

00761



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

FACULTAD DE DERECHO

LO RAZONABLE DE LA TEORIA DEL DOMINIO
DEL HECHO EN EL CONTEXTO ESPECIFICO
DE LAS FORMAS DE AUTORIA

T E S I S

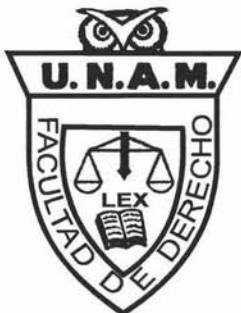
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA EL:

LIC. SAMUEL NOE JIMENEZ TZONTECOMANI

TUTOR ACADEMICO:

DR. RICARDO FRANCO GUZMAN



MEXICO, DISTRITO FEDERAL

2005

m343345

RICARDO FRANCO GUZMÁN
ABOGADO

Paseo de las Palmas 1355, Lomas de Chapultepec, 11010, México, D.F.
Teléfonos: 55-20-21-77 55-40-11-24

México, D.F., a 10 de marzo de 2005

Señor doctor

RUPERTO PATIÑO MANFER

Jefe de la División de Estudios de Posgrado
de la Facultad de Derecho de la Universidad
Nacional Autónoma de México

P r e s e n t e

Muy estimado doctor Patiño:

Me refiero a su atento oficio número FD/JDEP/eg/021/05, en el que me comunica haber sido designado sinodal propietario para integrar el jurado que realizará el examen que para obtener el grado de Maestro en Derecho, solicita el LIC. **SAMUEL NOÉ JIMÉNEZ TZONTECOMANI**, quien presentó el trabajo intitulado "**LO RAZONABLE DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL CONTEXTO ESPECÍFICO DE LAS FORMAS DE AUTORÍA**", para informar a usted que habiendo examinado acuciosamente el mismo, emito el siguiente:



VOTO RAZONADO

1. La tesis del licenciado Jiménez Tzontecomani pone de manifiesto una cuidadosa y metódica investigación científica, así como el amplio conocimiento del autor acerca de la parte general del Derecho Penal, en donde se analiza precisamente la autoría y sus formas. En dicha investigación se advierten cuatro partes claramente diferenciadoras, a saber: la introductoria, la capitular, la conclusiva y la documental.

2. La Introducción sirve al autor para formular el planteamiento del problema, presentar su hipótesis, así como para dar a conocer los objetivos de su investigación académica.

3. La parte central o capitular de la tesis, se integra en cuatro capítulos, el primero de los cuales lo destina al análisis de la naturaleza jurídica del autor, que abarca su concepto unitario extensivo y restrictivo.

4. El capítulo segundo lo dedica el autor al estudio de la teoría del dominio del hecho, a partir de la corriente finalista como su precursora; así también, analiza las características objetivas, subjetivas o mixtas del dominio del hecho.



5. El capítulo tercero se desarrolla a la luz del análisis dogmático-jurídico del dominio del hecho en un contexto de autoría y sus formas, dentro del cual se evalúan las características de las formas del dominio del hecho; es decir, dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional. Así también, se elabora un estudio comparativo respecto a los comentarios que sobre dicho tema han vertido algunos juristas destacados del Derecho Penal, como lo son Claus Roxin, Günther Jakobs y Hans-Heinrich Jescheck, entre otros.

6. Bajo una perspectiva de vinculación del Derecho comparado con el sistema penal mexicano, el autor analiza dentro del capítulo cuarto, la evolución de la autoría dentro de la legislación mexicana, y hace un destacado análisis sobre las diferencias o semejanzas que han marcado nuestros códigos penales. De igual manera, se incluye en este apartado un estudio de derecho comparado respecto a las legislaciones penales de otros países, como lo son el Código Penal Alemán y Código Penal Español.

7. En el capítulo final el autor presenta quince claras y precisas conclusiones, que podrán o no compartirse, pero que sin duda están debidamente fundadas en el desarrollo de la tesis.

8. La parte documental de la tesis en comento se compone de oportunas notas de pie de página, de la relación de la pertinente bibliohemerografía consultada, así como el índice.



El trabajo escrito que presenta el licenciado Samuel Noé Jiménez Tzontecomani como tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho, reúne las características que exige la legislación universitaria, pues se trata de una investigación original, sobre el tema que no había recibido un análisis de la altura del que se comenta.

Por todo expuesto me permito manifestar a usted, que en mi calidad de sinodal propietario, otorgo mi **VOTO APROBATORIO RAZONADO** al trabajo presentado por el licenciado Samuel Noé Jiménez Tzontecomani, por constituir un trabajo de investigación serio, novedoso y que contribuye a enriquecer la bibliografía jurídica mexicana.

Aprovecho la oportunidad para enviarle un afectuoso saludo.

Atentamente



DR. RICARDO FRANCO GUZMÁN

COMISION NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dr. Raúl Pascencia Villanueva

PRIMER VISITADOR GENERAL

Dr. Ruperto Patiño Manffer
Jefe de la División de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho, UNAM
P r e s e n t e.

Distinguido doctor Patiño Manffer:

En relación con su oficio número JDEP/eg/022/05 de fecha 17 de enero de 2005, en el cual me comunica la designación que ha recaído en el suscrito, como sinodal propietario para integrar el jurado que realizará el examen para obtener el grado de Maestro en Derecho al **licenciado Samuel Noé Jiménez Tzontecomani**, al respecto le informo que recibí un ejemplar de la investigación realizada por dicho profesional intitulada "**Lo razonable de la teoría del dominio del hecho en el contexto específico de las formas de autoría**", con la recomendación de examinarla y emitir sobre ella una opinión razonada.

En cumplimiento a la solicitud anterior, manifiesto que he leído la tesis mencionada y en este momento hago patente mi **APROBACIÓN** al trabajo elaborado por el **licenciado Samuel Noé Jiménez Tzontecomani**, el cual revela una investigación original que logra comprender de manera amplia el tema central y con un estilo adecuado a la metodología propuesta. Pero estando obligado a razonar mi opinión la desenvuelvo en los siguientes términos:

Dr. Raúl Plascencia Villanueva

PRIMER VISITADOR GENERAL

I. EL TEMA Y ESTRUCTURA DE LA TESIS

1° El tema de la tesis es "**Lo razonable de la teoría del dominio del hecho en el contexto específico de las formas de autoría**" en el presente trabajo se trata de abordar el tema de autor del delito, en específico en la teoría que trata de explicar de la mejor manera al autor, coautor y al autor mediático, bajo un enfoque finalista objetivo y subjetivo (animus domini-animus socii), la bibliografía utilizada resulta actual y correspondiente para el análisis del tema.

2° El trabajo se dividió en cuatro capítulos: PRIMERO. Naturaleza jurídica del autor, SEGUNDO. La teoría del dominio del hecho, TERCERO. El dominio del hecho en un contexto de autoría y sus formas, CUARTO. La vinculación del dominio del hecho en el sistema penal mexicano y en derecho comparado.

II. IMPORTANCIA DE LA TESIS

El problema planteado por el autor de la tesis reviste importancia al referirse a la necesidad de una reforma legislativa cuyo fin sea el incluir en los conceptos de autor del delito, coautor y autor mediato, sus elementos y características propias.

Dr. Raúl Pascencia Villanueva

PRIMER VISITADOR GENERAL

Al respecto, es destacable que en la tesis se parte de una aproximación al concepto de autor y su naturaleza jurídica, a través de un estudio comparativo de las teorías que le dan sustento, destacando la teoría de la equivalencia de las condiciones, el concepto restrictivo de autor, así mismo, se intenta explicar el concepto de dominio del hecho, tomando como punto de partida la doctrina final de acción sustentada por Hans Welzel, hasta la aparición del concepto de dominio del acto.

Por otra parte, se realiza un análisis del tema de autor en sí mismo o dominio de la acción, en consideración de las ideas del autor Claus Roxin, así mismo, se revisa el tema relativo al dominio de la voluntad o autoría mediata y dominio funcional o coautoría.

De igual manera, el autor pretende realizar una vinculación del dominio del hecho en el sistema penal mexicano en comparación con el sistema jurídico Alemán y el Español.

En cuanto a la bibliografía utilizada contempla tanto autores nacionales como de otros países. De igual manera, se incluye legislación como base de la investigación realizada que satisface los requerimientos en torno a su procedencia y origen, lo cual demuestra la comparación y análisis efectuado por el tesista al haber confrontado el pensamiento de diversos autores con la realidad de la ley.

Dr. Raúl Ascencio Villanueva

PRIMER VISITADOR GENERAL

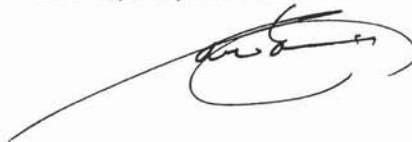
III. CONCLUSIÓN

La tesis de maestría del licenciado Samuel Noé Jiménez Tzontecomani plantea un tema a través del cual permite comprender "*Lo razonable de la teoría del dominio del hecho en el contexto específico de las formas de autoría*", sobre la base de la metodología propuesta resulta claro el enfoque planteado. El autor de la tesis, en mi opinión, realizó un estudio dogmático sobre la figura de autor del delito, coautor, autor mediato y sus elementos y características propias, así como con los temas que naturalmente con él se vinculan.

Por lo que en mi opinión se trata de una investigación sobre el tema planteado que al cumplir con los requisitos metodológicos previstos para esta clase de investigaciones merece mi **APROBACIÓN**, lo cual reitero y fundo en el contenido de este documento.

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para reiterarle la seguridad de mi más alta y distinguida consideración.

México, D.F., a 18 de marzo de 2005.



PROF. DR. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GÓMEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
FACULTAD DE DERECHO,
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

DR. RUPERTO PATIÑO MANFER
DIRECTOR DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
P R E S E N T E

Distinguido Doctor Patiño Manfer:

En atención a su oficio de número FD/JDEP/eg/023/05, mediante el cual se me comunica la designación como Sinodal Propietario para integrar el jurado que realizará el examen que para obtener el grado de Maestro en Derecho solicita el **LIC. SAMUEL NOÉ JIMÉNEZ TZONTECOMANI** y cuyo trabajo de tesis se intitula "**LO RAZONABLE DE LA TEORÍA DEL DOMINIO**", motivo por el cual me permito emitir el siguiente:

VOTO RAZONADO

El Lic. Samuel Noé Jiménez Tzontecomani, elaboro un trabajo original, novedoso que nos auxilia en el entendimiento del tema sujeto a estudio, además por utilizar una adecuada metodología.

De la lectura a la tesis del Licenciado Jiménez Tzontecomani, trata de abordar al autor del delito, en específico a las formas de autoría, esto es, autor directo, coautor y autor mediato, bajo un enfoque finalista objetivo y subjetivo. En esencia, toda la investigación se centra en el estudio de la teoría del dominio del hecho y su razonabilidad. Esto nos ha llevado a considerar que la investigación cumple con la metodología adecuada y cada punto desarrollado coincide plenamente con la bibliografía utilizada.

El trabajo se dividió en cuatro capítulos: PRIMERO. Naturaleza Jurídica del Autor, SEGUNDO. La teoría del dominio del Hecho, TERCERO. El dominio del hecho en el sistema penal mexicano y en derecho comparado.

La parte medular de la tesis, se integra en el capítulo segundo, tercero y cuarto en donde el Licenciado Jiménez Tzontecomani analiza en específico la teoría del dominio del hecho, bajo la vertiente de la teoría finalista de la acción cuyo principal exponente es Hans Welzen y más adelante la enfoca en las ideas de Claus Roxin. Así, el autor analiza dentro de la dogmática penal el contenido del dominio del hecho, bajo aspectos objetivo-material, subjetivo o mixto. En el capítulo tercero se estudia las formas de dominio del hecho: dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional. Por último, y dentro del capítulo cuarto, se hace un destacado análisis de la evolución de la autoría en nuestra legislación mexicana y un derecho comparado. Es ahí donde se nota como nuestros códigos penales se han adecuados a las doctrinas más influyentes del derecho penal. En todos estos capítulos el autor de la tesis, realizó un estudio dogmático serio y novedoso, haciendo uso además de la explicación esquemática, lo que permite al lector una mejor comprensión.

El autor propone en quince conclusiones una serie de reformas a nuestra legislación penal que podrán compartirse o no, pero que sin duda forman parte de su opinión personal. Además al utilizar correctamente las notas al pie, cumple cabalmente las reglas de investigación, lo que le permite realizar una buena bibliografía.

Se puede apreciar que la propuesta de reformas legales que el autor de la tesis propone, son ideas valiosas y dignas de tomar en cuenta en virtud que, nuestra legislación penal en sus dos ámbitos, no contiene una adecuada explicación y sobre todo diferenciación en cuanto al autor del delito.

*PROF. DR. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GÓMEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
FACULTAD DE DERECHO,
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO*

Hay que subrayar que la investigación que aquí se revisa estudia al dominio del hecho en cuanto a la autoría y sus formas, lo que hay que tener en cuenta para interpretar mejor las ideas del autor de la tesis y no querer contradecirlo en cuanto a la participación en el delito, ya que este es un tema, si bien relacionado, pero diferente en cuanto en su contenido y teorías que lo sustentan. Así pues, en la tesis se analiza el dominio de la acción, el dominio funcional y el dominio de la voluntad, bajo un sistema finalista, pero retomando un sistema de imputación objetiva abanderada por Roxin y Jakobs.

Finalmente, en la Tesis se contienen las conclusiones de la investigación realizada y la bibliografía correspondiente, considero que el Lic. Jiménez Tzontecomani efectuó satisfactoriamente la consulta de diversos autores, y demás elementos necesarios.

Por lo anteriormente expuesto considero que la investigación realizada por el Licenciado es profunda y consistente, otorgarle, mi **VOTO APROBATORIO**, lo cual motivo y fundo en el contenido del presente.

Sin más por el momento le envío un saludo.

México, Distrito Federal a 4 de Marzo de 2005.

ATENTAMENTE


DR. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GÓMEZ.

Heriberto Frias # 427 Colonia Narvarte C.P. 03020 Telefonos/Fax 56381165, 56381130 y 56380953.
E-Mail: dazacar@prodigy.net.mx

México, D. F., a 16 de Marzo de 2005

DR. RUPERTO PATIÑO MANFER
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
P R E S E N T E .

Distinguido Doctor:

Como es de su conocimiento mediante oficio de número FD/JDEP/eg/024/05 de fecha diecisiete de enero de dos mil cinco, mediante el cual se me designó como Sinodal Suplente para integrar el jurado que realizará el examen que para obtener el grado de Maestro en Derecho solicita el Licenciado **SAMUEL NOÉ JIMÉNEZ TZONTECOMANI**, quien someterá a consideración la tesis titulada **“LO RAZONABLE DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL CONTEXTO ESPECÍFICO DE LAS FORMAS DE AUTORÍA”**, al respecto previa lectura y revisión minuciosa del trabajo en cita, me permito emitir el siguiente:

VOTO RAZONADO

Bajo los siguientes argumentos y razonamientos:

PRIMERA. Después de haber leído y analizado con detenimiento el trabajo de investigación, pude constar que el Licenciado Jiménez Tzontecomani ha utilizado una adecuada técnica de investigación científica

que pone de relieve la calidad del trabajo y, por ende, nos da la certeza de ser un estudio serio y bien estructurado sobre la dogmática del derecho penal actual. Así también, debo decir que la argumentación que se aprecia de la redacción de la tesis, nos permite asegurar que el autor posee un gran conocimiento respecto a la parte general del Derecho Penal, en específico a la teoría del delito, que es precisamente el lugar donde se analiza la autoría y sus formas.

Cabe advertir que la tesis en comento se estructura en cuatro capítulos técnicamente bien estructurados, como son: una introducción, una parte capitular o tema central, conclusiones y bibliografía.

SEGUNDA. Al referirse a la introducción, el autor nos ofrece un panorama general del tema sujeto a estudio, es decir, hace el planteamiento del problema y su justificación. Hace hincapié sobre el origen del tema a investigación; obviamente alude a algunas hipótesis que nos lleven a comprender el tema de estudio. Bajo esta tesitura, lo que pone de relieve el autor en la parte introductoria es que fija el tema, establece la forma en que se abordaran y se desarrollaran. Aspecto éste que no puede pasar desapercibido en una investigación.

TERCERA. La parte central de la tesis, se integra en cuatro capítulos. Dentro del primero el autor explica diversos conceptos de autor, partiendo del concepto unitario de autor, sustentado en la teoría de la equivalencia de las condiciones. Así también, se hace un análisis comparativo del concepto

extensivo de autor y las teorías que lo integran. En un apartado siguiente, el autor alude al concepto restrictivo de autor y las teorías que lo justifican.

CUARTA. En el capítulo segundo, el Licenciado Jiménez Tzontecomani analiza en específico la teoría del dominio del hecho, bajo la vertiente de la teoría finalista de la acción cuyo principal exponente lo es Hans Welzel. En similares circunstancias, el autor analiza dentro de la dogmática penal, el contenido del dominio del hecho, en un contenido objetivo-material, subjetivo o mixto, sustentándose en las opiniones del jurista alemán Claus Roxin.

QUINTA. En el capítulo tercero, el Lic. Jiménez Tzontecomani hace un estudio minucioso de las formas de dominio del hecho: dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional. Llama la atención por el valioso contenido, los cuadros esquemáticos del autor en donde vincula las opiniones de Claus Roxin, Hans Welzel, Reinhart Maurach y Jakobs, sobre el contenido del dominio de la acción.

SEXTA. Dentro del capítulo cuarto, se hace un destacado análisis de la evolución de la autoría en nuestra legislación mexicana. Es ahí precisamente donde notamos cómo nuestros códigos penales se han adecuados a las doctrinas más influyentes del derecho penal. Por otro lado, no podría ser más oportuno que recurrir al derecho comparado como lo hizo el autor al comentar los códigos penales de España y Alemania.

SÉPTIMA. Como en todo trabajo de investigación, la parte conclusiva es uno de los aspectos más importantes. Por ello, notamos que el autor propone en quince conclusiones muy bien estructuradas, una serie de cambios a nuestra legislación penal que podrán compartirse o no, pero que sin duda forman parte de la opinión muy personal de él.

OCTAVA. Por último, el Lic. Jiménez Tzontecomani hace uso de oportunos y congruentes notas a pie de página, que cumplen con las reglas de la investigación científica, lo que demuestra su extenso conocimiento en la investigación. Esto le sirve para que presente una basta bibliografía, adecuada al tema sujeto a estudio.

Por lo anteriormente establecido es que me permito otorgar mi **VOTO APROBATORIO** a la tesis de maestría que presenta el Licenciado **SAMUEL NOÉ JIMÉNEZ TZONTECOMANI**, por cumplir con las disposiciones del marco jurídico universitario en vigor y por tratarse de un trabajo de investigación serio, novedoso y de gran profundidad.

Sin otro particular por el momento, reciba usted un cordial saludo, mi reconocimiento y respeto.

Atentamente •



DR. ALFREDO GENIS GONZÁLEZ-MÉNDEZ



MIGUEL ANGEL RUIZ SÁNCHEZ
Doctor en Derecho

TEL/FAX: 2235-2186.

CEL. 044-55-5401-7357.

E-Mail: drmigueldruiz@msn.com

C. DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS
DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE
DERECHO DE LA UNAM.
P r e s e n t e.

Respetable Señor Doctor:

En relación a su atento oficio número FD/JDEP/eg/025/05, de fecha 17 de enero de 2005, recibido por el suscrito el 18 de febrero pasado inmediato, donde me comunica mi designación como Sinodal Suplente para integrar el jurado que para obtener el grado de Maestro en Derecho, solicita el alumno Licenciado SAMUEL NOÉ JIMÉNEZ TZONTECOMANI, y una vez estudiada y analizada la tesis titulada “LO RAZONABLE DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL CONTEXTO ESPECÍFICO DE LAS FORMAS DE AUTORÍA”, emito mi VOTO APROBATORIO razonado, en los términos siguientes:

De la revisión de la tesis en comento, pude constatar que el sustentante utilizó los métodos jurídico, lógico, analítico, comparativo y deductivo, así como la técnica de investigación documental, lo que sin duda refleja un trabajo de calidad y originalidad al cumplir con los requisitos metodológicos de toda investigación académica y que por lo tanto nos da la certeza de ser un trabajo serio y bien estructurado, que consta de un engargolado, una carátula de presentación, un índice con paginación numerada, una introducción, cuatro capítulos bien desarrollados y separados cada uno con hojas intermedias, conclusiones (algunas de ellas propositivas) y una amplia bibliografía consultada acorde con el tema principal de investigación.

La introducción sirve al tesista para formular el planteamiento del problema, determinar el uso de los métodos y técnicas de investigación que aplicará en el desarrollo del trabajo, formular su justificación y explicar el contenido de cada uno de los capítulos. Se puede observar sobre la motivación esencial que tuvo el

alumno para la elaboración de la tesis y la formulación de algunas hipótesis que conducen al lector a comprender el tema de estudio, por supuesto, dentro de la dogmática penal. En otras palabras, lo que destaca el autor en la parte introductoria es una fijación del tema, la forma en que se abordarán y se desarrollarán los acápites e incluso, propone diversas soluciones a cualquier problemática que llegará a presentarse dentro de los casos expuestos.

Ahora bien, de la parte central de la tesis, integrada por cuatro capítulos, el primero de los cuales lo destina a una aproximación al concepto de autor, abarcando dentro de esta parte capitular el concepto unitario de autor, bajo el enfoque de la teoría de la equivalencia de las condiciones y la unidad de autor. Así mismo, en otro punto explica el concepto extensivo de autor y la teoría subjetiva que lo comprende y, en el apartado 4, refiere el concepto restrictivo el concepto restrictivo y las diversas teorías que lo justifican, determinando en este capítulo (foja 54, infra) que “si bien la teoría objetiva material constituye en un presupuesto para la aparición de la teoría del dominio del hecho, huelga decir que a éste le interesa tanto lo objetivo como lo subjetivo del autor; siendo esto una máxima no aceptada por la teoría objetivo-material.” A este tenor, compartimos la opinión del tesista en el sentido de que la teoría objetivo-material constituye un presupuesto de la teoría del dominio del hecho, y que ambas no se pueden identificar como sinónimos, pues poseen características propias que las hacen diferentes entre sí.

Dentro del capítulo segundo, el alumno tesista pone de manifiesto el estudio de la teoría del dominio del hecho, introduciéndonos al finalismo como precursor del dominio del hecho, retomando como principal exponente al jurista alemán Hans Welzel. De igual manera, el autor analiza dentro de la dogmática penal, qué carácter contiene el dominio del hecho, es decir, objetivo-material, subjetivo o mixto. Por último hace un estudio de las ideas del Doctor y Profesor Claus Roxin, de cómo perfeccionar el dominio del hecho. Ante el análisis de las reflexiones doctrinales, que en ocasiones son inatendibles, el sustentante considera a fojas 91, que “quizá fuese más gráfico afirmar, sintéticamente, que el autor es la figura central del suceso, que se caracteriza por tener el dominio del hecho, es decir, el que puede manifestarse como directo dominio de la acción del tipo, como dominio de los acontecimientos obtenidos por la división de tareas de la empresa típica o como dominio de la voluntad de otro en virtud de la incapacidad en que se lo (*sic*) coloca o de la que se aprovecha, sea por error o por necesidad, agrupándose con la afirmación anterior todas las formas de autoría.”

A mi juicio, el capítulo tercero de la investigación académica en comento, es la parte sustancial de la investigación, toda vez que dentro de él se hace un análisis minucioso de las formas de dominio del hecho, es decir, dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional, destacando la forma en que compara las opiniones de grandes juristas alemanes a propósito del tema, entre otros, Claus Roxin, Hans Welzel y Reinhart Maurach, lo cual le permite sostener que “la coautoría sólo se da cuando varios sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan en conjunto la acción que determina positivamente el sí y el cómo del hecho;” coincidiendo con el tesisista respecto que esta acción no puede ser otra que la que sirve para decidir quién es autor individual inmediato y quién es autor mediato por realizar esa acción a través de otro (fojas 166-167). En efecto, siempre será coautor aquél que interviene directamente en la ejecución del hecho delictivo indirectamente cuando su aportación es relevante para la colmación del tipo penal correspondiente.

El autor de la tesis trata acuciosamente dentro del capítulo cuarto, la evolución de la legislación mexicana sobre autoría y sus formas, así como la regulación actual del tema en el Código Penal Alemán y Código Penal Español, respectivamente. Nos parece muy atinado hacer uso del derecho comparado en un tema de la teoría del delito porque nos proporciona un cúmulo de conocimientos respecto a la evolución y tratamiento del autor del delito, el coautor y el autor mediato. Al tenor opina el sustentante que, “ha sido la evolución de nuestras legislaciones de Derecho Penal lo que ha permitido que en la praxis, se apliquen penas más justas a los infractores de la ley. En otras el desarrollo del Derecho Penal Adjetivo, deriva del fortalecimiento del Derecho Penal Sustantivo (foja 172). Lo anterior, es real, en razón de que si bien el Derecho Penal se estructura de normas jurídicas, donde describen las conductas que el legislador estima como delitos, también lo es que dichas normas por sí mismas no se pueden aplicar, sino que requieren a su vez del auxilio directo de normas procedimentales que hagan realidad la aplicación de la punibilidad sustantiva prevista y la forma del ejercicio de la punición a cargo del órgano jurisdiccional.

El tesisista es asertivo al señalar que “con lo anterior queda al descubierto cómo el dominio del hecho es la teoría que, aún cuando el legislador pudiera reglamentar los tipos penales de distinta forma, encuentra cabida para analizar el autor del delito *stricto sensu* (dominio de la acción), y al coautor (dominio funcional) y el autor mediato (dominio de la voluntad) –foja 236 *infra*)-.

Como consecuencia del análisis exhaustivo del dominio del hecho y desde luego de las formas de autoría, el Lic. Jiménez Tzontecomani, formula 15

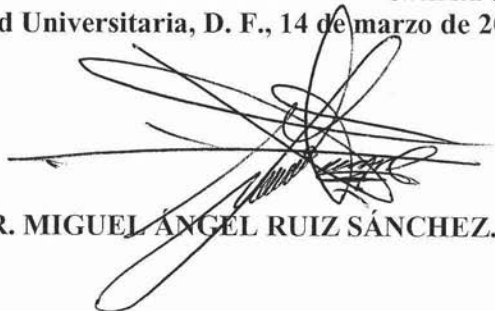
conclusiones, de las cuales toman importancia las marcadas con los números SÉPTIMA (“Entiendo que dominar el hecho es someter, manejar, controlar, tener como suyo un determinado acto del cual somos capaces de decidir por ser nuestra voluntad actuar”); NOVENA (“Entendemos por dominio de la acción cuando el autor del delito de una manera libre y sin coacción, realiza todos los elementos del tipo de propia mano”); DÉCIMA (“La autoría mediata o dominio de la voluntad, aparece cuando un sujeto realiza el tipo utilizando a otro como instrumento (herramienta) que será quien la ejecutará”); y DÉCIMA CUARTA (“Nuestra legislación mexicana, de alguna manera guarda un espíritu de la corriente finalista; sin embargo, para una mejor interpretación de la ley, se requiere un tratamiento más minucioso y sucinto del capítulo que refiere a los autores del delito. Necesitamos incluir una nueva concepción del autor y sus formas, en donde se establezca con claridad, quiénes son autores, quiénes coautores y quiénes autores mediatos. Lo anterior, sin perjuicio de estipular para cada caso, los mismos requisitos que la teoría del dominio del hecho propone para el manejo eficaz del dominio de la acción; del dominio de la voluntad y dominio funcional”) –fojas 240 y 242-.

En cuanto a la parte documental de la tesis, se aprecian notas a pie de página, que cumplen con las reglas de la metodología de la investigación científica. Así mismo, el autor recurre a una basta bibliografía que fue utilizada de una manera congruente con el desarrollo de la investigación.

Por todo lo expuesto, considero que la tesis de Maestría que presenta el Licenciado JIMÉNEZ TZONTECOMANI, cumple con la normatividad universitaria en vigor sobre la materia, por lo que, me complace otorgarle mi **VOTO APROBATORIO**, en virtud de ser un trabajo de investigación de actualidad en materia dogmática penal.

Sin otro particular, le reitero mis respetos y alta consideración.

Atentamente
“POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU”
Ciudad Universitaria, D. F., 14 de marzo de 2004.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and lines, positioned over the printed name below.

DR. MIGUEL ÁNGEL RUIZ SÁNCHEZ.

A MI PADRE:

Lic. Samuel Noé Jiménez Soriano.

Padre, de ti he aprendido el valor de la disciplina, la responsabilidad, la honestidad, la dedicación, la pasión por el estudio, la lealtad, la entrega al trabajo, la tolerancia. Gracias a tu apoyo he podido culminar con una etapa más en el largo camino del estudio del Derecho. Por ello mi infinito agradecimiento.

A MI MADRE:

Sra. María Rufina Tzontecomani T.

Madre, de ti he recibido lo más preciado que todo hijo pueda recibir: amor, cariño, consejos, cuidados, comprensión, apoyo absoluto. Siempre has compartido conmigo todos mis sueños y mis proyectos. Has sufrido con tus hijos, con tu familia, pero tu fuerza es mayor que cualquier adversidad. Admiro como alientas a tus hijos, admiro como amas a tu familia. Eres una mujer ejemplar. Gracias madre, y como lo prometí, aquí tienes este trabajo que dedico especialmente para ti.

A MIS HERMANAS:

María Isabel y Donají.

Isabel y Dona, no olvido su apoyo, su guía, sus consejos. Cuanto añoro volver a estar con ustedes. Siempre recuerdo los momentos en que estudiábamos por las noches en aquellas épocas de la Facultad de Derecho. Eran tan extensos y complicados nuestros exámenes que a menudo el sol se ocultaba y aparecía sin que nos diéramos cuenta. Tantos momentos que compartimos en nuestra niñez y adolescencia. Admiro su inteligencia, su gran carácter; abogadas ejemplares, intachables. Mujeres de principios y valores. A ellas, mi reconocimiento y admiración.

A MIS MAESTROS:

Dr. Ricardo Franco Guzmán.

Maestro, como agradecer todo su apoyo y su anuencia para dirigir esta investigación. Jurista admirable, maestro de maestros, poseedor de una aguda inteligencia, hombre sencillo, honorable y apasionado a la docencia. Exigente como nadie. Ejemplo a seguir por todas las generaciones. Lo admito y respeto. Gracias maestro.

Dr. Carlos Juan Manuel Daza Gómez.

Maestro, desde que inicié los estudios de Posgrado he seguido su trayectoria académica y profesional. Siempre dinámico, sencillo y excelente catedrático. Sus buenos consejos sirvieron para concretar este trabajo de investigación. Gracias.

Dr. Raúl Plascencia Villanueva.

Maestro, le agradezco sus buenos comentarios sobre la tesis. Conozco su capacidad intelectual y su amplia experiencia en el Derecho Penal, lo que me compromete a seguir su ejemplo. Gracias.

Dr. Miguel Ángel Ruíz Sánchez

Dr. Alfredo Genis González-Méndez

Maestros, ha sido para mí un orgullo contar con su amistad y a la vez retomar sus consejos y sugerencias que sirvieron para dignificar este trabajo de investigación. Su humildad es digna de admirar y sobre todo su pasión por el Derecho Penal.

**A MIS MAESTROS DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE
POSGRADO:**

Dr. Ignacio Burgoa Orihuela
Dr. Guillermo Floris Margadant
Dra. Aurora Arnáiz Amigo
Dr. Ricardo Franco Guzmán
Dr. Miguel Acosta Romero
Dr. Manuel Ruíz Daza
Dr. Luis Molina Piñeiro
Dra. Olga Islas Magallanes
Dr. Raúl Carrancá y Rivas
Dr. Eduardo López Betancourt
Dr. Mario Álvarez Ledezma
Dr. Gaudencio Delgado Fiores
Dr. Juan Antonio Cruz Parcero
Dr. Máximo Gámiz Parral
Dr. Rafael Quintana Miranda

A MIS MAESTROS DE LICENCIATURA:

Dr. Gerardo Carmona Castillo
Dr. Magdiel Hernández Caballero
Dr. Sadot Sánchez Carreño
Mtro. Paulino López Millán

**CON ESPECIAL AGRADECIMIENTO A LA UNIVERSIDAD
CARLOS III DE MADRID, POR HABERME PERMITIDO
ESTUDIAR EN LOS CURSOS DE ESPECIALIZACIÓN
CON TAN ILUSTRES CATEDRÁTICOS:**

Dr. Gregorio Peces-Barba Martínez
Dr. Javier de Lucas
Dr. Eusebio Fernández Martínez
Dr. Rafael de Asís Roig
Dr. Francisco Javier Ansuategui Roig
DR. Ángel Llamas Cascón
DR. José María Sauca

**A MIS MAESTROS DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA
FEDERAL:**

Mgdo. Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz
Mgdo. Jesús Guadalupe Luna Altamirano
Mgdo. Marco Antonio Bello Sánchez
Mgdo. Ernesto Saloma Vera
Mgdo. Víctor Manuel Islas Domínguez
Mgdo. Jorge Ojeda Velázquez
Mgdo. Jesús Pérez Grimaldi
Mgdo. Ricardo Ojeda Bohórquez

CON ESPECIAL DEDICATORIA:

Mgdo. Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz.

Jurista distinguido, quien de manera incondicional me ha apoyado y orientado en el camino del ejercicio profesional del derecho. Magistrado, reconozco su calidad moral, su inteligencia, su pasión por la Judicatura, pero sobre todo reconozco su honestidad y sencillez. Maestro, finalmente se ha concreto este trabajo que también usted esperaba. Para usted, con respecto y admiración.

Mgdo. Jesús Guadalupe Luna Altamirano.

Agradezco profundamente su apoyo y orientación. Sus alumnos lo recordamos con afecto y le reconocemos su gusto por la investigación jurídica.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**A LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
"BENITO JÚAREZ" DE OAXACA**

AL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS:

Pablo Enrique Matabuena Ramírez
Lourdes Ocampo Noverón
Roosevelt Hernández Ruíz
Raciel Hernández Suastes
Arturo Silva Gutiérrez
Miguel Alejandro López Olvera
Sinuhé Reyes Sánchez
Cynthia Berenice Guzmán García de León
Eduardo Ortiz García
Isabel Rosas Oseguera
Patricia Villasana Rangel
Francisco Javier Dorantes Díaz
Karla Isabel Acosta Resendí

“Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad...”

César Bonesana, marqués de Beccaria. De los delitos y de las penas.

“El derecho, mientras nada lo perturba y lo contrasta, resulta invisible e impalpable, como el aire que respiramos; inadvertido como la salud, cuyo valor sólo se conoce cuando nos damos cuenta de haberla perdido. Pero cuando el derecho es amenazado o violado, descendiendo entonces del mundo astral en que reposaba en forma de hipótesis al de los sentidos, se encarna en el juez y se convierte en expresión concreta de voluntad operante a través de su palabra. El juez es el derecho hecho hombre; sólo de este hombre puedo esperar en la vida práctica la tutela que en abstracto me promete la ley...”

Piero Calamandrei. Elogio de los jueces.

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO NATURALEZA JURÍDICA DEL AUTOR

1. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE AUTOR	6
2. CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR	14
2.1. TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES	
2.2. CRÍTICA A LA UNIDAD DE AUTORÍA	
3. CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR	22
3.1. CONCEPTO EXTENSIVO Y TEORÍA SUBJETIVA	
3.2. CRÍTICA AL CONCEPTO EXTENSIVO Y TEORÍA SUBJETIVA	
4. CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR	41
4.1. TEORÍA OBJETIVO-FORMAL	
4.2. CRÍTICA A LA TEORÍA FORMAL-OBJETIVA	
4.3. LA TEORÍA OBJETIVO-MATERIAL	
4.4. CRÍTICA A LO MATERIAL	

CAPÍTULO SEGUNDO LA TEORÍA DEL DOMINIO HECHO

1. EL FINALISMO COMO PRECURSOR DEL DOMINIO DEL HECHO	60
2. CONTENIDO CONCEPTUAL DEL DOMINIO DEL HECHO	66
2.1. DOMINIO COMO HECHO	
2.2. DOMINIO COMO MOTIVO DE LA RESPONSABILIDAD	
3. LA APARICIÓN DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA DOGMÁTICA PENAL	70
4. EL CARÁCTER OBJETIVO, SUBJETIVO O MIXTO DEL DOMINIO DEL HECHO	74
4.1. CRITERIO SUBJETIVO	
4.2. CRITERIO OBJETIVO	
4.3. CRITERIO MIXTO	

5.	FORMAS DE DOMINIO DEL HECHO	92
5.1.	DOMINIO DE LA ACCIÓN	
5.2.	DOMINIO FUNCIONAL	
5.3.	DOMINIO DE LA VOLUNTAD	

CAPÍTULO TERCERO

EL DOMINIO DEL HECHO EN EL CONTEXTO ESPECÍFICO DE LAS FORMAS DE AUTORÍA

1.	EL DOMINIO DE LA ACCIÓN O AUTORÍA INMEDIATA	103
1.1.	LA REALIZACIÓN DEL TIPO DE PROPIA MANO, DOLOSA Y LIBRE	
1.2.	LA REALIZACIÓN TÍPICA DE PROPIA MANO, DOLOSA Y NO LIBRE	
1.2.1.	ESTADO DE DEBATE	
1.3.	LA REALIZACIÓN DE PROPIA MANO Y DOLOSA DE ALGUNOS ELEMENTOS DEL TIPO	
2.	EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD	112
2.1.	NATURALEZA JURÍDICA DE LA AUTORÍA MEDITA	
2.2.	CASOS DE LA AUTORÍA MEDIATA	
2.2.1.	INIMPUTABILIDAD DEL INSTRUMENTO	
2.2.2.	INCUPLABILIDAD DEL INSTRUMENTO POR ERROR EN EL INSTRUMENTO	
2.2.3.	POR FUERZA O ESTADO DE NECESIDAD DE COACCIÓN	
2.2.4.	CUANDO EL INSTRUMENTO ACTÚA EN UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN	
2.2.5.	SIN LOS ESPECÍFICOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO	
2.2.6.	DOMINIO DE LA VOLUNTAD A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER	
2.2.7.	LÍMITES DE LA AUTORÍA MEDIATA	
3.	DOMINIO FUNCIONAL Y COAUTORÍA	152
3.1.	CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE LA COAUTORÍA	
3.2.	ELEMENTOS DEL DOMINIO FUNCIONAL	
3.2.1.	LA DECISIÓN CONJUNTA	
3.2.2.	EL CODOMINIO DEL HECHO	
3.2.3.	APORTACIÓN EN FASE EJECUTIVA	
3.3.	DELIMITACIÓN FRENTE AL CÓMPLICE	
3.4.	CONSECUENCIAS DE LA COAUTORÍA	

CAPÍTULO CUARTO
LA VINCULACIÓN DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL
SISTEMA PENAL MEXICANO Y EN DERECHO COMPARADO

1. TRATAMIENTO DE LA AUTORÍA EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA	174
1.1. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA-CALIFORNIA SOBRE DELITOS DEL FUERO COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA SOBRE DELITOS CONTRA LA FEDERACIÓN DE 1871	
1.2. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929	
1.3. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL DE 1931	
1.4. REFORMAS DE 1984	
1.5. REFORMAS DE 10 DE ENERO DE 1994	
2. LA AUTORÍA EN EL DERECHO COMPARADO	194
2.1. CÓDIGO PENAL ALEMÁN	
2.2. CÓDIGO PENAL ESPAÑOL	
3. LA VINCULACIÓN DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA. UNA PROPUESTA DE REFORMAS SISTEMÁTICAS	210
3.1. LA CONCEPCIÓN ACTUAL DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA PRÁXIS DEL DERECHO PENAL. UNA APRECIACIÓN DE CLAUS ROXIN	
3.2. EL TRATAMIENTO DEL AUTOR, COAUTOR Y AUTOR MEDIATO BAJO UN CONTEXTO DE DOMINIO DE LA ACCIÓN, DOMINIO FUNCIONAL Y DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN NUESTRA LEGISLACIÓN MEXICANA	
4. LA PROPUESTA DE REFORMAS PENALES	227
5. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO Y SU REPERCUSIÓN EN LA AUTORÍA. SINOPSIS DOCTRINAL	232
 CONCLUSIONES	 240
 BIBLIOGRAFÍA	 245

INTRODUCCIÓN

La evolución de la convivencia social ha originado permanentemente reformas legales para adecuarse a las necesidades sociales. Así, teniendo como sustento al hombre, nuestras normas se vuelven vigentes para una cierta época y para un lugar determinado. Cada sociedad tiene sus propias leyes.

Ha sido pues la voluntad de todos o la voluntad general, como decía Rousseau, lo que ha movido al hombre a constantes cambios en sus legislaciones. La ley se ha convertido en la columna vertebral de la sociedad. No habría una sociedad sin leyes, ni leyes sin hombres. Cada hombre intenta alcanzar en todo momento la justicia, la armonía y la paz social.

Así pues, el hombre es un ser social por naturaleza, quiere vivir en sociedad y para hacer realidad su contrato social, debe obedecer las leyes que de ahí emergen y hacerlas cumplir. Por tanto, si un estado carece de un sistema normativo, no puede ser considerado como tal.

El derecho pues, es una consecuencia de las relaciones sociales. En cada momento se perfecciona, se adapta a las necesidades del hombre y busca siempre alcanzar sus propios fines, destacando entre ellos la justicia y la paz social.

Por otro lado, dentro de la clasificación del derecho aparece una de las más importantes que ha proporcionado la doctrina y que refiere a su división en derecho público y en derecho privado. Es precisamente en el derecho público donde se agrupa una de las ramas de la ciencia jurídica más apasionante e intensa como lo es el Derecho Penal.

El Derecho Penal destaca entre otras ramas por ser el encargado de proteger los bienes jurídicos del hombre de la más alta jerarquía. Así, se ha establecido que la misión del Derecho Penal es la de todo derecho, es decir, regular la convivencia humana.

En otras palabras, la misión del derecho penal consiste en proteger los valores elementales de la vida en común dentro del orden social y en garantizar la salvaguardia de la paz jurídica. Como ordenamiento de protección y paz, el derecho penal sirve a la protección de los bienes jurídicos y a la salvaguardia de la paz jurídica.

Por todo ello, lo representativo del Derecho Penal es que aborda el estudio del delito, del infractor de la ley, de las penas y de las medidas de seguridad. De ahí que nuestra investigación descansa en la parte general del Derecho Penal o teoría del delito, llamada autoría y sus formas.

He de confesar que fue complicada la selección del tema, sin embargo, tuve la inquietud de abordar uno de los tópicos que si bien, no son ajenos a la teoría jurídica del delito, en ocasiones se estudian de manera aislada y sintética, lo que origina un mayor esfuerzo de entendimiento. Así, y como ya lo advertí, surgió la intención de investigar sobre el autor del delito, en específico en una teoría que trata de explicarnos de la mejor manera al autor, al coautor y al autor mediato, pero bajo un enfoque finalista objetivo y subjetivo. (*animus domini-animus socii*)

La investigación que aquí se expone la hemos dividido en cuatro capítulos debidamente delimitados. En el primero, abordamos al concepto de autor del delito, a través de su naturaleza jurídica así como un estudio comparativo de las teorías que lo sustentan como son el concepto unitario de autor, el concepto extensivo y el concepto restrictivo. En un segundo capítulo, nos introducimos al concepto mismo de dominio del hecho, a partir de la doctrina final de acción

sustentada por Hans Welzel y hasta la aparición del concepto de dominio del acto bajo un enfoque Roxiniano.

Más adelante, nos ocupamos de las formas de dominio del hecho que es precisamente parte toral de la investigación. Así, se vincula al autor en sí mismo o dominio de la acción, al dominio funcional o coautoría y al dominio de la voluntad o autoría mediata, que como ya lo apunté, son las formas en que se relaciona el dominio del hecho con las formas de autoría.

A propósito de este análisis dogmático, en el capítulo tercero se analiza cada elemento esencial de las formas de autoría, es decir, la manera y los casos de dominio de la voluntad o elementos de dominio funcional, entre otros tópicos.

Por último, dentro del capítulo cuarto se relaciona la teoría del dominio del hecho en un sistema penal como el nuestro, y frente al derecho comparado como lo son los códigos penales de España y Alemania. Esto obedece a nuestra propia propuesta ya que nos permite conocer en un primer plano cuál es el tratamiento de la autoría y sus formas en otras legislaciones, y de ahí concretarse en la nuestra y criticarla con fundamento.

En síntesis, toda nuestra investigación propone una reforma legislativa a nuestros códigos penales con la finalidad de incluir en el título y capítulo correspondiente quiénes son autores, quiénes coautores y quiénes autores mediatos, sin olvidar sus elementos y características propias. Esto logrará, a mi modo de ver, que el intérprete de la ley pueda identificar plenamente para cada delito al autor, al coautor y al autor mediato.

Así pues, con la firme idea de que este trabajo de investigación cumpla su cometido que es precisamente reflexionar sobre una reforma legal en la parte general de nuestro derecho penal, dejo a los lectores un trabajo que ha sido producto de esfuerzo y dedicación, en donde han participado con sus opiniones y

comentarios mis maestros de la Facultad de Derecho de la UNAM, y a quienes siempre he reconocido y admirado. Por todo ello mi agradecimiento desde ahora a nuestra Universidad Nacional Autónoma del México.

LIC. SAMUEL NOE JIMENEZ TZONTECOMANI

Ciudad Universitaria., marzo de 2005.

CAPÍTULO PRIMERO

NATURALEZA JURÍDICA DEL AUTOR EN EL DELITO

Dentro de la dogmática jurídico-penal, y en específico dentro de los elementos del tipo, quien ocupa un lugar preferencial hasta cierto punto indispensable es precisamente el sujeto activo del delito, es decir, el autor.

Hasta ahora, quienes han aportado estudios sobre la teoría del autor del delito, se han ocupado en un primer momento en examinar como primer punto, cuál es la ubicación que le corresponde dentro de la ciencia penal, también, cuáles son las teorías que la describen y, por supuesto, las justificaciones sobre cual debe ser la teoría dominante. Así, la misma dogmática penal nos ha permitido determinar quién debe considerarse como autor del delito y quién debe considerarse como partícipe del mismo.

A pesar de ello, no nos deja de inquietar la manera en que son estudiados los elementos de carácter objetivo o subjetivo que corresponden a quien realiza o despliega la conducta injusta, sea que dicha acción sea ejecutada por propia mano, por una pluralidad de sujetos o por colaboración de otros.

Hablar de la naturaleza jurídica de autor es precisamente tratar de distinguir sobre esta temática general, cuál es la denominación que se le atribuye al sujeto que comete un delito, qué elementos hay que distinguir; no basta mencionar cuál

ha sido la evolución o la apreciación dentro de las corrientes de pensamiento del derecho penal, sino lo que se pretende es tomar una posición a partir de esas doctrinas, su crítica, su aportación, para que estemos en aptitud de determinar o demostrar *grosso modo* la siguiente expresión: Quién es autor de un delito.

1. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE AUTOR

La teoría del delito es la que nos presenta la concepción propiamente de delito y con ello la concepción de autor. Basta con entender el concepto de delito que ofrezca determinado autor para saber en qué posición coloca a la autoría dentro de dicha teoría penal.

La mayoría de los autores le dan un tratamiento a la autoría a partir del análisis del tipo, como uno o de sus elementos, o como complemento a la realización del tipo.

A manera de ejercicio previo, pretendo exponer algunas definiciones y opiniones *lato sensu* sobre el concepto de autor del delito, sin que con ello se busque entenderlo en definitiva, sino con la finalidad de ilustrar cada punto de vista de los autores, con independencia de la ubicación de su posición dentro de las teorías causalistas, finalistas o funcionalistas del derecho penal.

Así, tenemos que para Edmundo Mezger, autor de un hecho punible “es el que comete el hecho con voluntad de autor, en forma típica, y, en los casos pertinentes, causa el resultado del mismo.”¹

Luis Jiménez de Asúa, respecto a los autores expresa: “suele definírseles como los que toman parte directa en la ejecución del hecho. Autor es quien ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito *in species*.”²

Carlos Creus considera que autor inmediato o directo es “el que actúa exteriormente su propia voluntad en relación a la concreción de la acción típica, lo cual puede hacer por sí mismo, desplegando él la actividad, o dejando de actuar en la omisión. . .”³

El autor, comenta Santiago Mir Puig, “es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la parte especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos. La doctrina entiende que dicha relación especial concurre cuando el sujeto *realiza como propio* alguno de los hechos mencionados. Autor es, en este sentido, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos *como suyo*. Este es el llamado ‘concepto ontológico’ o ‘concepto real’ de autor, porque

¹ MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal Parte General*, Libro de Estudio, trad. Ricardo C. Núñez, Cárdenas Editor, México, 1990, p. 305.

² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho Penal, La ley y el delito*, Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p. 501.

³ CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 388.

responde al significado propio de la palabra 'autor': el 'verdadero' autor de un hecho es, en efecto, aquel que lo realiza y del que se puede afirmar que es 'suyo'.⁴

Señalábamos al inicio de este apartado que la problemática de la definición de autor no sólo se presenta al pretender exponer su concepción misma, ni cuando se alude a la concepción del delito en donde incluso se abarca la diferenciación entre autor de delito doloso y autor de delito culposo, o cuando se hace a nivel de elemento del tipo, sino el problema se suscita cuando en la ejecución de un delito interviene más de una persona; aquí cabe preguntarse si todos los que concurren en el hecho deben ser calificados como autores o no y, en este último caso, qué criterios deben emplearse para establecer los que son autores o cómplices y los que no tienen esa calidad.

A manera de comentario, cabe advertir que lo que aquí se expondrá versará en forma exclusiva sobre la concepción de autor y las formas de autoría, es decir nos apartaremos de los partícipes, esto en virtud de la complejidad que generaría pretender hacer una explicación de toda la teoría de la autoría y participación.

Así pues, y retomando las referencias al concepto de autor, así como la necesidad de distinguirlo de la participación, Graf Zu Dohna señala que "es autor quien personalmente concreta el tipo de un delito. Frente a esta llamada noción

⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Tercera Edición, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990, p. 387.

restrictiva de autor, está la denominada extensiva, según la cual es autor todo aquel que mediante su acción ha motivado la concreción del tipo.”⁵

Por su parte, Welzel expone que “en los delitos dolosos es autor solamente aquel que mediante una conducción, consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo.”⁶ Más adelante, Welzel expresa: “La característica general de autor es el dominio final sobre el hecho. Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho.”⁷

En el mismo sentido y siguiendo al autor en cita, autor de un delito culposo “es todo el que mediante una acción que lesiona el grado de cuidado requerido en el ámbito de relación, produce de modo no doloso un resultado típico. Todo grado de concausación respecto del resultado típico producido no dolosamente, mediante una acción que no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación, fundamenta la autoría del respectivo delito culposo.”⁸

Implementado *prima facie* como argumento máximo la diferencia lógica entre autoría y participación, Jescheck puntualiza que “es autor el que realiza por

⁵ GRAF ZU DOHNA, Alexander, *La estructura de la teoría del delito*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 93.

⁶ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, 11ª. ed., 4ª. edición Castellana, trad. del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 119.

⁷ WELZEL, Hans, Loc. Cit., p. 120.

⁸ Ibidem., p. 119.

su propia persona todos los elementos del tipo de la acción punible. El concepto de autoría no se limita, sin embargo, a la autoría individual de propia mano, sino que también alcanza a los casos en los que el autor se sirve de otro como 'instrumento'. También se castiga, pues, como autor a 'quien comete el hecho punible a través de otro' (**autoría mediata**). Además, existe la posibilidad de que varias personas vinculadas entre sí colaboren en un hecho como autores (**coautoría**). . . Finalmente, también es posible que varias personas intervengan en un mismo hecho como autores independientemente los unos de los otros (**autoría accesoria**)."⁹

Y, a la vez, Jescheck confirma que: "Mientras que el autor comete por sí mismo o a través de otro la acción típica o colabora en ella como coautor, el inductor y el cómplice quedan fuera del tipo. De ellos se ocupan preceptos penales específicos."¹⁰

Sin apartarse de la concepción de autor, toda vez que lo utilizan como sinónimo, otros autores prefieren emplear indistintamente el concepto de sujeto activo o autor del delito, destacando algún elemento preferente a este último.

Gómez Benítez argumenta que "para ser autor no basta con haber realizado los elementos del tipo objetivo y subjetivo, sino que es preciso

⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Volumen Segundo, trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1981. p. 887.

¹⁰ *Ibidem*, p. 888.

—como se señaló una líneas más arriba— haber realizado la antijuridicidad del hecho. Pero el concepto de 'sujeto activo' es la base objetiva del concepto de autor, porque alude a la persona que realiza el tipo, y ya que la tipicidad sólo excepcionalmente no comporta antijuridicidad, dicho sujeto activo normalmente será el *autor* del hecho. . . En consecuencia, las características que debe reunir el sujeto activo son también características que reunirá el autor." ¹¹

Maurach expresa que: "Tanto material partiendo de dos ámbitos tanto formal como material en la determinación de la autoría: desde una perspectiva *material* puede, en principio, ser considerado autor toda persona que de algún modo ha cooperado a la realización de un acontecer típico; en tanto, sobre la base de una diferenciación de fondo de los diversos aportes de autoría, es asimismo posible castigar como autor sólo a la respectiva figura central." ¹²

En nuestro derecho mexicano no ha sido menos trascendente el análisis que sobre autoría se ha vertido. Por ejemplo, Ignacio Villalobos, a partir del concepto legal de autor que empleaba el entonces Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, señala que: "Son autores todos los que ponen una causa eficiente del delito; y como estas causas son siempre una actuación o una conducta que

¹¹ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, Editorial Cívitas, Madrid, 1992, p. 109.

¹² MAURACH, Reinhart y HEINZ GÖSEL, Karl, *Derecho Penal Parte General*, trad. Jorge Bofill Genzsch, Tomo 2, actualizada por Kart Heinz Gössel y Heinz Zipf, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 285.

requiere, para serlo, un elemento psíquico y un elemento físico, nada impide considerar la posible separación de tales elementos y el reconocimiento, por tanto de autores materiales, intelectuales, por cooperación y de los que prestan auxilio.”¹³

A su vez, Raúl Carrancá y Trujillo, al analizar la autoría, se acoge a la escuela de Carrara, en el sentido de señalar la existencia de autores principales y accesorios en la comisión de los delitos, toda vez que como lo ha expresado este último, “autor principal es aquél que ha ejecutado el acto físico en la consumación del delito. Si varios lo ejecutan, varios serán los autores principales. Todos los demás son delincuentes accesorios.”¹⁴

Bajo ese esquema, Carrancá y Trujillo asume la postura de la escuela clásica por considerar “que autor principal es sólo el que concibe, prepara o ejecuta el acto físico en que consiste la consumación del delito; y cuantos más le dan vida en todos aquellos grados tantos más serán los autores principales; todos los demás son delincuentes accesorios, es decir, los delincuentes accesorios no son otros que los secundarios o cómplices y que los varios autores principales son los denominados por ello coautores.”¹⁵

¹³ VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1990, p. 485.

¹⁴ CARRARA, Francesco, *Derecho Penal*, Editorial Harla, México 1997, p. 166.

¹⁵ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Editorial Porrúa, México 1982, p. 649.

Por su parte Fernando Castellanos, al referirse a la autoría utiliza la denominación “grados de participación” y expresa: “Llamase autor al que pone una causa eficiente para la producción del delito; es decir, al ejecutor de una conducta física y psíquicamente relevante. La doctrina esta de acuerdo, por supuesto, en considerar como autores no sólo a quienes material y psicológicamente son causa del hecho típico, sino que es suficiente, para adquirir tal carácter, la contribución con el elemento físico o con el anímico, de donde resulta los autores materiales y los autores intelectuales.”¹⁶

Como se puede apreciar, no resulta sencillo intentar exponer una definición sobre autor del delito. Quienes lo han hecho han procurado dejar claro un aspecto: que la autoría se estudia dentro del tipo, y que es recomendable emplear la concepción de autor del delito no solamente a quien lo ha ejecutado *per se*, de propia mano, sino además cuando el autor comete la conducta punible a través de otro, o incluso, se hable de pluralidad de autores cuando varias personas se vinculen entre sí y colaboren en el hecho punible, concretamente en la ejecución conjunta del tipo.

Sin embargo, nos corresponde ahora iniciar a partir de las teorías expuestas por el derecho penal, cuál es la concepción que se ha vertido sobre autoría, así como identificar cuál de esas doctrinas, a nuestro juicio, es la que

¹⁶ CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1991, p. 296.

debe prevalecer, si bien no de manera general, sí de manera convincente sobre la concepción de autor y sus formas.

2. CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR

Tres han sido los conceptos de autor mantenidos por la doctrina penal: el unitario, el extensivo y el restrictivo. Unas veces teorizado sobre el mismo concepto de autor, otras siguiendo la orientación marcada por las distintas legislaciones positivas.

Sobre el tema, Jescheck expresa que: "El **concepto unitario de autor** "contempla a todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del tipo como autores, con independencia de la importancia que corresponda a su colaboración para el conjunto del hecho. Esta cuestión sólo posee importancia para la aplicación de la pena y debe responderse en dicha sede con independencia de todas las distinciones dogmáticas de la teoría de la participación, con arreglo únicamente al sentido y fin de la pena. El criterio de la relevancia jurídico-penal de un comportamiento, es, según esto, sólo el de la *causalidad*, desapareciendo el requisito de accesoriedad."¹⁷

¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 889.

En otras palabras, el concepto unitario de autor entiende que es autor “todo aquel que contribuye causalmente a la realización del hecho típico, con independencia de la mayor o menor importancia de su contribución causal, y con independencia de si realiza la descripción típica o no. Se llama unitario a este concepto porque no diferencia entre autores y partícipes, puesto que desde una perspectiva estrictamente causal todos los intervinientes en el hecho aportan alguna condición causal al mismo (teoría de la equivalencia de las condiciones, aplicada al concepto de autor).”¹⁸

De las anteriores transcripciones entendemos que, al concepto unitario de autor sólo le interesa el despliegue de una conducta causalmente delictiva, sin que tenga relevancia distinguir si quien ejecutó el hecho lo hizo por propia mano, entre varios o en colaboración de otros, etc. De ahí que descarta toda posibilidad de existencia doctrinal de autor y partícipe; doctrina hoy en día indispensable dentro del derecho penal.

2.1. TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES

En este contexto, lo que resultaría conveniente es determinar cuál es el origen de esta teoría, y el por qué de su unidad. Para ello ha quedado de manifiesto por la doctrina del derecho penal que la unidad de autoría “se funda en la teoría de la equivalencia de las condiciones en la producción del resultado: si

¹⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, Op. Cit., p.118

toda condición del hecho, en su concreta configuración, es causa del mismo, todos quienes aportan alguna intervención que afecte al hecho deben considerarse causas del mismo y, por consiguiente, autores.”¹⁹ Nótese que estamos en presencia de la más pura teoría causal del derecho penal, por lo que es claro entender la expresión de que “todo interviniente causalmente en un hecho es condición o causa del resultado del mismo en igual medida; por tanto, no cabe hacer distinciones entre otros intervinientes.”²⁰

De manera sencilla, dicha teoría expone: todo aquel que interpone una condición para la producción del resultado es igualmente causal respecto al mismo.

Del concepto “causa” y por ende, de la teoría de la equivalencia de las condiciones, Díaz y García Conlledo considera a Liszt como uno de sus precursores. Así, manifiesta que Liszt escribe: “El que colocando una condición para el resultado producido, participa en la producción del mismo ha causado el resultado; que, dado que todas las condiciones del resultado son equivalentes, no existe ninguna diferencia conceptual entre los concretos participantes en la producción del resultado; que por ello sólo se justifica su distinta punición dentro del mismo marco penal.”²¹

¹⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 390.

²⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 68.

²¹ Loc. Cit.

Se entiende pues que en esta teoría no es posible distinguir entre autoría y participación, sino que todo sujeto que interviene en un hecho debe ser considerado autor del mismo, contraviniendo con ello lo fundamental que debe ser la distinción entre autoría y participación, porque ésta es un concepto de referencia y supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido.

2.2. CRÍTICA A LA UNIDAD DE AUTORÍA

Evidentemente el concepto unitario representa la teoría menos aceptada por la doctrina actual del derecho penal. Sobre ella versan innumerables objeciones, y críticas, algunas de ellas tan evidentes, que no pueden escapar a nuestro estudio.

A) Una de las primeras críticas al concepto unitario es el rechazo de la accesoriedad. Pero ¿qué significa este enunciado? Significa “un rechazo a considerar unas formas de intervención como dependientes de otras, tal como se entiende esa dependencia en los sistemas diferenciadores.”²² En otras palabras y siguiendo a Jakobs, “el concepto unitario de autor niega en absoluto la trascendencia de la accesoriedad: Todo aquel que toma parte ha de considerarse autor de un hecho antijurídico y culpable, sin tener en cuenta las cualidades delictivas de la contribución de los demás que tomaron parte (dolosa, imprudente,

²² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, Op. Cit., p. 117.

inevitable; culpable, inculpable) y sin más que un vínculo causal con el estado de desarrollo de las aportaciones de los otros (preparación, tentativa, consumación).”²³

A *contrario sensu*, se presenta accesoriidad en dos planos: cualitativamente y cuantitativamente. Sobre el tema, Díaz y García Conlledo expresa: “La primera supone hacer depender el hecho del partícipe de ciertas cualidades del hecho del autor principal (tipicidad y antijuridicidad en la accesoriidad limitada, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la accesoriidad estricta). . . la llamada accesoriidad cuantitativa, es decir la cuestión de hasta que punto ha de estar realizada la acción del autor para que se pueda castigar al partícipe.”²⁴

Mezger, a propósito de esta crítica, considera que accesoriidad “significa que la coautoría, la instigación y la complicidad dependen de la autoría de otro. Tal accesoriidad (dependencia) hace a la *esencia de la participación* y se liga con su concepto por una lógica necesidad; en efecto, no hay coautoría si no existe otro autor, ni hay instigación ni complicidad si no existe otro como autor.”²⁵

B) Otra de las objeciones a la teoría unitaria de autor alude a que “renuncia a la delimitación de las conductas lesivas o que ponen en peligro bienes jurídicos

²³ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997, p. 719.

²⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 118

²⁵ MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 302.

protegidos por el derecho penal, es decir disuelve las fronteras de lo típico al declarar que cualquier provocación causal de un resultado (o actividad) tipificado en la parte especial es típica y ha de castigarse como autoría.”²⁶ De aceptar lo anterior y como se puede apreciar en la teoría expuesta, al convertirse todas las contribuciones al hecho en la causación de lesiones del bien jurídico, se pierde lo injusto específico de la acción de cada tipo.

Expone Jescheck que “en los delitos de propia mano y especiales habría que considerar también autores a intervinientes extraños por la pura causalidad de su cooperación, a pesar de que precisamente no actúan de propia mano o no están cualificados para ser autores.”²⁷

Al respecto estimo que no deben considerarse autores a los intervinientes extraños, con base en la crítica que Jakobs hace a la anterior aseveración de Jescheck. En efecto, Jakobs ha considerado, tomando en cuenta las características un tanto personales de los autores que, “si un delito se caracteriza, más allá de la causación de un resultado, por especiales elementos personales, es decir, especiales deberes, o por el requisito de que ha de ejecutarse de propia mano, estos elementos tendría que realizarlos todo autor unitario si no se quiere que la relación con el hecho ajeno, y *con ello la accesoriedad*, se convierta en fundamento de la pena. . . El concepto unitario de autor no sólo se opone, pues, a la actual configuración (modificable) de los delitos de la Parte Especial, sino que

²⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, Op. Cit., p. 129.

²⁷ JESCHECK., *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 890.

desconoce la distinción entre la ejecución de un hecho y la influencia en la ejecución de otro interviniente".²⁸

De aceptar lo afirmado por Jescheck, nos obligaría a dar un mismo tratamiento a un servidor público que comete el delito de abuso de autoridad, como a un meritorio (extraño) que se encuentra colaborando con él, por la pura causalidad de su cooperación. Consecuentemente cabría una terrible confusión en cuanto a la punibilidad del hecho, ya que al perderse lo injusto de cada tipo (en este caso el elemento sujeto activo, porque no se aplica igual para ambos) podrían ser sancionados en forma similar, con sólo causar la lesión a un bien jurídico.

C) Otra crítica al concepto unitario de autor se centra en que éste conduce también a una ampliación indeseable de la punibilidad, puesto que la tentativa de cooperación resultaría punible en todos aquellos casos en los que el tipo permite la punibilidad de la tentativa, mientras que de lo contrario la tentativa de participación únicamente tiene señalada pena dentro de estrechos límites.

En palabras de Jakobs, "el concepto unitario de autor amplía la punibilidad por tentativa en todo el ámbito del fomento de un delito en definitiva no realizado, sin que se ponga en evidencia su necesidad político-criminal. En el estadio de la preparación (procurar útiles para el robo), nadie considera la posibilidad de punir en general las acciones de preparación que han quedado aisladas en tanto que

²⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 720.

una sola persona debe ejecutar por sí sola todo lo necesario para el delito. Si se divide el trabajo (uno prepara y otro lo consuma), según el concepto unitario de autor, la acción preparatoria, sin embargo, se convierte en una aportación concluida al delito, que, sin exigencia de accesoriedad, tendría que ser punible como tentativa del delito, aun cuando después no ocurra nada más.”²⁹

En síntesis, “la participación intentada, que es en principio impune en los sistemas de participación, se convertiría automáticamente en punible, como “autoría intentada”, si se adoptara el sistema unitario de autor.”³⁰

En consecuencia, la distinción entre autoría y participación es ajena totalmente al concepto unitario de autor. Para el concepto unitario de autor, todo interviniente en el hecho típico responde siempre como autor del mismo, cualquiera que haya sido la magnitud de su contribución. Por tanto, culminaríamos con una máxima: Si en un sistema jurídico-penal sólo se condena al autor y, en tal medida, trata en forma igual a todos los que han cooperado a la realización de un acontecimiento típico, se dice que tal sistema sigue el principio de la unidad de autoría.

Para concluir con este apartado, no queremos pasar desapercibido el magistral comentario que hace José Ulises Hernández Plasencia, que escribe:

²⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 719.

³⁰ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 261.

“Toda intervención en el hecho que, con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, constituya un factor causal del resultado fundamenta por sí misma la autoría, resultando indiferentes para apreciar ésta tanto el rol que desempeña el partícipe en la causación del hecho como que su contribución no realice completamente la descripción típica. Todas las aportaciones causales de los partícipes, que individualmente constituyen la esencia de la autoría, fundamentan globalmente el hecho típico, sin que entre la intervención de uno de ellos y las del resto exista relación de dependencia; esto es, no hay formas accesorias de participación al ser todas las contribuciones al hecho plenamente autónomas y por ello situadas en un mismo plano de igualdad valorativa, por lo que es lógico también que el marco penal sea el mismo para todos los intervinientes-autores del delito.”³¹

Con lo dicho por Hernández Plasencia se ratifican las limitaciones de la teoría de la equivalencia de las condiciones para hacer la distinción entre autor y partícipe, la cual fue desconocida por dicha teoría y, como ya apuntábamos, se trata de la más pura expresión del causalismo.

3. CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR

Dos concepciones principales intentan ofrecer un criterio de distinción entre

³¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 1996, p. 5.

autoría y participación: el concepto extensivo y el restrictivo de autor.

Sobre el concepto extensivo, Jakobs afirma que, “también presenta los defectos del concepto unitario de autor (extensivo quiere decir: Los tipos de la Parte Especial abarcan toda forma de tomar parte; la regulación de la participación en la Parte General constituye una limitación de la responsabilidad).”³²

Respecto al concepto extensivo, debemos dejar claro que el fundamento dogmático de esta teoría es la idea básica de la teoría de la equivalencia de todas las condiciones del resultado.

Como ya lo expresamos, en la teoría de la equivalencia de las condiciones es autor todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, sin que se necesite que su contribución al hecho consista en una acción típica. De ahí que tanto el inductor como el cómplice son en sí autores, sin embargo, hoy en día el establecimiento de especiales preceptos penales para la participación pone de manifiesto que estas formas de intervención en el marco del concepto global de autor deben tratarse de forma distinta a la autoría misma, lo cual es hasta cierto punto lógico y jurídico.

Así pues, el concepto extensivo de autor “entiende que desde el punto de vista lógico todos los sujetos que aportan alguna intervención que afecta al hecho

³² JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 721.

son igualmente causas del mismo, pero reconoce que la ley obliga a distinguir grados de responsabilidad. Los tipos legales de participación aparecen, entonces, como '*causas de restricción de la pena*', puesto que sin ellas debería castigarse a todos los intervinientes como autores. Y ¿cómo distinguir entre autores y partícipes como impone la ley? " ³³ Sobre esta interrogante, la cual nos parece fundamental como punto de partida en la diferenciación de las conductas de autores y partícipes, Jescheck piensa que "si la autoría y participación no pueden distinguirse objetivamente, porque ambas son equivalentes desde un prisma causal, solamente resta la posibilidad de buscar la distinción en un criterio subjetivo." ³⁴

De aceptar lo dicho por Jescheck, estaríamos ingresando a un terreno exclusivamente cognoscitivo, subjetivo, es decir, desde la perspectiva interior del sujeto, lo que por mérito propio parece dar una mejor explicación a la autoría y participación.

Bajo este esquema, "será autor quien obre con ánimo de autor (*animus auctoris*), será partícipe quien actúe sólo con ánimo de partícipe (*animus socii*). " ³⁵ En otras palabras, y a nuestro modo de ver, el autor quiere el hecho como propio, y el partícipe quiere el hecho como ajeno.

³³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 390

³⁴ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Op. Cit., p. 895.

³⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 390.

Con lo dicho, estaríamos en presencia de un rubro evidentemente subjetivo, “es lo que se conoce con el nombre de *teoría subjetiva de la participación*, que constituye el complemento necesario del concepto extensivo de autor.”³⁶

Al respecto, Welzel considera que el concepto extensivo de autor relaciona la autoría con la causación de una realización típica, de modo que la instigación y la complicidad aparecieron materialmente como formas de autoría, que simplemente eran penadas en forma más leve en virtud de disposición del Derecho Positivo, o sea, como causales de la limitación de la punibilidad. Y así expresa que: el concepto extensivo de autor “trasladó el concepto de autor, válido en los delitos culposos, a los tipos dolosos; fracasó en los delitos de propia mano y en los delitos especiales propios, en los cuales las disposiciones sobre participación son indiscutiblemente causales de extensión de la punibilidad y no meras causales de limitación de la punibilidad.”³⁷

Siguiendo el argumento de Cury Urzúa, para quien el concepto extensivo corresponde básicamente a los presupuestos de la teoría causal de la acción, el concepto de autor resulta, para esta concepción extraordinariamente extendido y abarca muchas conductas que se consideran en forma tradicional como simple complicidad o mera inducción; “así serán autores prácticamente todos los intervinientes en la producción el resultado típico. Así, las hipótesis de participación en sentido estricto no constituyen más que una creación de la ley, la

³⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 391.

³⁷ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Op. Cit., p. 120.

cual las ha extraído del amplio círculo de la autoría atendiendo a la naturaleza más o menos secundaria de su significación para el hecho.”³⁸ Si el concepto unitario de autor fue atribuido principalmente a Liszt, el concepto extensivo de autor se atribuye a Schmidt y Mezger.

Siguiendo a Mezger, esta teoría se basa fundamentalmente en tres presupuestos de la autoría:³⁹

1.- El autor actúa con voluntad de autor, y no con mera voluntad de instigador o de cómplice. Sobre el particular, Mezger argumenta una crítica especial:

“a) De acuerdo con las llamadas *teorías del fin o de los intereses*, se considera como autor y se le atribuye una voluntad de autor al que persigue, con el hecho, finalidades e intereses propios y no de otros. Pero esta teoría fracasa, por cuanto el derecho vigente conoce tipos que ya presuponen en el autor una acción dirigida a finalidades e intereses de otros.”

“b) Más acertadas son las llamadas *teorías del dolo*, con arreglo a las cuales lo que interesa es, en principio, la dirección y la intensidad de la voluntad de autor. El autor quiere el hecho ‘*como propio*’, y no, como ocurre en el caso del instigador y del cómplice, como de otro; actúa con ‘*animus auctoris*’ y no con mero

³⁸ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992. p. 221.

³⁹ MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., pp. 306 y 307.

'animus socii'; quiere 'realizar', y no simplemente, como el cómplice, 'auxiliar' a otro y, en consecuencia 'subordinar' su voluntad a la del otro. Pero el hecho se quiere como 'propio', si no se lo quiere 'como de otro'; el que quiere y realiza el hecho, lo quiere, mientras no conste lo contrario, 'como propio'.⁴⁰

"2.- Esta acción con voluntad de autor queda sujeta como autoría, también en otro aspecto, de acuerdo con el punto de partida subjetivo-objetivo de la teoría de la participación a ciertas *limitaciones objetivas*. El autor debe realizar siempre *por sí mismo una característica del tipo* que es esencial para el hecho punible concreto; no es preciso que lo haga 'personalmente', por cuanto a él le basta la realización por intermedio de un coautor u obrar como autor mediato."

"3.- Por último, el concepto de autor encuentra ciertas limitaciones por la circunstancia de estar circunscrito en algunos hechos punibles (llamados *delitos especiales*), a grupos determinados de personas, y, en otros (llamados *delitos de propia mano*) por requerir la acción personal."

El concepto de autor de Mezger, dice Peñaranda Ramos, "se construye en tres fases. El punto de partida es el tipo en su acepción más estricta y en él haya que mantenerse en cuanto sólo intervenga un sujeto en su realización. En un

⁴⁰ Parece claro que Mezger, a propósito de la máxima: "el autor quiere el hecho como propio", intenta resolver la problemática de la dicotomía "como propio" y "como ajeno" en un sentido objetivo más que subjetivo, y expone que "el que quiere realizar y realiza todo el tipo personalmente, "quiere", en realidad, el hecho "como propio". Por tanto, concluye, "no es determinante saber cómo considera el autor su acción, sino qué es su acción. De acuerdo con el punto de partida subjetivo de la teoría de la participación, lo que decide es lo querido por el autor, pero lo querido en su significación objetiva." Reflexiones que a nivel subjetivo, son muy elocuentes.

segundo momento el concepto de autor se amplía para alcanzar, no sólo al que realiza por sí mismo la acción típica, sino también a cualquier otro sujeto que coopere a su realización. . . se es entonces autor, pero no en el sentido de un 'autor único', sino en el de un 'autor-coautor'. Y por último, en una tercera fase, el concepto de autor así ampliado se restringe de nuevo, extrayendo de él aquellas conductas que, conforme al Derecho positivo, han de ser calificadas como inducción y complicidad.”⁴¹

Para Mezger el punto de arranque científico de toda teoría jurídico penal de la participación es la teoría de la causalidad. Por ello, la fundamentación de la autoría en la causalidad lleva a Mezger al concepto extensivo de autor y a considerar que los preceptos del Código Penal sobre inducción y complicidad son causas de restricción de la pena.

Por otro lado, Díaz y García Conlledo afirma que Mezger considera que “en determinados grupos de delitos no se da un concepto extensivo de autor, sino uno restrictivo: serían fundamentalmente los delitos especiales, en los que el no cualificado no podrá nunca ser autor, y los de propia mano, en que tampoco podrá ser autor el que no ejecute inmediata y físico-corporalmente la acción típica. En estos delitos, los preceptos sobre inducción y complicidad serían causas de extensión de la pena, pues permiten castigar en ciertos casos a los no cualificados

⁴¹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Op. Cit., p. 299.

y a los que no actúan de propia mano.”⁴²

Agrupando estas ideas, el concepto extensivo de autor trata la autoría a partir de un resultado entendido en sentido amplio, como realización de la lesión típica del bien jurídico. A este respecto y en correspondencia con la teoría causal, Maurach expone que “acción es la causación del resultado típico.”⁴³

A manera de conclusión y retomando las ideas básicas del concepto extensivo de autor, para esta teoría será autor todo aquel que causa el resultado típico. Ello no se aplica sólo a quien realiza por sí mismo los elementos típicos, ni tampoco a aquel que utiliza a otro como instrumento para sí, sino asimismo a quien influye sobre un autor responsable para la comisión del hecho, o bien concede su apoyo a un autor similar; en el último caso se da también la causalidad, puesto que de otro modo el hecho concreto no se habría dado en esta forma.

Consecuentemente dice Maurach, “el concepto extensivo de autor conduce a un sistema de la unidad de autoría, de ahí que también sean autores el inductor y los cómplices.”⁴⁴

⁴² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 269.

⁴³ MAURACH, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 296.

⁴⁴ MAURACH, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 297.

3.1. CONCEPTO EXTENSIVO Y TEORÍA SUBJETIVA

Como se ha visto, “existe una tendencia a relacionar, a veces exclusivamente, el concepto extensivo de autor con las teorías subjetivas de la participación, y, es más, se ha afirmado incluso que los defensores de las teorías subjetivas de la participación por fuerza han de mantener un criterio extensivo y no restrictivo de la autoría. La razón de esta identificación no puede ser otra que la consideración de que las teorías subjetivas parten de la siguiente idea: un plano objetivo, que se identifica con el causal, no cabe establecer diferencias entre los distintos intervinientes (equivalencia de las condiciones), por lo que todos serían en principio autores.”⁴⁵

Ahora bien, y dentro de un contexto subjetivo, sí se puede distinguir entre los que actúan con *animus auctoris* y los que lo hacen con *animus socii*. Esta posibilidad es la que permite distinguir entre autores y partícipes.

Prima facie, la teoría subjetiva tiene un concepto extensivo de lo que es autor, de índole naturalista, que el derecho pasa a limitar a determinadas personas.

Dicha teoría, según Garrido Montt, “parte la concepción causal de la

⁴⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 289.

premisa de que autor es aquel que ha puesto alguna de las condiciones provocadoras del resultado prohibido. . . Cómplice es aquel que colabora en la ejecución del hecho, o sea ayuda al autor a realizar su actividad delictiva. . . Como en el plano material no es posible distinguir al autor del cómplice, esta doctrina lo hace en el plano subjetivo, según la posición psicológica del sujeto. Es autor el que actúa con ánimo de tal, y se estima que lo tiene aquel que considera la ejecución del delito como *hecho propio*, concepto que los tribunales alemanes precisaron en el sentido de que quien tiene interés personal en el hecho típico lo considera como propio y, por consiguiente es autor.”⁴⁶

La distinción entre la autoría, la inducción y la complicidad, a partir de un concepto extensivo de autor que valore todos los aportes fácticos como equivalentes, sólo puede ser realizada en el ámbito subjetivo.

Así el concepto extensivo de autor conduce a la teoría subjetiva de la participación (o teoría subjetiva de la autoría). Sobre el particular, Muñoz Conde expresa: “Ésta se basa en el ánimo concreto que el interviniente en el delito tenga. Si actúa con ánimo de autor, será autor cualquiera que sea su contribución material al delito; si actúa con ánimo de partícipe, será siempre partícipe.”⁴⁷

Maurach propone un análisis especial sobre la teoría subjetiva. Considera

⁴⁶ GARRIDO MONTT, Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 298.

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis, Bogotá, 1990, p. 200.

que actualmente cabe distinguir la teoría subjetiva extrema y la teoría subjetiva restringida (o bien la teoría subjetiva con introducción de elementos objetivos). Así, expresa que: “La teoría subjetiva extrema parte de la base del concepto causal de la acción (acción a igual a causación). Todas las condiciones serían causales y, por ello, normativamente equivalentes, debido a lo cual el cómplice ‘causaría’ objetivamente lo que hace el autor individual o el coautor. . . De acuerdo con ello, la diferenciación exigida por la ley para la coautoría y la complicidad sólo puede ser trazada en la medida en que tal distinción se traslade al ámbito de lo subjetivo. Es coautor quien ‘quiera como propio’ el hecho común, es decir quien actúe con *animus auctoris*, el cual reemplaza absolutamente a la *potestas auctoris*. Al contrario, es cómplice aquel que ‘quiere como ajeno’ el hecho en el cual colabora y, en consecuencia, manifiesta meramente un más débil *animus socii*. El aporte objetivo al hecho, entre otras cosas la realización de los elementos típicos, es irrelevante tanto para culpar como para disculpar al sujeto que actúa. También aquel que realiza plenamente el tipo en su persona puede ser un cómplice, en la medida en que no quiere como propio ese hecho.”⁴⁸

A manera de comentario, y aun introduciendo una teoría subjetiva extrema y otra restringida, ambas no dejan de colocar aspectos meramente causales para distinguir entre autor, coautor o partícipes, máxime que se deja al arbitrio del sujeto del delito que manifieste si ese hecho lo ejecutó y lo reconoció como propio o como ajeno.

⁴⁸ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 302.

Ejemplo: Si en un delito de homicidio participan dos sujetos, en donde uno de ellos sea quien directamente haya disparado un arma de fuego en contra del sujeto pasivo a quien privó de la vida y, otro de los partícipes del delito sólo haya colaborado en la ejecución de dicho ilícito. Si quien disparó el arma manifestó que no quería el hecho como propio, y el otro partícipe expresó que sí lo quería como propio, aun cuando el segundo sólo colaboró, para la teoría subjetiva eso basta para diferenciar al autor y al partícipe, caso éste irrelevante, ya que no habría una clara distinción entre esas figuras, por lo que la responsabilidad penal estaría sujeta a una condición, en este caso, del propio sujeto activo a efecto de que manifieste a que título quiso el delito.

Al respecto, Maurach asevera que: “tampoco la teoría subjetiva-restringida abandona el punto de vista preestablecido por la teoría causal del delito, en cuanto a que objetivamente todos los aportes a la causación del resultado típico son equivalentes y que, como consecuencia de lo anterior, la autoría que causa el resultado sólo puede ser delimitada respecto de la complicidad causante de ese resultado con ayuda de elementos subjetivos, como lo es el de la dirección de voluntad de los colaboradores. Empero, en posición a la teoría subjetiva extrema, esta dirección de la voluntad no puede ser ‘un hecho meramente interno’. Lo que cada interviniente quiere debe ser ‘investigado valorativamente’ por la vía de una consideración genérica de criterios tanto subjetivos como objetivos.”⁴⁹

⁴⁹ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 308.

En resumen, autor será el que comete el hecho con *animus auctoris*, mientras que el partícipe lo realiza con *animus socii*. Basta que el comportamiento objetivo sea causal, lo definitivo lo constituye el aspecto subjetivo.

Ahora bien, la máxima: "autor es sinónimo de *animus auctoris*, y partícipe es sinónimo de *animus socii*", examinada a la luz de la teoría subjetiva del dolo y de la teoría del interés, según Díaz y García Conlledo, se puede interpretar así: En "el *animus auctoris*, lo que caracteriza al autor, consiste en una voluntad autónoma, independiente, mientras que el *animus socii* del partícipe es una voluntad no autónoma, sino dependiente de la del autor y precisamente subordinada a la misma."⁵⁰

En primer lugar, Díaz y García Conlledo expone que cuando la actividad externa del sujeto y su voluntad interna no coinciden, se producen las dos siguientes consecuencias:⁵¹

"a) Dos personas realizan el hecho (incluso ambos realizan de propia mano las acciones claramente consumativas), pero interiormente cada una de ellas, 'deja al criterio del otro' el que se lleve a cabo la ejecución. En puridad, según la teoría del dolo, esto supondría que ambos han actuado como cómplices y que nos encontramos ante un hecho sin autor y con partícipes, lo cual no parece admisible.

⁵⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 315.

⁵¹ Idem. p. 317

Sin embargo se pretende corregir lo anterior en el sentido de que lo querido por el sujeto no puede contradecir el juicio que se obtenga a partir del desarrollo objetivo de los hechos, es absolutamente válida, pero supone precisamente abandonar la teoría subjetiva, pues significa que, cuando lo subjetiva y lo objetivo no coincidan, habrá que dar relevancia a esto último.”

“b) En segundo lugar, si un sujeto libre y responsablemente ejecuta él sólo y de propia mano todo el hecho, pero interiormente se siente subordinado a la voluntad de otro (aunque no lo este objetivamente), habrá que calificarlo de cómplice, con lo que estamos ante una absurda consecuencia similar a la anterior.”

“Por su parte, y atendiendo a la teoría del interés, queda demostrado que el interés en el hecho, junto con la voluntad de dominio del hecho, es un indicio para comprobar si existe *animus auctoris*, construyendo un entramado de principios para determinar cuándo hay coautoría y cuándo complicidad. La teoría del interés considera que es autor, que tiene *animus auctoris*, quien tiene o persigue un interés propio en el hecho, mientras que es partícipe, que tiene *animus socii*, quien actúa en interés ajeno.”⁵²

Sobre esta teoría, el mismo Díaz y García Conlledo hace la siguiente crítica: “en primer lugar, si en un caso de actuación unipersonal, el sujeto actúa en interés

⁵² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., pp. 320 y 321.

de otro, habría que llegar a la absurda consecuencia de que estamos ante un hecho sin autor (en sentido penal), o sea, ante un hecho en que, pese a darse todos los requisitos típicos (al menos aparentemente, pues, para esta teoría faltaría precisamente uno: la autoría), el Derecho penal no tiene nada que decir. La prueba de que ello no puede ser así es que el propio legislado ha introducido tipos que castigan (lógicamente como autor) a quien actúa en interés ajeno. El interés propio en el hecho no se ve qué relación tiene con la realización del tipo, con la autoría. Más bien parece algo relacionado con el desvalor subjetivo de acción, como un indicador, entre otros, del grado de injusto (finalidad perseguida intención), que se apreciará sobre todo en sede de determinación de la pena."⁵³

Por otra parte y siguiendo con la crítica a la teoría del interés, no se explica bien cómo es posible que alguien intervenga en un delito sin tener algún tipo de interés propio en él, pues lo hará al menos con el interés (propio) de hacer un favor a un tercero, con un fin de gratitud o, al revés, de pura inquina hacia la víctima del delito, aunque el sujeto que actúa en nada se beneficie.

3.1. CRÍTICA AL CONCEPTO EXTENSIVO Y TEORÍA SUBJETIVA

Como todo concepto de autor, el concepto extensivo de autor no escapa a las críticas de los representantes del derecho penal de hoy en día. Algunos de

⁵³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., p.323

ellos refutan el tratamiento que se verifica a partir de la punición de autores y partícipes y, otros más, lo hacen en el sentido de que el concepto extensivo permite un concepto causal de autor. Sin embargo, agruparemos en tres apartados las críticas que, a nuestro modo de ver, nos parece que tienen un contenido mayor de motivación y, por supuesto, justificación.

1.- La primera de las críticas se centra es un rechazo total al concepto extensivo de autor como la teoría subjetiva de la participación, en virtud de que contradice la estructura básica del Derecho Penal vigente, basado en tipos descritos y delimitadores de forma predominantemente objetiva.

Según Jescheck, esto se refleja en que “la ampliación de la punibilidad a toda contribución causal y culpable al hecho disolvería en la práctica a los tipos. Especialmente en los delitos de propia mano y en los delitos especiales, la existencia de tipicidades especiales para la autoría mediata pone de manifiesto que el extraño en modo alguno es considerado con carácter general como posible autor, por mucho que haya querido el hecho como propio. Se añade a esto que la fórmula del ánimo no proporciona ningún elemento racional susceptible de prueba para la distinción, sino que convierte el problema de la delimitación en una cuestión de determinación de la pena.”⁵⁴

⁵⁴ JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, Op. Cit., p. 896.

La teoría subjetiva contradice, la expresión, según la cual el que actúa de propia mano y con plena responsabilidad también puede ser cómplice, porque no quiere el hecho como propio.

Para Enrique Bacigalupo, “el recurso al *animus auctoris* que caracteriza la llamada teoría subjetiva de autor, no ha podido prosperar como consecuencia de sus contradicciones. Al buscarse la distinción entre autoría y complicidad en la subjetividad del agente; la ejecución se ensancha hasta alcanzar a las acciones preparatorias y de ayuda.”⁵⁵

Bacigalupo concluye, “la famosa fórmula creada hace tanto tiempo por los tribunales alemanes, según la cual resulta decisivo para la autoría ‘*el querer el hecho como propio*’, y para la complicidad ‘*el quererlo como ajeno*’, ha chocado frente a la imposibilidad de que el querer interno del sujeto pueda determinar realmente, por una pura volición, qué hecho es propio de él y cuáles no. Las soluciones de algunos casos han puesto fuera de competición los postulados de la teoría subjetiva, sobre todo por habérsela mantenido inclusive en los delitos de propia mano y en los casos en que un sujeto que realiza completamente el tipo no quería el hecho sino como ajeno.”⁵⁶

Dentro del mismo contexto de crítica al concepto extensivo y teoría

⁵⁵ BACIGALUPO, Enrique, *La noción de autor en el Código Penal*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 22.

⁵⁶ BACIGALUPO, Enrique, *La noción de autor en el Código Penal*, Op. Cit., p. 23.

subjetiva, Cury afirma que dicha teoría: “transforma al autor en un concepto residual que se obtiene por exclusión: es autor todo aquel concurrente a la causación del resultado en quien no se presentan las características especificadas por la ley para considerarlo cómplice o inductor.”⁵⁷ Por eso la crítica se centra en que junto con ampliar en exceso la noción del autor, la convierte en una actividad de índole residual, porque en definitiva es autor el que ha puesto una condición del resultado siempre que no sea cómplice o instigador.

Ante tales circunstancias, coincidimos con Cury Urzúa, para quien “la imagen del principal interviniente en el delito aparece desdibujada y despojada de rasgos positivos que perfilen lo propio de su entidad. Los inconvenientes de esta situación son particularmente aparentes cuando se intenta precisar la noción de autor mediato.”⁵⁸

Para nosotros, posiblemente lo más relevante de la crítica al concepto extensivo y teoría subjetiva es que al parecer, rompe por completo los límites impuestos por el tipo legal, toda vez que se entiende que el que tiene interés en el resultado será calificado como autor, aunque no haya ejecutado parte alguna del hecho descrito por la figura delictiva correspondiente y aunque no disponga de control alguno sobre la conducta de quien efectivamente lo realizó.

⁵⁷ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 221

⁵⁸ Loc. Cit.

3.- Existe además, una crítica al fundamento puramente causal. Sobre el particular, Díaz y García Conlledo piensa que "lo criticable no es sólo que se parta de la teoría de la equivalencia de las condiciones y se afirme con ello la imposibilidad de distinguir en el plano objetivo entre autores y partícipes, como ocurre a menudo en los defensores de la teorías subjetivas, pues, como hemos visto, esto no es una característica general del concepto extensivo, ni siquiera en las versiones más causalistas, como las de Mezger y Spendel. . . sino la contradicción de los autores que extraen el concepto extensivo de puntos causales consiste precisamente en dar un valor absoluto para extraer el concepto primario de autor a algo, la causalidad, a lo que se niega todo componente y trascendencia valorativos. " ⁵⁹

4.- Una crítica más se centra en el carácter negativo o secundario del concepto extensivo de autor. Un concepto negativo o secundario de la autoría es en resumen, aquel que no deriva de la misma de unos principios o características propios, sino de la contraposición con los preceptos sobre participación. Ante una conducta humana de intervención en el delito se pregunta si ésta encaja en la definición que de las formas de participación (normalmente inducción y complicidad o cooperación en sentido amplio) hace la ley penal, y, si no es así, la califica de autoría. Es decir, para quienes conciben así la autoría, ésta es la intervención en el delito que no puede ser calificada de participación en sentido estricto.

⁵⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., pp. 272 y 273.

Con base en Roxin, García Conlledo considera que “respecto de la determinación del concepto de autoría, que el rodeo de la negación de la participación es un camino equivocado’. Porque no esta dicho en ninguna parte que alguien deba ser necesariamente autor por el hecho de que no se den los requisitos de la inducción y la complicidad. . . Efectivamente, el más grave error de un concepto de autor construido a partir de los preceptos de participación es que supone que en la intervención en el delito todo es participación o autoría punible, olvidando que puede y debe haber casos de intervención impune.”⁶⁰

Como supuestamente los preceptos de participación son causas de restricción de la pena, suele presentarse en la práctica que el procedimiento que siguen los partidarios del concepto extensivo para determinar si una conducta es autoría o no, es a través de la comprobación de la conducta, es decir, si encaja o no en uno de los preceptos que restringen la misma, es decir en la inducción o la complicidad. Si no encaja en ellos, se tratará de autoría.

4. CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

Después de haber intentado comprender con mayor profundidad la perspectiva del concepto extensivo de autor, a partir de un análisis de su contenido, así como las principales objeciones que la doctrina del derecho penal

⁶⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 282

ha vislumbrado, ahora nos corresponde ingresar a otro ámbito más sobre el concepto de autor, es decir, el concepto restrictivo de autor.

A este respecto, hemos encontrado que en muchos de los casos se cree que esta doctrina es anterior al concepto extensivo de autor y, por tanto, se tendría que estudiar en ese orden; sin embargo para comprender la magnitud de ambas teorías, sólo nos hemos ocupado de interpretar los elementos propios de cada concepto y su respectiva confrontación.

Lo que sí nos queda claro es que el concepto restrictivo o restringido de autor nace con la finalidad de implementar una crítica a las concepciones subjetivas que fueron vertidas sobre la figura del autor. Al respecto Creus asevera: "los vacíos y dudas que quedaron con la aplicación del criterio subjetivo motivaron la búsqueda de uno objetivo para formular la distinción, por lo que se tuvo que recurrir a la llamada *teoría formal-objetiva* que atiende a la realización de la acción descrita por el verbo principal contenido en el tipo: autor es quien realiza esa acción; cómplice es el que, interviniendo activamente en el delito, aun en algunos casos en el desarrollo de la acción misma, no se puede decir que la haya realizado".⁶¹ Y Maurach agrega: "la autoría pues, es la configuración típica fundada en la actividad *propia*."⁶²

⁶¹ CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 384.

⁶² MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 310.

Para Maurach, “la delimitación de la autoría con respecto a la participación solo puede ser ejecutada con la ayuda de medios auxiliares *objetivos*, sin que pueda tomarse en cuenta la voluntad del autor: sólo y siempre es autor aquel que –personalmente o mediante un instrumento humano- realice los elementos típicos legales del tipo respectivo: lo determinante es el aporte típico efectivamente realizado. La consecuencia del concepto restrictivo de autor es la *teoría objetiva de la autoría*.”⁶³

Sobre el concepto restrictivo de autor, Welzel expone que en sus inicios: “determinaba la autoría por el momento de ejecución de una acción típica, mientras que las formas de participación (instigación, complicidad) eran entendidas como causales de extensión de la punibilidad (o mejor como causales de extensión de la tipicidad). Sin embargo, esta teoría parecía ser demasiado restringida por el hecho de relacionar la autoría con la ejecución directa del acto típico; debido a eso no podía abarcar los casos de la llamada autoría ‘mediata’, sobre todo el caso de la realización del hecho mediante un instrumento no doloso.”⁶⁴

El concepto restrictivo de autor entiende, en efecto, que no basta para ser autor la aportación de una contribución causal al hecho, sino que esa aportación debe corresponderse con la descripción típica. Es autor, pues, según esto, el que realiza por sí mismo la acción típica, de ahí que, *a contrario sensu* la sola

⁶³ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 310

⁶⁴ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Op. Cit., p. 119.

contribución a la causación del resultado mediante acciones no típicas no puede fundamentar autoría alguna.

Se denomina restrictivo a este concepto "porque selecciona de entre las contribuciones causales aquellas que se corresponden con la descripción típica (autores), y diferencia, por tanto, los autores de los partícipes, que son precisamente los que contribuyen causalmente a la realización del hecho, pero de forma no contemplada en el tipo penal (teoría de la causación de la participación). Obviamente esta teoría implica que la punición de los partícipes se produce *aunque* no han realizado el tipo penal; en este sentido se dice que las figuras de participación criminal son supuestos de extensión de la pena a la realización de acciones causales, pero atípicas."⁶⁵ Jescheck denomina a esto último teoría objetiva de la participación.⁶⁶

4.1. TEORÍA FORMAL-OBJETIVA

Si entendemos que el concepto restrictivo de autor se basa en su origen en la causalidad y además, exige que esa contribución causal sea acorde con la descripción típica (el tipo), lo que faltaría por definir, y que será lo que nos lleve a determinar una teoría objetiva-formal de autor es precisamente entender la expresión: realizar la acción típica.

⁶⁵ GÓMEZ BENITEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, Op. Cit., p. 119.

⁶⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 892.

A juicio de Gómez Benítez, “realizar ‘la acción típica’ equivale a *ejecutar por sí mismo toda o parte de la acción* (y, en su caso, el resultado) *descrita en el tipo*. Es decir, que es autor el que realiza personalmente actos ejecutivos de la acción descrita en el tipo. Por ‘actos ejecutivos’ se entiende, además, la realización de actos objetiva y formalmente coincidentes con el verbo que alude a la acción descrita en el tipo.”⁶⁷

Por tanto, del concepto restrictivo de autor que se actualiza a partir de la realización de todo o parte de los actos objetiva y formalmente ejecutivos de la acción descrita en el tipo, se deriva el concepto objetivo-formal de autor.

Como podemos apreciar, la teoría formal-objetiva exige que para considerar a una persona autor del delito debemos comprender el concepto de tipo, lo que nos lleva a identificar que se recurre a la acción típica, esto es, recurrir a lo que la ley establece respecto de las conductas delictivas.

Para los partidarios de la teoría formal, encabezados por Beling, señala Cury Urzúa: “es autor quien ha realizado una parte cualquiera del tipo, entendido en el sentido objetivo que le atribuye ese autor. Los partícipes, en cambio, sólo despliegan conductas preparatorias que en sí son atípicas, pero la ley la somete a una pena mediante la creación de los correspondientes tipos subordinados de

⁶⁷ GOMEZ BENITEZ., José Manuel, Teoría jurídica del delito, Op. Cit., p. 120.

instigación y complicidad.”⁶⁸

En consecuencia, con arreglo a la teoría formal-objetiva, es autor quien realiza por sí solo, total o parcialmente, la acción típica de ejecución. Es partícipe quien colabora en la realización del tipo únicamente con una acción preparatoria o de auxilio, o, aquél que aporta cualquier otra contribución causal al hecho.

En visión de Maurach la teoría formal-objetiva de la autoría se caracteriza “porque la ‘ejecución’ del hecho era entendida en un sentido estrictamente técnico-típico. Es autor quien ejecuta personalmente la acción típica y en los delitos pluriactivos todo aquél que realice aunque sea sólo uno de los elementos típicos. Lo interno del autor, su interés personal en el resultado y el dominio espiritual de su ubicación dentro de una pluralidad de sujetos actuantes, es irrelevante. Lo único decisivo es la tipicidad del actuar inmediato, visto en forma puramente objetiva.”⁶⁹

⁶⁸ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 223. Cfr. GARRIDO MONTT, Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Op. Cit., p. 299, quien considera que el sostenedor de la teoría formal-objetiva fue Von Beling, “que a su vez fue creador de la doctrina del tipo penal, en la que centró toda la estructura de la teoría del delito. Su tesis sobre la autoría se funda en los principios causales naturalistas, que pretenden encontrar criterios objetivos que la determinen, y para lograrlo recurre a su noción de tipo: son autores aquellos que ejecutan el todo aparte de la acción contenida en el verbo rector del tipo penal. Los demás son comportamientos accesorios, sea de instigación o de complicidad”. Esta tesis resulta tan restrictiva de la noción de autor, que los delincuentes más peligrosos quedarían excluidos de su limitado ámbito, como sucede con el autor intelectual, aquel que planifica la ejecución, o el jefe de la banda, los que generalmente no llevan a cabo ninguna de las actividades descritas por el tipo penal, sujetos que pasarían a ser meros instigadores. La tesis tampoco puede explicar la autoría mediata, toda vez que esta clase de autor no realiza materialmente parte del tipo; quien lo hace es el instrumento humano”.

⁶⁹ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 311.

Por otra parte, para los defensores de la concepción formal de autor, ésta “resuelve algunos de los problemas más graves que plantea la causal subjetiva. En especial cuida de poner a salvo la exigencia de tipicidad y opera con un concepto *restringido* de autor extraído positivamente de las figuras de la Parte Especial.”⁷⁰

Para Hernández Plasencia, “el gran acierto de la teoría objetivo-formal, a través de la idea de ejecución de la acción típica, y no sin algunas dificultades, lo obtuvo porque supo caracterizar al autor frente al partícipe, pues esta teoría nació para deslindar al coautor del cómplice.”⁷¹

Más que coincidir con esta reflexión de Hernández Plasencia, en estimar como un gran acierto a la teoría objetivo-formal por el hecho de caracterizar al autor frente al partícipe, nosotros nos inclinamos por el razonamiento de Díaz y García Conlledo para quien la gran ventaja de la teoría objetivo-formal es el remitir la autoría al tipo legal, pues de ese modo, se expresa que es autor (en un concepto restrictivo) ni más ni menos que quien la ley quiere, aquel a quien dirige del modo más directo e independiente sus prohibiciones y mandatos.

Por tanto, dice García Conlledo, “el verdadero fundamento de la teoría objetivo-formal, en su principio de que autor es quien realiza el tipo legal, no es otro que la adecuación a la propia ley: si en un concepto restrictivo se parte de la

⁷⁰ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 223.

⁷¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA., Raúl, *La autoría mediata en el Derecho Penal*, Op. Cit., p. 23

idea de que es el tipo el que define la conducta del autor, entonces, autor es quien realiza el tipo. Aquí esta todo lo positivo y todo lo poco aclarativo de la teoría objetivo-formal.”⁷²

En respuesta, para Cury Urzúa la teoría objetivo-formal “conduce a resultados insatisfactorios, a causa de que prescinde por completo de los elementos subjetivos. Así, puede ocurrir muchas veces que una persona se encuentre al frente de toda operación delictual y la controle; a pesar de lo cual no ejecute parte alguna de la acción descrita por el tipo (por ejemplo, el jefe de una organización criminal que envía a sus secuaces con la misma de ultimar a un rival). Conforme a la teoría formal, ese sujeto será únicamente inductor, con consecuencias inaceptables en materia de accesoriadad.”⁷³

En este orden de ideas y continuando con la anterior aseveración, Cury concluye que: “sólo se tratará como instigador a quien se vale de un tercero inocente –no doloso- para la ejecución material del hecho típico (por ejemplo lo invita a disparar contra unos matorrales, convenciéndolo de que lo que se agita entre ellos es una pieza de caza, aunque sabe que, en realidad, se trata de un hombre). En situaciones de esta clase, sin embargo, parece indudable que las riendas del conocimiento típico permanecen por entero en las manos del supuesto inductor, cuya auténtica autoría, por eso no puede ser puesta en duda.”⁷⁴

⁷² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 452.

⁷³ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 223.

⁷⁴ Loc. Cit.

Al referirse a la teoría formal-objetiva, Zaffaroni puntualiza que “ésta se atenia a la relevancia delimitadora del verbo típico. Para esta teoría es autor el que realiza personalmente la acción que está descrita en el tipo. El concepto de autor así obtenido tiene la ventaja de ser sumamente respetuoso del principio de legalidad penal, puesto que se vincula al concepto restrictivo de autor, es decir, que proporciona una concepción según la cual la participación es una ampliación de la punibilidad. No obstante, tiene el serio inconveniente de proporcionar un concepto de autor demasiado estrecho, en cuyo ámbito no tiene cabida la autoría mediata ni tampoco la coautoría, cuando se presenta en la forma de empresa común entre varios sujetos, en la que nadie individualmente realiza la totalidad de la acción típica.”⁷⁵

Dada la diversidad de seguidores y de críticos, lo que sí queda claro es que el concepto restrictivo de autor parte de un principio opuesto al punto de partida del concepto extensivo de autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo.

Sobre este particular, Mir Puig, expone una máxima: causación no es igual a realización del delito. “Para ésta es preciso algo más que la causación. Los tipos de participación serán, pues, ‘causas de *extensión* de la pena’, ya que si no estuvieran previstos por la ley no serían punibles. La diferencia entre autor y partícipe puede ser objetiva, según la clase de contribución al hecho. Las

⁷⁵ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo IV, Primera Edición, Cárdenas Editor, México, 1988, p. 303.

opiniones se dividen a la hora de precisar el criterio que debe decidir cuándo concurre una contribución de autor y cuándo una de partícipe. Se distinguen aquí tres direcciones: la teoría objetivo-formal, la teoría objetivo-material y la teoría del dominio del hecho.”⁷⁶

A manera de acotamiento dentro de la teoría formal-objetiva, autor es, aquel que ejecuta por sí mismo, en todo o en parte, la acción descrita en el tipo penal. Sólo es autor quien realiza el tipo de propia mano al menos en parte. El contraste entre la conducta realizada y los diversos tipos penales de la Parte Especial es determinante para concretar la autoría de un hecho punible.

Por ello, concluye Mir Puig, lo decisivo para esta teoría es “sólo y siempre la realización de todos o algunos de los *actos ejecutivos* previstos expresamente en el *tipo legal*. *Ejemplos*: Es autor quien clava el puñal en el pecho de la víctima, quien toma el dinero de la caja; también quien sujeta a la mujer en la violación o amenaza con un arma a la víctima de un robo mientras toma el dinero otro coautor.”⁷⁷

⁷⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 392.

⁷⁷ Loc. Cit., Cfr. GÓMEZ BENITEZ, José Manuel., *Teoría jurídica del delito*, Op. Cit., p. 121, para quien los puntos básicos del concepto objetivo-formal de autor, son: “1) la ejecución objetivo-formal; 2) personal; 3) de toda o parte; 4) de la acción descrita en el tipo. Naturalmente, la ejecución de esa acción no siempre tiene que ser instantánea, sino que suele admitir un proceso o *iter criminis* desde que se da comienzo a la ejecución de la misma hasta que se concluye; en tal caso, la autoría puede empezar a afirmarse precisamente desde el momento en que alguien da comienzo objetivamente a la ejecución de la acción típica. Si todavía no pudiera afirmarse que objetiva y formalmente el sujeto ha dado comienzo a dicha ejecución, entonces el sujeto sólo estaría realizando impunes actos preparatoria de la acción, pero no actos ejecutivos y, por tanto, no sería todavía autor.”

4. 2. CRITICA A LA TEORÍA OBJETIVO-FORMAL

Toda vez que existen muchos autores que han escrito sobre el tema de la autoría, nos parece muy atinada la crítica que sobre la teoría formal-objetiva de autor propone Mir Puig, como sigue:⁷⁸

“a) En los delitos cuyo tipo sólo requiere expresamente la causación de un resultado, sin medios típicamente determinados, puesto que no viene a ofrecer ningún criterio que permita distinguir entre mera causación y autoría, por lo que conduciría a la misma amplitud del concepto extensivo de autor; ejemplo: todo el que contribuye a la muerte de una persona es causa de su muerte y en este sentido podría entenderse que la “mata”, aunque la contribución haya consistido en inducir a otro a disparar o en prestarle la pistola;”

“b) Bajo el mismo orden propuesto por Mir Puig, una segunda crítica se actualiza a partir de la figura de la autoría mediata. Al respecto, Hernández Plasencia refiere a que concretamente, “se ha señalado que no puede explicar la autoría mediata porque si el autor del delito es el que personalmente ejecuta alguno o todos los elementos del tipo, el autor mediato quedaría fuera de esa conceptualización ya que no realiza de propia no la acción típica, sino a través de otro, y además muchas veces el instrumento tampoco realiza la conducta típica puesto que no actúa dolosamente.”⁷⁹

⁷⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 393.

⁷⁹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, Raúl, *La autoría mediata en el Derecho Penal*, Op. Cit., p. 23.

Según Jakobs, “la posibilidad de sustraerse a la realización del tipo de propia mano conduciendo a otro arteramente a ejecutar el tipo no dolosamente o – mediante coerción- dolosamente, obliga a recurrir complementariamente a la autoría mediata y con ello abandonar el principio.”⁸⁰

Sin embargo, hay otros autores que estiman que la crítica a la teoría objetiva-formal al no explicar la autoría mediata no es decisiva, como es el caso de Díaz y García Conlledo, al considerar que “no hay impedimento para declarar que, en determinadas condiciones, un sujeto realiza una acción ejecutiva o típica a través de otro (del que se sirve como instrumento, cuya voluntad domina).”⁸¹

“c) Una tercera crítica propuesta por Mir Puig refiere a la coautoría, al considerar que “cuando alguno de los intervinientes principales no realiza ningún acto típico en sentido estricto; ejemplo: para alcanzar la fruta de un árbol ajeno, A sube encima de B, de modo que éste no “toma” la fruta. En suma: la teoría objetivo-formal resulta ilimitada en los delitos meramente resultativos y excesivamente limitada, en cambio, en los delitos de medios determinados.”⁸²

Al estar la teoría formal objetiva adherida a la formal, expone Maurach, “no le era posible tomar con suficiente consideración una forma especialmente peligrosa de la coautoría, esto es, el de la división del trabajo consentida en el

⁸⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 734.

⁸¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 530.

⁸² MIR PUIR, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 393.

acontecer delictivo. Ella no podía castigar como autor, sino solamente como cómplice, al jefe de la banda que dirigía el asalto ordenando y controlando, dado que éste, sin intervenir por propia mano, dejaba la parte menos importante a sus cómplices. Ella significaba por lo mismo un absurdo premio al autor más peligroso. Asimismo, esta teoría tampoco está en condiciones de reconocer a la autoría mediata como forma de autoría: el autor mediato no actúa personalmente, sino por medio de otros.”⁸³

A este respecto, la teoría objetivo-formal sólo es formal en cuanto que, aunque remite a los únicos criterios materiales válidos, los contenidos en los tipos, sin embargo no pone de manifiesto cuáles son los mismos.

Sin embargo, para algunos otros autores, entre ellos García Conlledo, la crítica de que la teoría objetivo-formal no explique la coautoría, la misma no convence. Y, sin embargo, es verdad que dicha teoría explique correctamente la coautoría. Ello es así, porque ni la realización, inmediata o mediata de cualquier acción claramente típica bastan para afirmar que un sujeto es autor y tampoco, por tanto, que es coautor (pues la coautoría, en un concepto restrictivo de autor, tiene que ser autoría verdadera y no una extensión de la misma).

Sobre la crítica, Zaffaroni puntualiza que “la teoría formal-objetiva, a su vez, se anunció porque dentro del campo de la conducta, es decir, pre-típica y pre-

⁸³ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 311.

jurídicamente, no era posible hallar criterio objetivo alguno que permitiese una distinción del autor respecto del partícipe: los ensayos que habían querido hacerse en este sentido conducían inexorablemente a un fracaso, puesto que en plano óptico no hay posibilidad alguna de caracterizar la autoría en forma puramente objetiva, es decir, prescindiendo de todo dato sobre la voluntad del sujeto.”⁸⁴

4. 3. LA TEORÍA OBJETIVA-MATERIAL

La teoría objetivo-material intentó evitar los defectos de la teoría objetivo-formal remitiendo a un criterio material más allá de la mera descripción típica: la importancia objetiva de la contribución. Sería autor el sujeto que aportase la contribución objetivamente más importante.

Como su nombre lo indica, lo común de estas teorías es que, para distinguir entre autoría y participación, acuden a criterios distintos a la posición interna del sujeto respecto de su contribución al hecho, siendo por ello objetivas, y que tienen un carácter material, en el sentido de que no se conforman con una mera remisión a los tipos de delito.

Como una forma de justificar la existencia de la teoría objetivo-material, y tomando en cuenta algunas ideas vertidas por José Ulises Hernández Plasencia,

⁸⁴ ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Op. Cit., p. 304.

consideramos que la apertura a una teoría objetiva-material fue precisamente con la idea de que era una difícil tarea para la teoría objetivo-formal de precisar cuáles eran las acciones ejecutivas del tipo, determinando así quién es autor del delito, de ahí que hizo que en el intento por obviar estos impedimentos formales, y sin perderse las características objetivas en el modo de determinación de la autoría, se recurriera a argumentos materiales.

Sin embargo, y ahora sí, en palabras de Hernández Plasencia, “en estas concepciones renace la idea de la causalidad, aunque acudiendo a teorías individualizadas que distinguen entre causa y condición para trasladar este binomio al de autoría y participación, y que por lo ya comentado deben ser rechazadas, pues no sólo no diferencian adecuadamente la autoría de la participación sino que no siquiera entre las propias formas de autoría: La autoría mediata no llega a delimitarse correctamente y queda demasiado restringida, por ejemplo en la teoría de la causalidad psíquica o físicamente producida, pues el autor mediato utiliza ambos tipos de causalidades.”⁸⁵

4. 4. CRÍTICA A LA TEORÍA OBJETIVA-MATERIAL

En primer término, y apoyándonos en los argumentos de Mir Puig, dos críticas cabe formular a la teoría objetivo-material.

⁸⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 30.

Por una parte, desconoce la importancia de lo subjetivo para caracterizar el papel de cada contribución al hecho. Por ejemplo: Para decidir si concurre autoría mediata es decisivo tener en cuenta si el ejecutor material conoce o desconoce la situación. Por otra parte, de poco sirve como criterio delimitador de autoría y participación acudir a una fórmula imprecisa como “mayor importancia objetiva” o “mayor peligrosidad objetiva”.

Lo anterior amerita reconocer que “precisamente su principal desventaja de esta teoría es que ese criterio material se halla normalmente desvinculado del todo de la norma penal típica, lo que hace a estas teorías rechazables desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor.”⁸⁶

Por otra parte, la mayoría de estas doctrinas “se apoyan a su vez en teorías causales diferenciadoras, lo que supone también que están condenadas al fracaso, pues el ámbito de la causalidad no es adecuado para hacer distinciones, y, aunque lo fuera, las mismas no tendrían que vincular en la determinación del concepto de autor.”⁸⁷

Desde la vertiente de la teoría de la simultaneidad, la teoría objetiva-material señala que son autores todos los que actúan en la fase de ejecución del delito (*concurso concomitans*). La virtud de esta reflexión “quizá consista en dejar claro que, en la mayoría de los casos, para que exista autoría, la conducta del

⁸⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 536.

⁸⁷ Loc. Cit.

sujeto ha de guardar una cierta proximidad con la producción del resultado; pero en cualquier caso hace difícil explicar la autoría mediata y, acudiendo a una pura delimitación temporal, impide apreciar los matices diferenciales existentes entre los intervinientes en la fase ejecutiva, y no ya sólo entre autores y partícipes, sino también de los partícipes entre sí.”⁸⁸

En palabras de Jescheck, “tampoco la teoría objetiva-material, entendida de forma puramente objetiva, basta para aprehender todos los momentos relevantes del hecho punible, pues la peligrosidad de las distintas contribuciones al hecho no resulta determinada solamente por el suceso externo, sino también por todo el plan de los intervinientes. Aunque pudieran efectuarse graduaciones en la relación de causalidad, tampoco resultarían decisivas, ya que lo importante para la imputación de un hecho es la forma de conducción del suceso causal.”⁸⁹

Por las razones expuestas, y en opinión de la mayoría de los autores del derecho penal que hemos consultado, la teoría objetivo-material está en desuso, es decir, no encuentra cabida en las legislaciones penales de Alemania (según Welzel, Jakobs, Jescheck y Roxin) y de España (según Mir Puig, Díaz y García Conlledo y José Manuel Gómez Benítez).

Por último, sólo nos corresponde aclarar que para algunos autores, entre ellos Muñoz Conde, el criterio objetivo-material de la autoría es un sinónimo de la

⁸⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 539.

⁸⁹ JESCHECK., Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Op. Cit., p. 894.

teoría del dominio del acto, sin embargo, nosotros discrepamos de dicha afirmación toda vez que sólo basta analizar el origen o fundamento de la teoría del dominio del hecho para identificar que se trata de ámbitos diversos, máxime de los contenidos de ambas. Por tanto, y si bien la teoría objetivo-material constituye en un presupuesto para la aparición de la teoría del dominio del hecho, huelga decir que a éste le interesa tanto lo objetivo como lo subjetivo del autor; siendo esto una máxima no aceptada por la teoría objetivo-material.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Como así lo prevé nuestro tema de investigación, uno de los puntos torales que merece un análisis preferente dentro de este capítulo es precisamente la teoría del dominio del hecho. Así, lo que se pretende realizar es, por un lado, el examen al contenido objetivo-material de la teoría de mérito y, por el otro, la forma en que por su aplicación se identifica al autor, al coautor y al autor mediato en la ejecución de una acción delictiva.

Sin el ánimo de considerarla como una teoría tipo dentro de la ciencia jurídico-penal, la teoría del dominio del hecho es, a nuestro modo de ver, la doctrina que mejor congruencia guarda respecto a la manera en que debe explicarse las formas de autoría, en un esquema de dominio o manejo de la acción.

Por tanto, *prima facie* nos corresponde examinar en qué momento de la evolución de las ideas penales floreció el dominio del hecho y, sobre todo, cuál ha sido su trascendencia. Para ello, me parece indispensable involucrar en este apartado la figura de dos grandes penalistas alemanes que, en distintos momentos, han representado lo más notable en cuanto al estudio del dominio del acto, como son Hans Welzel y Claus Roxin.

En este orden de ideas, y sin que tengamos que hacer un acotamiento especial sobre algún presupuesto en particular, pretendemos analizar en primera instancia el fundamento y la base central del dominio del hecho, esto es, los parámetros básicos de la teoría finalista de la acción, sin perjuicio de que en el seguimiento de nuestra investigación tengamos que visualizar lo que ahora se conoce como teoría de la imputación objetiva, que en lo estructural, deriva de un acontecer finalista.

1. EL FINALISMO COMO PRECURSOR DEL DOMINIO DEL HECHO

Hoy en día se ha puesto de manifiesto lo difícil que resulta proporcionar una auténtica historia dogmática de la teoría del dominio del hecho. Sin embargo, el inicio de su avance, hasta convertirse en la concepción hoy casi dominante se remonta al penalista alemán Hans Welzel.

A mi entender, Welzel es el principal precursor e impulsor de la teoría del dominio del hecho o acto. Basta con revisar la forma en que analiza primeramente la acción humana y luego la acción delictiva para confirmar dicha expresión.

Corroboramos lo anterior, al leer como Welzel emplea el término “dominio final”, que representa lo más característico del dominio del hecho.

Bajo este contexto, expone Welzel, que la “acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer ‘final’ y no solamente ‘causal’.

La 'finalidad' o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente." ⁹⁰

En el mismo sentido y siguiendo al autor en cita, "actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante casual de la constelación de causas existente en cada momento. . . Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal." ⁹¹

Es pues a partir del concepto de acción humana que Welzel sostiene la denominación dominio final del hecho. Sin embargo, no sólo debe analizarse a la acción delictiva sino además, se hace imprescindible el estudio de algunos otros elementos estructurales del delito que en conjunto representan la teoría final de acción.

⁹⁰ WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Versión castellana y notas por José Cerezo Mir, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, p. 25.

⁹¹ *Ibidem*, p. 26.

Uno de los puntos en los cuales Welzel sustenta la teoría del autor es a partir del análisis del injusto; recordemos que esta expresión la vincula en forma separada, sea en delitos dolosos o en delitos culposos.

Lo injusto, subraya Welzel, "no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es sólo antijurídica como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho objetivo, la actitud en que lo cometió, los deberes que le obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. *La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal.*"⁹²

Sobre estas argumentaciones, notamos que Welzel reconoce que la teoría del autor tiene por objeto establecer el centro personal de acción del injusto, es decir, la teoría del autor contiene la última parte de la teoría del injusto. De ahí que para Welzel, los fundamentos de la teoría del injusto, especialmente el tipo y sus límites, son decisivos para la determinación del autor; sobre todo es esencial para la determinación del concepto de autor la diferencia típica entre los delitos dolosos y los culposos.

⁹² WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Op. Cit., p. 67.

Todo lo anterior nos lleva a distinguir entre autor doloso y culposo. Por tanto, "autor de un delito culposo es todo el que mediante una acción que lesiona el grado de cuidado requerido en el ámbito de relación, produce de modo no doloso un resultado típico. . . En cambio, en los delitos dolosos es autor solamente aquel que mediante una conducción, consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo. Mediante el dominio final sobre el acontecer el autor se destaca del mero partícipe, el que, o bien sólo auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incitó a la decisión." ⁹³

Lo expuesto hasta aquí constituye un antecedente del estudio que nos interesa: el concepto final de autor. Este, en palabras de Welzel surge de las determinaciones fundamentales del concepto final de acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que establecer el centro personal de acción del hecho antijurídico.

Es por eso que a la autoría (de un delito doloso) pertenece en general el dominio final sobre el hecho (como elemento genérico personal de lo injusto de los tipos dolosos); a ello Welzel agrega, en muchos casos, como elementos especiales de autor, las características personales objetivas y subjetivas de lo injusto.

⁹³ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Op. Cit., p. 119.

Antes de iniciar la revisión a los criterios jurídico penales de los principales exponentes, examinaremos la forma en que bajo tres criterios, Welzel construye el concepto de autor:⁹⁴

“1. La característica general de autor: el dominio final sobre el hecho. Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho.”

Sobre este particular y a manera de ejemplificar lo expuesto por Welzel, el artículo 302 del Código Penal Federal, prevé que: “Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro”. Por tanto, si el sujeto “y” ha pensado en privar de la vida a “z”, con lo que empieza a llevar a cabo una serie de actos para cumplir su objetivo, como puede ser comprar un arma o adquirir veneno y, esperar el momento para realizar su acción delictiva; al momento de llevarla a cabo, “y” sería el señor del hecho por ser una decisión personal, voluntaria y final del autor del delito; caso éste que no admite ninguna duda, en virtud de poseer el dominio de todo su proceder.

⁹⁴ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Op. Cit., p. 120.

“2. Las características especiales de autor:”

“a) Las características subjetivo-personales de autor: las intenciones especiales, tendencias y formas de ánimo, como por ejemplo la intención de apropiación, la tendencia lasciva, el ánimo cruel.”

“b) Las características objetivo-personales de autor: las posiciones de deber del autor, como por ejemplo, médico, abogado, funcionario público.”

Conclusión: *el dominio final del hecho es la característica general de la autoría.*

En cuanto a estas consideraciones finales, Roxin expresa: “Pero Welzel no considera al ‘dominio final del hecho’ así caracterizado como criterio necesariamente único de la autoría. Más bien entiende que la autoría a menudo también depende ‘en todo su contenido con sentido social’ de otros ‘elementos personales del autor’ como por ejemplo los requisitos objetivos de autor . . . y los elementos subjetivos de la autoría, como el ánimo de lucro o la tendencia lasciva. . . Allí donde el tipo comprende tales requisitos de la autoría, objetivos o subjetivos, sólo cuando se reúnen esos tres requisitos del autor existe autoría. Aquel a quien le falta uno de ellos queda necesariamente descartado como autor.”⁹⁵

⁹⁵ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*, Trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2000, p. 88.

Así pues, la mayoría de los principales exponentes del Derecho Penal coinciden en que fue precisamente Welzel quien acuñó la base de la teoría del dominio del hecho, y quien bajo los lineamientos del finalismo, propuso un nuevo concepto de autor. Así lo considera Bockelmann para quien Welzel impuso un nuevo sentido al concepto de autor, al decir que: "Autor es únicamente quien tiene el dominio del hecho (es señor del hecho) 'consciente de finalidad'. El dominio finalista del hecho es la característica de la autoría; falta en el partícipe. Su existencia en el autor principal es presupuesto de toda participación. Una auténtica participación es por tanto posible únicamente en la autoría dolosa."⁹⁶

2. CONTENIDO CONCEPTUAL DEL DOMINIO DEL HECHO

Asignarle un concepto al dominio del hecho es una tarea que hasta ahora nadie ha resuelto. Esto es así toda vez que quienes lo analizan prefieren explicar las razones de su surgimiento y sus características específicas a nivel de autoría y participación. Sin embargo, y como lo mencionamos en el apartado que antecede, la teoría del dominio del hecho tiene su origen en el finalismo y en la tesis de que en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho, del mismo modo que ve lo decisivo de la acción en el control final del hecho.

⁹⁶ BOCKELMANN, Paúl, *Relaciones entre autoría y participación*, Trad. por Carlos Fontán Balesra, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 40.

Muchos han sido los exponentes del Derecho Penal que han coincidido que el florecimiento del dominio del hecho se origina, más que como una teoría nueva, como una teoría crítica, esto es, una teoría que intentaba combatir a las antiguas teorías objetivas y subjetivas del autor, de tal suerte que la teoría del dominio del hecho es conocida también como teoría final objetiva o teoría objetiva del dominio del hecho.

Corroborando lo que expusimos en el párrafo que antecede, para Reinhart Maurach, el dominio del hecho en parte “surgió como una mera reacción defensiva, frente a las indeseables consecuencias de la teoría subjetiva extrema de autor, y en tal medida se limita a ciertas correcciones objetivas ‘de autoría’ en el entramado de una teoría de la participación, cuya construcción sigue siendo subjetiva; también en parte ella debe su surgimiento a una básica contradicción frente al concepto causal de acción; y también en parte se presenta como una combinación de ambas concepciones.”⁹⁷

En este sentido, concluimos que la teoría del dominio del hecho constituye en sí misma una crítica a las anteriores teorías de la autoría y participación, que no llegaron a explicar las diferencias entre autoría, coautoría, autor mediato y, desde luego, las formas de participación, lo que llevo a Welzel a replantear la

⁹⁷ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 314.

formula de la autoría, pero ahora a partir de la acción final; es decir, se inicia la explicación teniendo como punto de partida la finalidad del sujeto en la comisión del delito. Con esto se da inicio a una teoría diferente conteniendo aspectos materiales y objetivos y desde luego, el aspecto subjetivo de intención o fin. Atento a lo anterior, recordemos que el elemento común de las teorías material-objetiva y formal-objetiva es el rechazo de la distinción entre coautoría y participación sobre la base exclusiva del elemento de la voluntad de autor y, asimismo, el reconocimiento de un rol dominante en dicha delimitación al acontecer objetivo, a la verdadera distribución de fuerzas entre los distintos colaboradores.

Siguiendo con estas impresiones y bajo las consideraciones expuestas por Maurach, para éste, la base de la teoría material-objetiva puede remitirse en amplia medida, "al trabajo previo ya realizado por la teoría formal-objetiva; si conforme a la teoría formal-objetiva corresponde afirmar la autoría debido a la realización por mano propia de la totalidad de los elementos típicos, ello también rige para la aquí sostenida consideración material-objetiva: ésta siempre acepta para sí el concepto estrecho y vinculado al tipo del dominio objetivo del hecho. Pero además de ello, el mismo principio puede ser alcanzado materialmente, por la vía de un análisis de todos los elementos comunes a la totalidad de los hechos dolosos. Este elemento se encuentra en la *dirección final del acontecimiento típico por parte del autor, en el tener en las manos el curso típico de los*

acontecimientos, al cual se extiende el dolo."⁹⁸

En palabras de Zaffaroni, "el concepto de *dominio del hecho* se asienta sobre la finalidad y, por consiguiente, se halla muy cerca del dolo. No obstante, pese a ser la idea básica para la individualización delimitadora de la autoría dolosa, no debe confundirse 'dolo' con 'dominio del hecho'. Se ve claramente que no puede superponerse sin más, porque con dolo también actúan los partícipes y, sin embargo, no tiene el dominio del hecho. Es indiscutible que el dominio del hecho y el dolo se superponen cuando se trata del autor único o de coautores que actúan sin cómplices o instigadores, pero cuando en el hecho concurren partícipes, el dolo resulta más amplio que el dominio del hecho."⁹⁹

Bajo estas consideraciones, nos atrevemos a considerar al dominio del hecho como un argumento en favor de la posición del dolo en el tipo. En realidad, es evidente que desde la teoría final de la acción, el elemento característico de la autoría ha de buscarse en el dominio del hecho.

⁹⁸ MAURACH, *Derecho Penal Parte General*, pp. 315 y 316. Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, p. 124, para quien la realización del tipo "parece en efecto, el criterio más seguro para la comprobación de la figura del autor, pero no puede reducirse esa realización del tipo al sentido objetivo-formal, sino que, en los delitos comunes dolosos que nos ocupan, hay que entenderla como tener en la mano dolosamente la complementación de la descripción típica, es decir, dominar el curso o realización del hecho. De la mera ejecución objetivo-formal se pasa, pues, a un concepto material de ejecución, que la entiende como realización del tipo, y que afirma que el tipo lo realiza tanto el que ejecuta la acción típica en sentido objetivo-formal como el que no lo ejecuta en ese sentido, pero tiene también el dominio de su realización. El dominio del hecho es, pues, el criterio básico de imputación objetiva al autor en estos delitos, tanto cuando éste realiza actos de ejecución en sentido objetivo-formal, como cuando no los realiza. Puede decirse, por eso, que la teoría del dominio del hecho contempla la realización del tipo como pertenencia objetiva del hecho a su autor, y supera así la concepción objetivo-formal que atiende exclusivamente a la ejecución formal del verbo típico. En este sentido, el dominio del hecho es expresión de la finalidad dolosa del autor: el dolo forma parte, pues, del dominio del hecho."

⁹⁹ ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Op. Cit., p. 309

De ahí que si afirmamos que la acción humana es un suceso finalmente dominado por la voluntad, la cuestión de quien ha realizado una acción y, por tanto, quien es autor de la misma, nos remite a aquel que ha tenido el dominio final del suceso.

Sobre el tema López Barja escribe: "No obstante, debe indicarse que esta teoría no está vinculada necesariamente a la teoría final de la acción, pues, es posible sostener la teoría del dominio del hecho con una teoría de la acción distinta, siempre que se acepte que la posición correcta del dolo es en el tipo." ¹⁰⁰

3. LA APARICIÓN DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA DOGMÁTICA PENAL

Por otro lado, y atendiendo a consideraciones de carácter dogmático, se ha puesto de manifiesto lo difícil que resulta proporcionar una auténtica evolución dogmática de la teoría del dominio del hecho. El inicio de su avance "hasta convertirse en la concepción hoy casi dominante se remonta a Welzel; pero las características del concepto proceden de Hegler, y su contenido material puede rastrearse hasta los comienzos de las teorías de la participación." ¹⁰¹

¹⁰⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Ediciones Akal, Madrid, 1996, p. 29.

¹⁰¹ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 86.

En palabras de Roxin, las ideas de Lobe constituyen la primera formulación cabal de la idea del dominio del hecho.

Roxin, hace hincapié que Lobe parte de un crítica a la doctrina del *animus auctoris*, en donde descubre una reflexión de dicho autor muy significativa: "Lo esencial para la autoría no es. . . sólo la existencia de una *voluntad con el contenido* de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de manera que el hecho *se ejecute bajo su dominio*; que la voluntad también domine y dirija la ejecución tendente a su realización. . . Quien es autor se determina, por tanto, con arreglo a estos dos elementos *subjetivo-objetivo*. . . Se posibilita así también una delimitación suficiente de la participación con respecto a la autoría. En la participación falta el dominio de la acción ejecutiva, encaminada a realizar el resultado, siendo esta acción más bien desencadenada y dominada por la voluntad de otro. En este contexto habla Lobe del '*animus domini*' en conexión con e correspondiente *dominare* al ejecutar como criterio de la autoría." ¹⁰²

De lo anterior, concluye Roxin, "aparecen ya expuestas concisamente las ideas básicas, aún válidas de la teoría del dominio del hecho. También se hacen fructificar, si bien a menudo aún de la mano de la teoría subjetiva, para resolver las cuestiones de participación. No obstante se suele considerar como fundador de la teoría del dominio del hecho a Welzel y no a Lobe, lo cual obedece a

¹⁰² ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 86

cuestiones históricas. Y es que Welzel fue el primero en otorgar efectividad a esta teoría. . . El propio Welzel no enlazó con Lobe. . . Tampoco se refiere a ningún otro de los autores que antes de él habían aplicado el concepto de dominio del hecho en la teoría de la participación. Tampoco emplea como materiales para su doctrina las heterogéneas teorías objetivas y subjetivas de la participación existentes en su tiempo.”¹⁰³

En efecto, sostiene Roxin: “. . . Welzel establece como punto de partida metodológico a propósito del dominio del hecho en que se aleja con respecto al normativismo neokantiano, con su separación del ser y el valor, y el giro hacia lo ontológico, a la concepción de la autoría y la participación como las manifestaciones características del actuar final dentro del mundo social. Obtiene así el contenido material de su distinción, por un lado, a partir del concepto final de acción por él desarrollado, y por otro, de los principios de la monografía de Lange sobre el ‘concepto moderno’ de autoría.”¹⁰⁴

Y agrega Roxin a propósito de Welzel: “En detalle, de la primera conformación de su teoría del dominio del hecho resulta, resumiéndola, la siguiente imagen: Así como en la doctrina de la acción hay que distinguir entre la realización final del delito doloso y las causaciones ‘ciegas’ con respecto al resultado de los tipos imprudentes, también hay que distinguir nítidamente la autoría dolosa de la imprudente. No existe un concepto común de autor. El autor

¹⁰³ Ibidem, p. 87.

¹⁰⁴ ROXIN Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. 87.

imprudente es 'simplemente concausa del resultado producido'. Dado que todas las causas son equivalentes, tampoco es posible distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes, Para ellos es, pues, determinante el concepto extensivo de autor, el principio de autoría unitaria."¹⁰⁵

Por el contrario, finaliza Roxin, "en el ámbito del actuar final, esto es, en los delitos dolosos, rige un concepto final de autor. Autor es sólo el que tiene el dominio final del hecho. Welzel desarrolla entonces su teoría sólo en términos muy generales. Señor del hecho y, por tanto, autor es aquel que, consciente del fin, lo configura en su existencia y forma de ser; inductores y cómplices tienen dominio sobre su participación, pero no sobre el hecho mismo. En otro lugar señala que "en el dominio del hecho se trata de la simple realidad de que la persona puede poner en práctica la configuración del futuro (de la causalidad) con arreglo a un fin que se señala... No la vaga voluntad del autor, sino el efectivo dominio del hecho final es lo que constituye el criterio esencial del dominio del hecho. Así, incumbe el dominio del hecho a aquel que ejecuta su resolución con vistas a un fin."¹⁰⁶

Así pues, y a manera de precedente, para Welzel la coautoría es la "ejecución, distribuida entre varias personas, de actos parciales, interrelacionados finalmente, de una resolución de actuar sustentada conjuntamente por todos. El dominio del hecho corresponde ahí a todos conjuntamente. Así pues, sólo puede ser coautor aquel que es cosustentador de la resolución del hecho. Siendo así,

¹⁰⁵ ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, Op. Cit., p. 87

¹⁰⁶ Ibidem, pp. 87 y 88.

basta para fundamentar la coautoría incluso una mera acción de auxilio en la realización del delito, por cuanto que “emprender las acciones ejecutivas constituye para los ejecutores al propio tiempo la realización común de la resolución del hecho adoptada conjuntamente por parte del que auxilia.”¹⁰⁷

Dominar el hecho es pues, someter, manejar, controlar, tener como suyo un determinado acto del cual somos capaces de decidir por ser nuestra la voluntad de actuar. De tal suerte que se otorga la calidad de autor al que domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el si y el cómo de la producción del delito, dirige el proceso que desemboca en dicha producción.

4. EL CARÁCTER OBJETIVO, SUBJETIVO O MIXTO DEL DOMINIO DEL HECHO

Desde que se formuló la teoría del dominio del hecho comenzó a debatirse si por sus características, podría encuadrarse o no dentro de las teorías subjetivas. Esto en razón a que se encontraba cierta afinidad de aquélla con éstas, porque el dominio suponía una dirección consciente del curso causal y una voluntad de realización del tipo. De ahí que el intento de averiguar si se trata de una teoría subjetiva u objetiva adquiere, evidentemente, gran importancia y repercusión sobre su ámbito de aplicación.

¹⁰⁷ ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, Op. Cit., p. 88.

López Barja de Quiroga previene que “es común caracterizar a esta teoría como una teoría material-objetiva, puesto que la realización del tipo está basada en un concepto material y no en criterios formales. El elemento material consiste en el control del suceso típico por parte del autor.”¹⁰⁸

Sin embargo, para otros autores como Hernández Plasencia, existe una posible mezcla tanto de las teorías objetivas como subjetivas, haciéndolas mixtas. Así, observa que “la relación existente entre el autor y el dominio puede definirse como subjetiva, si se precisa una conciencia o voluntad de dominio en el sujeto con respecto al hecho que realiza; puede ser objetiva, si el dominio del hecho deriva de lo que hace el sujeto con independencia de que sea consciente o no de su dominio sobre el acontecimiento típico o de su voluntad de dominarlo; y, finalmente, también puede conceptuarse como objetivo-subjetiva, si no sólo haya que dominar el hecho desde el punto de vista fáctico-objetivo, sino que es preciso también conocer que se ostenta dicho dominio.”¹⁰⁹

Sobre la misma problemática respecto a la identificación del carácter del dominio del hecho, para Maurach, igual que la acción típica y contraria a la norma, también la autoría se compone de elementos objetivos y subjetivos. Por tanto, observa que “el dominio del hecho es un elemento objetivo de autoría y por consiguiente al mismo tiempo elemento típico objetivo y, por ende, objeto del tipo subjetivo. En otras palabras, el elemento objetivo de autoría en el tipo objetivo se

¹⁰⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Op. Cit., p. 29.

¹⁰⁹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 68.

encuentra correspondido por un elemento subjetivo de autoría en el tipo subjetivo: la *voluntad de dominar el hecho*. El dominio objetivo del hecho y la voluntad en tal sentido componen el elemento de autoría del *dominio final del hecho*.”¹¹⁰

De las anteriores aseveraciones podemos determinar que el tipo objetivo abarca el dominio objetivo del hecho (elemento objetivo de la autoría), mientras que en el tipo subjetivo se encuentra la voluntad de dominar el hecho (elemento subjetivo de la autoría).

4.1. CRITERIO SUBJETIVO

Tradicionalmente se habla de teorías subjetivas para identificar aquellas que exigen en el sujeto una especial disposición de su voluntad o ánimo respecto a su propia forma de intervención, elemento subjetivo, por tanto, va más allá del dolo: *animus auctoris* para ser autor.

Sin embargo, la mayoría de los partidarios de la teoría del dominio del hecho, cuando se refieren al elemento subjetivo del mismo, lo relacionan con la finalidad, o sea con el dolo, naturalmente no con el dolo entendido simplemente como conocer y querer la producción de un resultado (o una actividad), que lógicamente también concurre en los partícipes, sino con el dolo entendido como voluntad consciente de realizar concretamente aquello que objetivamente

¹¹⁰ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 316.

fundamenta el dominio del hecho. En otras ocasiones, los partidarios del dominio del hecho hablan de que el autor debe conocer las circunstancias del hecho y, además debe ser consciente de las circunstancias fácticas que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento.

Pues bien, "se exija finalidad o se exija conciencia, lo que está claro es que ello nada tiene que ver con la posición interna del sujeto respecto a su forma de intervención en el hecho, nada tiene que ver con querer el hecho como propio o ajeno, con tener voluntad preponderante o no, con actuar en interés propio o ajeno., es decir, que en este sentido, desde luego, la teoría del dominio del hecho no es subjetiva, y ni siquiera es mixta, pues, para calificar de tal a una teoría, ésta tendría que afirmar que es autor quien objetivamente lo sea y además quien, sin serlo, actúe con *animus auctoris* , o bien es autor quien, actuando con *animus auctoris*, cumpla además los requisitos objetivos de la autoría."¹¹¹

Bajo estas consideraciones, no hay que pasar por alto que los defensores de la teoría subjetiva exigen como elemento de la misma la finalidad, esto es dolo, o bien conciencia, hasta el punto de considerar que si falta este elemento no se puede hablar de dominio del hecho, razones éstas un tanto exageradas y desvirtuadas. Por eso, García y Conlledo considera que sólo en ese sentido

¹¹¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 575.

cabría llamar a la teoría del dominio del hecho como teoría objetivo-subjetiva.¹¹²

En otras palabras, para las teorías subjetivas, "la cualidad de autor se desprende de la actitud interna que adopta el sujeto --*animus auctoris o animus socii*-- con respecto al hecho delictivo. Precisamente, a la formulación del dominio del hecho de Welzel se le ha calificado como continuadora de la teoría subjetiva de la participación cuando aquél afirmaba que señor sobre el hecho es quien lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. . . Por ello, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio del hecho."¹¹³

En definitiva, la presencia indispensable de una actitud psíquica en el autor para configurar el acto típico, es decir, una conciencia de dominar, convierte así al dominio del hecho esencialmente en una fórmula subjetiva para determinar o excluir la autoría.

¹¹² Lo que aquí importa es decidir cuando un sujeto es autor. Cfr. Claus Roxin, *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 90, para quien en el "caso del médico que dolosamente (con dolo de que se produzca la muerte) entrega la inyección al colega, aparentemente lo que decide la situación de dominio del hecho por parte del primer médico es precisamente que él actúa con dolo, con finalidad consciente o con conciencia de las circunstancias que fundamenten su dominio (conciencia de que la inyección tiene veneno y que el otro no lo sabe), y que el segundo médico no lo tiene. En este caso ya se podría afirmar que la existencia de dolo en el primer médico no es lo que fundamenta su dominio de la situación, sino esta existencia de dolo unida a la no existencia de dolo (o conciencia) en el segundo médico. En este supuesto, la acción que realiza el instrumento es una acción de matar; la acción de poner la inyección determina que se produzca la muerte. El que el sujeto sepa o no sepa es por tanto algo secundario para determinar quien es autor, lo fundamental es lo que el sujeto haga; y no cabe duda que poner la inyección venosa es una acción que determina más que ninguna otra el sí y el cómo de la muerte, domina positivamente la misma; sólo porque se da esta acción se podrá empezar a hablar de autoría (de quien sea)."

¹¹³ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 68.

4.2. CRITERIO OBJETIVO.

Para otro sector doctrinal, lo que caracteriza el dominio del hecho es la conducta material (objetiva) que desarrolla el sujeto en la ejecución del hecho típico, sin desconocer que, para afirmar la autoría del sujeto, es necesario que éste tenga conciencia (dolo) de que está dominando el hecho, pero el dolo no es algo que pertenezca al dominio sino al tipo del delito.

Con la firme idea de que prevalezcan en el dominio del hecho sólo criterios objetivos, y sin otorgar una importancia expresa a criterios puramente subjetivos, los defensores de esta teoría objetiva, reconocen que el único elemento subjetivo imprescindible para el dominio del hecho es el dolo, pues, de no ser así, el dolo y el dominio (objetivo) del hecho no fundamentarían la autoría de un delito.

Como ya lo apuntamos al inicio de este capítulo, en Maurach, "el elemento objetivo de autoría consiste en tener en las manos el curso del acontecer típico, en la posibilidad fáctica de dirigir en todo momento la configuración típica."¹¹⁴

Ante estas afirmaciones, notamos que Maurach intenta distinguir al autor objetivo de un delito como quien tiene el dominio, quien maneja el control de su conducta típica, pensamiento éste de carácter material.

¹¹⁴ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 317.

Frente a la autoría, “toda forma de participación se caracteriza por la ausencia del dominio del hecho en el colaborador; el dominio del hecho es un elemento objetivo necesario de autoría en los hechos punibles dolosos en todas sus formas.”¹¹⁵

A pesar de lo convincente que resulta la alternancia del criterio objetivo o subjetivo como sustento del dominio del hecho, siendo este un criterio mixto, otros autores lo analizan desde un ámbito objetivo-material que desde luego, tiene que ver, como ya lo apuntamos, con quien maneja la conducta típica.

Bajo ese criterio objetivo-material coloca Muñoz Conde al dominio del hecho mantenido por los finalistas. Según este criterio, expone, “es autor quien domina finalmente la realización del mismo, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización. Este concepto, con ser ambiguo, es el más apto para delimitar quién es autor y quién es partícipe, porque, por más que sea a veces difícil precisar a cada caso quien domina realmente el acontecimiento delictivo, está claro que solo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser considerado autor.”¹¹⁶

Ese mismo criterio sigue Carlos Creus para quien la teoría material-objetiva, que no puede llegar a coincidir ni a confundirse con la formal-objetiva, “es la del dominio del hecho, para la cual justamente es autor quien tiene ese dominio, aún

¹¹⁵ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 317

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*, Op. Cit., p. 200.

cuando, en el caso concreto, se haya limitado, en el aspecto ejecutivo, a realizar un aporte que no se adecue al concepto de causalidad típica (se puede sostener que es autor quien no mató, no se apoderó o no engañó en cuanto en sus manos haya estado el dominio del hecho), quien no haya dominado el hecho, no puede ser autor, por más que su aporte haya sido determinadamente causal. Quien no reúna en su conducta las características de ese poder, no será más que participe (en sentido estricto)."¹¹⁷

Grosso modo, la teoría del dominio del hecho, implica reconocer al autor como señor de la realización del tipo, carácter que sólo asume el que mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, se coloca en ese papel (criterio objetivo).¹¹⁸

Ahora bien, si intentáramos cotejar las anteriores consideraciones de autoría frente a los delitos con pluralidad de partícipes, podemos afirmar, tomando en cuenta las exposiciones del mismo Creus, que todos son cooperadores, pero, entre ellos, únicamente es autor quien dolosamente tiene en sus manos el curso del suceso típico, pudiendo voluntariamente interrumpir o dejar correr la realización del resultado total, caso éste evidente si tomamos en cuenta la

¹¹⁷ CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 386.

¹¹⁸ Cfr, MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 319, al manifestar que "quien por sí solo realice la lesión contraria a la norma descrita e el tipo es necesariamente poseedor del dominio final del hecho, manifestando en forma exclusiva el elemento objetivo de autoría. Esta es la que surge de la esencia de la autoría como elemento de la infracción normativa y, con ella, del tipo."

naturaleza misma del dominio del hecho; argumentos estos ya expuestos por el propio Maurach.

Por otro lado, hasta hoy en día autores como Enrique Bacigalupo estiman que “si bien existe acuerdo respecto del contenido del dominio del hecho en el sentido de que siempre implica la disponibilidad de la decisión sobre la consumación o desistimiento del delito, no así del problema relativo a la naturaleza de los elementos que determinan el dominio del hecho.”¹¹⁹

A mi modo de ver, Bacigalupo encuentra discrepancia respecto a la forma de concebir el dominio del acto desde un enfoque finalista (que emplea una característica objetiva) y desde un enfoque causalista (que emplea una característica subjetiva). Sin embargo, no basta con afirmar lo objetivo o subjetivo del dominio del hecho, sino lo que debe interesar es bajo que forma se puede concebir tanto a la autoría como la participación.

Es pues un tema de discusión la identificación del dominio del hecho dentro de criterios objetivos o subjetivos, lo que resulta que, a propósito del dominio del hecho Jescheck diga: “Ni una teoría puramente objetiva ni otra puramente subjetiva resultan, pues, apropiadas para fundamentar de forma convincente la esencia de la autoría y, al mismo tiempo, para delimitar acertadamente entre sí autoría y participación.”¹²⁰

¹¹⁹ BACIGALUPO, Enrique. *La Noción de autor en el Código Penal*, Op. Cit., p. 46

¹²⁰ JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, Op. Cit., pp. 897 y 898.

Jescheck decía que el punto de partida para resolver la problemática de la objetividad o subjetividad del dominio del hecho es estudiarlo a partir del concepto restrictivo de autor y la conexión que supone con el tipo legal.

El mismo Jescheck argumenta que, “no toda contribución causal al resultado típico puede, pues, fundamentar la autoría, sino en principio sólo la realización de una acción típica. Esta, sin embargo, no puede entenderse únicamente como un actuar con una determinada actitud, ni como un suceso puramente perteneciente al mundo exterior, sino como una unidad de sentido objetivo-subjetiva. El hecho aparece, así, como la obra de una voluntad que conduce el suceso. Más no sólo la voluntad de conducción resulta decisiva para la autoría, sino también la importancia material de la parte que cada interviniente asume en el hecho. Por ello, sólo puede ser autor quien, en atención a la importancia de sus aportación objetiva, contribuya a dominar el curso del hecho.”¹²¹

Y concluye el mencionado autor que, **“la realización de propia mano y plenamente responsable de todos los elementos del tipo fundamenta siempre la autoría.** . . El concepto de autor, sin embargo, no puede limitarse, como suponía la teoría objetivo-formal, a la realización de una acción típica en el sentido estricto de la palabra. La interpretación de los tipos pone de manifiesto,

¹²¹ JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, Op. Cit., p. 898.

por el contrario, que la descripción de la acción, cuando el resultado tiene lugar mediante la cooperación de varias personas, ha de entenderse de una forma material que amplíe el sentido literal.”¹²²

De lo anterior se colige que Heinrich Jescheck asume como antecedente del dominio del hecho una teoría objetiva-subjetiva, con un ingrediente material, atendiendo a la intervención de dos o más sujetos en la comisión del delito, esto es, tratándose de coautoría o autoría mediata. En síntesis, Jescheck asume un criterio mixto.

Por otro lado, y siguiendo en la temática de visualizar o descubrir la base teórica del dominio del hecho, autores como Gimbernat Ordeig coinciden con Jescheck, en el sentido de colocar, por una parte, la idea del dominio del hecho como una continuación de la teoría subjetiva, porque el partícipe somete su voluntad a la del autor de tal forma que deja al criterio de éste el que el hecho llegue o no a consumarse. “Este ‘dejar al criterio’ es lo que constituye el *animus socii*. Esta conexión entre dominio del hecho y teoría subjetiva la encontramos ya en Welzel. . . Pero el dominio final sobre el hecho, el dominio sobre la decisión y su ejecución real lo tiene sólo el autor.”¹²³

Sin embargo, habría que subrayar que Gimbernat no reconoce que el

¹²² JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, Op. Cit., p. p. 898.

¹²³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1966, pp. 124 y 125.

dominio del hecho sea una teoría objetiva-subjetiva. Por el contrario, esta convencido que la doctrina del dominio del hecho es una teoría totalmente objetiva. Y así expresa: "El que tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad que le dé la gana: el dominio del hecho lo seguirá teniendo. Y el que no es titular del dominio del hecho, aunque se ponga como se ponga, aunque tenga voluntad de autor, aunque quiera el hecho como propio, no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía."¹²⁴

Ahora bien, "cierto que es preciso que el titular del dominio del hecho sepa que lo tiene. . . que conozca 'las circunstancias fácticas que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento'; cierto que este 'dolo' del dominio del hecho es algo más que un mero 'presupuesto de imputabilidad': es ya una parte integrante del dominio del hecho, del que desconoce los factores objetivos constitutivos del dominio del hecho no se puede decir que lo tenga, pero que por falta de dolo, no le es imputable, sino que la ignorancia de la situación objetiva lleva consigo ya la no existencia en el sujeto del dominio del hecho."¹²⁵

A manera de resumen, y atendiendo las ideas de Gimbernat Ordeig nos atrevemos a manifestar lo siguiente: sin dolo no existe dominio del hecho. Por tanto, querer llamar por ello a esta doctrina objetiva-subjetiva sería olvidar lo que tradicionalmente quiere decir subjetivo dentro del marco de la teoría de la

¹²⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y Cómplice*, Op. Cit., p. 126.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 126 y 127.

participación. Quiere decir que el sujeto que se da cuenta de lo que objetivamente sucede puede ser autor o cómplice, según que sea una u otra la disposición de su ánimo. Y con esta concepción la doctrina del dominio del hecho no tiene nada que ver.

Por tanto, según la teoría del dominio del hecho, el autor aparece como el señor del acontecimiento que lleva a la realización del tipo. De manera que el autor no es sólo quien realiza la acción con sus propias manos, sino también quien causa y domina el suceso que conduce al resultado.

Para concluir y con el afán de justificar la necesidad de aceptar al dominio del hecho como una objetiva, se aclara que la importancia radica precisamente en lo siguiente: Es precisamente la de "poder aplicar este criterio para distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes, pues, como es evidente, en los dolosos, si no hay dolo, da igual que se acepte el dominio como puramente objetivo (el sujeto no responderá, por falta de dolo) o que se exija dolo para la existencia de dominio (el sujeto no responderá, faltando el dolo, por falta de dominio y, con ello, de autoría): en ambos casos falta el carácter típicamente antijurídica en la acción del sujeto." ¹²⁶

4.3. CARÁCTER MIXTO

Hoy en día se ha pensado que el dominio del hecho es una teoría objetivo-subjetiva y, efectivamente, aunque el dominio del hecho supone un control final (subjetivo), no requiere sólo la finalidad, sino también una posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho.

Para calificar al dominio del hecho como una teoría objetiva-subjetiva, se requiere una síntesis de la teoría del dolo y de las doctrinas objetivas. En la actualidad, mayoritariamente se le atribuye a la teoría del dominio del hecho un carácter mixto, objetivo-subjetivo, dado que combina ambos elementos.

En efecto, el dominio del hecho cobra relieve cuando al control material de la situación típica se le añade el conocimiento sobre esa situación de control. No basta "únicamente, por tanto, con controlar objetivamente el hecho para afirmar que existe dominio del hecho ni, por supuesto, la creencia de que se domina un hecho. Es decir, el dominio del hecho, como criterio de autoría, necesita un elemento que identifique el proceso causal externo con la voluntad consciente del sujeto que lo impulsa, y ese elemento no lo cubre totalmente el dolo."¹²⁷

Así pues, los partidarios de la teoría mixta del dominio del hecho consideran como puntos torales los siguientes:

¹²⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 581.

¹²⁷ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 75.

1. El dominio del hecho, en su aspecto subjetivo, no se identifica con el dolo, pues éste abarca sólo la parte objetiva de los tipos penales, y pese a que la autoría se ubique en ella, va referida a la totalidad del tipo, pues se parte de un concepto personal de lo injusto.
2. El aspecto objetivo del dominio del hecho se desprende directamente del tipo objetivo en conexión con la norma penal correspondiente.
3. Lo subjetivo del dominio del hecho no puede identificarse con el dolo, sino con la realización total del tipo.
4. El dolo se proyecta sobre la conducta objetiva, sobre los elementos objetivos típicos, mientras que el elemento subjetivo del dominio afecta al conocimiento de las circunstancias que permiten dominar y realizar el hecho, de tal manera que aun existiendo el dolo sobre una conducta objetiva, el elemento subjetivo del dominio puede ser determinante para apreciar tal dominio.

Bajo este criterio que la doctrina adopta sobre el dominio del hecho, Cury Urzúa designa a ésta última teoría como teoría objetivo-subjetiva, es decir, con un criterio mixto. Para él, "en el dominio del acto, el concepto de autor debe obtenerse atendiendo al dominio que objetivamente ejerce el sujeto sobre la conducción de la acción, y no con arreglo a criterios puramente causales o formales. Autor es quien posee el dominio final de la acción, esto es, el que tanto objetiva como subjetivamente conserva en sus manos las riendas de la conducta, de manera que pueda decidir sobre la consumación del hecho típico. El problema

de la autoría, por consiguiente, se resuelve con un criterio relativo a la acción, no al resultado o a los aspectos puramente objetivos de la tipicidad.”¹²⁸

Así pues, parece que existe acuerdo entre la mayoría de los partidarios de la teoría del dominio del hecho en que la misma combina elementos objetivos y subjetivos; sin embargo, esta teoría mixta es aún más confusa que la objetiva o subjetiva en su aspecto individual.

Como ya lo apuntamos en el apartado que antecede, en un primer plano habría que advertir que tradicionalmente se habla de teorías subjetivas para identificar aquellas que exigen en el sujeto una especial disposición de su voluntad o ánimo respecto a su propia forma de intervención, elemento subjetivo por tanto que va más allá del dolo: *animus auctoris* para ser autor. Por el contrario, se habla de teorías objetivas, en palabras de Maurach, en el tener en las manos el curso del acontecer típico, en la posibilidad fáctica de dirigir en todo momento la configuración típica.

Por otra parte, y a propósito del carácter mixto del dominio del hecho, la doctrina ha considerado que, bajo estos parámetros de criterios objetivos y subjetivos (posiblemente refutados) autor del delito es la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio sobre el curso del mismo, dominio que se manifiesta en lo subjetivo porque lo orienta a la lesión

¹²⁸ CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal Parte General, p. 223

de un bien jurídico y en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho.

Estos anteriores criterios son defendidos por Johannes Wessels quien incluye al dominio del hecho en las teorías material-objetivo y finalista-objetiva, consistente a su juicio en puntos de vista objetivos y subjetivos.

Por tanto, Wessels argumenta que “una *teoría* simplemente *subjetiva* que no tome en cuenta, de ningún modo, la importancia material de la contribución de los partícipes en el hecho dentro de la realización del tipo, *frustra el fundamento legal de la autoría*, porque excluye la ‘voluntad de autor’ de su nexo con el tipo, la aísla indebidamente y descuida, precisamente, esas referencias a las cuales la ley otorga significación decisiva.”¹²⁹

Por otro lado, “se opone a una *teoría* simplemente *objetiva* el criterio de que la esencia de la autoría no se agota en la posibilidad objetiva de dominar el suceso concreto. . . Como cada hecho punible forma una unidad de sentido que consiste en elementos objetivos y subjetivos, la autoría y la participación deben deslindarse mutuamente, de un modo justo, sobre la base del tipo legal mediante una *síntesis de criterios objetivos y subjetivos*. El camino mejor y más persuasivo para superar esta tarea lo crea el *principio conductor del dominio del hecho*, reconocido casi por

¹²⁹ WESSELS, Johannes, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 155.

unanimidad en la doctrina. Según este principio, es decisivo para la *autoría* establecer si y hasta que punto el partícipe, según la *forma* y la *importancia de su colaboración objetiva* y sobre la base de su *participación volitiva* domina o codomina el si y el cómo de la realización del tipo como para que el *resultado* se presente *como la obra (también) de su voluntad dirigida a un fin o de voluntad coestructurante del hecho.*" ¹³⁰

Por ejemplo: Si un sujeto ha pensado en asesinar a una persona, mediante la utilización de un arma punzo-cortante; para la teoría mixta se requiere que ese sujeto pueda tener el control material de esa situación, es decir, tenga un ámbito de acción y disponibilidad para ejecutar su acto; sin embargo, se requiere además, que esté consciente plenamente de lo que realizará, es decir, la acción de matar, Por tanto, no basta con controlar objetivamente el hecho para afirmar que existe dominio del hecho, es decir, que posea un arma o se encuentre en condiciones materiales a su favor (como sería modo, lugar, circunstancias, e incluso que tenga ya amagado al sujeto pasivo), sino que necesita un elemento que identifique el proceso causal externo de su voluntad de matar, consciente, que lo impulsa a hacerlo, siendo esto lo subjetivo de su dominio.

¹³⁰ WESSELS, Johannes, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 156.

5. FORMAS DEL DOMINIO DEL HECHO

Como ya lo expresamos, la teoría del dominio del hecho fue enunciada por Hans Welzel y perfeccionada por Claus Roxin. Conforme a ella sólo será autor quien domina el hecho, quien maneje y disponga de su acción.

Sin embargo, en palabras de Zaffaroni, “el fenómeno mismo del dominio del hecho no puede caracterizarse en forma general con precisión, porque tiene distintas formas concretas de aparición, que son las que pueden caracterizarse con cierto grado de certeza. Ello obedece a que siempre el dominio del hecho se presenta en una forma concreta, que puede ser la del dominio de la acción, la del dominio funcional del hecho o la del dominio de la voluntad.”¹³¹

Con independencia de lo expuesto hasta ahora, a título personal nos inclinamos a considerar que el precursor en el análisis del dominio del hecho a partir de tres clases de dominio que deben concurrir en la persona del autor (dominio de la acción, dominio funcional y voluntad de dominio) fue precisamente Claus Roxin.

Ante las vaguedades en la determinación de un concepto de dominio del hecho a través del autor directo, coautor o autor mediato, es el modelo de Claus

¹³¹ ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Op. Cit., p. 306

Roxin, --en cuanto a las formas de dominio del hecho-- la mejor prueba en cuanto al análisis de la autoría y sus formas.

Vale la pena advertir que hay otros autores, como Roxin, que hacen una división sistemática del dominio del hecho, si bien con denominaciones distintas, esto en razón a criterios de la división del trabajo que hacen los intervinientes en la comisión del delito. Roxin pues, no es el único que ha sugerido este esquema, que a nuestro modo de ver, es la mejor forma de entender cómo se ejecuta un delito de propia mano y cómo se ejecuta entre varios autores.¹³²

Confirmado lo anterior, las formas del dominio del hecho en Jakobs se presentan en los siguientes términos:¹³³

¹³² Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., pp. 741 y 742, para quien "las dificultades sólo es posible superarlas si el dominio del hecho se remite, en paralelismo con las posibilidades de división del trabajo, a distintos principios, en su caso acumulables: Junto al dominio del hecho mediante la realización de la acción ejecutiva, están presentes el dominio del hecho a través de la decisión sobre si se realiza el hecho y el dominio del hecho a través de la configuración del hecho. El autor único decide sobre el hecho y lo ejecuta de propia mano con una determinada configuración. Cuando intervienen varias personas, por una parte, pueden distribuirse todos los elementos por partes iguales: Cada uno toma parte en los tres ámbitos de dominio. Por otra parte, el dominio también cabe dividirlo según su clase, en tanto que, por ejemplo, uno solo configura (mediante la fabricación de un artefacto explosivo) y otro decide y ejecuta (activando el artefacto). En la medida en que el titular del dominio del hecho formal no se ve dominado por un autor mediato, en él reside al mismo tiempo el dominio de la decisión. Esto es, a su vez, lo mínimo que el autor mediato usurpa. A las múltiples variantes que se derivan de las posibilidades de dominio y división del trabajo no pueden darles solución fórmulas que se orientan a modelos únicos. La autoría hay que definirla más bien como dominio en al menos uno de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución del hecho, no siendo relevante el hecho del dominio *per se*, sino en tanto que fundamenta una plena responsabilidad por el hecho. Por eso, con la distribución en ámbitos de dominio diferentes en su contenido no es que se reúnan elementos heterogéneos ni siquiera nominalísticamente, sino que todos los elementos son homogéneos en un aspecto. Son los actos de organización que fundamentan plena responsabilidad."

¹³³ Loc. Cit.

- a) El término de Roxin sobre dominio de la acción, pasa a denominarse dominio del hecho funcional.
- b) El dominio funcional, por su parte, se viene a llamar dominio del hecho material en cuanto dominio de la decisión.
- c) La voluntad de dominio, finalmente, pasa a ser el rubricado dominio del hecho material en cuanto dominio de la configuración.

a. DOMINIO DE LA ACCIÓN

El dominio de la acción es el que tiene el autor que realiza el tipo de propia mano, es decir que sería el concepto de autor de la teoría formal-objetiva. Es decir, “el dominio de la acción se refiere a la realización directa del tipo doloso, es decir, a la realización final y por propia mano de todos los elementos del tipo objetivo.”¹³⁴

Por ello, basta con identificar quien ejecuta *por se* el delito para identificar al dominio de la acción, es decir, quien tenga el hacer voluntario, quien dirige el acontecer de la acción por medio de su finalidad será considerado autor en sentido estricto.

Ejemplo: El sujeto “y”, quien posee un arma de fuego (pistola) dispara de frente contra “z” ocasionándole con ese hecho la muerte

¹³⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, Op. Cit., p.127.

instantáneamente. Así, “y” es el autor material del delito por haber tenido el dominio de la acción, de su conducta y es quien se ha subsumido al correspondiente tipo legal del delito de homicidio.

Con base en el ejemplo anterior, a través del dominio de la acción, se pone de manifiesto que “el interviniente, para ser autor, debe dominar una acción ejecutiva subsumible en el correspondiente tipo legal del delito.”¹³⁵

En estos términos, Wessels subraya que “en el dominio del hecho autor es quien, como figura central del suceso, tiene el dominio del hecho conductor conforme a un plan y de esta manera está en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo. Partícipe es quien, sin tener el dominio propio del hecho, causa o de cualquier manera promueve, como “figura marginal” del suceso real, la comisión del hecho.”¹³⁶

Quizá fuese más gráfico afirmar, sintéticamente, que el autor es la figura central del suceso, que se caracteriza por tener el dominio del hecho, es decir, el que puede manifestarse como directo dominio de la acción del tipo, como dominio de los acontecimientos obtenidos por la división de tareas de la empresa típica o como dominio de la voluntad de otro en virtud de la incapacidad en que se lo

¹³⁵ BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Editorial la Ley, Madrid, España, 2003, p. 1276.

¹³⁶ WESSELS, Johannes. *Derecho Penal Parte General.*, Op. Cit., p. 155.

coloca o de la que se aprovecha, sea por error o por necesidad, agrupándose con la afirmación anterior todas las formas de autoría.

Para concluir con este breve análisis, sin perjuicio de que en el capítulo siguiente se haga la crítica de éstas formas de autoría, queremos subrayar el comentario que hace Roxin respecto al dominio de la acción, y que integra al concepto mismo de autor, en sentido estricto.

Así, expone Roxin: "quien no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho."¹³⁷

b. DOMINIO FUNCIONAL

El dominio funcional del hecho es la idea central de la coautoría, cuando se presenta en la forma de una división de la tarea en la etapa ejecutiva. Este criterio se define como funcional porque alude precisamente a la parcial realización del hecho típico por varios participantes.

De manera ordenada, y con el ánimo de comprender esta forma o clase de dominio del hecho, debemos comentar que, "es también necesario, para que nos hallemos en presencia de un autor, que el mismo domine funcionalmente el hecho,

¹³⁷ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 151.

esto es, que ostente la decisión sobre si procede la perfección de la ejecución delictiva o bien se interrumpe tal ejecución previamente a dicho momento.”¹³⁸

En otros términos, el dominio funcional del hecho “es el criterio de imputación a los coautores y alude, por tanto, a la concurrencia de varias personas en la realización del hecho, según división de funciones de carácter necesario, acordada en común antes o durante la realización.” ¹³⁹

Así pues, el dominio funcional refiere a la coautoría, a la forma de cometer un delito en donde varios intervinientes son cotitulares de la decisión común de realizar el hecho, porque sólo entonces pueden tomar parte en el ejercicio del dominio del hecho.

En palabras de Jescheck, a propósito de la coautoría, “todos deben haber aportado objetivamente una contribución al hecho que se halle cualificada por su importancia para el resultado y que en todo caso no constituya solamente un acto preparatorio.”¹⁴⁰

c. DOMINIO DE LA VOLUNTAD

La tercera faceta del dominio del hecho que caracteriza al autor no es otra

¹³⁸ BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 1276.

¹³⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, Op. Cit., p. 128.

¹⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 899

que la denominada por Roxin voluntad de dominio, en tanto que configuración psíquica por la que el interviniente integra en su voluntad el deseo de abarcar tanto el dominio de la acción como el dominio funcional.

En palabras de Díaz y García Conlledo, “el gran mérito de esta teoría ha sido lograr una explicación de la autoría mediata sin necesidad de calificar a la misma de autoría impropia o fingida, como hacían mucho de los partidarios de la teoría objetivo-formal, y sin tener que pagar el precio de caer, si se es consecuente, en un concepto unitario de autor, como ocurre con el concepto extensivo.”¹⁴¹

El dominio de la voluntad es la idea central de la autoría mediata, y es el que tiene lugar cuando se domina la voluntad de otro, sea por necesidad, sea por error. Autor mediato es el que realiza el tipo, aunque no lo ejecuta directamente, sino que para esta ejecución se sirve de otra persona que actúa como instrumento de su voluntad.

Sobre el particular, el maestro Gómez Benítez considera que “*instrumento de su voluntad* hay que entenderlo en sentido estricto, es decir, que la ejecución directa aparezca como *obra* del ‘hombre de atrás’ o autor mediato de cuya voluntad es un ejecutor-instrumental otra persona. Aquí reside precisamente la diferencia fundamental entre *autoría mediata e inducción*, cuestión éste límite.”

¹⁴¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, La Autoría en Derecho Penal, Op. Cit., p. 594.

En los delitos dolosos comunes sólo puede ser instrumento, por tanto, quien en sí mismo no es un autor plenamente responsable. . . Como consecuencia de ese dominio de la voluntad el autor mediato realiza el tipo doloso, aunque no la ejecución directa-material del mismo.”¹⁴²

De lo anterior se colige, que en el dominio de la voluntad o autoría mediata, el autor se coloca en el plano delictivo y en consecuencia en el tipo doloso, cuando domina la voluntad de otro sin ejecutar directamente el delito, por tanto, el autor mediato será sancionado aun cuando de manera directa no haya realizado la acción típica.

¹⁴² GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, Teoría Jurídica del Delito, Op. Cit., p. 141.

CAPÍTULO TERCERO

EL DOMINIO DEL HECHO EN EL CONTEXTO ESPECÍFICO DE LAS FORMAS DE AUTORÍA

Hemos llegado a uno de los temas torales de la presente investigación, es decir, al análisis del dominio del hecho en el contexto específico de las formas de autoría. Por tanto, habremos que incluir, de ser posible, como teoría modelo al dominio del hecho dentro del concepto de autor, coautor y autor mediato.

Así también, y lejos de pensar siquiera que el dominio del hecho explica de manera absoluta las formas de autoría, queremos retomar los análisis y las críticas que sobre este tópico han hecho los juristas alemanes Hans Welzel, Claus Roxin y Reinhart Maurach, quienes de manera magistral exponen los alcances y la relevancia del dominio del hecho como la única teoría, hasta hoy existente, que mejor explica la autoría y sus formas.

Resulta pues interesante descubrir a quién debe atribuirse la figura de autor, sobre todo si partimos de la idea de que el tratamiento de un autor por sí mismo, es, obviamente, distinto a quienes forman un conjunto de autores o coautoría, y más aún, si un autor se vale de otro para ejecutar su conducta delictiva.

No olvidemos que para llegar a ello, necesariamente recurriremos a las formas de autoría que ha sugerido Roxin y que ha aceptado de igual forma Günther Jakobs y Maurach, quienes, al igual que Welzel, son los máximos representantes de esta teoría sobre la base de la teoría final de acción.

Si como lo advertimos, hay un gran número de autores de Derecho Penal que emplean al dominio del hecho bajo criterios dados por el finalismo, también vale subrayar que cada uno argumenta de distintas formas la mencionada teoría, lo que lógicamente da una enfoque distinto a las formas de dominio del hecho.

Así tenemos que Maurach, por ejemplo, al igual que Welzel, sólo emplea la idea de dominio del hecho como criterio de la autoría en los delitos dolosos; criterio éste obvio si consideramos que el finalismo sólo explica a los delitos dolosos, dejando dudas respecto a los delitos culposos. Por ello, en Maurach, el dominio del hecho es el mantener el curso del hecho típico en las propias manos, abarcado por el dolo. Dominio del hecho lo tiene todo cooperador que puede impedir o hacer continuar, a su albedrío, la realización del resultado total.

Globalmente cabe señalar que Maurach “desarrolla la idea del dominio del hecho de modo aún más puro y amplio que Welzel. Especialmente su teoría se muestra como absolutamente independientemente de la teoría del dolo. Para la coautoría no basta la voluntad incondicionada de realización en el instante de la resolución común del hecho (criterio puramente subjetivo), sino que es necesaria

la dirección reguladora del curso del hecho, o sea, un factor configurador del hecho y objetivamente más aprehensible.”¹⁴³

Por último, y a manera de análisis preliminar, “Welzel, con su teoría del dominio del hecho, se aproxima a la teoría del dolo, pues su exigencia de que el autor ha de tener la voluntad incondicionada de realización equivale materialmente a las formulaciones de partidarios de la teoría del dolo de que el autor “no reconoce otra voluntad superior a la suya, o de que llegado el caso, emprendería la acción personalmente. También la caracterización que la teoría del dolo descubre para el partícipe de que deja a criterio del autor la ejecución del hecho, no significa sino que al partícipe le falta la voluntad incondicionada de realización.”¹⁴⁴

Como queda demostrado, el contenido de las formas de dominio del hecho se basa en criterios diversos, unos de naturaleza objetiva y otros de naturaleza subjetiva, dependiendo claro esta, del sistema de derecho penal al que pertenece el autor. Por ello, pretendemos analizar a las formas de autoría, apegándonos a criterios del dominio del hecho, en un ámbito finalista de la acción.

¹⁴³ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 92.

¹⁴⁴ Loc. Cit.

1. EL DOMINIO DE LA ACCIÓN O AUTORÍA INMEDIATA

Ha quedado señalado en el cuerpo de la investigación, y retomando la postura del precursor del dominio del hecho, Hans Welzel, que la teoría del dominio del hecho implica reconocer al autor como señor de la realización del tipo, carácter que sólo asume el que mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, se coloca en ese papel. En el delito con pluralidad de partícipes todos son cooperadores, pero, entre ellos, únicamente es autor quien dolosamente tiene en sus manos el curso del suceso típico, pudiendo voluntariamente interrumpir o dejar correr la realización del resultado total.

Roxin, quien ha sido el perfeccionador del dominio del hecho, “concibe al autor como la figura central, pero reduce el dominio del hecho a una de las formas de señalización de la autoría. Así, entiende que la autoría puede señalarse por el dominio del hecho (en los que llama “delitos de dominio”), por la lesión de un deber especial (en los hechos omisivos, culposos y en los que llama delitos activos de deber) y por el requerimiento de propia mano (en los que llama delitos de autor penal y delitos sujetos a conducta sin lesión de bienes jurídicos)”.¹⁴⁵

En síntesis, propone Zaffaroni, que “la tesis de Roxin guarda coherencia con su concepto de conducta, que no es el finalismo, sino una conducta construida

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Op. Cit., pp. 307 y 308.

por el derecho en base a requerimientos sistemáticos, puesto que según Roxin, el dominio del hecho caracteriza a la autoría porque configura lo central del suceso no sólo cuando el legislador lo quiere, sino que, además, lo hace como una creación del legislador, quien la deja de lado en otros tipos, en los que la figura central (autor) prescinde del dominio del hecho y se caracteriza unas veces por la lesión de un deber especial y otras por el requerimiento de la actuación de mano propia.”¹⁴⁶

Es verdad, que el dominio del hecho no basta a veces para caracterizar al autor o figura central. Nadie puede dudar de esto, puesto que la ley es clara. Tanto en los delitos en que el tipo requiere que el autor viole especiales deberes, como en los que demanda la ejecución por mano propia, pero estas son limitaciones que el legislador pone al dominio del hecho, que en modo alguno significan un reemplazo del mismo.

Por otro lado, y si lo que aquí se quiere es entender al autor directo, al autor que de propia mano ejecuta una acción delictiva a partir de criterios finalistas, tendremos que partir de esa postura, sin perjuicio de retomar al sistema causalista de la acción, que en un primer plano, ha integrado dichos conceptos a su sistema.

Entender el autor inmediato no es una tarea tan sencilla, sin embargo, para comprender dicho concepto, sólo se requiere apreciar algunos puntos que lo

¹⁴⁶ ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Op. Cit., p. 308.

identifican plenamente. Así tenemos que un autor inmediato “es el que actúa exteriormente su propia voluntad en relación a la concreción de la acción típica, lo cual puede hacerlo por sí mismo, desplegando él la actividad, o dejando de actuar en la omisión.”¹⁴⁷ Como se aprecia, en este concepto sólo se habla de voluntad para delinquir, de voluntad típica a través de la acción u omisión.

1.1. LA REALIZACIÓN DEL TIPO DE PROPIA MANO, DOLOSA Y LIBRE.

Hay delitos en los cuales el injusto determinante no es la producción de un resultado, controlada por un actuar final, sino la ejecución corporal de un acto reprobable como tal, son los que se conocen como delitos de propia mano.

En estos delitos “el acto como tal es incorrecto o reprobable desde el punto de vista ético-social. De ahí que sólo pueda ser autor el que efectúa corporalmente ese acto, la perpetración mediata del hecho queda aquí excluida.”¹⁴⁸

Roxin dice respecto a la realización del tipo de propia mano, dolosa y libre que “quien no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho. Se trata aquí del

¹⁴⁷ CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 388.

¹⁴⁸ WELZEL, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, Op. Cit., p. 128.

prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la concepción natural de la vida y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano.”¹⁴⁹

De lo dicho, queda la duda respecto a determinar si ese autor de propia mano no ha sido influenciado por otro, es decir, coaccionado, lo que permitiría pensar que ya no es autor. En otras palabras, puede ser que el que actúa de propia mano puede no ser el principal responsable en sentido moral o criminológico, es decir, puede haber otro que le ha instigado y ha ocasionado que cometa el delito, y que incluso planeo ese acto y recabó todo el provecho, y que puede merecer una pena superior. Caso este muy común en asuntos de una de las formas de autoría, es decir, autoría mediata, aunque, en el caso que nos ocupa, solo es una referencia.

Sin embargo, expone Roxin, “de esto no se trata en la determinación de la autoría: para el hecho, tal como aparece en forma de acción, el que ejecuta por completo, libremente y de propia mano, sigue siendo la figura central dominante. Ahí reside el contenido de verdad imperecedero de la teoría objetivo-formal. Por

¹⁴⁹ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 151.

eso, el concepto de dominio del hecho sólo puede formularse de manera que comprenda estos casos en cualquier forma imaginable."¹⁵⁰

A partir de lo anteriormente expuesto podremos exponer una máxima: el que actúa libre y dolosamente es siempre autor. De ahí que la idea del que ejecuta el hecho directa y libremente y de propia mano en todo caso es autor se ha impuesto ostensiblemente en los últimos años, también más allá del ámbito de la teoría del dominio del hecho.

1.2. LA REALIZACIÓN TÍPICA DE PROPIA MANO, DOLOSA Y NO LIBRE

1.2.1. ESTADO DE DEBATE

Sobre este particular, se intenta la cuestión de si también tiene dominio del hecho aquel que realiza el tipo completo de propia mano y dolosamente, pero que

¹⁵⁰ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 152., concluye el mismo autor, "hay que tener por incorrecta la opinión expresada por el Tribunal Alemán al resolver que para la determinación de la autoría ha de atenderse sólo a la dirección interna de voluntad y de que el alcance de la aportación externa al hecho es absolutamente irrelevante; y ello no sólo desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, sino con carácter absoluto, pues la autoría se rige por el hacer y no por las ideas del cooperador que no han tenido efectos. De donde se deduce además que aún habiéndose intentado una y otra vez justificar el resultado conseguido en este caso sin dificultad por la teoría del dominio del hecho, a partir de una teoría puramente subjetiva, todos estos intentos están condenados al fracaso. Lo cual es evidente para la teoría del interés, pero también lo es para la teoría del dolo, pues incorrecta la afirmación tan repetida de que aquel que ejecuta el hecho por sí mismo no puede subordinarse totalmente a otro, de que por tanto ha de tener la voluntad de dominio del hecho y querer el hecho como propio. Ciertamente tiene que actuar dolosamente; pero este dolo no puede satisfacer a una teoría subjetiva, puesto que también lo tiene el partícipe; además no tiene nada que ver con la subordinación de la voluntad requerida por la teoría del dolo. Pero es que además una subordinación interna plena será incompatible con la ejecución externa del hecho por uno solo, lo cual viene puesto de manifiesto ya en el caso resuelto por el Tribunal Alemán en que el esclavo sexual de una mujer estranguló, por orden de ésta a su marido."

se encuentra coaccionado por otro o por una situación de peligro que se cierne sobre él, como si fuera un estado de necesidad.

Welzel sostiene que el estado de necesidad coactivo excluye la autoría del que actúa directamente, manifestando que el coaccionado actúa sin el dominio final del hecho porque en tales casos bien es verdad que está presente el conocimiento del tipo (o la conciencia del resultado), pero falta la voluntad de realización propia, esto es, el dolo de tipo.

Ahora bien, una de las críticas que aducen los autores de Derecho Penal atento a las consideraciones de Welzel como es el caso de Roxin, es que el primero "no acierta al decir que el coaccionado actúa sin voluntad de realización propia, pues como la voluntad de realización no significa otra cosa que la finalidad del agente y ésta es para Welzel idéntica al dolo, tendría que admitir en consecuencia que el coaccionado obra sin dolo. De donde se deduciría que quien comete un delito en estado de necesidad exculpante actuaría no dolosamente, algo que nadie sostendría. Llevando la idea hasta el final, se llegaría al resultado de que la presencia de cualquier causa de exclusión de la culpabilidad haría decaer simultáneamente el dolo, consecuencia que desquiciaría a la teoría de la culpabilidad y con ella a toda la doctrina final de acción."¹⁵¹

Para Roxin, "la violencia o la intimidación con peligro para la vida o la

¹⁵¹ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 157.

integridad física ciertamente motivan al agente a que obre, pero esta fuerza impelente no surte efecto en la configuración del curso conducente al resultado. Al margen de los casos de *vis absoluta* que impiden la presencia ya de una acción en sentido penal y que no tienen nada que ver con las causas de exclusión de la culpabilidad, el agente domina el suceso, tanto si está coaccionado como si no, en igual medida.”¹⁵²

En resumen, de ningún modo cabe decir, por ejemplo, que bajo la presión se vea anulada o al menos mermada la posibilidad de llevar a cabo la resolución de actuar dirigida conforme a plan. Por el contrario, y parafraseando a Roxin, será frecuente que el peligro redoble las fuerzas y el agente domine la situación con más seguridad que sin ese impulso.

Por ejemplo: Si “A” es obligado por “B” para que prive de la vida a “C”, por lo que lo coacciona aduciendo que de no hacerlo estaría dispuesto a matar a uno de sus familiares, por lo que “A” al no poder asumir una conducta diferente opta por cometer esa conducta antijurídica y mata a “C”. Ciertamente, “C” actúa de manera disculpada, pero no puede negársele según Roxin, el pleno dominio del hecho, puesto que la ejecución fue sólo obra suya, y si, por ejemplo, se hubiera decidido a cometer el hecho por propia iniciativa, éste no habría transcurrido en absoluto de modo distinto.

¹⁵² ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 157.

1.3. LA REALIZACIÓN DE PROPIA MANO Y DOLOSA DE ALGUNOS ELEMENTOS DEL TIPO

La cuestión de si se tiene el dominio del hecho en todas las circunstancias cuando no se realiza el tipo completo, pero sí alguno o varios de sus elementos, ha sido debatida escasamente hasta ahora.

Si retomáramos algunas ideas de Roxin, pensamos que habría que subrayar que la postura de que la realización de cualquier elemento típico convierte al agente en co-titular del dominio del hecho quizá vaya demasiado lejos. Seguramente en tales casos se dará autoría del agente porque la realización de una circunstancia del hecho vincula al ejecutor, ya desde a perspectiva de la figura legal del delito, tan estrechamente con el suceso que no va a podersele negar que ocupe la posición central y, por tanto, la calificación de coautor.

Sobre el particular, Roxin expone un ejemplo: Piénsese en el caso en que “varios pretendan hurtar algo de la explanada vallada de una fabrica y dejan a uno de guardia, después de haber escalado la reja. El que queda de guarda puede desde luego ser coautor. Los partidarios de la teoría del dominio del hecho sostienen por lo general que en el enjuiciamiento de este tipo de funciones haya que atender a las circunstancias del caso concreto. Si en cambio damos por supuesta la coautoría sin comprobar los detalles, no es muy convincente que en el ejemplo indicado haya que considerar autor al que se queda vigilando, sin verificar las circunstancias de detalle, desviándonos de la regla sólo porque también haya

entrado con escalamiento en el espacio cerrado, realizando así un elemento del tipo."¹⁵³

Por otra parte, sería a su vez demasiado estricto pretender considerar necesariamente decisivo para la delimitación del dominio del hecho el alcance de la aportación externa al hecho sólo en los casos en que el agente realiza de propia mano el tipo completo

A juicio de Roxin, quien realiza las anteriores acciones personalmente es siempre autor, aun cuando se haya sometido en su interior a otro, coopere en interés ajeno y no realice en persona otros elementos del tipo. Por continuar con el ejemplo: "aunque sólo uno de los ladrones escale la verja y abra luego la puerta desde adentro, de manera que los demás accedan al recinto sin escalamiento, todos ellos, en tanto que simplemente sustraen objetos, son autores de hurto calificado. Esta postura se justifica por la idea de que la acción ejecutiva describe el núcleo delictivo del tipo en cuestión, de manera que su realización impulsa al agente innegablemente al centro del acontecer típico, confiriéndole el dominio del hecho."¹⁵⁴

¹⁵³ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 162.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 163.

2. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD

Entre las cuestiones más debatidas dentro de la dogmática penal es aquella que pretende descubrir si puede ser autor aquel que no ha ejecutado el hecho por sí mismo.

Se ha puesto de manifiesto que el gran mérito del dominio del hecho es lograr precisamente la explicación de la autoría mediata sin necesidad de calificar a la misma de autoría impropia o fingida. Así explica Roxin que a "la forma de dominio que caracteriza la autoría mediata la denomina dominio de la voluntad, porque a diferencia del dominio de la acción, el autor mediato no tiene un dominio fundamentado en la ejecución inmediata de una acción, sino en el poder de la voluntad conductora."¹⁵⁵

Ahora bien, cuando se estudia la autoría mediata, generalmente se dan una serie de criterios materiales (existencia de coacción sobre el instrumento, provocación o utilización de un error en el mismo, carácter de inimputable del instrumento, etc) que realmente no explican por sí solos la existencia de autoría mediata, es decir evaden los argumentos sobre la existencia de dominio del hecho, y solamente lo aducen cuando estructuralmente se da el supuesto de

¹⁵⁵ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 166.

realización de una acción por una persona, a través de otra de la que se sirve como instrumento, o sea, en el campo penalmente relevante, explican una parte del fundamento tanto de la autoría mediata como de la participación mediata.

En consecuencia, lo importante para saber si el sujeto de atrás es autor o partícipe, será determinar si la acción del instrumento es a su vez objetivamente de autoría o sea determina objetiva y positivamente el hecho, o de participación, claro está, independientemente también de si, por faltar algún elemento genérico del tipo, por ejemplo el dolo, no se le puede considerar partícipe penalmente relevante.

Sobre el particular, Díaz y García Conlledo señala que "aquí es donde destaca la importancia del instrumento. . . De ahí que dándose los presupuestos que fundamental la realización de acciones a través de otro, y siempre que el sujeto de atrás cumpla ciertos requisitos típicos y la ley no impida, aunque sea por cuestiones meramente formales, la inclusión de su conducta en el tipo, dicho sujeto será autor mediato si el instrumento a su vez realiza una acción que determina objetiva y positivamente el hecho, independientemente de que este instrumento esté sometido a responsabilidad penal o su conducta pueda ser típica o no. En resumen, para saber si hay autoría mediata siempre es muy importante saber si el instrumento determina objetiva y positivamente el hecho,

independientemente de que este instrumento está sometido a responsabilidad penal o su conducta sea o no típica.”¹⁵⁶

2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA AUTORÍA MEDIATA

La autoría mediata aparece cuando un sujeto realiza el tipo utilizando a otro como instrumento que será quien la ejecutará. En estos casos, el autor mediato domina el hecho a través de otra persona. Quien ejecuta el hecho y quien lo domina son personas distintas, son supuestos de dominio de la voluntad. En estos casos, el hombre de atrás realiza el tipo mediante otra persona que la utiliza como herramienta.

Ahora bien, “es preciso para que pueda decirse que se trata de un caso de autoría mediata, que la acción ejecutada por el instrumento aparezca como obra del hombre de atrás. El hombre de atrás, el autor mediato, ha de tener las características especiales de la autoría: elementos objetivos de dominio (la infracción del deber: en los delitos especiales; y, la realización por sí mismo de la acción, en los delitos de propia mano) y, elementos subjetivos de cualificación típica (elementos subjetivos del tipo: ánimo de lucro).”¹⁵⁷

¹⁵⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., pp. 647 y 649.

¹⁵⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Op. Cit., p. 47.

De ahí que el autor, dice Welzel, “no necesita cumplir por sus propias manos el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir para ello no sólo de instrumentos mecánicos, sino también poner para su fines el actuar de otro, en cuanto sólo él posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo. Se habla en estos casos, tradicionalmente de autoría mediata.”¹⁵⁸

El mismo Welzel sugiere el análisis de la autoría mediata bajo los siguientes aspectos, mismos que en forma sintética procedemos a exponer:¹⁵⁹

1. ***Autoría mediata sobre la base de dominio final único del hecho por utilización de un tercero que actúa sin dolo.*** Dominio final del hecho es llevar a cabo, por medio de un actuar final, la propia voluntad de realización (el dolo de tipo). Por eso falta en el actor inmediato, que obra sin dolo de tipo, y es propia del que está detrás, que con dolo de tipo manda realizar el resultado típico a través de un tercero que obra sin dolo en relación a ese resultado, y es indiferente si el tercero actúa con o sin lesión del cuidado objetivo exigido.
2. ***Autoría mediata sobre la base de un dominio superior del hecho, mediante utilización de un tercero que actúa sin libertad.*** Tal relación de dominio superior del hecho, en que el actor inmediato ejecuta sin libertad una voluntad de realización ajena, se produce, sobre todo, cuando se obra

¹⁵⁸ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Op. Cit., p, 122.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 123 y 124.

violentado por fuerza, sin voluntad y en cumplimiento de una orden militar antijurídica y obligatoria.

- Respecto del primer grupo (fuerza) hay que considerar:

- a) El estado de necesidad por coacción.
- b) El estado de necesidad por coacción con miras a la autolesión (en especial al suicidio)

- Respecto al segundo grupo (falta de voluntad del instrumento) se trata de la utilización de niños pequeños o de ciertos enfermos mentales carentes de voluntad, que obran, por cierto, finalmente, pero que llevan a cabo sin voluntad una voluntad ajena. Luego, el autor los tiene totalmente en sus manos. Sin embargo esto no rige en forma general: el niño o un enfermo mental puede desarrollar también, desde todo punto de vista, una voluntad propia; por consiguiente, en caso de participación de un tercero en esos hechos habrá instigación o complicidad.

- Respecto al tercer grupo, es decir, autoría mediata del superior militar en virtud de comunicación de una orden antijurídica obligatoria, puede verse de dos maneras:

- a) Si la orden concierne a una contravención, ella es obligatoria; el inferior que la ejecuta obra antijurídicamente, pero a causa de la no exigibilidad de rehusar la orden queda exculpado. El superior que dio la orden es responsable como autor mediato.

b) Si la orden concierne a un crimen o simple delito, ella no es obligatoria, su ejecución es antijurídica; sin embargo, la culpabilidad del inferior puede ser atenuada o excluida. Al superior que imparte la orden le corresponde una pena agravada.

Como hemos visto en las anteriores líneas, Welzel nos expone en forma global el contenido y los alcances de la autoría mediata, habría ahora que desentrañar cada una de esas posturas y, en todo caso, criticarlas.

Para ello, me parece oportuna iniciar esta explicación a través del concepto mismo de autor mediato, esto con la finalidad de introducirnos al contenido conceptual del sujeto de detrás y quien ejecuta por sí el hecho delictivo.

Así, para Carlos Creus, autor mediato es “el que emplea como instrumento de su obra a otro sujeto que acciona (es decir actúa u omite voluntariamente), pero ordenado voluntariamente por aquél en relación a la acción típica; el ejecutor-instrumento es el que pone en marcha la acción en lo que importa la manifestación exterior de ella, pero ésta responde a la voluntad del autor mediato.”¹⁶⁰

Para Mir Puig, es autor mediato “quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento. Lo decisivo es aquí la relación existente entre el autor mediato y la persona de que se sirve: la relación ha de ser tal que invierta los papeles que

¹⁶⁰ CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 389.

normalmente corresponden al realizador material y al hombre de atrás. Si en principio el autor es el realizador material y al hombre de atrás es sólo partícipe (inductor), en la autoría mediata sucede precisamente lo contrario.”¹⁶¹

Ejemplo: “A” tiene la intención de matar a “B” y para ello vierte veneno en un vaso de jugo que “C” --quien es el mesero-- va a servir a “B”. Aquí “A” utiliza a “C” como instrumento de su voluntad para conseguir su objetivo: matar a “B”; luego entonces, “A” es autor mediato del hecho delictivo. Aquí, el término “instrumento de su voluntad” hay que entenderlo en sentido estricto, es decir, que la ejecución directa aparezca como obra del hombre de atrás o autor mediato, es decir “A”, de cuya voluntad es un ejecutor-instrumental el sujeto “C”.

A su vez Reinhart Maurach considera que “la autoría mediata se funda en la utilización final de otra persona con el objeto de realizar un hecho punible doloso. El autor mediato es autor, no así partícipe, independientemente de que se sirva de una cosa o de un ser humano como intermediario, pues él ha actuado personalmente.”¹⁶²

Parece que esta última expresión de Maurach de “ha actuado personalmente” permite una serie de críticas, a no ser que la palabra personalmente la quiera entender como “instrumento”, puesto que el autor mediato

¹⁶¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 400.

¹⁶² MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 336.

no actúa de manera personal sino se sirve de un tercero, quien sí actúa de manera personal.

Ahora bien, cabe advertir que la autoría del autor mediato se funda en el dominio del hecho, entendido como un dominio de la acción final de otro ser humano, es decir, del intermediario. Este dominio así comprendido justifica la imputación de la conducta del intermediario al “hombre de atrás” como una conducta propia de este.

Puesto que la “la autoría mediata solo es una de las formas que adopta la autoría, también el autor mediato se debe encontrar plenamente calificado para cometer el hecho. En consecuencia, deben concurrir en él tanto los presupuestos objetivos como subjetivos del dominio del hecho, como asimismo los eventuales elementos típicos especiales descriptivos del sujeto en los delitos por propia mano y especiales, así como los hechos punibles por omisión.”¹⁶³ Cabe advertir que, sin perjuicio de lo expresado por Maurach, la autoría mediata es imposible en los delitos de mano propia y en los delitos especiales, sin embargo, lo que trata de aportar Maurach es que el autor mediato tenga las características propias de un auténtico autor.

En otras palabras, la determinación material de la autoría mediata depende exclusivamente de que el “hombre de atrás” que motiva el hecho sea autor idóneo

¹⁶³ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 337.

y, asimismo, de su actuación con dominio del hecho. Por tanto, el autor mediato debe tener en las manos el curso del acontecimiento típico (perspectiva objetiva), y además, en el autor mediato debe concurrir el elemento subjetivo de autoría de la voluntad de dominio del hecho (perspectiva subjetiva).¹⁶⁴

En palabras de Jakobs, lo característico de "la autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión. Superior dominio de la decisión quiere decir: Al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputabilidad, y de este dificultar es responsable el autor mediato."¹⁶⁵

En resumen, autor mediato es el que realiza el tipo, aunque no lo ejecuta directamente, sino que para esta ejecución se sirve de otra persona que actúa como instrumento de su voluntad. En otros términos, la autoría mediata exige la presencia de, al menos, dos personas (sujeto de atrás e instrumento) concurrentes a la comisión del tipo penal y, como mínimo, una de ellas ha de estar instrumentalizada en relación con la otra.

¹⁶⁴ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 765, para quien "el autor mediato debe realizar en su persona los elementos de la autoría específicos del delito. Si a quien tiene el dominio de la decisión le falta la cualificación de autor (una persona no obligada por la relación de confianza obliga al administrador del patrimonio, que sí lo está, bajo amenaza de muerte, a cometer gestión desleal), no puede ser más que partícipe, siempre y cuando lo establezca la ley, sobre todo el hecho principal jurídico antijurídico y doloso. Si falta tal hecho principal, quien tiene en sus manos el dominio de la decisión no es punible por el delito que requiere especiales cualificaciones de autor."

¹⁶⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 763.

2.2. CASOS DE AUTORÍA MEDIATA

Tal como concebimos aquí la autoría mediata, ésta no constituye una categoría jurídica en virtud de la cual responsa un sujeto por lo que hace otro, sino por lo que él realiza mediante o a través de otro. El injusto del autor mediato es propio, no se le atribuye el del instrumento.

Hemos dicho también que el autor mediato emplea a otro sujeto como “medio” de ejecución, de modo que este sujeto ignora lo que realmente está realizando o va a realizar.

Sin embargo, debemos ahora destacar que “el otro sujeto”, digamos, el sujeto de enfrente, “actúa engañado en cuanto a la naturaleza de su quehacer, o carece de la capacidad para comprenderlo, por sus condiciones personales o circunstanciales (usar a un demente, a un menor o a una persona aterrorizada). En los casos excepcionales puede darse la hipótesis de un instrumento doloso, pero si bien el instrumento actúa con dolo, su voluntad no está dirigida al objetivo verdadero del proceso causal en que actúa, y que sí lo sabe y persigue el autor mediato, de modo que el instrumentalizado siempre esta en la ignorancia del verdadero sentido de su actuar.”¹⁶⁶

¹⁶⁶ GARRIDO MONTT, Mario, *Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Op. Cit., p. 308.

Con lo anterior, y a manera de explicación sintética, queremos adentrarnos a lo que la doctrina del derecho penal llama casos de autoría mediata.

Welzel por ejemplo, coloca los casos de autoría mediata a partir de lo que llama autoría mediata sobre la base de un dominio superior del hecho, mediante utilización de un tercero que actúa sin libertad, y en donde, la relación de dominio superior del hecho, en que el actor inmediato ejecuta con ausencia de libertad una voluntad de realización ajena, se produce, sobre todo, cuando se obra violentado por fuerza, carente de voluntad y en cumplimiento de una orden militar antijurídica y obligatoria.

Sintetizando a Welzel, sobre los casos de autoría mediata, éste propone que el autor inmediato (en este caso, instrumento) ejecuta sin libertad una voluntad de realización ajena, producida a través de.¹⁶⁷

LA FUERZA	POR FALTA DE VOLUNTAD DEL INSTRUMENTO	EN CUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN MILITAR ANTIJURÍDICA Y OBLIGATORIA
<ul style="list-style-type: none"> a) Estado de necesidad por coacción. b) Estado de necesidad por coacción con miras a la autolesión (en especial al suicidio) 	<ul style="list-style-type: none"> a) Utilización de menores. b) Utilización de enfermos mentales carentes de voluntad. 	<ul style="list-style-type: none"> a) Si la orden concierne a una contravención, ella es obligatoria; el inferior que la ejecuta obra antijurídicamente, pero a causa de la no exigibilidad de rehusar la orden queda exculpado. b) Si la orden concierne a un crimen o simple delito, ella no es obligatoria, su ejecución es antijurídica.

¹⁶⁷ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Op. Cit., p. 124.

Bajo esos mismos términos, Claus Roxin, quien como sabemos, es el perfeccionador de la teoría del domino del hecho, divide las razones que fundamentan la existencia de dominio de la voluntad en cuatro grupos, con múltiples subdivisiones en cada uno de ellos, que responden a principios diferentes:

1. Dominio de la voluntad por coacción.	2. Dominio de la voluntad por creación o utilización de un error (en el instrumento).	3. Dominio de la voluntad por utilización de inimputables y jóvenes.	4. Dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder.
-----------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------

Por su parte Maurach, prefiere utilizar la palabra “extensión de la autoría mediata”, que no es más que los casos de la misma, tal y como lo expresaron Welzel y Roxin, dándose los siguientes supuestos:¹⁶⁸

AUTORÍA MEDIATA ANTE LA ACTUACIÓN NO TÍPICA DEL INSTRUMENTO	AUTORÍA MEDIATA ANTE LA ACTUACIÓN LÍCITA DEL INSTRUMENTO	AUTORÍA MEDIATA EN LOS CASOS DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL INSTRUMENTO	AUTORÍA MEDIATA ANTE LA FALTA DE CULPABILIDAD DEL INSTRUMENTO
1. CARENCIAS DEL TIPO OBJETIVO: a) Cuando falta una acción del intermediario. b) Cuando el intermediario no realiza elementos típicos objetivos.	Es indiscutido que la conducta lícita típicamente dañosa de un bien jurídico (y por ello cometida con carácter de autoría) del “hombre de adelante” (del intermediario) no excluye la autoría mediata del “hombre de atrás”.	También puede existir autoría mediata, cuando el instrumento que actúa típica y antijurídicamente no le sea exigible una conducta adecuada a la norma. Ello rige cuando el “hombre de atrás” representa, al mismo tiempo, la	1. También ante la incapacidad de culpabilidad del actuante directo puede existir autoría mediata del “hombre de atrás”. 2. Cuando el autor directo en sí capaz de culpabilidad actúa sin conciencia de la ilicitud.

¹⁶⁸ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., pp. 344 a la 352.

<p>c) Cuando la actuación del instrumento no se adecua el tipo, a falta de una dirección de ataque típicamente relevante.</p> <p>d) En los casos de la utilización de un instrumento, al cual falta la calificación personal para la comisión de un delito especial</p> <p>2. CARENCIAS EN EL TIPO SUBJETIVO:</p> <p>a) Cuando el instrumento utilizado por el hombre de atrás realiza el tipo objetivo, pero actuando sin dolo.</p>		<p>fuente de peligro, bajo cuya presión el instrumento comete su acción; por ejemplo cuando el autor determina a otro, bajo amenaza de muerte a cometer un hecho punible.</p>	<p>3. Acerca del error del hombre de atrás respecto del carácter culpable de la conducta del intermediario, (o sea, error acerca del dominio del hecho).</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Por último y siguiendo con un análisis comparativo de los principales exponentes del dominio del hecho dentro del Derecho Penal, y a propósito de los casos de autoría mediata, Jakobs denomina a ellos “grupos de casos de autoría mediata”, mismos que los sistematiza en seis apartados, los cuales queremos reproducir de manera sintética:¹⁶⁹

1. *La autoría mediata a través de instrumentos sin dolo de tipo.* Este grupo de casos pasa, entre los partidarios de la teoría del dominio de hecho, por ser prototipo de autoría, llegándose incluso a apreciar autoría inmediata (directa), porque únicamente el hombre de atrás actúa dolosamente y por eso mismo sólo él puede ser poseedor del dominio del hecho final.

¹⁶⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., pp. 767 a 781.

2. *La autoría mediata en la actuación cuasi-dolosa; en especial, la autolesión del instrumento.* La autoría mediata puede darse también si el instrumento, aun cuando obrara dolosamente, no podría ser autor idóneo, porque le falta una cualificación especial; por ejemplo: Un tutor hace que una persona no cualificada destruya valiosos objetos del patrimonio de su pupilo. En caso de autolesión, la víctima es al mismo tiempo ejecutor del hecho; dada esta situación, que el hombre de atrás quede libre de responsabilidad es más discutible que en la lesión de otro.
3. *La autoría mediata a través de un instrumento que actúa justificadamente.*
 - 3.1. El conflicto que un comportamiento justificado desencadena se resuelve mediante remisión al contexto justificante de ese comportamiento. A la inversa, falta autoría mediata, y se resuelve la situación según las reglas generales, si el ejecutor del hecho no se comporta justificadamente, aún cuando exista para él una gran compulsión hacia el hecho.
 - 3.2. Responsabilidad por una situación que justifica un hecho en estado de necesidad defensivo.
 - 3.3. Responsabilidad por una situación que justifica una intervención en ejercicio de cargo.
4. *La autoría mediata a través de un instrumento que actúa cuasi-justificadamente.* Aun cuando se determine a la víctima a intervenir en bienes disponibles propios, pero con una proporcionalidad

ajustada al estado de necesidad justificante, aquel que es responsable del carácter necesario de la intervención, es autor mediato, aunque el abandono de bienes disponibles por parte del titular esté permitido en cualquier situación. Al igual que los hechos en estado de necesidad justificados, aquí el titular de la facultad de disponer puede decidir sólo sobre la distribución del daño y por eso tiene solamente un dominio subordinado sobre la decisión.

5. *La autoría mediata a través de un instrumento que actúa sin culpabilidad.* La remisión a las condiciones de la inimputabilidad o exigibilidad excluida, bien es verdad que determina la exoneración del que actúa sin culpabilidad, pero al mismo tiempo la inculpación del que es responsable de estas condiciones de culpabilidad excluida. Ahora bien, dado que la autoría pertenece al injusto, aun cuando se fundamente mediante la responsabilidad predominante por la inculpabilidad del instrumento, es irrelevante el que el autor mediato, por su parte, obre inculpablemente. Si únicamente el instrumento presenta las necesarias cualificaciones especiales de autor, aquel que domina el instrumento sigue teniendo superior dominio de la decisión, pero no puede, por falta de cualificación, ser autor.
6. *La autoría mediata en la autolesión de un instrumento cuasi-inculpable.* En caso de autolesión, por falta de tipo, no hay culpabilidad jurídica. En otros términos, y paralelamente al superior dominio sobre la decisión, para personas que no son garantes, la

intervención en una autolesión, sobre todo en un suicidio, es en definitiva impune. La impunidad se predica sobre todo de los casos en los que el que también actúa es garante, y desde luego con buen criterio, si se quiere evitar una contradicción valorativa.

Con lo que hemos expuesto no queremos representar una transcripción literal de las posturas doctrinales, sino por el contrario, hacemos un simple estudio comparativo de los casos de autoría mediata. Por tanto, a nuestro modo de ver, los anteriores autores coinciden en la estructura sistemática de cada uno de los grupos de dominio de la voluntad, como dominio del hecho. Consecuentemente, ahora nos corresponde analizar cada uno de esos grupos, que en el mejor de los casos, son susceptibles de sintetizar, y aún más, se requiere identificarlos en nuestra legislación penal; esto por virtud de que guardamos una diferencia de fondo a la legislación penal alemana, de donde se han obtenido dichas comparaciones.

Bajo esa tesitura, podemos sugerir como casos de autoría mediata cuando existe:

1. Inimputabilidad del instrumento:

- 1.1. Menores de edad, o,
- 1.2. Enfermos mentales carentes de voluntad.

2. Inculpabilidad del instrumento:

- 2.1. Por error en el instrumento.

3. Por fuerza

3.1. Estado de necesidad por coacción.

4. Cuando el instrumento actúa en causa de justificación.

5. Sin los específicos elementos subjetivos del tipo.

Con lo anterior no queremos permanecer ajenos a las diversas posibilidades o supuestos que la doctrina ha propuesto respecto a los casos de autoría, tan es así que dentro de la dogmática penal el maestro Mir Puig ha propuesto dos supuestos respecto a los instrumentos de la autoría mediata, éstos son: Instrumentos que actúan sin antijuridicidad, así como instrumentos que actúan sin culpabilidad.

Sobre el primer caso Mir Puig propone que también en la autoría mediata se puede actuar sin acción, explicando ella, así comenta que en ese supuesto “no se halla justificado acudir a la autoría mediata, pues la utilización meramente material de un hombre, sin que ésta actúe como tal bajo el control de su voluntad, no tiene porque distinguirse del empleo de otro instrumento no humano. Conviene considerar al hombre de atrás como autor directo.”¹⁷⁰

Ejemplo: Si el sujeto “X” que va caminando por la calle, de manera intencional empuja al sujeto “Y” que va junto a él, mismo que al no percatarse —estaba distraído— del acto cae al suelo. Durante la caída,

¹⁷⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 402.

golpea y, con ello, lesiona fuertemente a un niño que pasaba en ese momento. En este caso, "Y" ha actuado sin acción, sin voluntad, lo que identifica al sujeto "X" como autor directo, sin que con dicho argumento tengamos que pensar que se trate de autoría mediata. El que emplea la fuerza irresistible es el autor directo.

A nuestro modo de ver, y con fundamento en el concepto mismo de autoría mediata, no tiene ningún sentido intentar siquiera colocar a la acción como un supuesto de autoría mediata, puesto que aquí el instrumento es propiamente un sujeto inerte, lo que no es relevante para la autoría mediata, sino por el contrario, se requiere que haya al menos una voluntad viciada, en este caso, del instrumento.

Ahora bien, dejemos a un lado la propuesta del maestro Mir Puig y hagamos un análisis casuístico a los supuestos que hemos propuestos respecto a la autoría mediata.

2.2.1. INIMPUTABILIDAD DEL INSTRUMENTO

La autoría mediata del hombre de atrás se produce tanto si ha creado la situación de inimputabilidad y luego utiliza al inimputable, como si sólo lo utiliza. El ejemplo más claro de este segundo supuesto es el de utilización de menores de edad penal para la perpetración de los hechos delictivos.

Como ya lo mencionamos, Welzel identifica a este apartado cuando el instrumento ejecuta sin libertad una voluntad de realización ajena, producida por falta de voluntad del instrumento, agregando como sujetos incapaces también a los enfermos mentales, es decir, los que tienen un trastorno mental o un desarrollo intelectual retardado.

Sobre este particular Roxin comenta, que entre los casos principales de autoría mediata se cuentan desde siempre, junto a los de coacción y de aprovechamiento de error, los de empleo de un ejecutor inimputable o menor. En estos hay que distinguir entre la plena inimputabilidad, la imputabilidad disminuida, entre niños y adolescentes.”¹⁷¹

Hay algo que destacar en Roxin respecto al dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y menores. Para él, esta consideración deja abierta la posibilidad de atender en función de si el efecto reside en elemento intelectual de la inimputabilidad o en el volitivo.

Atento a que si el defecto reside en el ámbito intelectual, Roxin dice:¹⁷²

“ . . . si el autor, en el instante del hecho, era incapaz de comprender el carácter no permitido del hecho, el tercero que lo entrevé tiene el dominio del hecho, sea de la suerte que sea su cooperación. Estos casos no solapan con el error de

¹⁷¹ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 259.

¹⁷² *Ibidem*, p. 261.

prohibición. Las reglas que allí se hallaron, relativas al dominio del hecho del sujeto de detrás, han de valer también aquí. Al respecto ha de partirse de que la falta de comprensión en el autor debe referirse siempre al injusto material, o sea, a la desvaloración social de su conducta. Así pues, si se da en los casos el requisito de que el autor directo no tenga claro que hace algo materialmente injusto, bien es cierto que posee el dolo en el sentido de la teoría de la culpabilidad y con él el dominio del hecho de primer grado, de manera que puede ser considerado autor (aunque disculpado); pero el sujeto de detrás, tanto si sólo ha determinado al hecho como si lo ha apoyado, en tanto que señor del hecho de segundo grado, es capaz de dirigir con sentido el curso del hecho y es, por tanto, autor mediato...”

Por lo que a que si el defecto reside en el ámbito volitivo, Roxin expone:¹⁷³

“... más difícil es responder la cuestión del dominio del hecho cuando el inimputable tiene claro lo no permitido de su conducta, pero no posee la capacidad de obrar con arreglo a esa comprensión. Aquí hay que estimar autoría mediata en principio cuando el sujeto de detrás ha sugerido el plan del delito al autor directo, esto es, cuando, de haber sido imputable, se habría dado inducción. En efecto, quien esta disculpado por la ley, en un primer momento, obra dolosamente y con plena comprensión del sentido; puede incluso proceder en la ejecución del delito independientemente y cuidadosamente. Pero le falta toda capacidad de inhibición, no se le puede imputar la decisión del hecho como obra suya. Más bien, no es libre en esa medida y ha sido dominado, en la formación de la voluntad, por el

¹⁷³ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 261.

sujeto de detrás. Tiene el dominio de la acción en el sentido de la ejecución del tipo dolosa y de propia mano y por eso es autor (disculpado); pero le falta el dominio de la voluntad, que requiere la decisión del hecho personal y de la que responder jurídicamente. . .”

Por otro lado, y bajo el apoyo de la perspectiva de Roxin, queda de manifiesto que en los casos de autoría mediata por la utilización de instrumentos inimputables, se da un defecto intelectual (si el autor, en el instante del hecho, era incapaz de comprender el carácter no permitido del hecho, el tercero que lo entrevé tiene el dominio del hecho, sea de la suerte que sea su cooperación), y uno volitivo (cuando el inimputable tiene claro lo no permitido de su conducta, pero no posee la capacidad de obrar con arreglo a esa comprensión).

Ejemplos:

a) *Al tener problemas de carácter personal, “A” pretende matar a “B”. Para ello, y aprovechándose que conoce a “C” quien es una persona incapacitada de sus facultades mentales, lo convence para que lleve a cabo ese hecho delictivo y “C” mata a “B”. En este caso, opera lo que Roxin dice, defecto en el ámbito intelectual, por tanto “A” es autor mediato utilizando como instrumento de la autoría mediata a “C”, sujeto inimputable por desarrollo intelectual retardado.*

b) En el mismo caso, "A" en lugar de utilizar a un incapaz de culpabilidad, utiliza como instrumento a "C", que es menor de edad. Este, seguramente puede entender que privar de la vida es un delito, es decir, tiene el dominio de la acción en el sentido de la ejecución de tipo dolosa y de propia mano y por eso es autor (disculpado); pero le falta el dominio de la voluntad, que requiere la decisión del hecho personal y de responder jurídicamente, misma que la tiene el autor mediato, en este caso es "A".

Hay que subrayar que estos supuestos de autoría mediata por la utilización de instrumentos inimputables o menores de edad, son analizados por otros autores del Derecho Penal, entre ellos, Maurach o Mir Puig, a partir de instrumentos que actúan sin culpabilidad, junto con el error, sin embargo, esto no es óbice para que hayamos hecho una separación a nivel sistemático, puesto que es válido y acertado incluirlos en el ámbito de la autoría mediata ante la falta de culpabilidad del instrumento, como lo hacen los autores citados.

2.2.2. INCULPABILIDAD DEL INSTRUMENTO POR ERROR EN EL INSTRUMENTO

Bajo la concepción de Hernández Plasencia, en el marco de la teoría del dominio del hecho, la expresión dominio mediante error "engloba, en primer lugar, los casos en que la autoridad mediata se presenta, desde la perspectiva del

instrumento cuando el sujeto de atrás utiliza a otra persona que actúa en virtud de un error, en segundo lugar, se menciona también a la causa del error, refiriéndose al instrumento que obra por engaño del sujeto de atrás; y por último, la fórmula tradicional alude al instrumento que actúa sin dolo.¹⁷⁴

En estos casos, habría que diferenciar los casos de error sobre el tipo de los de error sobre la prohibición. Quien crea un error sobre el tipo en otra persona, o utiliza delictivamente el estado de error de otro, es autor mediato del delito doloso, ya que el instrumento actúa sin dolo.

Ejemplo: "A" autor mediato, introduce o coloca en el auto de "B" que es su amigo (sin conocer el hecho), un paquete de marihuana, que más adelante es descubierto por la policía. Aquí "B" (instrumento, actúa sin dolo), por tanto "A" responde como autor mediato.

A esta forma de autoría Roxin la denomina dominio de la voluntad por creación o utilización de un error en el instrumento.

Ahora bien, si el ejecutor directo actuase imprudentemente, porque podría prever tal acontecer e infringió su deber de cuidado, la conducta del hombre de atrás es de autoría mediata del delito doloso, y la del ejecutor es de autoría directa accesoria del tipo imprudente, si es que el tipo admite la imprudencia. El hombre

¹⁷⁴ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, La Autoría Mediata en Derecho Penal, Op. Cit., p. 167.

de atrás sigue dominando la voluntad del ejecutor directo, incluso si el ejecutor directo actúa con imprudencia consciente, ya que ésta tampoco implica voluntad final del resultado, ya que sigue estando dominado por la voluntad del hombre de atrás.

Por otra parte, "si el 'hombre de atrás' creó o aprovechó un estado de *error invencible sobre la prohibición* del instrumento, suele reconocerse la autoría mediata de aquél, y la irresponsabilidad penal del *instrumento, que actúa dolosamente pero sin culpabilidad*. Obsérvese que, a diferencia de los casos de error sobre el tipo, aquí se afirma la concurrencia de *dolo* en el instrumento, aunque no la de culpabilidad."¹⁷⁵

De lo dicho, el supuesto de error de prohibición, dice Mir Puig, "se da cuando alguien provoca o aprovecha la creencia en otra persona (por ejemplo un extranjero) de que el hecho no lesiona ningún bien jurídicamente protegido, o le hace creer fundadamente, por ejemplo, que tiene derecho a realizar ese hecho."¹⁷⁶

¹⁷⁵ GOMÉZ BENITEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, Op. Cit., p. 144.

¹⁷⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 406. Cfr. MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 353, quien considera que "... lo decisivo es la existencia del dominio final del hecho: el mero error de prohibición (sea este evitable o inevitable) permite presumir tal dominio del hecho en el hombre de tras, sin excluir el del intermediario; pero el error de prohibición por sí sólo no puede fundar el dominio del hecho, ni tampoco la autoría. Así, si un particular motiva a un médico, quien actúa de buena fe (creyendo que el particular es un colega autorizado a conocerlos), a la revelación de secretos, entonces dicho médico incurre en un error de prohibición y el extraño es autor mediato. Si éste cree erróneamente que el médico actúa de buena fe existe tentativa de autoría mediata, pero impune (similar a la inducción); si, al contrario, el extraño cree erróneamente que el médico actúa de mala fe habrá tentativa de inducción."

Si tomamos en cuenta que Roxin es quien más ha desarrollado la teoría del dominio del hecho, en el caso específico, la autoría mediata, no dejan de ser decisivos sus comentarios, aunque sorprendentes por su extensión. Así, comenta que la situación en que el sujeto de detrás se sirve de un instrumento bajo error para cometer un delito pasa por ser el segundo caso clásico, e indiscutido en lo fundamental, de autoría mediata. Cabe distinguir los siguientes grupos:¹⁷⁷

“ . . . el que yerra obra no dolosa e inculpablemente o con imprudencia inconsciente (I); o realiza el tipo con imprudencia consciente (II); el ejecutor actúa dolosamente, pero sin conciencia de la antijuricidad (III); o con suposición errónea de un hecho que excluye la culpabilidad (IV); el que yerra obra, a pesar de su error, típica, antijurídica y culpablemente (V); el ejecutor realiza un suceso que en su persona es atípico o lícito (VI).”

2.2.3. POR FUERZA O ESTADO DE NECESIDAD POR COACCIÓN

Cuando se analiza este supuesto de autoría mediata por fuerza o estado de necesidad por coacción, se llega a una máxima: Será autor mediato quien fuerza a otro a ejecutar un delito. Según la dogmática del Derecho Penal, este supuesto de fuerza irresistible no constituye una causa de inexistencia de la acción penal, sino

¹⁷⁷ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 194.

de atipicidad de la acción por ausencia de imputación objetiva del hecho a su autor.

En consecuencia, los supuestos en los que una persona fuerza a otra a ejecutar directamente un delito son casos de autoría mediata, ya que alguien utiliza un instrumento de su voluntad para realizar un delito, como sucede en la hipnosis.

Ahora bien, pasemos a analizar la postura de Welzel a partir de una autoría mediata sobre la base de un dominio superior del hecho, mediante utilización de un tercero que actúa sin libertad, cuando se obra violentado por la fuerza. Así, éste último propone, para acreditar dichos casos, dos supuestos: a) El estado de necesidad por coacción. . . A obliga a B, embarazada, con amenazas graves, a ingerir un abortivo. B es autora (exculpada) de aborto; A no es mero instigador, sino autor mediato, ya que a través de la presión coactiva sobre B detenta el dominio superior del hecho sobre el acontecer de la acción; y b) El estado de necesidad por coacción con miras a la autolesión (en especial el suicidio). Ya que la autolesión no es típica, se excluye ciertamente, pero existe la misma vinculación con la resolución de voluntad ajena, que fundamenta el dominio superior del hecho del que coacciona desde atrás y con ello su autoría. El hecho para él es una lesión típica de un extraño, mientras que la coejecución del coaccionado es atípica.¹⁷⁸

¹⁷⁸ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Op. Cit., pp. 124 y 125.

Roxin denomina a este supuesto de la autoría mediata como dominio de la voluntad por coacción, diciendo que aquí "los casos necesitan ulterior diferenciación: en primer plano se encuentra el supuesto académico del estado de necesidad coactivo (I); a su lado, aparecen algunos casos particulares del ámbito del estado de necesidad simple (II); asimismo, el estado de necesidad suprallegal exculpante (III), las situaciones análogas al estado de necesidad (IV) y algunas relaciones de obediencia militar."¹⁷⁹

Al igual que en el epígrafe inculpabilidad del instrumento por error en el instrumento, aquí (otro supuestos o caso de autoría de mediata cuando el instrumento actúa por fuerza irresistible, por estado de necesidad), Roxin proporciona un excelso análisis sobre el particular, que a lo más, encuadra perfectamente en las descripciones de los tipos penales del Código Penal Alemán, sin embargo, para nuestra Legislación, sólo se deben retomar algunos supuestos que forman parte de nuestro derecho penal vigente.

Así pues, allí donde se reconoce la autoría mediata se encuadra en ella el estado de necesidad coactivo en donde se busca la figura central del suceso en forma de acción y la persona que tiene en sus manos el curso del hecho, de ahí que este criterio se ajusta perfectamente al sujeto de detrás.

Sobre este particular expone Roxin, que "bien es verdad, como hemos visto,

¹⁷⁹ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 167.

que también el ejecutor directo tiene dominio del hecho. Pero en ello no hay contradicción como cree Welzel. Más bien esta apreciación es la que pone de manifiesto de qué manera en este grupo de casos el poder de la voluntad sin intervención de propia mano en la realización, puede entrañar el dominio del hecho. Y es que el que coacciona domina directamente sólo al coaccionado. Sólo porque el coaccionado, a su vez, merced a su actuar, tiene en su sus manos el curso del hecho, domina el sujeto de detrás el propio hecho. Puede afirmarse que el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho.”¹⁸⁰

Y concluye Roxin, “esta no es una autoría compartida, como la que entraña la coautoría, sino una plena autoría doble. Contemplando la realización del tipo, ambos intervinientes se encuentran en el centro, sobre la base de criterios de imputación contrapuestos; uno, en virtud de su hacer; el otro, en virtud de su poder de voluntad, es decir, porque en la acción de ejecutor directo está surtiendo efecto como factor impulsor y configurador la voluntad del sujeto de detrás. Así pues, ha de contestarse afirmativamente la tan debatida cuestión de si existe el autor de detrás del autor.”¹⁸¹

Al efecto hay que señalar en principio que “dominio del hecho” no significa lo mismo que influencia volitiva. No todo aquel que ejerce influjo más o menos intenso sobre la resolución del que ejecuta directamente domina ya por eso el

¹⁸⁰ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 167.

¹⁸¹ Loc. Cit.

hecho, puesto que tal influencia la tienen igualmente el inductor y el cómplice que corrompen al agente y le apoyan con consejos. Siempre que al ejecutor directo le quede libertad de decidir, la influencia del sujeto de detrás no puede ascender al "dominio" cuya existencia, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, debe constituir un requisito de la autoría.

El concepto de dominio de la voluntad no ha de entenderse en primer lugar psicológicamente, sino interpretarse sobre la base de las experiencias existentes acerca de la capacidad de resistencia humana contra la violencia y la intimidación, de manera que satisfaga la figura de la ley.

En síntesis, y con apoyo en el dominio del hecho y dominio de la voluntad, se configura la autoría mediata por estado de necesidad coactivo porque la preponderancia del sujeto de detrás subsiste aún cuando éste no lo consiga por sí mismo, sino que sólo la aproveche: el ejecutor directo, como consecuencia de la situación de necesidad. Por tanto, no es capaz de contraponer a la tentación por parte del sujeto de detrás la resistencia que de él se exige en los demás casos y por eso está en sus manos.¹⁸²

¹⁸² Cfr. MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 351, para quien "existe autoría mediata, cuando el instrumento que actúa típica y antijurídicamente no le sea exigible una conducta adecuada a la norma. Ello rige cuando el hombre de atrás representa, al mismo tiempo, la fuente de peligro, bajo cuya presión el instrumento comete su acción, como, por ejemplo, cuando el autor determina a otro, bajo amenaza de muerte, a cometer un hecho punible."

Ejemplo: El sujeto "A" pretende robar el auto de "C". Para ello, acude con su conocido "B" y le ordena que lleve a cabo ese robo, amenazándolo que de no hacerlo le hará daño a su familia. "B" no tiene otra opción y roba el auto de "C". En este caso, "A" es autor mediato, toda vez que a través de la coacción o fuerza, obliga a "B" quien es el instrumento.

2.2.4. CUANDO EL INSTRUMENTO ACTÚA EN UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

Dentro de este caso de autoría mediata existen diversas opiniones respecto a los supuestos que pueden ser susceptibles de encuadrar aquí. Por ejemplo, Welzel, a propósito de este caso, propone que se actualiza este particular, cuando el autor mediato (en este caso, instrumento) ejecuta sin libertad una voluntad de realización ajena, producida a través de cumplimiento de un orden militar antijurídica y obligatoria. Así, el inferior que la ejecuta obra antijurídicamente, pero a causa de la no exigibilidad de rehusar la orden queda exculpado. Pareciere que este ejemplo tiene mejor cabida en lo que se conoce como causas de inculpabilidad que en donde lo coloca Welzel (causas de justificación).

Lo antes dicho se conoce en la doctrina del Derecho Penal como cumplimiento de un deber.

Ejemplo: El superior jerárquico "A" ordena la realización de cierto hecho al subordinado "B", por ejemplo una detención ilegal. Aquí "B"

aparece realmente amparado por obediencia debida o por ejercicio legítimo de su cargo, sin embargo, el hecho es delictivo para "A", quien dió la orden. En nuestro ejemplo, "A" es autor mediato.

Es preciso señalar que "los supuestos aquí tratados son sólo aquellos en los que el instrumento de la voluntad de otro actúa realmente amparado por una causa de justificación que existe realmente, y no sólo putativamente."¹⁸³

Por otra parte, y sobre la autoría mediata a través de un instrumento que actúa justificadamente, Jakobs comenta: "El conflicto que un comportamiento justificado desencadena se resuelve mediante remisión al contexto justificante de ese comportamiento. Si esta situación justificante no es fruto del azar, sino que ha sido organizada por una persona, al remitir a la situación simultáneamente se inculpa al responsable de la organización. . . A la inversa, falta autoría mediata, y se resuelve la situación según las reglas generales, si el ejecutor del hecho no se comporta justificadamente, aún cuando exista para él una gran compulsión hacia el hecho. Ejemplo: El partícipe, faltando a la verdad, denuncia ante el jefe de la

¹⁸³ GOMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, Op. Cit., p. 146, quien subraya que "los presentes casos pueden ocurrir porque existen causas de justificación que no se fundamentan en la existencia real de la situación de hecho que justifica la conducta típica, sino en la objetiva apariencia de dicha situación real. Así, por ejemplo, es evidente que la orden de cometer un delito no tiene que obedecerse. Pero dicha orden puede venir recubierta de todos los requisitos necesarios para crear la apariencia de que debe ser obedecida, es decir, para crear la apariencia de que se está ordenando la comisión de un delito. Dado que los subordinados jerárquicos sólo tienen una reconocida una limitada capacidad de examinar la legalidad de las órdenes que reciben, y más allá de ese límite el incumplimiento de la orden es delictivo, es perfectamente pensable que el subordinado tenga que actuar por obediencia debida cumplimiento una orden aparentemente legal, pero que realmente encubre la comisión de un delito por parte del superior jerárquico."

banda la 'deslealtad' de uno de los miembros. El jefe mata al supuesto 'renegado'.¹⁸⁴

Bajo estas consideraciones, Mir Puig propone que "la falta de antijuridicidad de la conducta del instrumento puede proceder por existir algunas causas de justificación. Así, cuando el instrumento actúa al amparo de una causa de justificación se habla de instrumento que actúa justificadamente. Ejemplo: Alguien interpone una denuncia falsa en contra de un enemigo, pero rodeada de una apariencia tal de veracidad que obliga a la policía a detener de buena fe al denunciado. La policía actúa justificadamente, en cumplimiento de su cargo, pero esta siendo utilizada como instrumento por el denunciante, que es autor mediato del delito de detenciones ilegales."¹⁸⁵

2.2.5. SIN LOS ESPECÍFICOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

En la doctrina, estos supuestos suelen denominarse de instrumento que actúa sin intención, para diferenciarlos de los casos ya vistos en el que el instrumento actúa en error sobre el tipo y, por tanto, sin dolo (elemento subjetivo general).

¹⁸⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General*. Op. Cit., pp. 771 y 772.

¹⁸⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 405.

A este caso, Maurach lo denomina "autoría mediata ante la actuación no típica del instrumento, siempre y cuando haya carencias en el tipo objetivo y carencias del tipo subjetivo.

Sobre la carencia del tipo subjetivo, Maurach comenta: "Por lo general, existe autoría mediata cuando el instrumento utilizado por 'el hombre de atrás' realiza el tipo objetivo, pero sin dolo. Es discutido si la mera ausencia de una dirección de voluntad exigida por el respectivo tipo o la ausencia de motivos, intenciones o tendencias especiales legalmente previstos equivale o no a la falta de dolo. . . Es muy frecuente la autoría mediata ante una *acción no dolosa* del intermediario. Si el intermediario incurre en error acerca de los elementos fundamentales del delito, es decir acerca de la existencia de los elementos del tipo objetivo, entonces el 'hombre de tras', que ha planificado estas carencias de conocimiento, actúa con un dominio del hecho especialmente evidente. El *error de tipo* del actuante directo pertenece a uno de los casos más manifiestos de autoría mediata."¹⁸⁶

Ahora bien, concluye Maurach, "si el instrumento actúa dolosamente, más sin las direcciones especiales de voluntad necesarias para la formación del tipo (*instrumento doloso sin intención*), entonces el 'hombre de atrás', en quien

¹⁸⁶ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 347, y concluye que. . . "es discutido si la mera ausencia de dirección de voluntad exigida por el respectivo tipo o la ausencia de motivos, intenciones o tendencias especiales legalmente previstos equivale o no a la falta de dolo. Si A motiva a B (que es miope) a apuntar con su escopeta sobre una blanco supuestamente inerte, el que en realidad es un mortal enemigo de A (error en el objeto). A proporciona veneno a la enfermera B, quien de buena fe lo entrega al tío enfermo de A como una medicina; de ese pariente A pretende recibir la herencia (error en la acción)."

concurrer tales direcciones de voluntad puede ser autor mediato, aunque no necesariamente; “de la sola falta de una dirección de voluntad especial exigida por el tipo no es posible deducir el dominio del hecho por el ‘hombre de atrás’.”¹⁸⁷

Dice Mir Puig que, “la falta de antijuridicidad de la conducta del instrumento puede proceder de falta de concurrencia en ella del tipo. A su vez la falta de tipo puede provenir de su parte objetiva o de su parte subjetiva.”¹⁸⁸

a) Falta de concurrencia de la parte objetiva del tipo.

El instrumento “puede obrar atípicamente, en este sentido, por engaño, por violencia o por inidoneidad para ser autor del delito. En todos estos casos sólo puede imputarse el hecho al hombre de atrás, como autor mediato. Si no se le considerara autor, resultaría una absurda impunidad del mismo, que no podría ser castigado como partícipe (inductor) del instrumento porque éste no realiza ningún hecho antijurídico en el que participar.”¹⁸⁹

a) Falta de concurrencia de la parte subjetiva del tipo.

Dos supuestos son aquí posibles, dice Maurach, por una parte, que “el instrumento actúe sin dolo y, por otra, que falten en el mismo los elementos

¹⁸⁷ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte Especial*, Op. Cit., pp. 347 y 348.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 402.

¹⁸⁹ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte Especial*, Op. Cit., p. 403.

subjetivos del injusto requeridos por el tipo, cuando ambas cosas concurren en el hombre de atrás. Ejemplo de instrumento sin dolo: Alguien introduce en el vehículo de una amigo que lo desconoce una importante cantidad de dinero, con objeto de aprovechar el hecho de que el vehículo ha de pasar la frontera y proceder así a la ilícita evasión del capital. Ejemplo de instrumento sin elementos subjetivos del tipo: A se hace tomar por su criado B los gansos del corral vecino; aunque B conoce la ajenidad de los gansos no los toma con "animo de lucro" como exige el hurto."¹⁹⁰

Con lo hasta ahora dicho, la concepción de Mir Puig es muy atinada, toda vez que engloba, como supuesto de autoría, tanto a que el instrumento actúe sin dolo y, por otra, que falten en el mismo los elementos subjetivos del injusto requeridos por el tipo.

A manera de conclusión y retomando lo hasta aquí expuesto, diremos que los supuestos de autoría mediata son:

1. Instrumento que obra sin dolo. Supuestos en los que el instrumento obra con error de tipo (lo provoca o lo aprovecha). Ejemplos típicos serían los de la enfermera que pone la inyección desconociendo que previamente había sido envenenada; el que atraviesa la frontera transportando en el coche prestado, drogas sin saberlo o dinero; el mensajero que entrega el paquete bomba, etc.

¹⁹⁰ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte Especial*, Op. Cit., p 404.

En estos casos "el hombre de atrás tiene el dominio de la voluntad, pues es quien tiene el conocimiento sobre las circunstancias de hecho que conforman el tipo objetivo. Para solucionar estos supuestos es preciso distinguir en función de que se trate de error de tipo invencible o vencible. Si fuere invencible, el ejecutor directo no sería responsable, pero el hombre de atrás realizaría el tipo dolosamente en autoría mediata. Si el error es vencible, el ejecutor directo habría actuado de forma imprudente y, por tanto, sería autor imprudente del delito (si el tipo permite la comisión imprudente), mientras que el hombre de atrás seguiría siendo autor doloso en autoría mediata."¹⁹¹

2. Instrumento que obra bajo coacción. Es posible en este caso la autoría mediata porque el instrumento obra sin libertad.

3. Instrumento que obra sin culpabilidad. Son los supuestos en los que el instrumento obra inimputablemente, o en error de prohibición. Dentro del primero, si el inimputable tuviera el dominio del hecho, sería una inducción en vez de autoría mediata. Ahora bien "puede presentarse la autoría mediata, tanto si el sujeto provoca la incapacidad de culpabilidad (lo emborracha) como si se aprovecha de dicha incapacidad de culpabilidad que conoce (del niño o del enfermo mental)."¹⁹² Respecto al error, hay acuerdo en que si el instrumento obra en situación de error de prohibición invencible, nos encontramos ante un supuesto de autoría mediata, pues el autor mediato provoca o aprovecha esa situación. Por

¹⁹¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Op. Cit., p. 49.

¹⁹² Loc. Cit.

el contrario, en los casos de error de prohibición vencible, no debe rechazarse absolutamente la posibilidad de la autoría mediata, dado que ha de tenerse en cuenta la capacidad del hombre de tras sobre el instrumento, su dependencia y la influencia y autoridad moral que el hombre de atrás pueda tener sobre el autor directo.

4. Instrumento que obra justificadamente. Dentro de este grupo es preciso examinar los supuestos planteados por los mandatos antijurídicos emanados de un superior, esto es, la autoría mediata del superior en relación con las acciones realizadas por el subordinado en cumplimiento de sus órdenes.

2.2.6. DOMINIO DE LA VOLUNTAD A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER.

No queremos concluir este capítulo sin antes subrayar que, Claus Roxin perfeccionador del dominio del hecho, propone un último caso o supuesto respecto a la autoría mediata, denominándolo "dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder."

Si partimos de la idea de que Roxin distingue tres formas de dominio del hecho (dominio del hecho por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional), se puede dar el dominio por voluntad en tres modalidades: Se puede coaccionar a quien actúa, se lo puede usar respecto de la circunstancia decisiva para la autoría

como factor causal ciego; o si el sujeto que actúa no es ni coaccionado ni engañado, ha de tratarse de un sujeto que pueda intercambiarse libremente. "De modo sintético, se alude así al dominio de la voluntad por coacción, por error, o en virtud de aparatos organizados de poder (dominio por organización)."¹⁹³

El dominio por organización consiste, en opinión de Ambos Kai, "en el modo de funcionamiento específico del aparato que está a disposición del hombre de tras. De acuerdo con este punto de vista, este aparato funciona sin que sea decisiva la persona individual de quien ejecuta, de modo prácticamente automático."¹⁹⁴

Cabe afirmar, pues, en general "que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una amera tal que pueda impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito."¹⁹⁵

¹⁹³ AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Universidad Externado de Colombia, 1998, Trad. Manuel Cancio Meliá, p. 14.

¹⁹⁴ AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Op. Cit., p. 14.

¹⁹⁵ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., pp. 275 y 276.

De lo hasta ahora dicho, nosotros podemos advertir que, el hombre de atrás que es el que dirige la organización, da las órdenes oportunas que ciertos miembros se encargan de cumplir. Se caracteriza por tanto, por una parte, en que no existe ninguna coacción ni engaño en el ejecutor y, por otra parte, en que el ejecutor es fácilmente reemplazable.

De esta forma el que da las órdenes mantiene el dominio del hecho, pues, el hecho es obra suya y de él depende, pudiendo en cualquier momento cambiar al ejecutor, el plan, etc. El ejecutor no actúa autónomamente sino dentro de un plan, o de unas directrices de actuación diseñadas por el hombre de atrás.

En resumen, "el dominio por organización tiene como presupuesto la existencia de una organización estructurada de modo jerárquico y estricto y un dominio del hecho del hombre de atrás sobre ejecutores fungibles (ejecutores intercambiables). Como grupos de casos entran en consideración aparatos de poder de organización estatal y no estatal, es decir, Estados totalitarios y determinadas formas de criminalidad organizada, en la medida en que esta última posea los elementos estructurales mencionados. La desvinculación del derecho de estos aparatos de poder no tiene porque ser excluida, pero no constituye una condición ni suficientes ni necesaria del dominio por organización."¹⁹⁶

¹⁹⁶ AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Op. Cit., pp. 56 y 57.

La crítica de este supuesto de autoría mediata es hoy palpable. A mi juicio no debe corresponder este supuesto a la autoría mediata, toda vez que no existe precisamente lo que Roxin denomina coacción o error en los aparatos organizados de poder, que en todo caso, constituyen el elemento esencial del autor mediato.

En otras palabras, lejos de pensar que quien tiene el control de una organización "hombre de atrás" mantiene un poder sobre sus subordinados, no lo tiene, y si existe alguna disciplina es por mera relación del trabajo organizado (esto es de manera indirecta), puesto que no hay un directo manejo del dominio de su voluntad, para que lleve al instrumento (subordinado) a cometer un delito, lo que corrobora lo dicho por Jakobs, que más que una autoría mediata es una coautoría, porque no hay nada que aclare esa jerarquización y sobre todo, a mi modo de ver, no existe el dominio del hecho a través de otra persona que sirve como instrumento y que es el caso propiamente de la autoría mediata.

2.2.7. LÍMITES DE LA AUTORÍA MEDIATA

La autoría mediata, en cuanto autoría que es, supone en el sujeto la concurrencia de las condiciones requeridas por el tipo para ser autor. De ahí que los delitos especiales (los que sólo pueden cometer determinados sujetos) no pueden ser cometidos en autoría mediata por quien no reúna la cualificación necesaria. En cambio, sí cabe en tales delitos la autoría mediata por parte de un sujeto cualificado que utiliza a otro no cualificado como instrumento. En los delitos

de propia mano que requieren una realización personal, no cabe en ningún caso la autoría mediata: aquí no es posible la realización del hecho mediante un instrumento.

En otras palabras, expone Gómez Benítez, “el autor mediato debe reunir en sí mismo todas las características que exige el tipo correspondiente para poder ser autor. Por esta razón, no es posible la autoría mediata en los denominados delitos de propia mano, es decir, en aquellos en los que el tipo exige como condición básica, la ejecución personal, directa o física por el autor.”¹⁹⁷ De lo dicho encuentra perfectamente cabida el delito de estupro, que exige una calidad determinada al sujeto activo del delito, por lo que se trata de un delito de propia mano.

3. DOMINIO FUNCIONAL Y COAUTORÍA

De la lectura de la obra de Claus Roxin “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”, podemos entender la clasificación que sobre el dominio del hecho hace dicho autor. Como recordamos, Roxin clasifica en tres apartados la teoría del dominio del hecho. Así, propone un dominio de la acción, un dominio funcional y un dominio de la voluntad.

¹⁹⁷ GOMÉZ BENITEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, Op. Cit., p. 149.

Dentro del dominio de la acción plantea la idea del autor inmediato o autor directo; dentro de la figura del dominio de la voluntad se plantea el análisis de la autoría mediata y todos los casos que la doctrina ha establecido, y por último, propone un estudio del dominio funcional del hecho cuando se pretenda aludir a la coautoría.

De manera sintética, hemos expuesto cuáles son las características principales de las dos primeras formas de análisis del dominio del hecho, por lo que ahora debemos adentrarnos a analizar la figura del dominio funcional, es decir, la coautoría.

Cabe destacar que las ideas que propone Roxin, han encontrado proyección en otros destacados penalistas alemanes como Reinhart Maurach, Jescheck y Günther Jakobs. Esto es así porque en sus respectivos análisis, aprecian que la expresión "dominio funcional" refiere precisamente a la forma de dominar la acción, pero a través de varios autores, en un solo momento, dividiendo, por así decirlo, cada una de sus funciones en la comisión del delito, pero esa división forma un todo que permite considerar a cada uno como autor, y por ende coautor.

Por otra parte y como preámbulo al análisis introductorio del dominio funcional, Roxin justifica dicha expresión argumentando que, "pasando revista al campo empírico de las formas de cooperación, se pone de manifiesto que entre las dos regiones periféricas del dominio de la acción y de la voluntad, que atienden

unilateralmente sólo al hacer exterior o al efecto psíquico, se extiende un amplio espacio de actividad delictiva, dentro del cual el agente no tiene ni una ni otra clase de dominio y sin embargo cabe plantear su autoría, esto es, los supuestos de participación activa en la realización del delito en los que la acción típica la lleva a cabo otro. Aquí cabe distinguir dos grupos de casos: la cooperación en la fase ejecutiva y la cooperación en la fase de preparación.”¹⁹⁸

A nuestro modo de ver, lo que intenta decirnos Roxin es que tanto la cooperación o ayuda en la fase ejecutiva o en la fase de preparación son algunos supuestos de la coautoría, sin embargo, lo que debe prevalecer en la comisión conjunta de un hecho delictivo es precisamente la ejecución externa, y no como simple preparación puesto que lo punible del coautor es justamente que exteriorice su ejecución, su dominio, en este caso, conjunto, de manera material y no en fase preparatoria.

Sin embargo, no debemos pasar desapercibidos dos aspectos prioritarios del concepto de dominio funcional o coautoría que Roxin hace magistralmente y que de alguna manera constituye el sustento de dicha doctrina, habida cuenta que sigue insistiendo Roxin que se trata de un concepto abierto, es decir, un concepto que permite colocarlo en varios supuestos y en ocasiones confuso, sobre todo para delimitar la correspondiente ejecución conjunta.

¹⁹⁸ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 305

Así pues y retomando algunas ideas del autor en comento podemos decir que, en primer lugar, coautor es todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer. La idea básica del dominio del hecho conjunto, de que todos sólo pueden actuar conjuntamente, porque cada uno necesita a los demás, no puede establecerse únicamente mediante criterios lógico-cognitivos y psicológicos.

En efecto, no se puede hacer depender la autoría de un vigilante de que, durante la ejecución, debido al peligro de ser descubiertos, tuvo que entrar en acción. Más bien, ya desempeña una función necesaria en el sentido de nuestra teoría cuando hubiera tenido que intervenir de producirse las circunstancias pertinentes. Ciertamente tampoco ha de concebirse el principio de dominio del hecho funcional en el intuito de que solo podrías ser coautor aquel que, en caso de faltar, haría absolutamente imposible la realización del resultado.

De lo anterior se colige todos los criterios señalados tienen simplemente el valor de directores que proporcionan un resultado acertado para el caso típico.

En otras palabras, dentro del dominio funcional, queda una zona o espacio límite en el que la solución no se puede esbozar abstractamente. Por lo que considero que es precisamente ahí donde el juez puede, continuar con la idea de

dominio funcional del hecho sobre la base de las circunstancias de ejecución y de cooperación individuales y estar en aptitud de adoptar una decisión autónoma.

Ahora bien, Díaz y García Conlledo considera que "la idea frecuentemente utilizada para explicar la coautoría, de la división (funcional) del trabajo, probablemente tiene bastante valor, pero no es suficiente, pues, en la mayoría de los casos de codelicuencia, tal división funcional del trabajo se da entre todos los intervinientes y, por tanto, en la práctica, conduciría a un concepto unitario de autor."¹⁹⁹

3.1. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE LA COAUTORÍA

Sin entrar a un concepto de dominio funcional de la acción, en la doctrina clásica del Derecho Penal se reconoce que son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho.

Los coautores "son autores porque cometen el delito entre todos. Los coautores se reparten la realización del tipo de autoría. Como ninguno de ellos por

¹⁹⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 653. Cfr. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 309 que colige que "la idea básica de coautoría es cuando se le concibe como dominio conjunto. Teniendo presente este punto de partida, se entiende perfectamente cómo es que cada coautor tiene algo más que el dominio sobre su porción del hecho y, sin embargo, únicamente dirige el hecho conjuntamente con los otros. Además, se pone de manifiesto que los partidarios de la teoría del dominio del hecho, en la fundamentación teórica de la coautoría, por lo general aún están demasiado influenciados por la idea básica de la teoría subjetiva."

sí solo realiza completamente el hecho, no puede considerársele a ninguno participe del hecho de otro.”²⁰⁰

La coautoría es autoría subraya Welzel; su “particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito.”²⁰¹

La coautoría es una forma independiente de autoría junto a la simple, pero no un caso de autoría mediata parcial (puesto que ninguno de los coautores debe ser mero instrumento del otro). La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito; por eso responde también por el todo.

A nuestro juicio, la coautoría, es decir, el dominio funcional del hecho (clasificación hecha por Roxin), se presenta cuando varias personas de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, codominando el hecho entre todos. Aparece por consiguiente la coautoría como un supuesto de división de trabajo, aunque claro está no basta con cualquier aporte dentro de esa distribución de funciones, pues, en otro caso, la coautoría abarcaría la complicidad. Serán coautores quienes realizan el hecho conjuntamente; son los que participan en la realización del delito y tiene el codominio del hecho.

²⁰⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 413.

²⁰¹ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Op. Cit., p. 129.

Para Blanco Lozano, la esencia de la coautoría “radica en el hecho de que en la misma se hallan presentes dos o más intervinientes, que, situados en un plano de igualdad ejecutiva, responde todos ellos en la misma medida, que no es otra que la correspondiente a la autoría ejecutora. De ahí que sea necesario que los coautores ejecuten conjuntamente la acción típica, sin que sea suficiente el mero acuerdo previo.”²⁰²

Con diferentes argumentos, aunque con elementos conceptuales un tanto idénticos, la coautoría concurre, expresa Jakobs, “. . . cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que

también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo. El dominio material del hecho, e incluso el formal, están, pues, distribuidos; el resultado es un hecho de varios intervinientes, todos los cuales son plenamente responsables de la obra total en concepto de autores, siempre y cuando pueden serlo, es decir, si ostentan las cualificaciones de autor específicas del delito.”²⁰³

²⁰² BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho Penal. Parte General*, Op. Cit., p. 1285. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Op. Cit., pp. 202 y 203 quien estipula que la coautoría “es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse, por tanto, como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. Cada coautor responde del hecho, siempre que este permanezca en el ámbito de la decisión común acordada previamente. Cualquier tipo de exceso de uno de los coautores repercutirá en la forma de imputación subjetiva del resultado que se haya cometido por exceso.”

²⁰³ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 745.

Jescheck sigue la misma temática y visión de Jakobs sobre la coautoría.

Así tenemos que Jescheck expresa:

*“ . . . en la coautoría, todos los intervinientes deben, en primer lugar, ser cotitulares de la decisión común de realizar el hecho, porque sólo entonces pueden tomar parte en el ejercicio del dominio del hecho. Además de esto, todos deben haber aportado objetivamente una contribución al hecho que se halle cualificada por su importancia para el resultado y que en todo caso no constituya solamente un acto preparatorio. La más adecuada forma de distribución de funciones puede, no obstante, determinar en la coautoría mediata que también baste para la punición por autoría una contribución al hecho que formalmente no entre en el ámbito de la acción típica. Baste con que constituya una parte necesaria de la ejecución del plan global, según una adecuada división del trabajo. . . ”*²⁰⁴

De lo expresado por Jakobs y Jescheck cabe la crítica al argumento que señalan que también *personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo*; esta afirmación no es aceptada en virtud de que no es posible sustentar que quien no participa en la comisión del delito pueda configurar una ejecución material del mismo, caso este inviable toda vez que necesariamente debe ejecutarse el dominio del hecho en el momento mismo de la ejecución del delito por parte de todos los intervinientes, a

²⁰⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 899.

título de autores y de común acuerdo en la acción y en el resultado obtenido, por lo que preferimos lo señalado por el maestro Blanco Lozano.

EJEMPLO: "A" y "B" de manera conjunta están golpeando a "C". Para el caso que nos ocupa, esto es un delito de lesiones, por lo que "A" y "B" deben ser considerados coautores de dicho ilícito porque a título de autores y de común acuerdo ejecutaron la acción. Si en este mismo caso hubiera un sujeto "D" que hubiera acompañado a "A" y "B" pero sin que realizara ningún acto de ejecución; "D" no podría ser considerado coautor, sino, según el caso, cómplice. Por lo que se evidencia aquí el argumento de Jescheck.

A propósito de lo anterior, cabe advertir que en la coautoría, todos son autores, por consiguiente, en cada uno de ellos deberán concurrir todas las características típicas exigidas para ser autor: Habrán de estar presentes por consiguiente, tanto los elementos subjetivos de la autoría como, en su caso, los elementos objetivos de la autoría cuando el tipo delictivo de que se trate lo prevea. En otras palabras, cada coautor ha de ser autor idóneo, no sólo en cuanto a su aportación sino también en referencia a las aportaciones de los demás intervinientes, es decir, deben poseer el codominio del hecho.

Insistimos en lo dicho por Welzel, la coautoría es autoría. Por eso dice, que "cada coautor ha de ser autor, esto es, poseer las calidades personales (objetivas y subjetivas) de autor, y en los delitos de propia mano, cada uno

efectuar por sí mismo el acto incorrecto. Además, tiene que ser portador del dominio final del hecho. De ahí que desde un principio quede excluido de la coautoría el instrumento de un autor mediato al que le falta el dominio final del hecho.²⁰⁵

3.2. ELEMENTOS DEL DOMINIO FUNCIONAL

Claus Roxin ha sugerido como elementos del dominio funcional o coautoría los siguientes:

1. *El acuerdo en común.*
2. *La esencialidad de la contribución.*
3. *La contribución en fase ejecutiva*

Otros autores prefieren utilizar la denominación de requisitos de la coautoría, siendo los siguientes:

- **La decisión conjunta.**
- **Codominio del hecho.**
- **Aportación al hecho en fase ejecutiva.**

²⁰⁵ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Op. Cit., p. 132. Cfr. MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 370 quien estima que "el dominio final del hecho, caracterizante de la forma común de comisión y entendida como participación en el dominio el hecho del ente colectivo, se presenta cuando los concurrentes coordinan sus respectivas acciones hacia un resultado anticipado en forma igualitaria por ellos, de una manera tal que dicho resultado se manifiesta como un producto de la actividad unificada: coautoría es la división del trabajo tendiente a un resultado, donde cada uno de los concurrentes tiene el dominio final del hecho con respecto a la globalidad del acontecer. No es necesario que todos los elementos típicos sean realizados en común; es suficiente con que los sujetos particulares realicen las acciones necesarias para la configuración del tipo, de manera que el mosaico delictivo se complete en su colaboración respectiva."

Para Jakobs, los requisitos de la coautoría son, “*la decisión común del hecho y el aspecto objetivo de la comisión en común.*”²⁰⁶ Dentro del primer punto incluye *la comisión en la intervención a título de autor.*

3.2.1. LA DECISIÓN CONJUNTA

Es necesario que exista una relación conjunta de realizar el hecho delictivo. En otras palabras se trata del común acuerdo.

A este elemento Welzel lo llama decisión común del hecho que sería un acuerdo recíproco, expreso o tácito, junto a la perpetración común del hecho. El acuerdo recíproco “puede también establecerse sólo durante el transcurso del hecho, después que el primer autor ya ha ejecutado una parte, lo que se ha llamado coautoría sucesiva. El que concurre con posterioridad responde de las causas de agravación ya consumadas y conocidas por el. Cada uno responde sólo hasta donde alcanza el acuerdo recíproco (luego no hay responsabilidad por el exceso del otro; sin embargo, el error *in objecto* de uno de los coautores es también irrelevante para los otros.”²⁰⁷

²⁰⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, Op. Cit., pp. 745 y 746.

²⁰⁷ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Op. Cit., p. 129, Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Op. Cit., p. 203, quien estima que “cada coautor responde del hecho, siempre que este permanezca en el ámbito de la decisión común acordada previamente. Cualquier tipo de exceso de uno de los coautores repercutirá en la forma de imputación subjetiva del resultado que se haya cometido por exceso; así unos pueden responder a título de dolo y otros a título de imprudencia o responder en absoluto del exceso. Puesto que en coautoría todos son autores del hecho, puede suceder que cada uno responda de un título delictivo diferente. Así, por ejemplo, en los delitos especiales impropios, en los que el autor cualificado responde por el delito especial (parricidio) y el coautor no cualificado, por el delito común (asesinato). Otra cosa sucede cuando no hay coautores sino que solo hay un autor y los demás intervinientes son solo partícipes (participación en los delitos especiales).”

Ahora bien, conviene dejar claro que la decisión común del hecho no es más que un acuerdo expreso o excluyente sobre la distribución de las aportaciones singulares a un hecho.

En otras palabras, el carácter común de la decisión del hecho es “el acuerdo de voluntades de los interviniente con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias es, también para la postura aquí mantenida, requisito indispensable de la coautoría. Sin embargo, ello no ha de entenderse en el sentido de Welzel con arreglo a cuya teoría *el minus* en cooperación objetiva (debe) quedar compensado por el *plus* de co-intervención en la decisión del delito, pues si alguien no tiene objetivamente el dominio conjunto del hecho sobre el acontecer, tampoco puede alcanzarlo por medio de su intervención en el planeamiento.”²⁰⁸

Lo que quiere decirnos Roxin es que lo trascendente del acuerdo común de la decisión es precisamente el dominio conjunto del hecho de manera objetiva, respecto al hecho o al acontecer.

Ejemplo: “A” apunta con la pistola mientras “B” toma el dinero de la caja.

El común acuerdo, tácito o expreso, puede haberse concretado antes de la ejecución o durante la ejecución (que se denomina coautoría sucesiva). Si la

²⁰⁸ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 316.

ejecución ha sido iniciada, “el coautor que se presente únicamente deberá responder en base a lo que se realice a continuación, pero no se le puede imputar retroactivamente lo sucedido antes de su entrada en escena.”²⁰⁹

Cuando falta el común acuerdo y entre varias personas realizan el tipo, nos hallamos ante la llamada autoría accesoria y no ante coautoría. En la autoría accesoria, “varias personas, independientemente unas de otras, producen el resultado típico, generalmente de un delito imprudente.”²¹⁰

En la autoría accesoria “dos o más personas sin común acuerdo, actuando cada una de forma independiente y desconociendo la actuación de la o las otras, producen el resultado típico. Estos casos no pueden tratarse como una coautoría, pues, falta precisamente la decisión común.”²¹¹

Lo citado cobra vigencia con lo manifestado por Maurach, al estimar que “quien tome parte del dominio del hecho de una pluralidad de personas, al mismo tiempo debe querer el dominio colectivo del hecho; no es posible querer participar de un objeto y no querer el objeto mismo. El elemento subjetivo de coautoría exige, simultáneamente con la voluntad de participación, una actuación conjunta querida en virtud de la cual cada coautor particular efectúe su aporte objetivo al servicio de la realización del plan común. Ambos Elementos, la voluntad de

²⁰⁹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Op. Cit., p. 66

²¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Op. Cit., p. 204.

²¹¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Op. Cit., p. 74.

dominio del hecho por la colectividad de personas y la voluntad de participación de ella, reciben el acertado nombre de conexión de voluntades.”²¹²

3.2.2. EL CODOMINIO DEL HECHO

En la coautoría es preciso que exista un codominio del hecho, esto es, que todos y cada uno de los intervinientes dominen el hecho.

El dominio del hecho “no se presenta únicamente en los casos en los que el sujeto por sí mismo realiza el tipo, sino que también existe aunque cada persona que interviene no realice por sí sólo y enteramente el tipo, pues, es posible derivar un dominio del hecho, en razón a cada aportación al hecho, basada en la división del trabajo o de funciones de los intervinientes. De ahí que se hable del dominio funcional del hecho.”²¹³

Habría que aclarar también que cada coautor ha de ser, subjetivamente, coportador de la decisión común, esto es, tener junto al resto la voluntad incondicionada de realización, y, objetivamente, completar con su aportación al hecho los aportes de los demás, configurando un hecho unitario. Siempre es coautor quien efectúa una acción de ejecución sobre la base de un plan común en relación al hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final

²¹² MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 379.

²¹³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Op. Cit., p. 65.

voluntario se expresa de la manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización.

Por tanto, “para una conceptualización correcta de la coautoría es preciso tener en cuenta las siguientes reglas: sin aporte no es posible coautoría; cualquier aporte no da lugar a coautoría; y, no todo común acuerdo configura una coautoría. Es preciso el dominio del hecho con todos los requisitos que lo conforman.”²¹⁴

A mi modo de ver, y sobre el particular, el criterio del dominio del hecho es un elemento conceptual que permite una adecuada distinción de la autoría y las formas de participación. Así, el criterio del dominio del hecho también permite en este sentido, establecer quiénes tuvieron en sus manos la ejecución del hecho desde el punto de vista material.

Por ello, en el caso del coautor el codominio del hecho (palabra utilizada por la doctrina), se manifiesta cuando la participación es de tal naturaleza que, mediante división del trabajo, importa la realización de una tarea en el plano ejecutivo que de alguna manera es esencial para el éxito del plan decidido en común.

Por ejemplo: “A” y “B” pretenden privar de la vida a “C”. Para ello, “A”

²¹⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Op. Cit., p. 66.

y "B" acechan a "C". Acto seguido le ocasionan entre los dos lesiones graves, por los múltiples golpes que le propinaron, por lo que "C" muere. "A" y "B" son responsables del delito de homicidio cometido a título de coautores. Ambos tenían desde el punto de vista subjetivo la decisión conjunta, es decir, matar a "C"; además, desde el punto de vista objetivo, poseían el codominio del hecho lo que les valió constituirse en actos ejecutivos, como así se demostró al golpear a "C" de manera conjunta.

3.2.3. APORTACIÓN EN FASE EJECUTIVA

Otra cuestión que se debe tener en cuenta es la del momento en el que se produce la aportación del interviniente: el coautor tiene que realizar su aportación en fase ejecutiva. En otras palabras, su contribución tiene que ser actualizada al momento de la realización del tipo. La razón es clara, sólo así puede decirse que el sujeto tiene el dominio del hecho. Esto conduce a que la misma contribución pueda tener un significado distinto para el derecho en virtud del momento en que se produzca. Welzel llama a la aportación en fase ejecutiva como ejecución común del hecho.

Cabe advertir, dentro de este apartado que "quien actúa sólo en fase preparatoria no tiene el dominio del hecho, no se puede decir tampoco que alguien

ha actuado de modo preparatorio pueda dominar realmente el curso del acontecimiento."²¹⁵

Así, un aporte esencial durante la ejecución dará lugar a la coautoría. Los demás aportes, es decir, los no esenciales, deberán considerarse complicidad.

3.3. DELIMITACIÓN FRENTE AL CÓMPLICE

El dominio del hecho exige que el interviniente haya realizado una aportación al hecho; el problema es determinar el contenido de dicha aportación y su delimitación o diferenciación frente a la realizada por un cómplice.

Bajo una perspectiva de Roxin, López Barja de Quiroga considera que "la aportación será la adecuada y, por ello, existirá dominio del hecho, cuando dicha contribución constituya un presupuesto que tiene lugar durante la ejecución y sin el cual el resultado perseguido no hubiera podido conseguirse. Para determinar cuando la consumación del hecho depende de una determinada aportación es preciso, como indica Bacigalupo, tomar en consideración el plan de realización tenido en cuenta por los autores."²¹⁶

²¹⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 673.

²¹⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Op. Cit., p. 67.

La diferencia decisiva entre coautoría y complicidad dice Welzel, "reside en el ámbito subjetivo. El coautor obra con un *animus auctoris*, esto es, él quiere el hecho como propio. El cómplice obra con *animus socii*, es decir, él quiere el hecho como ajeno. En ambos casos, es indiferente cuál sea la contribución al hecho que preste objetivamente el partícipe."²¹⁷

3.4. CONSECUENCIAS DE LA COAUTORÍA

Jacobo López Barja de Quiroga, identifica plenamente las consecuencias que produce la propia coautoría, mismas que procedemos a sintetizar en la siguiente forma:²¹⁸

1. Imputación recíproca de todas las contribuciones de los coautores al hecho.
2. En los delitos de omisión no es posible coautoría.
3. En los delitos de propia mano todos son coautores deben realizar la acción típica.
4. En los delitos especiales propios solo es posible si todos los coautores infringen el deber.
5. Habrá tentativa desde el momento en que uno de los coautores comienza la realización del tipo conforme al plan marcado.

²¹⁷ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Op. Cit., p. 130.

²¹⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Op. Cit., pp. 70 y 71.

De todo lo dicho en este apartado de coautoría se desprende que la coautoría sólo se da cuando varios sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan en conjunto la acción que determina positivamente el si y el cómo del hecho.

Esta acción no puede ser otra que la que sirve para decidir quien es autor individual inmediato y quién es autor mediato por realizar esa acción a través de otro. Por tanto, la acción es siempre la misma, aunque la estructura de su realización varía en cada caso: unas veces se realiza inmediatamente, otras a través de otra persona, y otras junto con otra u otras personas.

En síntesis, lo decisivo en la coautoría es "que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse, por tanto, como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención."²¹⁹

Siguiendo al autor en comento, en la coautoría el dominio funcional del hecho debe poseerlo cada sujeto activo, es decir, que tenga el dominio del acto que ejecuta por si mismo de manera independiente, aunque haya existido un reparto de trabajo. En otros términos, las contribuciones que hagan forman un todo.

²¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Op. Cit., p. 203.

CAPÍTULO CUARTO

LA VINCULACIÓN DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO Y EN DERECHO COMPARADO

Nos encontramos ahora en uno de los capítulos que más llama la atención dentro del presente trabajo de investigación, se trata precisamente de un análisis vinculatorio entre la teoría del dominio del hecho y la manera o el manejo que nuestra legislación mexicana ha realizado respecto al tratamiento de la autoría y sus formas.

En otras palabras, intentamos dar una crítica a nuestra legislación sobre la regulación de la autoría y sus formas, y lo razonable que significaría el manejo y la aplicación del dominio del hecho en nuestros códigos penales.

Como ha quedado demostrado, analizamos en un momento la evolución del concepto de autor del delito, a través del concepto unitario de autor, del concepto extensivo de autor, del concepto restrictivo y, por supuesto, a través de la teoría del dominio del hecho, cuya fuente la encontramos en la teoría finalista de la acción.

Es un hecho que la evolución de las ideas penales ha sido una evolución de las legislaciones penales. Así, nuestros Códigos se han adaptado a todos esos cambios estructurales dentro de la dogmática del derecho. Basta con mencionar cómo hemos pasado de un sistema causalista de la acción, en donde el dolo y la

culpa son columna vertebral de la culpabilidad, y cómo luego transitamos hacia el finalismo en donde ese mismo dolo y culpa se trasladaron al tipo penal, como elemento *sine quanon* del mismo, y hoy en día hablamos de una teoría de la imputación objetiva, que opuesta a la fundamentación y sistematización ontológica que caracterizaba al finalismo, propone una fundamentación y sistematización teleológica-funcional, de ahí que se le conozca como teoría funcionalista del Derecho Penal.

Quizá, valdría la pena hacer un pequeño paréntesis para analizar la teoría de la imputación objetiva que, a propósito del dominio del hecho, fue abanderada precisamente por Claus Roxin.²²⁰ Sin embargo, la línea doctrinal del funcionalismo merecería ser un tema de investigación por separado. Por el momento sólo mencionaremos que la imputación objetiva es la posición dogmática de más

²²⁰ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría de la Imputación Objetiva*, Ángel Editor, México, 2001, p. 7, quien estima que "la teoría de la imputación objetiva otorga al tipo un contenido claramente valorativo. Ello tiene dos consecuencias: una es que ni la causalidad ni la finalidad del sujeto nos dicen si una persona ha realizado un tipo penal. Es precisa una valoración desde el punto de vista de la norma. Una conducta se ve así seleccionada como típica de acuerdo con el fin y sentido de los tipos de la parte especial interpretados teleológicamente. La otra consecuencia tiene mayor importancia práctica: a pesar de que una conducta se pueda subsumir formalmente en un tipo penal, sólo se puede desvalorar dicha conducta de acuerdo con el fin de protección de la norma penal. Ni todo proceso causal que mate o lesione, ni toda intención de matar o lesionar son relevantes para el derecho penal. El tipo objetivo pasa a cobrar una especial relevancia dentro de la teoría del tipo, desplazando la importancia que había tenido para el finalismo la finalidad del sujeto. La relevancia que para el finalismo tenía la perspectiva *ex ante* pasa a ser compensada mediante una perspectiva objetiva *ex post*. Lo decisivo para el Derecho penal no es únicamente el sentido que el autor quería darle a su conducta, sino también al ámbito de protección de cada tipo penal. Pero este tipo objetivo ya no se entiende como un mero proceso causal, sino que es fruto de una interpretación teleológico-funcional de los distintos tipos de la parte especial y fin de protección de cada norma penal. Todos los tipos penales tienen límites valorativos que, en muchos casos, no se encuentran expresamente recogidos en los mismos. Desde el punto de vista del delito imprudente se buscan criterios valorativos para que no toda conducta imprudente relacionada con el resultado se convierta en un injusto imprudente."

actualidad que el Derecho Penal ha calificado como perspectiva que se adopta para el fácil entendimiento del delito doloso y el delito culposo.

Como vertiente de nuestro principal objetivo, debo decir que ha quedado demostrado, *prima facie* que desde el punto de vista teórico-práctico, el dominio del hecho constituye la teoría que mejor explica la autoría y sus formas, sobre todo al autor mediato que, como lo vimos, no pudo ser resuelta por el concepto unitario de autor ni mucho menos por el concepto extensivo.

Por tanto, es precisamente en este capítulo lo que se pretende estudiar. Recordemos que el dominio del hecho ha tenido una aceptación en Alemania y España, y más que aceptación, una vigencia y positividad a partir de sus legislaciones. Claro está que no partimos de sistemas iguales, ni que todo lo que proponga la ciencia jurídica alemana encuentre cabida en México, sino queremos identificar y demostrar cómo es posible que se reglamente en distinta forma –sin cambiar el espíritu de la ley- al autor y sus formas.

A medida que tengamos una legislación acorde a la evolución misma del hombre, estaremos en aptitud de calificar de sobresaliente nuestro sistema de Derecho Penal, es decir, nuestra legislación. Ya lo decía Beccaria al afirmar que “. . . las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura

tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario. . .²²¹

Con lo expuesto por Beccaria, se comprende la importancia que tiene para un estado de derecho que existan leyes adecuadas a la evolución misma del hombre. Tal vez Alemania no sea el país tipo en cuanto el estudio del derecho, pero al menos en Derecho Penal, constituye el pilar de las recientes posturas sobre el dominio del hecho, que es precisamente donde queremos englobar nuestra legislación, máxime que *per se*, mantiene una visión sobre la teoría finalista de la acción.

1. TRATAMIENTO DE LA AUTORÍA EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA

Hasta por cuestión lógica, el derecho evoluciona con el hombre. De corrientes de pensamiento clásico del Derecho Penal, avanzamos al sistema funcional del derecho penal, que como sabemos, es lo más reconocido en la actualidad.

Así pues, ha sido la evolución de nuestras legislaciones de Derecho Penal

²²¹ BECCARIA, Cesar, *De los delitos y de las penas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 215.

lo que ha permitido que en la praxis, se apliquen penas más justas a los infractores de la ley. En otras palabras, el desarrollo del Derecho Penal adjetivo, deriva del fortalecimiento del derecho penal sustantivo.

1. 1. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA-CALIFORNIA SOBRE DELITOS DEL FUERO COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA SOBRE DELITOS CONTRA LA FEDERACIÓN DE 1871

Primeramente, recordemos que el primer Código Penal mexicano del 7 de diciembre de 1871 contaba con 1,152 artículos, ordenados en cuatro libros, denominados:

PRIMERO. De los delitos, faltas, delincuentes y penas en general

SEGUNDO. Responsabilidad civil en materia criminal.

TERCERO. De los delitos en particular.

CUARTO. De las faltas.

De la lectura que demos al Código Penal de 1871, notamos que tiene una marcada influencia del Código Penal Español de 1870, "inspirado en las corrientes

doctrinales de su época, pero con importantes innovaciones como la inclusión de medidas de seguridad, así como la innovación de la libertad preparatoria.”²²²

Para Álvaro Búnster, “un código como el Martínez de Castro, puesto en vigencia en 1871, antes de la aparición en Italia de la Escuela Positiva y en Alemania la Escuela sociológica, no exhibe los rasgos de un clásico Código Penal retribucionista, sino que tiene una marcada tendencia utilitarista.”²²³

Ahora bien, hemos descubierto que la mayoría de los juristas mexicanos del Derecho Penal coinciden en que el Código de 1871 tomo en cuenta para la determinación de las penas, las proporcionalidad cualitativa y cuantitativa de las mismas y el daño causado por el delito, además, estableciendo igual graduación de penas con respecto de los participantes en el delito, se acogió en el ordenamiento del que hablamos, el sistema de clasificación de los delitos, señalando delitos graves y leves.

En el Código Penal de 1871, el tema que nos interesa precisar con mayor interés como lo es la autoría y participación criminal, se encontraba en el Capítulo 6º, denominado: “De las personas responsables de los delitos.” Así comprendía los siguientes artículos:²²⁴

²²² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México 1997, p. 78.

²²³ BUNSTER BRICEÑO, Álvaro, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXX, Número 88, enero-abril, México, 1997, p. 23.

²²⁴ LEYES PENALES MEXICANAS, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tomo 1, México, 1979, p. 379.

LIBRO PRIMERO

De los delitos, faltas, delincuentes, penas en general.

TITULO PRIMERO

De los delitos y faltas en general

CAPÍTULO VI

De las personas responsables de los delitos

“Artículo 48°. Tienen responsabilidad criminal:

- i. Los autores del delito:**
- ii. Los cómplices:**
- iii. Los encubridores:”**

Vale la pena advertir que en dicho artículo se deja sin responsabilidad criminal (como aquí es llamada) a la otra forma de participación y reconoce como forma única de participación criminal a la complicidad, olvidando a la inducción o instigación. Así también, cabe advertir que en dicho artículo se reconoce al encubrimiento como una forma de autoría o responsabilidad criminal, cuando, como sabemos, el encubrimiento constituye un tipo penal específico, diferente.

En el Código en comento, la autoría en sus diferentes formas se encontraba en el artículo 49, el cual se limita a describir conductas, que serán propias del autor del delito y que a la letra decía:²²⁵

²²⁵ LEYES PENALES MEXICANAS, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Op. Cit., p. 379.

“Artículo 49º.- Son responsables como autores de un delito:

- I. Los que lo conciben, resuelven cometerlo, lo preparan y ejecutan, ya sea por sí mismos, ó por medio de otros á quienes compelen ó inducen a delinquir, abusando aquellos de su autoridad ó poder, valiéndose de amagos ó amenazas graves, de la fuerza física, de dádivas, de promesas ó de culpables maquinaciones ó artificios:**
- II. Los que son la causa determinante del delito, aunque no lo ejecuten por sí, ni hayan resuelto ni preparado la ejecución, y se valgan de otros medios diversos de los enumerados en la fracción anterior, para hacer que otros lo cometan:**
- III. Los que son carteles dirigidos al pueblo, ó haciendo circular entre éste, manuscritos ó impresos ó por medio de discursos en público, estimulan á la multitud a cometer un delito determinado; si éste llega a ejecutarse, aunque solo se designen genéricamente las víctimas:**
- IV. Los que ejecutan materialmente el acto en que el delito queda consumado:**
- V. Los que ejecuten hechos que son la causa impulsiva del delito, ó que se encaminan inmediata y directamente á su ejecución, ó que son tan necesarios en el acto que de verificarse ésta, que sin ellos no puede consumarse:**
- VI. Los que ejecutan hechos que, aun cuando a primera vista parecen secundarios, son de lo más peligrosos ó requieren mayor audacia en el agente:**

VII. Los que teniendo por su empleo ó cargo el deber de impedir ó de castigar un delito, se obligan con el delincuente á no estorbarle, que lo cometa, ó á procurarle la impunidad en el caso de ser acusado.”

Por lo que respecta a la participación –tema éste que no corresponde a nuestra investigación, aunque no queremos pasarlo desapercibido- , se describía en el artículo 50 referente únicamente a la figura de la complicidad y se encontraba de la siguiente manera:²²⁶

“Artículo 50.- Son responsables como cómplices:

- I. Los que ayudan á los autores de un delito en los preparativos de éste, proporcionándoles los instrumentos, armas ú otros medios adecuados para cometerlo, ó dándoles instrucciones para este fin, facilitando de cualquier otro modo la preparación ó la ejecución; si saben el uso que va a hacerse de las unas o de los otros:**
- II. Los que, sin valerse de los medios de que habla el párrafo I del artículo anterior, emplean la persuasión, ó excitan las pasiones para provocar á**
- III. otro á cometer un delito; si esa provocación es una de las causas determinantes, de éste, pero no la única:**
- IV. Los que en la ejecución de un delito tomar parte de una manera indirecta o accesoria:**
- V. Los que ocultan cosas robadas, dan asilo á delincuentes, les proporcionan la fuga, ó protegen de cualquiera manera la impunidad; si lo hacen en virtud de pacto anterior al delito:**

²²⁶ LEYES PENALES MEXICANAS, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Op. Cit., pp. 379 y 380.

VI. Los que, sin previo acuerdo con el delincuente, y debiendo por su empleo ó cargo impedir un delito ó castigarlo, no cumplen empeñosamente con ese deber.”

En el artículo 53 encontramos lo que Gustavo Malo Camacho denominaría posteriormente “delito emergente”, que es “el delito que surge independientemente del original pactado y planeado.”²²⁷

“Artículo 53.- El que empleando los medios de que hablan los párrafos 1º, 2º y 3º del artículo 49 y párrafo 2º del 50, compela ó induzca á otro á cometer un delito; será responsable de los demás delitos que cometa su coautor ó su cómplice, solamente en estos dos casos.”²²⁸

- I. Cuando el nuevo delito sea un medio adecuado para la ejecución del principal;
- II. Cuando sea consecuencia necesaria ó natural de éste, ó de los medios concertados.”

“Pero ni aun en éstos dos casos tendrá responsabilidad por los nuevos delitos, si éstos dejarían de serlo si él los ejecutara.”

“Artículo 54.- El que, por alguno de los medios de que hablan los párrafos 1º, 2º y 3º del artículo 49 y párrafo 2º del 50, provoque ó induzca á otro á cometer un delito; quedará libre de responsabilidad si desiste de su resolución y logra impedir que el delito se consuma.”

²²⁷ MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 485.

²²⁸ LEYES PENALES MEXICANAS, Op. Cit., p. 380.

“Si no lo consigue, pero acredita haber empleado con oportunidad medios notoriamente capaces de impedir la consumación; se le impondrá la cuarta parte de la pena que merecería sin esa circunstancia.”

“En cualquier otro caso se le castigará como autor ó como cómplice, según el carácter que tenga en el delito concertado.”

En su artículo 55 contenía clasificadas conductas propias del encubrimiento, aunque es criticable que se encontraran en el capítulo correspondiente a la participación criminal.

“Artículo 55. Los encubridores son de tres clases.”²²⁹

“Artículo 56. Son encubridores de primera clase:

“Los simples particulares que, sin previo concierto con los delincuentes, los favorecen de alguno de los modos siguientes:

- I. Auxiliándolos para que se aprovechen de los instrumentos con que se comete el delito ó de las cosas que son objeto ó efecto de el, ó aprovechándose de los unos ó de los otros los encubridores:**
- II. Procurando por cualquier medio impedir que se averigüe el delito, ó que se descubra á los responsables de él;**
- III. Ocultando á estos, si tienen costumbre de hacerlo, ú obran por retribución dada o prometida.”**

“Artículo 57. Son encubridores de segunda clase.”²³⁰

²²⁹ LEYES PENALES MEXICANAS, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Op. Cit., p. 380.

²³⁰ Loc. Cit.

1. Los que adquieren alguna cosa robada, aunque no se les pruebe que tenían conocimiento de esta circunstancia, si concurren las dos siguientes:

I. Que no hayan tomado las precauciones legales para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa, tenía derecho para disponer de ella;

II. Que habitualmente compren cosas robadas.”

2. Los funcionarios públicos que, sin obligación especial de impedir o castigar un delito, abusan de su puesto ejecutando algunos de los actos mencionados en el artículo anterior.

“Artículo 58.- Son encubridores de tercera clase.”²³¹

“Los que teniendo por su empleo ó cargo, el deber de impedir ó de castigar un delito, favorecen á los delincuentes sin previo acuerdo con ellos, ejecutando alguno de los hechos enumerados en las fracciones 1a y 2a del artículo 56, ú ocultando a los culpables.”

Otra crítica que tiene este código y tal vez la más importante es en el sentido de que no se hace una distinción en cuanto a la punibilidad para el caso de los partícipes, ni siquiera para el caso de los encubridores, por lo que a todos los sujetos que intervienen en el comisión de un delito, les sería aplicable la pena correspondiente para el delito de que se trate, caso éste del concepto unitario de autor, que, como vimos, para efectos de la punición, los consideraba a todos

²³¹ LEYES PENALES MEXICANAS, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Op. Cit., p. 380.

autores.

1.2. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929

En el año de 1929 el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Emilio Portes Gil, expidió el Código Penal conocido también como Código Almaraz. Este ordenamiento constaba de 1,228 artículos, los cuales fueron agrupados en tres libros, titulados:

PRIMERO.- Principios generales, reglas sobre responsabilidad y sanciones.

SEGUNDO. De la reparación del daño.

TERCERO. De los tipos legales de los delitos

Ya para estos años, el positivismo penal, al menos el italiano, de tanta influencia en México, no se satisfacía con un régimen de doble vía; aspiraba a un monismo sustentado en la peligrosidad, no a un dualismo en que, por su parte, la pena se apoyará en la culpabilidad. Dicho sea de paso, ese monismo, quería llegar a una sola consecuencia jurídica, que ostentara las características de la medida de seguridad, y que de este modo viniera a reemplazar a la pena.

Cabe advertir, que para ese entonces el encargado de la redacción del

Código en comento, don José Almaraz, ya había postulado ese monismo para su Código de 1929.

Comenta Álvaro Búnster acerca de los obstáculos opuestos por la Constitución con que se encontró el redactor del Código y que “le hubieran impedido prescindir hasta del apotegma *nullum crimen nulla poena sine lege*, como habría sido su idea y que se hubiera visto forzado a una transacción en que un sistema de sanciones (extrañamiento, apercibimiento, caución de no ofender, multa, arresto, confinamiento, segregación y relegación), dirigidas a prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles, más las muy variadas sanciones reservadas a los menores, y las diversas especies de reclusión para los delincuentes enfermos mentales, los toxicómanos y los sordomudos, todas estas sanciones de duración indeterminada y que no afectaran a todo el universo posible de los transgresores a la ley penal, pues coexistían con las que eran para quienes no se hallaban en las expresadas situaciones y que eran y son la mayoría.”²³²

En este orden de ideas, cabe hacer notar que en el Código Almaraz se actualizaba lo que alguna vez se había calificado como base asimétrica de imputación, esto es, un régimen de doble vía, de tendencia monista en torno de la peligrosidad, régimen aceptado no de muy buena gana por José Almaraz y demás que lo diseñaron.

²³² BUNSTER BRICEÑO, Álvaro, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Op. Cit., p. 24.

Me parece que la crítica principal que recibe el Código en comento, es que no se desligó de las ideologías positivistas del Código de 1871, por lo cual es cuestionable el grado de avance si es que lo hubo que se alcanzó, ya que en su materia básica no cambió, en relación al modelo anterior. Igualmente criticable es el hecho de que en este Código se olvidó de hacer referencia a las medidas de seguridad, ya previstas en el Código anterior.

Ahora bien, y remitiéndonos al tema que nos interesa dentro del Código en comento, el artículo 36 era el encargado de enunciar a las personas que tenían responsabilidad penal por la comisión de un delito, mencionando a los autores, cómplices y nuevamente se incluye a los encubridores.²³³

LIBRO PRIMERO

TÍTULO PRIMERO

De la responsabilidad penal

CAPÍTULO V

De las personas responsables de los delitos

“Artículo 36.- Tienen responsabilidad penal:

- I. Los autores del delito;**
- II. Los cómplices, y**
- III. Los encubridores.”**

²³³ LEYES PENALES MEXICANAS, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Op. Cit., p. 125.

“Artículo 37.- Son responsables como coautores de un delito:

- I. Los que lo conciben, resuelven cometerlo, lo preparan y ejecutan por sí mismos;
- II. Los que conciben un delito, resuelven cometerlo, lo preparan o ejecutan por sí o por medio de otros, compeliendo o induciendo a éstos a delinquir por abuso de autoridad o por poder, o por medio de violencia física o moral, o de culpables de maquinaciones o artificios;
- III. Los que son la causa determinante del delito, aunque no lo ejecuten por sí, ni hayan resuelto ni preparado la ejecución, y se valgan de otros medios, diversos de los enumerados en las fracciones anteriores, para hacer que otros lo cometan;
- IV. Los que por discursos, escritos o por cualquier otro medio, estimulan a la multitud a cometer un delito determinado, si éste llega a ejecutarse, aunque sólo se designen vagamente las víctimas;
- V. Los que ejecutan materialmente el acto en que el delito queda consumado;
- VI. Los que ejecutan hechos que son la causa impulsiva del delito, o que se encaminan inmediata y directamente a su ejecución, o que son tan necesarios en el acto de verificarse ésta, que sin ellos no pueda consumarse;
- VII. Los que ejecutan hechos que aun cuando a primera vista parecen secundarios, son de los más peligrosos o requieren de mayor audacia en el agente; y
- VIII. Los que teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir o de sancionar un delito, se obliga con el delincuente a no estorbarle que lo cometa o a procurarle la impunidad en el caso de ser acusado.”

En mi opinión no se debió haber clasificado como de coautoría a las conductas descritas, ya que cabe la posibilidad de ser desarrolladas por un solo individuo, por lo que serán conductas puramente autorales, en el artículo 38 se encontraban las conductas que se consideraban como cómplices.

“Artículo 38. Son responsables como cómplices:²³⁴

- I. Los que ayudan a los autores de un delito en los preparativos de este, proporcionándoles los instrumentos, armas, u otros medios adecuados para cometerlo o dándoles instrucciones para este fin, o facilitando de cualquier otro modo la preparación o la ejecución, si saben el uso que va a hacerse de las unas o de los otros.**
- II. Los que, sin valerse de los medios de que hablan las fracciones I y II del artículo anterior, emplean la persuasión, o excitan las pasiones para provocar a otro a cometer a un delito; si esa provocación es una de las causas determinantes, de ésta, pero no la única.**
- III. Los que en la ejecución de un delito toman parte de una manera indirecta o accesoria.**
- IV. Los que ocultan cosas robadas, dan asilo a delincuentes, les proporcionan la fuga o protegen de cualquier manera la impunidad, si lo hacen en virtud de un pacto anterior al delito, y**
- V. Los que, sin previo acuerdo con el delincuente, pero sabedores de que se va a cometer el delito, y debiendo por su empleo o cargo impedirlo, no cumplen con ese deber.**

²³⁴ LEYES PENALES MEXICANAS, Tomo 1, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Op. Cit., p. 125.

Los artículos 53 y 54 del Código de 1871, prácticamente fueron copiados en los artículos 41 y 42 correspondientes al Código en cuestión.

“Artículo 41.- El que empleando alguno de los medios de que hablan las fracciones II a IV del artículo 37 y II del artículo 38, compela o induzca a otro a cometer un delito, será responsable de los demás delitos que cometa su coautor o su cómplice, solamente en estos dos casos:

- I. Cuando el nuevo delito sea un medio adecuado para la ejecución del principal, y**
- II. Cuando sea consecuencia necesaria o natural de este, o de los medios concertados.”**

“Pero ni aún en estos dos casos tendrá responsabilidad por los nuevos delitos, si estos dejaren de serlo si él los ejecutara.”

“Artículo 42.- El que, por alguno de los medios de que hablan las fracciones II a IV del artículo 37 y II del artículo 38, provoque o induzca a otro a cometer un delito, quedará libre de responsabilidad si desiste de su resolución y logra impedir que el delito se consuma.”

“Si no lo consigue, pero acredita haber empleado con oportunidad medios notablemente capaces de impedir la consumación se le impondrá de un décimo a un cuarto parte de la sanción que merecería sin esa circunstancia, según las modalidades del caso y la temibilidad revelada. En cualquier otro caso se le impondrá la sanción que le corresponda como autor o cómplice.”

Este Código, como lo comenté en líneas anteriores, también considera a los encubridores como personas responsables del delito y describe las conductas constitutivas de esta clasificación en su artículo 43 y 44 como excluyentes de responsabilidad en razón de parentesco o vínculos afectivos, por lo que, para efectos de esta investigación, nos quedaremos con la información que hasta ahora hemos vertido.

1.3. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL DE 1931

Este Código fue publicado en el Diario Oficial de la Federación por decreto del catorce de agosto de 1931 del C. Presidente de la República Pascual Ortiz Rubio.

Las personas comisionadas para redactar el Código, no estuvieron en disposición de cortar del todo los nexos con que querían dejarle un grado importante de vinculación al texto precedente. Es fácil notar que hasta la reforma de 12 de abril de 1984, el sistema de compromisos político-criminales adoptado por el Código Almaraz, vio reproducidas sus líneas esenciales en el de 1931.

La tendencia monista se percibe en el Código de referencia, en la enumeración distinta de penas y medidas de seguridad contenida en el artículo 24,

donde se incluyen varias consecuencias jurídicas del delito que el artículo 68 del precedente Código de Almaraz, como se ha visto, “tenía por sanciones encaminadas a prevenir los delitos, readaptar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles, es decir, por medidas de seguridad en el amplio ámbito de la prevención especial; se percibe, en seguida, en la ausencia de una fórmula legal de la inimputabilidad, en la referencia genérica a ‘sanciones’ al ocuparse de los enfermos mentales y de los sordomudos, a pesar de la severísima represión reservada a los reincidentes y habituales en nombre tácito de la defensa social, en la reiterada invocación de la peligrosidad bajo el anticuado e impropio nombre *garofaliano de temibilidad*.”²³⁵

En este Código se redujo considerablemente el casuismo que predominaba en los códigos anteriores, reduciendo el número de artículos 400, teniendo como criterio para individualizar la pena, el de la peligrosidad.

En lo relacionado al tema que nos concierne, la autoría y las distintas formas de participación se ocupa el artículo 13, que a continuación cito de manera textual:²³⁶

CAPÍTULO III

Personas responsables de los delitos

“Artículo 13.- Son personas responsables de los delitos:

²³⁵ BUNSTER BRICEÑO, Álvaro, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Op. Cit., p. 26.

²³⁶ LEYES PENALES MEXICANAS, Tomo 3, Op. Cit., p. 306.

- I. Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos.**
- II. Los que inducen o compelen a otro a cometerlos.**
- III. Los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución, y**
- IV. Los que en casos previstos por la ley, auxiliien a los delincuentes, una vez que estos efectuaron su acción delictuosa.”**

Este Código fue de los más criticados de su época, no sólo por su imprecisión en distinguir a los tipos de autores y partícipes, sino por la redacción de la fracción I, al decir que serán responsables los que intervienen en la cooperación de los delitos, lo cual le ganó el rechazo generalizado aludiendo que nadie puede intervenir en la mente de los demás. Pero independientemente de las consideraciones anteriores, tenía el grave error de no adecuar la punibilidad para cada una de las formas de intervención.

1.3.1. REFORMAS DE 1984

En el año de 1983, el Código Penal de 1931 sufrió una importante reforma la cual entro en vigor hasta abril de 1984, destacando importantes modificaciones en el artículo 13 referente a las personas intervinientes en el delito. Esta forma vino a dar avances importantes en este rubro, ya que el Código de 1931 estaba lleno de imprecisiones doctrinales en las cuales se confundían los conceptos de autoría y participación.

El Código de 1931 a través de las diferentes reformas, logró precisar y diferenciar, aunque de manera aislada, los conceptos de autor y partícipes, pero siguió sin distinguir la punibilidad para cada uno de los intervinientes, quedando de la siguiente manera:

CAPÍTULO III

Personas responsables de los delitos

“Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización;**
- II. Los que los realicen por sí;**
- III. Los que lo realicen conjuntamente;**
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;**
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;**
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;**
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y,**
- VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.”**

1.3.2. REFORMAS DEL 10 DE ENERO DE 1994

En la reforma al Código Penal publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, se adicionó el artículo 64 bis, con lo cual se corregía el grave error de los precedentes legisladores de no hacer distinción entre la punibilidad que merecían los distintos tipos de autores y partícipes.

Por virtud de la adición del citado artículo se establece una punibilidad de las personas que aparecen como responsables de los delitos en las primeras seis fracciones del artículo 13, respecto de la punibilidad que tienen los que intervienen en los términos de las fracciones VI, VII, VIII, agregándose al texto del artículo 13, los dos párrafos que se transcriben a continuación, quedando de esta manera subsanada la deficiencia de la punibilidad adecuada al grado de intervención en el delito.

“Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:”

[...]

“Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.”

“Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código.”

“Artículo 64 bis. En los casos previstos por las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la

correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva.”

2. LA AUTORÍA EN EL DERECHO PENAL COMPARADO

Cuando se ingresa a terrenos de la investigación jurídica, y sobre todo, cuando en el caso que nos ocupa, se analiza un tópico de dogmática penal, no escapa a nosotros la necesidad de incursionar al tema del derecho comparado.

A través del derecho comparado, podemos identificar los sistemas jurídicos de otros países, la naturaleza de su legislación, y desde luego, el tratamiento teórico-práctico de sus principales conceptos jurídicos fundamentales.

Así, la teoría del dominio del hecho, que, como hemos sustentado, tuvo su origen con la teoría finalista de la acción desde Graf Zu Donna pasando por Welzel, Roxin hasta llegar a Jakobs (precursor de la teoría funcionalista, pero bajo principios finalistas), quienes aportaron una nueva dogmática al Derecho Penal, pero sobre todo al Derecho Penal alemán. De ahí que la legislación penal alemana sea un estudio *sine quanon* para esta investigación, con tal de identificar su posicionamiento respecto a la autoría y sus formas, bajo el esquema de dominio del hecho.

Al ser Alemania uno de los principales exponentes del Derecho Penal en Europa, su doctrina ha encontrado eco y se ha expandido hacia otras legislaciones del continente europeo, tal y como sucede con España.

Consecuentemente, la legislación española constituye otro rubro del cual debemos analizar con profundidad, esto en virtud de que la mayoría de los juristas españoles, han retomado al dominio del hecho como la teoría que mejor explica al autor, coautor y autor mediato, temas éstos que aquí interesan.

2.1. CÓDIGO PENAL ALEMAN

El Código Penal Alemán conocido por sus siglas StGB (Strafgesetzbuch), regula la autoría y sus formas en los parágrafos 25, 26, 27, 28 y 14, que a la letra dicen:²³⁷

Título III

Autoría y participación

25. Autoría

(1) Se castiga como autor quien comete el hecho punible por sí mismo o a través de otro.

²³⁷ *CODIGO PENAL ALEMAN*, del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998, Trad. Claudia López Díaz, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, pp. 22 y 23.

(2) Si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigara a cada uno como autor (coautoría)

26. Instigación (inducción a delinquir)

Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico.

27. Complicidad

(1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico.

(2) 1 La pena para el cooperador se ajusta a la pena del autor. 2 La pena debe reducirse conforme al 49, inciso 1.

28. Especiales elementos personales.

(1) Si faltan características especiales personales (14, inciso 1) en el partícipe (instigador o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena, de conformidad con el 49, inciso 1.

(2) Si la ley determina que característica personales especiales agraven la pena, la disminuyan o la excluyan, entonces esto solo rige para los partícipes (autor o partícipe), en quien concurren.

Capítulo Segundo

El Hecho

Título I

Fundamentos de la punibilidad

[. . .]

14. Actuar por otra persona

(1) alguien actúa

1. como órgano con poder de representación de una persona jurídica o como miembros de tales órganos

2. como socio con poder de representación de una sociedad comercial de personas; o,

3. como representante legal de otro, así una ley fundamental la punibilidad de acuerdo con las especiales cualidades personales, las relaciones o las circunstancias (características especiales personales), también se debe aplicar al representante aún cuando esas características no las tenga él pero si existen en el representado.

(2) 1. Si alguien es autorizado por el propietario de una empresa o por alguien autorizado para ello:

1. encargado de dirigir totalmente o parcialmente la empresa o por alguien autorizado para ello

2. expresamente encargado a salvaguardar bajo su propia responsabilidad, tareas que le corresponden al propietario de la empresa, y actúa el con fundamento en ese cargo, entonces la ley es la que fundamenta la punibilidad de acuerdo con las características especiales personales. Esto también se aplica al encargado, aún cuando esas características no las tenga él, pero si existen en el propietario de la empresa. 2 Al establecimiento en el sentido de la primera fase se debe equiparar la empresa. Si alguien actúa con base en un encargo correspondiente para una entidad que salvaguarda tareas de la administración pública, entonces se debe aplicar mutatis mutandis la primera fase.

(3) Los incisos 1 y 2 también son aplicables cuando el hecho jurídico en que se debía fundamentar el derecho de representación o la relación de mandato es ineficaz.

Son un sinnúmero de juristas alemanes que han vertido algunos comentarios y/o críticas sobre su legislación penal. Así tenemos que Jakobs, a propósito del artículo 25, párrafo 1, primera parte, dice que “autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir, quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito.”²³⁸ Así pues, es muy clara la expresión: **“se castiga como autor a quien comete el hecho punible por sí mismo”**, del Código Penal Alemán, y que refiere al supuesto de autoría directa, inmediata. Incluso, esto lo corrobora Maurach, a propósito del comentario a dicho precepto, al subrayar que “quien por sí solo realice la lesión contraria a la norma descrita en el tipo es necesariamente poseedor del dominio final del hecho, manifestando en forma exclusiva el elemento objetivo de autoría.”²³⁹

Para efectos de nuestra investigación, nos interesa analizar el artículo 25 (1) y (2) del Código Penal Alemán, mismos que de manera declarativa expresan quien es autor, quien es autor mediato y quien coautor, sin dar más elementos que la sola descripción legal. Caso éste muy común en la mayoría de los códigos penales, quizá, porque intentar definir sería tomar una posición doctrinal en

²³⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 744.

²³⁹ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 321.

particular, aunque, a nuestro modo de ver, fijaría un mejor entendimiento y sólo la necesaria interpretación para el juzgador.

La segunda parte del artículo 25 (1) del ordenamiento en consulta describe al autor mediato: **“o a través de otro”**. Esto significa en palabras de Wessels que “realiza el tipo legal de un delito comisivo doloso de modo tal que, al llevar a cabo la acción típica, deja que actúe para él un intermediario en la forma de un instrumento humano. Para expresar este criterio en forma figurada, diremos que el autor mediato utiliza, para cometer un hecho propio, ‘manos ajenas’. Son características de la autoría mediata la posición subordinada del intermediario por razones de hecho y jurídicas, y el rol dominante del mandante, que comprende correctamente la situación de hecho y tiene en sus manos el suceso total en virtud de su voluntad dirigida completamente a la realización del plan.”²⁴⁰

El principio expresado –en forma comprimida- por el artículo 25, inc. 1, según el cual, dice Maurach, la autoría mediata se funda en la utilización final de otra persona con el objeto de realizar un hecho punible doloso, da la posibilidad de investigar en forma material y positiva el contenido de la autoría mediata.

Al inicio de su explicación sobre autoría mediata y refiriéndose al artículo 25, párrafo primero, segundo grupo de supuestos, Jakobs emplea la expresión: “tipo de autoría” en los delitos de dominio, “comisión por medio de otro”.

²⁴⁰ WESSELS, Johannes, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 159.

A su vez, otro jurista alemán, Jescheck expone que: "La autoría mediata es una forma de autoría y, al igual que la autoría inmediata, se caracteriza porque supone la existencia del dominio del hecho. Es autor mediato quien realiza el tipo penal sirviéndose, para la ejecución de la acción típica, de otra persona como instrumento. El dominio del hecho requiere en la autoría mediata que todo proceso se presente como obra de la voluntad rectora del hombre de atrás y que éste tenga en su mano, gracias a su influjo, al intermediario en el hecho. El nuevo Derecho menciona la autoría mediata en el § 25 I (se castiga como autor al que comete el hecho a través de otro), sin definir, evidentemente, como hacía el proyecto de 1958 en su artículo 28 II las distintas formas de aparición de la autoría mediata."²⁴¹

No olvidemos que el artículo 14 del Código alemán, establece los supuestos que acreditan la figura de "actuar por otro."

Ahora bien, el artículo 25 (2) refiere a que si varios cometen el hecho punible en común, cada uno de ellos será penado como autor. Como se aprecia en la descripción legal, es muy obvio identificar que estamos en la forma de autoría llamada coautoría.

Simplemente como referencia y sin perjuicio de haber hecho comentarios con anterioridad, la coautoría es la comisión mancomunada de hecho punible

²⁴¹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., pp. 919-920.

mediante colaboración, consciente y querida. La "coautoría se basa en el principio de la división de tareas y el reparto funcional de los roles. Cada partícipe es aquí, como compañero con iguales derechos, co-titular de la resolución común y de la realización mancomunada del tipo, de modo que las distintas contribuciones se completan en un todo unitario y el resultado total debe atribuirse a cada partícipe."²⁴²

Para concluir, y bajo el bosquejo del dominio del hecho, como teoría propuesta y desarrollada con más auge en Alemania que en otros países de ese continente, ha significado tanto su desarrollo que a propósito del derecho comparado, en la obra de Jescheck – Tratado de Derecho Penal- en el apartado correspondiente a adiciones de Derecho Español se estima que "en España la teoría del dominio del hecho no ocupa el lugar absolutamente dominante que el concede la doctrina alemana, sino que constituyen aún un sector minoritario los autores que aquí la erigen con carácter general en contenido material del

²⁴² WESSELS, Johannes, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 157, quien concluye que "dentro del § 25, II, se tiene en cuenta, ante todo, como contribución objetiva para el hecho, la participación en la misma acción ejecutiva. Según la Jurisprudencia y la opinión dominante también basta a veces, la ejecución de una simple acción de preparación o auxilio e incluso una simple colaboración espiritual. Pero al respecto hay que examinar con especial cuidado si el "minus" de participación en la real ejecución del hecho se equilibra con un correspondiente "plus" en la planificación conformadora del delito y si respecto de la cuota en el común dominio del hecho, se logra, por lo menos, el valor límite mínimo del llamado "dominio funcional del hecho". Cada coautor responde del resultado del hecho únicamente dentro de la decisión común y en los límites fijados en los §§ 28, II y 29. Los demás partícipes no responde por el exceso de un coautor. Por otro lado, el error in objecto vel persona irrelevante para un coautor, carece también para todos los demás de significación." Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Op. Cit., p. 899, quien estima que "en la coautoría todos los intervinientes deben, en primer lugar, ser cotitulares de la decisión común de realizar el hecho, porque sólo entonces pueden tomar parte en el ejercicio del dominio del hecho. Además de esto, todos deben haber aportado objetivamente una contribución al hecho que se halle cualificada por su importancia para el resultado y que en todo caso no constituya solamente un acto preparatorio."

concepto. Si por dominio del hecho debiera entenderse incluso el poder de interrumpir la realización del tipo, no bastaría, ciertamente, para definir la autoría, pues tal posibilidad puede hallarse también en manos del inductor, del cómplice y hasta de terceros. A mi juicio, para ser autor es preciso algo más: la pertenencia, exclusiva o compartida, del hecho. Y el hecho no pertenece a todo aquel de quien depende la posibilidad de su ejecución, sino sólo a quien la realiza por sí solo o a través de otro que actúa como instrumento, o la comparte con otros.”²⁴³

2.2 CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El Código Penal Español recoge la cuestión de autoría en los artículos 27 al 31. Estas normas disponen:²⁴⁴

TITULO II

DE LAS PERSONAS CRIMINALMENTE RESPONSABLES DE LOS DELITOS Y FALTAS

“Artículo 27. Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices.”

“Artículo 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. (28)”

“También serán considerados autores:

²⁴³ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., pp. 913 y 914.

²⁴⁴ CÓDIGO PENAL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA, a cargo de Julio Díaz-Maroto y Villarejo y Julio J. Suárez González, Vigésima Sexta Edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2000, p. 52.

“a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. (29)”

“b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. (30)”

“Artículo 29. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. (31)”

“Artículo 30. 1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.”

“2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: (32)”

“1.º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.”

“2.º Los directores de la publicación o programa en que se difunda.”

“3.º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.

“4.º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

“3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.”

“Artículo 31. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias sedan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”

CAPITULO II

De la aplicación de las penas²⁴⁵

SECCIÓN PRIMERA

Reglas generales para la aplicación de las penas

“Artículo 61. Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada. (56)”

“Artículo 62. A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. (57)”

“Artículo 63. A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito.(58)”

“Artículo 64. Las reglas anteriores no serán de aplicación en los casos en

²⁴⁵ CODIGO PENAL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA, Op. Cit., p. 64.

que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la Ley. (59)”

“Artículo 65. 1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren.”

“2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.”

Ahora bien, vale la pena subrayar que los propios autores del Derecho Penal español han afirmado que siguen una teoría, respecto a la autoría, del dominio del hecho. Así lo ha expresado Carlos Blanco Lozano al considerar que “la teoría del dominio del hecho, primeramente acogida por la legislación germana de la mano de su doctrina, ha pasado también a ser acogida en nuestro Código penal de 1995 en la parcela reguladora de la autoría y la participación en la infracción penal. Conforma a tal tesis, por tanto y en conclusión, el autor es aquel que ostenta el dominio del hecho, mientras que el partícipe es el que coadyuva sin poseer el mismo.”²⁴⁶

Por otra parte, y en terreno de análisis a la legislación española, cabe advertir como primer comentario que la legislación española habla de las personas

²⁴⁶ BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 1278.

criminally responsables, siendo notoria la diferencia con nuestra legislación que omite la palabra “criminally”.

Otro aspecto que resaltar es que enuncia como personas responsables de los delitos a los autores y cómplices, lo cual independientemente del fondo es más correcta la aplicación de la conjuntiva “y” que la disyuntiva “o” que emplea nuestro código y que ha sido objeto de múltiples críticas.

En un estado de Derecho en donde se sustenta el principio de la división de poderes, se pone de manifiesto las funciones que desempeñan ambos, sea en la elaboración, ejecución o interpretación de la ley. Así, en un Código Penal, sea el español, alemán o mexicano, el legislador debe marcar únicamente ciertas pautas que deben considerarse en los tipos penales, y más tarde, el interprete del derecho, en función de una u otras teorías llegará a las conclusiones que le parecerán más acertadas.

No basta crear la ley, hace falta interpretarla. Solamente así, quien juzga tendrá el pleno convencimiento de aplicar a un sujeto activo del delito la pena que le debe corresponder por su conducta, y sobre todo, identificar, para el caso que nos ocupa, cuando es autor, coautor o autor mediato.

Por otro lado, el Código Penal español claramente excluye un concepto unitario de autor, desde el momento en que separa las conductas de los autores y

de los que también son considerados coautores; y, por otro lado, además, separa de forma patente a los cómplices.

Como se desprende del artículo 28, citado con antelación, se establece una distinción entre quienes son autores y quienes serán considerados autores pero en específico y esta diferencia tiene como respaldo las diferentes conductas abarcadas.

De lo anterior, parecería que lo que el legislador español proponía era que todas esas conductas deben recibir la misma pena y, por ello, en el artículo 61 al tratar las reglas para la aplicación de las penas, se refiere sin más preámbulo a los autores.

Vale la pena transcribir lo que el maestro español Jacobo Barja de Quiroga considera a propósito del Código Penal Español:²⁴⁷

“ . . . no hay duda, por consiguiente, que la teoría del dominio del hecho es perfectamente defendible también bajo la vigencia del nuevo Código penal. Incluso la cuestión ha mejorado, pues ante el viejo artículo 14.1 se refería a los que tomar parte directa en la ejecución del hecho, mientras que el actual artículo 28 señala que son autores quienes realizan el hecho. Y, evidentemente, tomar parte en la ejecución no es lo mismo que realizar el hecho. . . además, el Código Penal

²⁴⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Op. Cit., pp. 38 y 39.

de 1995 contiene una referencia a la coautoría (conjuntamente) y despeja todo problema sobre la admisión de la autoría mediata (aunque siga siendo discutible su amplitud) al señalar que son autores quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento. La clara admisión de la autoría mediata debería traer como consecuencia inmediata la imposibilidad de conciliar una teoría formal objetiva con el Código Penal de 1995, sin embargo, seguro que los defensores de esta teoría encuentran argumentos para salvar este aparentemente infranqueable escollo.”

Ahora bien, y por lo que corresponde al tema de autoría mediata, en España, “esta figura no fue fácilmente aceptada. En efecto, pues, aunque un importante grupo de autores la consideraron innecesaria en nuestro derecho, porque a su juicio con las previsiones del artículo 14 del Código Penal era suficiente para abarcar los supuestos previstos para la autoría mediata, sin embargo, hoy en día se trata de una categoría comúnmente admitida, si bien ello no impide que existiera discusión sobre sus límites y los apartados del artículo 14 que comprenden las hipótesis del autor mediato. En la actualidad, la admisión de la autoría mediata no puede ser discutida, habida cuenta la expresa mención del artículo 28 del Código Penal, conforme al cual son autores quienes realizan el hecho...por medio de otro del que se sirven como instrumento.”²⁴⁸

²⁴⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*, Op. Cit., p. 48, subrayando el mismo autor lo siguiente: “En términos generales, cabe afirmar que la autoría mediata no es posible cuando el instrumento actúa de forma plenamente responsable. En estos casos, el ejecutor debe responder de su acción y no puede hablarse de autoría mediata dado que no nos encontramos en un supuesto de dominio de la voluntad. En tales supuestos, el Instrumento será autor del hecho, mientras que el hombre de atrás será partícipe.

Respecto a la coautoría, el Código Penal Español en su artículo 28 señala que. "son autores quienes realizan el hecho...conjuntamente.

Siguiendo al mismo autor, comenta:²⁴⁹

"... a nuestro juicio, el coautor es aquel que tiene el codominio del hecho y, consiguientemente, realiza su aporte en fase ejecutiva. Las demás categorías no pueden cumplir con estos extremos. El cooperador necesario (art. 28 b) del Código penal) es aquel que coopera a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. Así pues, cuando una persona de que se trate tiene el dominio del hecho y realiza su aportación en fase ejecutiva estamos ante un coautor (artículo 28 párrafo 1º). Cuando, teniendo el dominio del hecho en fase pre-ejecutiva, aunque careciendo de él durante la fase ejecutiva, sin embargo, su aportación ha sido difícil de reemplazar (hasta el punto de considerar que en fase pre-ejecutiva ha tenido el dominio del hecho) nos encontramos con un cooperador necesario (art. 28 b). Y, por último, cuando el aporte no es esencial ni difícil de reemplazar se trata de un cómplice (art. 29), tanto realice su aportación antes de la fase ejecutiva como si lo realiza durante la misma."

²⁴⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*, Op. Cit., p. 81.

3. LA VINCULACIÓN DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA. UNA PROPUESTA DE REFORMAS SISTEMÁTICAS

Nos encontramos ahora en uno de los temas más sobresalientes, y porque no decirlo, más criticables de nuestra investigación, esto es, la vinculación de la teoría del dominio del hecho en un contexto de autoría y sus formas dentro de la legislación penal mexicana.

He querido retomar este punto con la firme idea de recapitular cada uno de los temas hasta aquí expuestos y determinar, de acuerdo a lo que actualmente se establece en la parte general de nuestro Código, lo razonable del dominio del hecho, como forma de explicar al autor, el coautor y el autor mediato en la comisión del delito.

3.1. LA CONCEPCIÓN ACTUAL DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA PRÁXIS DEL DERECHO PENAL. UNA APRECIACIÓN DE CLAUS ROXIN.

Para poder emitir una opinión sobre la viabilidad de la teoría del dominio del hecho en una legislación como la nuestra, quiero referirme en primer lugar, a las consideraciones finales a que llega Roxin para demostrar como ha sido recogida dicha teoría en varias legislaciones del mundo. Y aún más, cómo a través del

dominio de la acción, dominio de la voluntad y el dominio funcional, se puede comprender el verdadero significado del autor del delito, máxime que para dicha teoría autor es, el que domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el sí y el cómo de la producción del delito, dirige el proceso que desemboca en dicha producción.

Empezaré con señalar que a juicio de Roxin, la teoría del dominio del hecho ha sido acogida tanto en la legislación, la jurisprudencia y doctrina alemana de diversas maneras y en diferentes casos, sin embargo, parece que la postura dominante admite, como puntos que atender para comprender a dicha doctrina los siguientes:²⁵⁰

- 1. Determinación del contenido del concepto de dominio del hecho.**
- 2. Estructura del concepto de dominio del hecho.**

Respecto al primer punto, identificamos que Roxin retoma algunas ideas, que, si bien no son aplicadas con generalidad en la *praxis*, si aparecen como conceptos inherentes a la determinación del contenido del concepto de dominio del hecho, estas figuras son:

²⁵⁰ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Op. Cit, pp. 338 a 354

- **La influencia determinante sobre el transcurso y el resultado del hecho.**
- **La capacidad de hacer continuar y de impedir.**
- **La posibilidad de dar al suceso el giro decisivo.**
- **La subordinación de la voluntad.**
- **Voluntad de dominio del hecho y sentimiento de autoría**

Respecto al segundo punto –estructura del concepto de dominio del hecho- Roxin propone destacar algunas características que desempeñan cierto papel en la teoría del dominio del hecho:

- I. El del dominio del hecho no consiste en un concepto de autor ontológico, ni tampoco un criterio formado únicamente por medio de valoración jurídica, sino en el producto de una síntesis poliédrica de modos de considerar ontológicos y teleológicos. De donde se deduce lo siguiente:
 1. El concepto de acción final, del que Welzel en su momento derivó la teoría del dominio del hecho, ofrece para la doctrina de la autoría un punto de partida, pero nada más. Lo cual se muestra en tres aspectos:
 - a) Toda categoría de dominio del hecho requiere un actuar final. Así pues, los comportamientos no finales quedan descartados desde el principio. En esta medida cabe hablar de una cualidad dada del concepto de autor. Pero el concepto de finalidad requiere, a su vez, interpretación teleológica, pues como en el ámbito del dominio del

hecho no hay "finalidad en sí", la voluntad de realización interesa sólo en tanto que se dirige a los elementos objetivos del tipo; la finalidad siempre lleva ya una impronta normativa.

- b) Además, en el caso de cooperación de varios que obran finalmente, de la estructura final no se pueden obtener puntos de apoyo para delimitar las formas de participación, puesto que el elemento específico del dominio no es posible captarlo a través del atributo de la finalidad, que también la posee la participación
 - c) De todos modos, el concepto de finalidad adquiere significado fundamentador de dominio allí donde el error del ejecutor directo posibilita la autoría mediata del sujeto de detrás. Pero precisamente la supradeterminación final, que constituye aquí la esencial del dominio del hecho, tiene a su vez un marcado suplemento teleológico.
2. También al margen de la estructura de la acción el concepto de dominio del hecho emplea por doquier un material óptico, articulado prejurídicamente y con significado. Lo cual rige tanto para la imbricación oportuna de las porciones del hecho en el dominio conjunto como en el ámbito del dominio de la voluntad en virtud de coacción, donde los principios empíricos psicológicos relativos a cuándo está excluida la decisión volitiva libre son determinantes para delimitar en las zonas fronterizas participación y autoría mediata.
3. Se pone, pues, de manifiesto que el concepto de acción por sí solo, al que aún hoy esta teoría debe que muchos de sus partidarios la

denominen teoría del dominio del hecho "final", ofrece una base muy reducida como para que quepa construir sobre ella toda una doctrina de la autoría, así como un método que atienda a estructuras materiales previas ontológico-sociales no agota el contenido del concepto de dominio del hecho.

II. Para distinguir si el dominio del hecho es un concepto descriptivo o normativo hay que atender lo siguiente. Si se delimitan los elementos normativos con respecto a los descriptivos sobre la base de que aquellos se refieren a datos a los que sólo cabe concebir presuponiendo lógicamente una norma, se trata entonces de un fenómeno que coincide ampliamente con lo que hemos designado mediante el concepto de lo teleológico. Por el contrario, si se comprende en lo descriptivo aquello que es perceptible sensorialmente, mientras que en lo normativo lo sólo inteligible espiritualmente, el dominio del hecho sigue siendo un concepto normativo en una medida sensible. La verificación de la autoría mediata y de la coautoría, que se basan respectivamente en la dirección configuradora de sentido del curso causal y en la dependencia funcional, requieren un acto de intelección espiritual. E incluso en la autoría simple sólo es posible hablar de un criterio descriptivo en la medida en que los tipos se compongan de elementos perceptibles sensorialmente.

De lo expuesto por Roxin, podemos recoger las siguientes consideraciones:

- 1. La teoría del dominio del hecho es una teoría que reúne un concepto de autor desde dos puntos de vista: un aspecto ontológico (el ser mismo del autor), y un aspecto teleológico (de acuerdo al fin que persigue el autor, que busca, que quiere, que persigue).**
- 2. Si bien es cierto, el precursor del dominio del hecho fue Welzel, porque todo dominio del hecho implica un actuar final, también lo es que al concepto de finalidad debe agregarse criterios de interpretación teleológica, esto es, finalidad + voluntad de realización.**

3.2. EL TRATAMIENTO DEL AUTOR, COAUTOR Y AUTOR MEDIATO BAJO UN CONTEXTO DE DOMINIO DE LA ACCIÓN, DOMINIO FUNCIONAL Y DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN NUESTRA LEGISLACIÓN MEXICANA

En primer término debo advertir que la idea de incluir los conceptos esenciales del dominio del hecho a nuestra legislación, en el caso específico, la autoría y sus formas, es con la finalidad de identificar si hay una correlación entre nuestro sistema penal y el sistema penal alemán que, propiamente, es quien abandera la multicitada teoría.

Así, tanto nuestra Legislación Penal Federal, como nuestra Legislación del Distrito Federal, asumen una similitud en cuanto a la descripción del concurso de

personas en el delito. Por un lado, advierte de manera enunciativa quienes son responsables de los delitos, y por otro lado, omite diferenciar en cada conducta quien es autor, coautor o autor mediato.

De ahí la necesidad de proponer una redacción acorde a los postulados del dominio del hecho, sin perjuicio de que sea razonable o no.

Vayamos pues al análisis de nuestros Códigos Penales.

Primeramente transcribiré textualmente el artículo 13 del Código Penal Federal, que prevé:

CAPÍTULO III

PERSONAS RESPONSABLES DE LOS DELITOS

“Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización.**
- II. Los que lo realicen por sí;**
- III. Los que lo realicen conjuntamente;**
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;**
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;**
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;**

VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y,

VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se puede precisar el resultado que cada quien produjo.

“Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.”

“Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 Bis de este Código.”

Pareciera algo tan reiterado el hecho de que en el artículo 13 aún persiste una confusa redacción que refiere: **“son autores o partícipes”** dejando con ello la posibilidad de que todos los supuestos enunciados, pueden ser autores o partícipes. Completamente en desacuerdo por falta de técnica legislativa en esta expresión.

Respecto a la fracción I, **“los que acuerden o preparen su realización”**, pareciere que estamos hablando de coautoría; sin embargo, es muy temerario afirmar ello, en virtud de que en estricto sentido, la coautoría o dominio funcional del hecho, sólo se presenta cuando varias personas de común acuerdo toman parte **en la fase ejecutiva** de la realización del tipo, codominando el hecho entre todos. Si recordamos los requisitos de coautoría como son: la decisión conjunta, el

codominio del hecho o la aparición del hecho en fase ejecutiva, a lo sumo, la única identidad que encontramos en relación con la fracción I, es la expresión **"acordar o preparar su realización"**, siendo además una expresión plural **"los que"**; sin embargo, esto no aplica a la coautoría, máxime que en ella, es un requisito *sine quanon*, ejecutar el hecho mancomunadamente, como decía Wessels.

El concepto de autor inmediato a que nos referimos en el capítulo que antecede, aparece en la fracción II del citado precepto con la expresión **"los que lo realicen por sí."** Recordemos que se trata de una ejecución de propia mano, de manera directa, *per se*, en donde quien quiera matar, toma un arma de fuego y de manera directa le dispara al pasivo. Aquí sólo intervienen dos personas, quien ejecuta el acto de manera voluntaria y libre y el sujeto pasivo. En otras palabras, estamos en presencia de un autor directo porque realiza el tipo ejecutando por sí mismo la acción típica; tiene el dominio de la acción porque es una cualidad propia de la misma acción la que determina al ejecutor como autor.

Dicho sea de paso, Roxin ha criticado algunos comentarios de Maurach sobre todo cuando éste, al referirse al dominio del hecho dice: "... la idea de quien domina el hecho puede, a su voluntad, hacer continuar el suceso o impedirlo..." Respecto a ello, a mi modo de ver, no está muy equivocado Maurach al afirmar que quien domina el hecho puede continuarlo o impedirlo, me parece una expresión adecuada, sobre todo si partimos de una concepción finalista de la acción. Pongamos un ejemplo:

EJEMPLO: Si "A" tiene pensado privar de la vida a "B", buscará todos los medios necesarios para conseguir tal objetivo. Así, lo mismo comprará un arma, que lo ahorcará, lesionará, etc. Si seguimos un modelo finalista de la acción, y como lo decía Welzel, el autor (en este caso directo) es señor del hecho, en razón a su decisión volitiva (voluntad de matar) de privar de la vida a "B", en otras palabras, tiene la voluntad final de matar.

Con el ejemplo expuesto, queremos decir que el autor, siempre debe de poseer el dominio del hecho conductor conforme a un plan (que en nuestro caso fue matar) y de esta manera asumir condiciones para frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo, que Welzel llama dolo de tipo.

Sólo para apoyar lo expuesto en el párrafo que antecede, consideramos pertinente incluir que para que sea considerado autor y en el caso que nos ocupa, autor directo, "tiene que realizar personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho."²⁵¹

Como ya lo expusimos, Jakobs decía que autor es "siempre el hecho por sí mismo, es decir, quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito."²⁵²

²⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Op. Cit., p. 201.

²⁵² JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 744.

Por otro lado, la fracción III del Código Penal Federal al expresar **“los que lo realicen conjuntamente”** se refiere precisamente a la coautoría. Recordemos que dominio funcional del hecho es codominar el hecho de manera conjunta y bajo un acuerdo previo, en decir, tener la voluntad de todos los partícipes en cometer el delito y aceptar los resultados que se han ejecutado.

Sobre el particular Muñoz Conde expresa: “Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse, por tanto, como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor.”²⁵³

Vale la pena destacar que en la coautoría, hay una polémica para determinar si es susceptible de calificarse como coautor a un organizador del plan delictivo. A nuestro modo de ver, el Código no distingue esa figura, sin embargo, yo estaría de acuerdo en catalogar al organizador como coautor, siempre y cuando derive ese hecho de un acuerdo previo con los demás, y lo ejecuten, es decir, mantengan ese codominio del hecho en fase ejecutiva.

Por último, nos interesa analizar la fracción IV del Código Federal que

²⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría jurídica del delito*, Op. Cit., pp. 202 y 203

establece: **“los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro”**, figura que, como sabemos, corresponde a la autoría mediata.

El dominio de la voluntad o autoría mediata se actualiza cuando el sujeto activo del delito utiliza a otro como instrumento que será quien la ejecutará. (Nótese que es una relación trivial). Cabe advertir que quien domina el hecho es el autor del hecho pero a través de otra persona. Quien ejecuta el hecho y quien lo domina son personas distintas. En estos casos, el hombre de atrás realiza el tipo mediante otra persona que la utiliza como herramienta.

Sin el ánimo de ser reiterativo, me parece de suma importancia el comentario que sobre el particular ha vertido Maurach al considerar que “el aspecto central de la autoría mediata radica en la degradación de un ser humano a la categoría de un medio material no libre para la obtención de fines delictivos, en el abuso de una persona en cuanto instrumento, mientras la inducción se manifiesta como la corrupción de un ser humano libre: Solo quien posee el dominio del hecho esta en situación de abusar de otra persona para su ejecución; el autor mediato mantiene, desde un comienzo y hasta el final, el control del desarrollo de los acontecimientos.”²⁵⁴

En síntesis, la fracción IV de nuestro Código Penal Federal refiere al caso de autoría mediata, haciendo desde ahora la aclaración que para que pueda

²⁵⁴ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., p. 332.

decirse que se trata de un caso de autoría mediata, la acción ejecutada por el instrumento debe aparecer como obra del “hombre de atrás”. Por tanto, el “hombre de atrás”, es decir, el autor mediato, debe tener las mismas características especiales de la autoría, como los elementos objetivos de dominio y los elementos subjetivos de cualificación típica.

Por otra parte y sólo a manera de comentario, haremos una revisión a las demás fracciones del artículo 13 del Código Penal Federal, con la idea de relacionar las formas de autoría con la participación, tema éste que no ha sido materia de análisis.

Así tenemos que la fracción V que a la letra estipula; **“los que determinan intencionalmente a otro a cometerlo”**. Esta fracción hace referencia a la figura de la instigación o inducción conocida en la doctrina como una forma de participación. El inductor es aquel que hace nacer en otro la resolución criminal de realizar un hecho antijurídico. Es decir, el inductor determina a otro a la comisión del hecho creando en él la idea delictiva. Es preciso que el autor principal no estuviera ya decidido a cometer el hecho delictivo, pues, precisamente tiene que ser la actividad del inductor la que de lugar a que el otro decida la comisión delictiva.

En otras palabras, “el instigador, de manera dolosa, crea en el instigado la idea de cometer el ilícito; aquí el instigador debe tener plena conciencia del hecho

en el cual participa y por lo tanto esa conciencia es de tipo dolosa, de allí que se llama autor intelectual, pues precisamente es quien ha concebido realmente el delito y se lo transmite a otra persona, el autor.”²⁵⁵

Por consiguiente, y de forma sintética, cabe decir que “la inducción es la creación del dolo en el autor principal.”²⁵⁶

A su vez, la fracción VI que refiere a **“los que intencionalmente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión”**, tiene que ver con la complicidad, la cual es la otra forma de participación. Recordemos que la participación en sentido estricto sólo comprende la instigación y la complicidad.

A manera de comentario, diremos que la complicidad consiste en prestar ayuda dolosa a un hecho doloso. Según Welzel, la “complicidad tiene que favorecer (objetivamente) el hecho principal y este favorecimiento ser querido (subjetivamente) por el cómplice, para lo cual basta el dolo eventual. Favorecer significa prestar una colaboración causal para la comisión del hecho principal, luego en los delitos de resultado también una colaboración para el resultado.”²⁵⁷

Para la mayoría de los penalistas, cómplice sería el que con su contribución no decide el sí y el cómo de la realización del hecho, sino solo favorece o facilita que se realice.

²⁵⁵ DAZA GÓMEZ, Carlos, *Teoría General del Delito*, Cárdenas Editor, México, 2000, p. 370.

²⁵⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Op. Cit., p. 129.

²⁵⁷ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Op. Cit., pp. 142 y 143.

La fracción VII se refiere a otra forma de complicidad que se caracteriza por **“la manifestación de auxilio posterior a la comisión del delito en cumplimiento de una promesa anterior al delito”**, razón por la cual queda claro que tenía un conocimiento desde el inicio acerca de la comisión del hecho típico, por lo cual es una forma de participación y no un tipo especial como el encubrimiento ya que en este se requiere la ausencia del conocimiento previo.

La fracción VIII, **“los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo”**, hace referencia a la participación, aunque sin el elemento “acuerdo previo”, lo que nos lleva a tener la imprecisión de identificar el daño que cada quien produjo.

El mismo artículo 13º *in fine*, abre la discrecionalidad judicial al señalar que “los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad”, y para los partícipes, los remite a la punibilidad prevista por el artículo 64 Bis del propio ordenamiento legal, mismo que omitimos en razón a que refiere a la participación más no a las formas de autoría que, obviamente, es nuestro tema a estudio.

Ahora bien, y bajo distinta apreciación, nos remitiremos a la regulación de la autoría y sus formas en el Código Penal del Distrito Federal, que, como sabemos, fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 29 de enero del año 2004.

La autoría se encuentra regulada en el capítulo III, artículo 22 del citado ordenamiento legal que a la letra dice:

CAPÍTULO III AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

“Artículo 22. (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

- I. Lo realicen por sí,**
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;**
- III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;**
- IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;**
- V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y**
- VI. Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.”**

“Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.”

“La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, sólo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código.”

Sin temor a equivocarnos y aún cuando se ha proyectado una nueva estructura del Código Penal del Distrito Federal, para efectos de la autoría y sus formas, sigue manteniendo la antigua similitud con el Código Penal Federal. De ahí que la fracción I esté considerando al autor directo o inmediato; la fracción II a los coautores y la fracción III al autor mediato.

Así pues, tengamos por reproducidas en este apartado las consideraciones hechas con anterioridad al Código Penal Federal, con la única precisión que a diferencia del Código Penal Federal, la legislación local regula dos aspectos de suma importancia, que si bien no forman parte *stricto sensu* de la autoría y sus formas, sí pertenece al ámbito de la participación y en conjunto proporcionan un nuevo tratamiento a ésta última.

El penúltimo párrafo del artículo 22 del CPDF, señala que: **“quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.”** Con lo anterior, la legislación local regula propiamente los actos de ejecución, por lo que no basta con la participación del cómplice a título de actos preparatorios, sino debe alcanzar el grado de tentativa, esto es, cuando la resolución de cometer el delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado. No queremos mencionar la omisión porque como se aprecia en el último párrafo, la instigación y la complicidad sólo son admisibles en los delitos dolosos, por lo que

el penúltimo párrafo se complementa con el último, ambos del artículo 22. Así pues, el último párrafo prevé que **“la instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, sólo son admisibles en los delitos dolosos.”** Con lo dicho, los inductores y cómplices quedan fuera del alcance de la ley penal cuando a quienes induzcan o a quienes auxilien hayan cometido un delito culposo (cuando se produce el resultado típico, que no previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario cumplir).

4. PROPUESTA DE REFORMAS PENALES

Como último punto de esta investigación, queremos proponer una nueva regulación a la autoría y sus formas.

Como así lo hemos venido expresando, la teoría del dominio del hecho, cuyo origen aparece en el finalismo, a mi modo de ver, es la que mejor explica la multicitada autoría, coautoría y desde luego, la autoría mediata.

Innumerables críticas se han vertido respecto al tratamiento o redacción que los códigos penales realizan sobre el tema del autor del delito; sin embargo, lo que nosotros queremos proponer es una redacción, sustentada en el dominio de la acción, el dominio funcional y el dominio de la voluntad, como conceptos propios de la teoría del dominio del hecho.

La simple enumeración y ejemplificación de las conductas que se pueden desplegar por los comitentes del delito se presta a una inexacta aplicación del verdadero espíritu de la ley penal, que, como sabemos, se basa en elementos doctrinales. Así, a mi modo de ver, y sin exceso, mi propuesta versará sobre la denominación que debiera de darse al autor, coautor y autor mediato, aún cuando pareciere, insisto, muy reiterativo.

Por obvias razones, la propuesta que aquí se hace es susceptible de ser englobada tanto en la legislación penal federal como en la del Distrito Federal, sin perjuicio que para justificar esta idea sólo se retome el Código Penal Federal. Dicha propuesta versará de la siguiente manera:

CAPÍTULO III

PERSONAS RESPONSABLES DE LOS DELITOS

Artículo 13. *Para efectos del presente capítulo serán consideradas como personas responsables de la comisión del delito a los autores y partícipes.*

a) Son autores:

1. **El autor intelectual**, entendiéndose por tal al que acuerda o prepara la realización del delito;

II. **El autor material o directo**, entendiéndose por tal a quien lo realiza por sí mismo;

Para efectos de esta fracción, el autor directo es quien ejecuta de manera personal, libre y directa la acción antijurídica.

III. **Los coautores**, entendiéndose por tales a quienes lo realicen conjuntamente;

Respecto a esta fracción, **para que configure la coautoría se requiere necesariamente que:**

- a) **Haya un acuerdo previo o decisión conjunta;**
- b) **Haya un codominio del hecho;**
- c) **Se cometa en fase ejecutiva.**

Se entiende por **codominio del hecho** el dominio conjunto del hecho en razón a la división de funciones de los autores del delito, de manera que cada uno mantiene en sus manos la decisión sobre la consumación del delito, debiendo actualizar su contribución al momento de la realización de dicho delito.

IV. **El autor mediato**, entendiéndose por tal a quien lo lleva a cabo sirviéndose de otro que actúa como instrumento;

Para efectos de esta fracción **se entiende por instrumento** aquel que ejecuta directamente el delito, pero bajo el dominio de la voluntad de otra persona, pudiendo ser considerado como instrumento:

- a) **Quien obre sin dolo;**
- b) **Quien obre bajo coacción;**
- c) **Quien obre sin culpabilidad, sea como sujeto inimputable o bajo un error de prohibición;**
- d) **Quien obre justificadamente, en cumplimiento con un deber.**

b) Son partícipes:

I. **El inductor o instigador**, entendiéndose por tal a quien determine dolosamente a otro a cometer un hecho punible.

II. Serán considerados **cómplices**:

- a) Los que dolosamente presten ayuda a auxilien a otro para su comisión;
- b) Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y
- c) Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico o del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones I y II del apartado b) respectivamente, sólo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en el apartado b) se impondrá la punibilidad dispuesta en el capítulo respectivo sobre aplicación de sanciones de este Código.

Con esta propuesta, queremos poner en relieve a la teoría del dominio cuyo origen se remonta en Welzel y se perfecciona con Roxin, misma que nos ha ilustrado de manera más precisa y sucinta, el concepto de autor y sus formas.

Por supuesto que es razonable y viable el establecimiento de esta teoría en nuestros códigos penales. Solamente así, dejaremos de confundirnos en un sistema de teorías objetivas o subjetivas de autoría y nos adentraremos a un concepto más global, en donde impera el dominio, el manejo absoluto de la acción final.

De ahí la justificación de nuestra propuesta de reformas al sistema penal mexicano, que sin duda, amerita una serie de críticas y comentarios, sin que con

ello se desvirtúe el motivo esencial de ello: una aportación a la dogmática penal y por ende, a su *praxis*.

5. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO Y SU REPERCUSIÓN EN LA AUTORÍA. SINOPSIS DOCTRINAL

En primer término, cabe advertir que la prohibición de regreso afirma que la intervención imprudente de una realización dolosa y plenamente responsable del tipo es impune.

Ejemplo: "A" pretende privar de la vida a "B". "A" vive en el mismo departamento de "C", quien es médico y utiliza diversas sustancias para su trabajo, entre ellas amoníaco. "A" obtiene del material de trabajo de "C" una pequeña ración de amoníaco que luego utiliza para envenenar a "B". Aquí, con base en la prohibición de regreso, "C" no tiene ningún tipo de responsabilidad penal, no puede responder por imprudencia del actuar doloso de "A", aún cuando "C" hubiera podido afirmar que con cierta cantidad de mililitros de esa sustancia podría matar a cualquier persona.

La prohibición de regreso parte de la idea de que "un autor imputable que actúa dolosamente produce directamente un resultado jurídico-penalmente

prohibido, utilizando o aprovechando el comportamiento imprudente de otro. El problema general que plantea este grupo de casos es el siguiente: el comportamiento consistente en hacer posible en forma imprudente un hecho doloso no es punible a título de participación; en todo caso, podría preguntarse uno si es susceptible de castigarse este hacer posible de modo imprudente un hecho doloso como autoría imprudente.”²⁵⁸

Desde el punto de vista doctrinal, la prohibición de regreso ha ido evolucionando de la misma manera que las doctrinas de la autoría. Se aprecia que las antiguas doctrinas de la autoría como la teoría de la equivalencia de las condiciones estaba en contra de la prohibición de regreso, al sustentar que es causa de un resultado toda condición que ni puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto.

Sin embargo, y a juicio del autor en consulta, la mejor manera de explicar la prohibición de regreso es a través de la teoría de la imputación objetiva, por las siguientes razones:²⁵⁹

“a) Esta teoría ofrece una fundamentación clara de la razón por la que la impunidad de quien actúe de manera imprudente puede tener sentido desde la perspectiva de la política criminal. Se dice que esta impunidad tiene un sólido

²⁵⁸ NAUCKE, Wolfgang, *Sobre la prohibición de regreso en Derecho Penal*, Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 19.

²⁵⁹ NAUCKE, Wolfgang, *Sobre la prohibición de regreso en Derecho Penal*, Op. Cit., p. 44.

fundamento interno: ya la pena de los comportamientos meramente imprudentes llega a los confines extremos de la responsabilidad por culpabilidad. En este sentido se afirma que no existe necesidad alguna de castigar a quien participa de modo imprudente en el resultado cuando la producción del resultado es retribuida en el autor doloso.”

“b) La teoría de la imputación objetiva parte de la idea que en el Derecho penal es decisivo saber qué acciones y qué consecuencias de estas acciones puede ser imputadas a una persona, es decir, por qué acciones y qué consecuencias de debe hacer responsable a una persona. A continuación esta teoría distingue entre imputación objetiva o imputación al hecho e imputación subjetiva o imputación a la culpabilidad. La imputación objetiva se concibe como presupuesto mínimo de toda imputación.”

“c) Desde esta perspectiva, se logra una decidida toma de postura dogmática a favor de la prohibición de regreso. La producción del resultado por el autor que actúa con dolo es obra voluntaria de éste. Esta producción del resultado es independiente de la voluntad de quien actúa en primer lugar, es decir, no es dominable por la voluntad de quien actúa imprudentemente, considerado como ciudadano medio. El que actúa imprudentemente queda impune porque desde la perspectiva de lo que le es posible a un ciudadano medio, no podía dominar el actuar de quien actúa dolosamente. Ya en el plano objetivo, no le es imputable al que actúa imprudentemente la producción del resultado realizada por el autor doloso.”

No olvidemos que la teoría de la imputación objetiva es un fruto de una línea metodológica opuesta a la del finalismo, en donde se le otorga al tipo un contenido claramente valorativo.

Como ya quedo expuesto con anterioridad, "lo decisivo para el Derecho penal no es únicamente el sentido que el autor quería darle a su conducta, sino también el ámbito de protección de cada tipo penal. Pero este tipo objetivo ya no se entiende como un mero proceso causal, sino que es el fruto de una interpretación teleológico-funcional de los distintos tipos de la parte especial y del fin de protección de cada norma penal. Todos los tipos penales tienen límites valorativos que, en muchos casos, no se encuentran expresamente recogidos en los mismos."²⁶⁰

Desde el punto de vista del delito culposo, exponen quienes acogen esta teoría, se buscan criterios valorativos para que no toda conducta imprudente relacionada con el resultado se convierta en un injusto de ese supuesto, como es de apreciarse en la prohibición de regreso.

Ahoya, "ya no es preciso distinguir radicalmente el tipo doloso del tipo imprudente de manera que carezca de elementos comunes. En primer lugar hay que distinguir entre el contenido y el alcance de los distintos tipos penales de la

²⁶⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría de la Imputación Objetiva*, Op. Cit., p. 8.

parte especial (¿Qué es matar?). Sólo después cobra relevancia si esos tipos se realizan de forma dolosa o imprudente.²⁶¹

De las anteriores consideraciones, y respecto a la prohibición de regreso, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- 1. El tema de la prohibición de regreso parte de la teoría del dominio del hecho.**
- 2. Al ser sustentada en el dominio del acto, sólo podrá ser sujeto de imputación penal quien actuando con dolo, tiene el dominio de su acto, o el manejo de su voluntad. Por tanto, la producción de un resultado típico es independiente de la voluntad de quien actúa como sujeto en primer grado (quien no ejecuta el acto de manera directa).**
- 3. En consecuencia a lo anterior, no podría ser considerado como autor (por delito imprudente) a quien de manera imprudente intervienen en una realización dolosa. Jamás podría pensarse ni siquiera por un momento que pueda ser autor mediano o autor intelectual de la conducta realizado por el sujeto de segundo grado (o sea quien comete el delito), puesto que solamente éste último es el dueño de su propio acto; aceptar lo anterior sería tanto como pensar que el sujeto que ejecuta el acto es un**

²⁶¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría de la Imputación Objetiva*, Op. Cit., p. 8.

instrumento y por supuesto que no es así, sino por el contrario él tiene al absoluto control de su proceder.

Dominio del hecho "debe entenderse como el doloso tener en las manos el curso del suceso típico, es quien realiza en forma total la conducta prevista en el tipo penal."²⁶²

- 4. Con la aceptación de la prohibición de regreso se confirma la teoría del dominio del hecho en el aspecto de separar por completo al dolo en el autor directo y a cualquier persona que intervenga en esa misma relación pero sin dolo, y todavía más, sin dominio del acto, en otras palabras, se prohíbe sancionar a un sujeto que imprudentemente intervino en la realización de una conducta dolosa de otra persona.**

A manera de conclusión, y atendiendo a la propuesta que hemos realizado sobre una nueva reglamentación del dominio del hecho para los casos de autoría y sus formas, quiero hacer patente el cuestionamiento que se hace Roxin en el sentido de cómo debe demostrarse que el legislador no considera autor de los delitos dolosos sino al que domina el hecho. Por ello, bajo una perspectiva de

²⁶² HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Jorge Alberto, *Concurso de personas en el Delito*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Volumen XV, número 49, Enero-Abril, 1993, pp. 69 y 70.

Roxin, podemos afirmar que hay dos vías para evidenciar la solución en tal sentido: una positiva y otra negativa:

1. La fundamentación positiva de la teoría del dominio del hecho requiere que se ponga de manifiesto que el concepto de autor es correcto en cuanto a su punto de partida y en cuanto a su aplicación (el autor es la figura central del suceso de la acción). Pero ante todo, la denominación “dominio del hecho” es la que mejor satisface el concepto general de autor.

2. La fundamentación “negativa” de la teoría del dominio del hecho, la contraprueba (en cierta medida), cabe llevarla a cabo demostrando que ninguna de las demás teorías mantenidas antes ha conseguido plenamente la delimitación correcta de las formas de participación, de manera que al final sea la idea de dominio del hecho la que quede como única perspectiva para articular los distintos modos de cooperar.

Con lo anterior queda al descubierto cómo el dominio del hecho es la teoría que, aún cuando el legislador pudiera reglamentar los tipos penales de distinta forma, encuentra cabida para analizar al autor del delito *stricto sensu* (dominio de la acción), al coautor (dominio funcional) y el autor mediato (dominio de la voluntad).

Así, dejamos a un lado las teorías del concepto unitario de autor, las del concepto extensivo y restrictivo de autor, para dar paso a la teoría del dominio del hecho que, como sabemos, tuvo su origen en el finalismo y aún hoy, persiste en la teoría de la imputación objetiva cuyo sustento es a partir del análisis del delito imprudente y los tipos penales desde un ámbito valorativo.

CONCLUSIONES :

PRIMERA. Tres han sido los conceptos de autor mantenidos por la doctrina penal: el concepto unitario de autor, el concepto extensivo y el concepto restrictivo de autor. Más adelante y con la aparición de la teoría finalista de la acción, floreció un concepto de autor a partir del dominio de su propio acto, esto es, a través del dominio del hecho en el autor.

SEGUNDA. El concepto unitario de autor entiende que autor es todo aquel que contribuye causalmente a la realización del hecho típico, con independencia de la mayor o menor importancia de su contribución causal, y con independencia de si realiza la descripción típica o no. Se llama unitario a este concepto porque no diferencia entre autores y partícipes; sólo le interesa el despliegue de una conducta causalmente delictiva, sin que tenga relevancia distinguir si quien ejecutó el hecho lo hizo por propia mano, entre varios o en colaboración de otros.

TERCERA. En un ámbito del concepto extensivo de autor, todos los sujetos que aportan alguna intervención que afecta al hecho son igualmente causas del mismo, pero reconoce que la ley obliga a distinguir grados de responsabilidad. Los tipos legales de participación aparecen, entonces, como causas de restricción de la pena, puesto que sin ellas debería castigarse a todos los intervinientes como autores. Por ello, una de las máximas del concepto extensivo de autor es que

solamente será autor quien obre con ánimo de autor (*animus auctoris*), será partícipe quien actúe sólo con ánimo de partícipe (*animus socii*). En un lenguaje más común, autor es quien quiere el hecho como propio, el partícipe quiere el hecho como ajeno.

CUARTA. El concepto restrictivo de autor entiende, que no basta para ser autor la aportación de una contribución causal al hecho, sino que esa aportación debe corresponderse con la descripción típica. Es autor, pues, según esto, el que realiza por sí mismo la acción típica, de ahí que, *a contrario sensu* la sola contribución a la causación del resultado mediante acciones no típicas no puede fundamentar autoría alguna.

QUINTA. La teoría del dominio del hecho constituye en sí misma una crítica a las anteriores teorías de la autoría y participación, que no llegaron a explicar las diferencias entre autoría, coautoría, autor mediato y desde luego las formas de participación, lo que llevo a Welzel a replantear la formula de la autoría pero ahora a partir de la acción final.

SEXTA. Para el modelo finalista, la acción humana es ejercicio de actividad final. La finalidad o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a

su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceso causal externo a un fin y lo domine finalmente

SÉPTIMA. Entiendo que dominar el hecho es someter, manejar, controlar, tener como suyo un determinado acto del cual somos capaces de decidir por ser nuestra la voluntad de actuar, de tal suerte que se otorga la calidad de autor al que domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el si y el cómo de la producción del delito, es quien dirige el proceso que desemboca en dicha producción.

OCTAVA. La mejor manera de estudiar al dominio del hecho es a través de la clasificación que sobre el mismo propone Roxin: Al concepto de autor propiamente dicho lo denomina dominio de la acción; a la coautoría la denomina dominio funcional del hecho y a la autoría mediata la denomina dominio de la voluntad.

NOVENA. Entendemos por dominio de la acción cuando el autor del delito, de una manera libre y sin coacción, realiza todos los elementos del tipo de propia mano. Es el autor propiamente dicho, único, que sólo actúa bajo su plena voluntad. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho.

DÉCIMA. La autoría mediata o dominio de la voluntad, aparece cuando un sujeto realiza el tipo utilizando a otro como instrumento (herramienta) que será quien la ejecutará. En estos casos, el autor mediato domina el hecho a través de

otra persona. Quien ejecuta el hecho y quien lo domina son personas distintas. Además, debe concluir que es preciso para que pueda decirse que se trata de un caso de autoría mediata, la acción ejecutada por el instrumento debe aparecer como obra del hombre de atrás, quien además debe poseer las mismas características de como si fuera autor.

DÉCIMO PRIMERA. Pueden aparecer como instrumentos de la autoría mediata los sujetos que se coloquen en los siguientes supuestos: Quien obre sin dolo; quien obre bajo caución; quien obre sin culpabilidad, sea como sujeto inimputable o bajo un error de prohibición y, quien obre justificadamente, en cumplimiento con un deber.

DÉCIMO SEGUNDA. El dominio funcional del hecho o coautoría se presenta cuando varias personas de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, codominando el hecho entre todos. Aparece por consiguiente la coautoría como un supuesto de división de trabajo. Serán coautores quienes realizan el hecho conjuntamente; son los que participan en la realización del delito y tiene el codominio del hecho. Con lo dicho, los coautores son en sí autores y, por consiguiente, cada uno tiene el dominio de su proceder, mismo que está sujeto a un acuerdo conjunto.

DÉCIMO TERCERA. A partir del análisis del derecho comparado y sobre todo, del estudio de las legislaciones de Alemania y España, hemos notado que ambos países, sustentan, en cuanto a la teoría del autor, la teoría del dominio del

hecho. Esto es así porque sus preceptos legales coinciden en distinguir un sistema finalista de la acción, basta con identificar la expresión: son autores quienes realizan el hecho.

DÉCIMO CUARTA. Nuestra legislación mexicana, de alguna manera guarda un espíritu de la corriente finalista; sin embargo, para una mejor interpretación de la ley, se requiere un tratamiento más minucioso y sucinto del capítulo que refiere a los autores del delito. Necesitamos incluir una nueva concepción del autor y sus formas, en donde se establezca con claridad, quiénes son autores, quiénes coautores y quiénes autores mediatos. Lo anterior, sin perjuicio de estipular para cada caso, los mismos requisitos que la teoría del dominio del hecho propone para el manejo eficaz del dominio de la acción, del dominio de la voluntad y el dominio funcional.

DÉCIMO QUINTA. Cómo se le quiera ver, hoy en día, la doctrina del dominio del hecho es la única que profundiza sobre el análisis dogmático de la autoría y sus formas. Es a través de esa teoría en donde se nos permite identificar claramente la figura del autor. Autor como sujeto que mantiene el dominio de su propio acto, o como aquel que maneja de manera absoluta y plena su voluntad. Con ello, estoy seguro que habrá un entendimiento eficaz a nivel del intérprete de la ley, a efecto de diferenciar entre un autor, un coautor, un autor mediato y, desde luego, todas las formas de participación.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai, ***Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder***, Universidad Externado de Colombia, 1998, Trad. Manuel Cancio Meliá.
- BACIGALUPO, Enrique, ***La noción de autor en el Código Penal***, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.
- BAUMANN, Jürgen, ***Derecho Penal, conceptos fundamentales y sistema***, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.
- BECCARIA, Cesar, ***De los delitos y de las penas***, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- BLANCO LOZANO, Carlos, ***Derecho Penal Parte General***, Editorial la Ley, Madrid, España, 2003.
- BOCKELMANN, Paúl, ***Relaciones entre autoría y participación***, Trad. por Carlos Fontán Balestra, Abelededo-Perrot, Buenos Aires, 1957.
- CARRARA, Francesco, ***Derecho Penal***, Editorial Harla, México 1997.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, ***Derecho Penal Mexicano, Parte General***, Editorial Porrúa, México 1982.
- CASTELLANOS, Fernando, ***Lineamientos Elementales de Derecho Penal***, Editorial Porrúa, México, 1991.
- CEREZO MIR, José, ***Curso de Derecho Penal Español Parte General***, Quinta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- CREUS, Carlos, ***Derecho Penal Parte General***, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
- CURY URZÚA, Enrique, ***Derecho Penal Parte General***, Tomo II, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- DAZA GÓMEZ, Carlos, ***Teoría General de Delito***, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2000.

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, **La autoría en Derecho Penal**, Promociones y Publicaciones Universitarias , Barcelona, 1991.
- DONNA, Edgardo Alberto, **Teoría del delito y de la pena**, Editorial Astrea, Buenos Aires, Tomo 1, 1995.
- DONNA, Edgardo Alberto, **Teoría del delito y de la pena**, Editorial Astrea, Buenos Aires, Tomo 2, 1995.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, **Teoría de la Imputación Objetiva**, Ángel Editor, México, 2001.
- GARRIDO MONTT, Mario, **Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 298.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, **Autor y Cómplice en Derecho Penal**, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1966.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, **Teoría jurídica del delito**, Editorial Cívitas, Madrid, 1992.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander, **La estructura de la teoría del delito**, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, **La autoría mediata en Derecho Penal**, Editorial Comares, Granada, 1996.
- JAKOBS, Günther. **Derecho Penal Parte General**, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, **Tratado de Derecho Penal Parte General**, Volumen Segundo, trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1981.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, **Principios de Derecho Penal, La ley y el delito**, Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, **Autoría y Participación**, Ediciones Akal, Madrid, 1996.
- MALO CAMACHO, Gustavo, **Derecho Penal Mexicano**, Editorial Porrúa, México, 1997.
- MÁRQUEZ PIÑERO, **Derecho Penal Parte General**, Editorial Trillas, México, 1991.

- MAURACH, Reinhart y HEINZ GÖSEL, Karl, ***Derecho Penal Parte General***, trad. Jorge Bofill Genzsch, Tomo 1, actualizada por Kart Heinz Gössel y Heinz Zipf, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MAURACH, Reinhart y HEINZ GÖSEL, Karl, ***Derecho Penal Parte General***, trad. Jorge Bofill Genzsch, Tomo 2, actualizada por Kart Heinz Gössel y Heinz Zipf, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MEZGER, Edmundo, ***Derecho Penal Parte General***, Libro de Estudio, trad. Ricardo C. Núñez, Cárdenas Editor, México, 1990.
- MIR PUIG, Santiago, ***Derecho Penal Parte General***, Tercera Edición, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.
- MIR PUIG, ***Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho***, 2º Ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1982.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, ***Teoría General del Delito***, Editorial Temis, Bogotá, 1990.
- NAUCKE, Wolfgang, ***Sobre la prohibición de regreso en Derecho Penal***, Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios Número 11º, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1998.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, ***Manual de Derecho Penal***, Editorial Porrúa, México 1997.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, ***La participación en el delito y el principio de accesoriadad***, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, ***Concurso de leyes, error y participación en el delito***, Editorial Cívitas, Madrid 1991.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, ***Teoría del delito***, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- ROXIN, Claus, ***Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal***, Trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2000.
- ROXIN, Claus, ***Derecho Penal Parte General***, Tomo I, Trad. de la 2º edición alemana Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Cívitas, Madrid, 1997.
- TERÁN LOMAS, Roberto A. M., ***La teoría del autor en la sistemática del Derecho penal y otros ensayos***, Ediciones Manes, Buenos Aires, 1964.

- VILLALOBOS, Ignacio, ***Derecho Penal Mexicano***, Editorial Porrúa, México 1990.
- WELZEL, Hans, ***Derecho Penal Alemán Parte General***, 11ª. ed., 4ª. edición Castellana, trad. del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- WELZEL, Hans, ***El nuevo sistema del Derecho Penal***, Versión castellana y notas por José Cerezo Mir, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.
- WESSELS, Johannes, ***Derecho Penal Parte General***, 6º. Ed., Trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1990.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ***Tratado de Derecho Penal Parte General***, Tomo IV, Primera Edición, Cárdenas Editor, México, 1988.

HEMEROGRAFÍA Y LEGISLACIÓN

- BUNSTER BRICEÑO, Álvaro, ***Boletín Mexicano de Derecho Comparado***, Nueva Serie, Año XXX, Número 88, enero-abril, México, 1997, p. 23.
- CÓDIGO PENAL FEDERAL, Ediciones Fiscales ISEF, México 2004.
- CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL, Ediciones Fiscales ISEF, México 2004.
- CODIGO PENAL ALEMAN, del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998, Trad. Claudia López Díaz, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia.
- CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA, a cargo de Julio Díaz-Maroto y Villarejo y Julio J. Suárez González, Vigésima Sexta Edición, Editorial Cívitas, Madrid, 2000.
- HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Jorge Alberto, ***Concurso de personas en el Delito***, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Volumen XV, número 49, Enero-Abril, 1993.
- LEYES PENALES MEXICANAS, ***Instituto Nacional de Ciencias Penales***, Tomo 1, México, 1979.

- LEYES PENALES MEXICANAS, *Instituto Nacional de Ciencias Penales*,
Tomo 2, México, 1979.

- LEYES PENALES MEXICANAS, *Instituto Nacional de Ciencias Penales*,
Tomo 2, México, 1979.