicio), pero no es tanto como si hubiese escrito ya el libro. Si un sujeto *quiere* matar a otro, pero no lo hace, en tal acto interno habrá un desvalor mayor que si nunca le hubiese pasado por la imaginación atentar contra la vida de una persona; pero no habrá tanto desvalor como si con su propia mano hubiese quitado la vida a alguien. El que pudiera haber matao, pero no tradujo esto en hechos no es ni jurídica ni éticamente un homicida.

“Sólo existe realidad en la acción...: El hombre no es más que su proyecto, no existe más que en la medida en que se realiza, no es, pues, más que el conjunto de sus actos, no es más que su vida. Así podemos entender por qué nuestra doctrina (86) infunde terror a un cierto número de personas. Pues a menudo no tienen más que una única manera de soportar su miseria; la de pensar: 'Las circunstancias estaban contra mí, yo valía más de lo que he sido; cierto, yo no he tenido un gran amor ni una gran amistad, pero ello ha sido debido a que no he encontrado un hombre ni una mujer que fuesen dignos de

(86) El existencialismo.

ello. No he escrito buenos libros porque no tuve tiempo para hacerlo; no he tenido hijos a quienes poderme consagrar porque no encontré al hombre con el que hubiera podido realizar mi vida. En mí han quedado, por tanto, sin aplicar y enteramente vírgenes una multitud de aptitudes, inclinaciones y posibilidades que me confieren un valor que no puede deducirse de la mera sucesión de mis hechos'. Pues bien, ... en realidad no hay más amor que él que se construye, no hay más posibilidad de amor que la que se manifiesta en un amor; no hay otra genialidad que la que se expresa en obras de arte: El genio de Proust es la totalidad de las obras de Proust; el genio de Racine es el conjunto de sus tragedias y fuera de ello no hay nada. ¿Por qué conceder a Racine la posibilidad de escribir una nueva tragedia cuando precisamente no la ha escrito? Un hombre se compromete en su vida, dibuja su imagen, y fuera de esta imagen no existe nada. Naturalmente, esta idea puede parecerle dura a cualquiera que no haya triunfado en su vida. Pero, por otra parte, esta idea prepara a las personas para comprender que sólo cuenta la realidad, que los sueños, las esperas, las esperanzas permiten únicamente definir al hombre como sueño defraudado, como esperanzas abortadas, como esperas inútiles; es decir, que esto sólo le define de una manera negativa y no positiva." (Sartre: "L'existencialisme est un humanisme".)

Volviendo a la autoría y resumiendo: El que alguien *podiera* haber tomado parte directa en la ejecución del hecho es irrelevante. Lo que sostengo, pues, es algo que se entiende por sí mismo; pero que conviene repetirlo porque el TS parece desconocerlo: Por tomar parte directa en la ejecución del hecho sólo se puede castigar a quien ha tomado parte directa en la ejecución del hecho.

2. Crítica a los resultados de la teoría del "acuerdo previo".

La teoría del acuerdo previo no sólo es falsa en su fundamentación; también lo es en los resultados a que llega. Tan absurdos son estos que el primero en no creer en su propia doctrina es el TS.

De la doctrina del acuerdo previo se deducen dos principios:

Primero: Cuando existe acuerdo previo se es autor directo.

Segundo: Cuando no existe acuerdo previo no se es autor directo.

Ninguno de estos principios es correcto.

a) Al principio: cuando existe acuerdo previo se es autor directo, hay que oponer este otro: Aunque exista acuerdo previo se puede ser cómplice. Para comprobar que esto es así no hay más que irse a la Colección Legislativa y al Repertorio Aranzadi. Yo no he visto hasta ahora ningún caso en que el TS haya declarado que había complicidad en que el cómplice no hubiese actuado concertado con el otro u otros codefincuentes. Este cómplice ideal de nuestra jurisprudencia, este cómplice que actúa sin estar de acuerdo con el autor, es una ficción. Es un cómplice que sólo existe cuando el TS no habla de él,

esto es: existe únicamente cuando de lo que habla el TS es del autor del art. 14 núm. 1. Con otras palabras: Cuando el TS le quiere hacer a alguien autor directo le dice: "Tú eres autor directo porque estabas de acuerdo con los otros partícipes"; es entonces, cuando se va a declarar a alguien ejecutor, el único momento en que tiene vida este cómplice de laboratorio que actúa sin que los otros codeincentes se den cuenta de su actividad.

Pero cuando el TS quiere subsumir la conducta de un sujeto en el art. 16 no le dice: "Tú eres cómplice porque no te habías puesto de acuerdo con los otros codeincentes." Al tratar de la complicidad el TS se olvida de repente de la doctrina del acuerdo previo y empieza a sopesar si la conducta del sujeto ha sido de tal importancia que corresponde calificarle de autor, o si ha sido tan poco trascendente para el delito que lo que cuadra es castigar al agente como cómplice.

Para probar lo que afirmo no vale la pena citar una o algunas sentencias; no vale la pena porque mi afirmación tiene su base en *todas* (87) las sentencias del TS sobre complicidad. Búsquese, pues, en los índices de materias de las colecciones jurisprudenciales la voz "complicidad". Consúltense una por una cada sentencia y el resultado será siempre el mismo: el TS estima que son cómplices aquellos que, *concertados con los otros codeincentes*, han contribuido al resultado con un comportamiento de escasa importancia; la idea de si ha habido o no acuerdo previo no desempeña ningún papel.

De lo dicho se deriva que la situación actual es de una inseguridad jurídica insoportable. ¿De qué depende que mi conducta delictiva se califique de autoría o de complicidad? Pues depende de lo siguiente. Si el tribunal se acuerda de la doctrina del acuerdo previo estoy perdido; no hay quien me libre de la calificación de autor. Pero puedo tener suerte; es posible que el tribunal empiece a considerar la importancia de mi actuación; en tal caso la doctrina del acuerdo previo deja de existir y si mi contribución al delito no ha sido muy considerable puedo confiar en que se me castigue como cómplice. De ahí se deduce que a priori no consta cuál es la conducta de autor y cuál la de cómplice. Todo depende de que el tribunal, en el momento de dictar sentencia, se acuerde de una tesis (la del acuerdo previo) o de la otra (la de la importancia de la contribución). La coexistencia de dos doctrinas incompatibles entre sí sobre la delimitación entre autoría y complicidad pone de manifiesto cuál es el verdadero estado de cosas. El tribunal, en realidad, decide intuitivamente, teniendo en cuenta, probablemente, la gravedad de la conducta, si procede la calificación de autor o la de cómplice. Si estima que procede la primera, fundamenta a posteriori el resultado hallado intuitivamente con la doctrina del acuerdo previo. Si estima que lo que procede es la segunda, la justifica a posteriori con la doctrina de la importancia de la contribu-

(87) El que exista alguna o algunas sentencias que se me hayan escapado, que lo ignoro, no me impide, ante la abrumadora mayoría de las que corroboran mi tesis, hablar en términos tan radicales.

ción al delito. Apenas es imaginable un criterio más inseguro que éste de la intuición, pues la intuición varía de magistrado a magistrado; es más: es sumamente probable que al mismo magistrado la intuición un día le diga una cosa y otro día otra. El resultado de este procedimiento es conocido de todos. Conductas idénticas son calificadas unas veces de autoría y otras de complicidad (88); esto es: casos iguales son tratados desigualmente, con lo que la lesión, a la cual más arriba aludimos, del principio de la seguridad jurídica se viene a sumar una lesión del principio de justicia.

Resumo: El acuerdo previo no distingue al autor del cómplice porque aunque haya concierto se puede ser cómplice.

b) Al segundo principio (cuando no existe acuerdo previo no se es autor directo) que se deriva de la doctrina jurisprudencial hay que oponer ese otro: aunque no exista acuerdo previo se puede ser autor directo.

Esto rige, en primer lugar, para cuando el acuerdo es de momento. Es indiferente que A y B maten a X después de haber acordado con anterioridad la comisión del delito o que, surgiendo la situación delictiva repentinamente, se pongan de acuerdo —de modo tácito o expreso— instantáneamente para producir la muerte. El primero en reconocer que esto es así es, *cuando llega el caso*, el propio TS. Cierto que lo normal es que nuestra jurisprudencia exija para que haya autoría, en sus declaraciones de principio, que el acuerdo sea previo. Pero si se presenta un caso en que el concierto fue instantáneo, el TS, ante los que acuden a la propia doctrina jurisprudencial para eximirse de su responsabilidad de autor, amplía el contenido de su tesis y señala que es indiferente que el acuerdo sea previo o de momento.

Numerosas sentencias prueban lo dicho (89). "Pues en ella (sc. en la pregunta sexta del jurado) sólo se niega que los procesados se pusieran de acuerdo previamente y de antemano..., lo cual significa únicamente que el delito no fue premeditado y que la idea criminal surgió de momento en el ánimo de los culpables" (90). "No es preciso

(88) Cfr. Cuello, Tres temas penales, Publicaciones del Seminario de Derecho penal y Criminología de la Universidad de Barcelona, Barcelona 1955, pág. 115, quien, refiriéndose a la distinción jurisprudencial entre autor y cómplice en el delito de aborto, habla de doctrina "confusa, pues unos fallos declaran responsables en concepto de autores y en otros como cómplices a personas que han ejecutado los mismos hechos"; del Rosal, Derecho penal español (Lecciones), tomo II, Madrid 1960, pág. 127; Quintano, Tratado I, 1962, págs. 551/552: "... el bien conocido y lamentado fenómeno de la casi crónica incertidumbre... en lo que toca a la distinción entre autoría y complicidad."

(89) Téngase en cuenta, sin embargo, que, debido al equívoco significado de la palabra "acuerdo previo", en la mayoría de las sentencias que cito lo que el recurrente pretende es que se le exima de responsabilidad, basándose en que su code delincuente obró por cuenta propia sin que hubiese acuerdo previo (esto es, sin que hubiese dolo) para producir el resultado típico. Sea lo que sea: En todas estas sentencias se declara, y esto es lo que nos interesa demostrar, que es perfectamente posible la coautoría cuando, a pesar de no existir acuerdo previo, existe uno de momento.

(90) TS 4 abril 1907, C. I., págs. 308-310 (310).

intervienen en la comisión de un delito, que aparezca demostrado el previo acuerdo entre ellos, bastando que el concierto de voluntades y la unidad de propósito surja de momento y se deduzca lógicamente para que sean conceptualados como autores los diferentes sujetos que de los hechos que posteriormente se realizaron" (91). No es "preciso que conste de antemano que entre los coautores hubiera existido acuerdo anterior, cuando se ve la unidad de acción en los momentos de perpetrar el delito" (92). Basta "acuerdo expreso o tácito anterior o de momento que se deduzca lógicamente de los hechos que posteriormente se realizaron" (93). "Es doctrina constante de esta Sala que el mero concurso de personas en una agresión no hace responsables a todas del delito por una de ellas cometido, salvo los casos en que precediera concurso de voluntades y unidad de propósito, o surgieren de momento y se desprendan lógicamente de los hechos" (94). "Si no puede hablarse de concierto previo entre padre (95) e hijo (96) para quitar la vida al Alfonso..., este concierto de voluntades surge tácitamente cuando al reunirse padre e hijo y ambos armados, acometen conjuntamente a Alfonso" (97).

De todo ello se deduce: En contra de lo que hacen creer las declaraciones de principio del TS al definir su teoría del acuerdo previo, éste no separa al autor del cómplice, pues, cuando llega el caso, el TS no tiene inconveniente en afirmar que, aun sin acuerdo previo, se puede ser autor si el concierto surgió repentinamente.

Doy un paso más y afirmo: no sólo se puede ser autor aunque haya acuerdo de momento: también se puede ser autor aunque no haya acuerdo absoluto. La tesis contraria llevaría a resultados grotescos. A conoce las intenciones de B de violar a la X; para facilitar el delito y sin que B tenga conocimiento de ello, ata a la mujer fuertemente a la cama. B llega a la habitación de la X, la encuentra incapaz de defenderse por las ataduras que la ligan a la cama y, no obstante la impotente oposición de la mujer, yace con ella. Estamos aquí ante un supuesto de *pluralidad de delincuentes* que han actuado sin acuerdo previo. Luego ... A y B son cómplices de un delito de violación; autor no lo es ninguno. Otro ejemplo. A quiere matar a X; pero por su escasa fortaleza física precisa, para ello, una pistola. B, enemigo de X y conociendo las intenciones de A, pero sin ponerse de acuerdo

(91) TS 27 marzo 1912, C. L., págs. 406-408 (407/408).

(92) TS 27 octubre 1916, C. L., págs. 173-175 (174).

(93) TS 15 diciembre 1942, A. 1451.

(94) TS 3 febrero 1943, A. 170.

(95) El que mató clavando el cuchillo.

(96) El que derribó al suelo a la víctima.

(97) TS 6 julio 1957, A. 2103. Cfr. además, en el mismo sentido de hacer equivalente el acuerdo previo al momentáneo las sentencias: 5 enero 1909, C. L., páginas 12-14 (13); 6 abril 1909, C. L., págs. 361-366 (365); 31 marzo 1925, C. L., páginas 215-218 (217/218); 8 mayo 1952, A. 1008; 4 marzo 1954, A. 521; 11 diciembre 1953, A. 2966; 7 febrero 1955, A. 517; 9 noviembre 1964, A. 4686; 12 marzo 1965, A. 1908.

con él, deja abandonada, "casualmente", una pistola cargada encima de la mesa del comedor de A. Con ese arma A mata a tiros a X. *De nuevo existen varios codelincuentes y no hay acuerdo de ninguna clase.* Si aplicamos la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo, pues, habrá dos cómplices y ningún autor. Pretender que una tesis que llega a estos resultados es correcta es querer hacernos ver lo blanco negro. ¿Cómo pueden ser conductas de complicidad y no de autoría las de unos sujetos que, en la violación, realizada cada uno con su comportamiento un elemento del tipo? Y en el segundo ejemplo: ¿cómo puede sostenerse que el que realiza todos los actos ejecutivos y consumativos del homicidio, aquel cuya conducta puede subsumirse, sin más, en el tipo de 407 es sólo cómplice? Esto es: que el que mata a tiros no mata, sino que sólo auxilia a matar. Si se defiende la tesis del acuerdo previo sólo hay un camino para evitar estos resultados grotescos, a saber: incurrir en una fundamentación grotesca. Es posible, en efecto, llegar a una solución satisfactoria por lo que respecta a la pena a imponer sosteniendo que, si bien el que dispara no es autor del artículo 14 número 1 (habiendo pluralidad de delincuentes, falta el acuerdo con el que le proporciona el arma), sí que lo es del 14, 3, y que, por consiguiente, ha de ser castigado como autor. Pero esta fundamentación no sería más que otro intento de hacernos ver lo blanco negro: en el delito de homicidio descrito afirmaríamos que el que ha matado a otro a tiros no es autor directo, no es ejecutor, sino que sólo ha cooperado necesariamente. ¿A qué? A la ejecución de un homicidio. Pero ¿no habíamos quedado en que no se ha ejecutado (pues falta el ejecutor)?

Se mire por donde se mire: Aun sin concierto previo ni de momento con los demás partícipes se puede ser autor del 14, 1.

* * *

La afirmación hecha al principio de que la tesis del TS para distinguir al autor del cómplice es falsa también en sus resultados se ha confirmado. Se puede ser cómplice aunque haya acuerdo previo (como reconoce el TS, quien para calificar de cómplice sólo tiene en cuenta la menor envergadura de la contribución al delito, sin entrar para nada en juego si hubo o no previo concierto); se puede ser autor aunque no haya concierto previo (el TS lo admite en los casos de concierto momentáneo, pero lo mismo hay que sostener en otros supuestos de hecho en los que no ha habido acuerdo en absoluto).