

00781

23



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

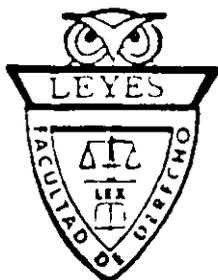
"AUTORIA Y PARTICIPACION"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
DOCTORA EN DERECHO
P R E S E N T A :
LA LIC. LAURA CLAUDIA LINARES FLORES

TUTORA: DRA. OLGA ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL

272831



MEXICO, DISTRITO FEDERAL

INVIERNO DEL 2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

...que las cosas que hagas, lleven todas,
tu estampa, tu manera y tu momento...

Eloy Blanco.

Mi más profundo agradecimiento a mi estimada Dra. Olga Islas, por su atinada asesoría, por el orden implacable de su pensar, por su grandeza de espíritu y más aún, por su brillante ejemplo.

Con especial cariño para mi querido jefe Lic. Rogelio Martínez Zambrano, ejemplo de lucha, amor y fortaleza, a quien doy gracias por el apoyo tanto laboral como anímico y, también, por brindarme no sólo su dirección sino además su amistad.

Asimismo, dedico la presente a todas aquellas personas que como producto de su amor, de su amistad, o bien por simple simpatía, me impulsaron y apoyaron en la consecución de este acariciado objetivo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	XI
---------------------	-----------

PRIMERA PARTE

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL	1
--	----------

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR	3
-----------------------------------	----------

I. CONSIDERACIONES GENERALES	3
------------------------------	---

II. CONCEPTO UNITARIO FORMAL	5
------------------------------	---

III. CONCEPTO UNITARIO FUNCIONAL	10
----------------------------------	----

1. Construcción de Detzer	11
---------------------------	----

2. Construcción de Kienapfel	13
------------------------------	----

3. Construcción de Schmoller	15
------------------------------	----

IV. CONSECUENCIAS DEL CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR Y CRÍTICAS	21
--	----

V. OPINIÓN PERSONAL	24
---------------------	----

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTOS DIFERENCIADORES DE AUTOR	27
---	-----------

I. CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR	27
--------------------------------	----

1. Aspectos generales	27
-----------------------	----

2. Teorías objetivas	30
----------------------	----

3. Teorías subjetivas	31
-----------------------	----

A. Teoría del dolo	33
--------------------	----

B. Teoría del interés	34
C. Teoría del acuerdo previo	36
4. Consecuencias del concepto extensivo de autor y críticas	38
5. Opinión personal	42
II. CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR.	44
1. Aspectos generales	44
2. Teoría objetivo-formal	45
A. Consideraciones generales	45
B. Fundamentos de la teoría	48
C. El problema de la autoría mediata	51
3. Teoría objetivo-material.	53
A. Consideraciones generales	53
B. Teoría de la necesidad	54
C. Teoría de la condición más eficaz	56
D. Teoría de Kohler	57
E. Teorías sobre la relación directa o indirecta de la causalidad	58
4. Teoría del dominio del hecho	60
5. Consecuencias del concepto restrictivo de autor y críticas	60
6. Opinión personal	62
III. TEORÍA FUNCIONALISTA	64
1. Aspectos generales	64
2. Delitos de organización	66
3. Delitos de infracción de un deber	68
4. Participación	70
5. Opinión personal	77

SEGUNDA PARTE

TEORÍA FINALISTA Y CONCEPTO DE AUTOR	79
---	-----------

CAPÍTULO TERCERO

TEORÍA FINALISTA	81
-------------------------	-----------

I. ASPECTOS GENERALES	81
1. Necesidad de la referencia a la teoría finalista	81
2. Metodología	82
3. Evolución histórica-sistemática	87
4. Modificaciones en la sistemática del delito	88
II. TEORÍA DE LA ACCIÓN	91
1. Estructura fundamental de la acción	91
2. La acción en las normas de Derecho Penal	94
3. Crítica de Roxin	95
III. TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD	100
1. Tipo y Tipicidad	100
A. Tipo	100
B. Tipo y norma	101
C. Tipo y adecuación social	102
D. Tipicidad	102
2. Tipicidad y antijuridicidad	103
3. Antijuridicidad e injusto	104
4. Injusto en los delitos dolosos	105
A. Concepto personal del injusto	105
B. Tipo objetivo	106
C. Tipo subjetivo	107
a. Dolo	108
b. Error de tipo	110
c. Conciencia de la antijuridicidad de la acción	111
d. Elementos subjetivos del injusto	111
5. Calidad de garante	113
A. Ubicación sistemática de la calidad de garante	114
B. Elementos del tipo impropio de omisión	115
a. Postura de Welzel	115
b. Postura de Maurach	119
c. Postura de Bacigalupo	125
IV. CULPABILIDAD	130
1. Culpabilidad y libre albedrío	131
A. Aspecto antropológico	131
B. Aspecto caracterológico	132

C. Aspecto categorial	133
2. Elementos de la culpabilidad	134
A. La imputabilidad	135
B. Posibilidad de comprensión de lo injusto	136
C. Exigibilidad de la conducta adecuada a derecho	141
3. Teoría de Maurach: Atribuibilidad	143
A. Atribuibilidad como base general de la valoración del autor	145
a. Responsabilidad por el hecho. Primer grado de la atribuibilidad	146
b. Culpabilidad. Segundo grado de la atribuibilidad	146
c. Ausencia de responsabilidad. No exigibilidad de la conducta adecuada a derecho	147
B. Culpabilidad	148
 V. OPINIÓN PERSONAL	 149

CAPÍTULO CUARTO

CONCEPTO DE AUTOR	155
 I. TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO	 157
1. Consideraciones generales	157
2. Formas de autoría	159
A. Autoría inmediata	159
B. Autoría mediata	160
a. Concepto	160
b. Supuestos	161
- Instrumento que actúa sin dolo	162
- Instrumento que obra conforme a derecho	163
- Instrumento que actúa sin libertad	164
- Instrumento que obra sin culpabilidad	166
- Instrumento no calificado en los delitos especiales e instrumento que carece del elemento subjetivo de la autoría	167
- Instrumento que obra dentro de un aparato de poder	172
- Instrumento que obra justificadamente	175
- Autor detrás del autor	176

c. Límites de la autoría mediata	178
d. Exceso y autoría mediata	179
e. Omisión y autoría mediata	180
f. Tentativa en la autoría mediata	181
C. Coautoría	182
a. Concepto	182
b. Elementos	183
- De carácter subjetivo	183
- De carácter objetivo	185
El codominio del hecho	185
La coejecución del hecho	186
c. Principio de imputación recíproca	187
d. Culpa y omisión	188
e. Delitos de propia mano, delitos especiales propios y delitos con elementos subjetivos del injusto	191
f. Tentativa y desistimiento	192
g. Supuestas modalidades de coautoría	194
- Autoría accesoria	194
- Coautoría sucesiva	196
- Coautoría alternativa	198
- Coautoría aditiva	199
h. Delimitación frente al complice	200
- Teoría del dominio funcional: Roxin	200
- Teoría de los bienes escasos: Gimbernat	202
Contribución que consiste en la entrega de una cosa	204
Contribución que consiste en un mero hacer	205
3. Construcción de Roxin	209
A. Autor como figura central	209
B. Dominio del hecho como concepto abierto	210
C. Formas de dominio del hecho	211
a. Dominio de la acción	211
b. Dominio de la voluntad	212
c. Dominio funcional	214
D. Crítica	214
4. Participación	216
A. Fundamento de la punición de la participación	217

a. Teoría de la participación en la culpabilidad (influencia sobre el autor)	217
b. Teoría de la participación en el ilícito, antes denominada teoría de la causación o del favorecimiento (influencia sobre el hecho)	218
c. Teoría pura de la causación (influencia sobre el hecho)	219
B. Principio de accesoriidad	220
a. Accesoriidad-cuantitativa	220
b. Accesoriidad cualitativa	221
C. Formas de participación	223
a. Instigación: Concepto y características	223
- La accesoriidad cualitativa.	224
- La accesoriidad cuantitativa	225
- La aportación del instigador	225
- Los medios de instigación	226
- La instigación por omisión no resulta jurídicamente posible	227
- No hay instigación en los delitos culposos	228
- El dolo del instigador debe ser concreto	228
- El dolo del instigador tiene que dirigirse a la consumación del delito	230
- Exceso y error	233
- La instigación en cadena	235
- La tentativa	236
- La pena	237
b. Complicidad: Concepto y características	238
- La accesoriidad cualitativa	239
- La accesoriidad cuantitativa	239
- La aportación del cómplice	239
- El límite de la colaboración prestada por el cómplice	241
- El alcance de la causalidad	242
- La intensidad objetiva del aporte al delito y el momento en que debe prestarse la colaboración	244
- El dolo en la complicidad	247
- Exceso y error	249
- La complicidad en cadena	249
- La tentativa	250

- La pena	250
5. Concurso de varias formas de colaboración	251
6. Elementos personales en la autoría y la participación	251
A. Elementos personales que fundamentan la punibilidad	251
B. Elementos personales que agravan, atenúan o excluyen la pena	255
II. CONSECUENCIAS DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO Y CRÍTICAS	258
III. OPINIÓN PERSONAL	263

TERCERA PARTE

MODELO LÓGICO Y SUJETO ACTIVO	265
--------------------------------------	------------

CAPÍTULO QUINTO

ESTRUCTURA DEL MODELO LÓGICO DEL DERECHO PENAL	267
I. GENERALIDADES	267
II. NIVELES DE LENGUAJE	269
1. Primer nivel. Conductas antisociales	269
2. Segundo Nivel. Normas penales generales y abstractas	277
A. Tipo penal	283
a. Definición	283
b. Elementos del tipo	286
-Deber jurídico penal	286
-Bien jurídico	287
-Sujeto activo	288
-Sujeto pasivo	288
-Objeto material	289
-El hecho	290
-Lesión o puesta en peligro del bien jurídico	300
-Violación del deber jurídico penal	302
c. Clasificación de los elementos del tipo penal	302

d. Clasificación de los tipos penales	303
e. Funciones del tipo	305
B. Punibilidad	306
3. Tercer nivel. Delito	307
A. Facticidad	307
B. Tipicidad	308
C. Estructura	308
D. Presupuestos del delito	310
a. Aspectos positivos	310
b. Aspectos negativos	310
E. Elementos del delito	313
a. Aspectos positivos	313
b. Aspectos negativos	314
F. Culpabilidad: aspectos positivo y negativo	320
4. Cuarto nivel. Punición	322
5. Quinto nivel. Pena	323

CAPÍTULO SEXTO

SUJETO ACTIVO	327
I. TEORÍA DEL SUJETO ACTIVO	327
II. NIVEL NORMATIVO Y SUJETO ACTIVO	329
1. Autor material	329
A. Concepto	329
B. Análisis del artículo 13	331
2. Problemática del sujeto activo	336
A. Capacidad psicobiológica de delito	337
B. Calidad de garante	340
a. Análisis del párrafo segundo del artículo 7o.	340
- Formas de regulación	341
- Fuentes de la calidad del garante	342
b. Propuesta de reforma al párrafo 2o. del artículo 7o.	347
C. Calidad específica	348
D. Pluralidad específica	348

III. NIVEL FÁCTICO Y SUJETO ACTIVO	349
IV. SUJETO ACTIVO EN EL CÓDIGO PENAL DE TABASCO	351
V. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL SUJETO ACTIVO EN EL MODELO LÓGICO DEL DERECHO PENAL	359
VI. SUJETO ACTIVO EN EL MODELO LÓGICO Y LOS DEMÁS CONCEPTOS DE AUTOR. (DIFERENCIAS)	362
1. Sujeto activo en el modelo lógico y los conceptos de autor unitarios	362
A. Sujeto activo en el modelo lógico y el concepto unitario clásico o formal	362
B. Sujeto activo en el modelo lógico y el concepto unitario funcional	363
2. Sujeto activo en el modelo lógico y los conceptos diferenciadores de autor	364
A. Sujeto activo en el modelo lógico y el concepto extensivo de autor	364
B. Sujeto activo en el modelo lógico y los conceptos restrictivos de autor	365
3. Sujeto activo en el modelo lógico y el concepto de autor finalista	365
CONCLUSIONES	369
PROPUESTAS	379
FUENTES DE CONSULTA	381

INTRODUCCIÓN

La idea de emprender la presente investigación surgió tras observar las deficiencias en la regulación de algunos aspectos relativos al sujeto activo, en específico del artículo 7º, párrafo segundo, y del artículo 13 del Código Penal federal; también, al notar la falta de bibliografía nacional relativa al fenómeno de la autoría y participación, que propusiera soluciones en este rubro.

El fenómeno de la concurrencia de diversos sujetos en la comisión de un delito ha sido uno de los temas más controvertidos de la ciencia del derecho penal. Ello se debe, por un lado, a que este fenómeno ha sido observado y valorado de muy diversas formas por los estudiosos del derecho penal. En las diferentes soluciones teóricas que proponen se notan los fundamentos de las corrientes penales de las que son partidarios.

También existen opiniones encontradas en relación con la autoría y la participación, debido a la relevancia de este problema, porque dependiendo de las conclusiones a las que se arribe, un sujeto puede ser calificado como autor o como partícipe, lo cual repercute necesariamente en el ámbito de la punibilidad.

En este contexto, para algunos iuspenalistas, todos los que intervienen en la producción del resultado previsto por un tipo penal son autores; por tanto, niegan la existencia de los partícipes. Por el contrario, para otros tratadistas, el delito es el resultado de la conducta delictiva de los autores apoyados por los partícipes; por ende, se ven en la necesidad de distinguir entre unos y otros, y admiten el principio según el cual la existencia del partícipe se encuentra supeditada a la del autor.

Toda esta problemática ha dado lugar a la elaboración de múltiples teorías, las cuales se encuentran apoyadas, algunas veces en criterios objetivos, otras en criterios subjetivos, o bien, en ambos. Sin embargo, tienen rasgos en común que permiten agruparlas en tres construcciones teóricas diferentes: el concepto unitario de autor, el concepto extensivo de autor y el concepto restrictivo de autor.

El concepto unitario de autor rechaza toda distinción entre autor y partícipe, rechazo que ocasiona la negación de todo vínculo de accesoriedad entre las conductas de los diversos intervinientes en el hecho.

El concepto extensivo parte de premisas muy similares al unitario, pero ante la presencia de preceptos que distinguen entre autores y partícipes en el derecho positivo, se ve en la necesidad de buscar criterios de distinción, los cuales generalmente se encuentran en el terreno subjetivo, es decir, en el *animus* con el que el sujeto actúa. En este concepto, las normas que prevén la participación en sentido estricto son causas de restricción de la pena.

Por último, el concepto restrictivo parte de la idea de que entre la conducta de autores y partícipes existen diferencias objetivas. En este sistema, autor es quien concretiza la descripción típica, aunque esta concordancia con el tipo es entendida de muy diferentes formas; por lo que respecta a la conducta de los partícipes, si no existieran normas que la describieran, sería impune; por consiguiente, tales normas son consideradas causas de extensión de la pena.

El trabajo de investigación se desarrolló por medio de la comparación entre los diversos conceptos de autor propuestos por las diferentes corrientes penales,

los cuales fueron sometidos a un examen, con objeto de conocer cuál de ellos cumplía satisfactoriamente con los principios que deben regir toda construcción dogmática penal, propia de un Estado democrático de derecho, a saber: el principio de legalidad, de conducta, de culpabilidad, y de otros, igualmente importantes. Lo anterior, con la finalidad de tomar como base dicho concepto de autor, y, a partir de él, formular propuestas de reforma sólidas, a los artículos antes citados.

Para tal efecto, la tesis se dividió en tres partes, cada una de las cuales comprende dos capítulos. En la primera de ellas se estudian las diferentes construcciones teóricas relativas al sujeto activo, y se abordan tanto aquellas que rechazan el principio de accesoriedad en sus conceptos, como las que parten de su reconocimiento y, por tanto, de la distinción entre autores y partícipes.

El primer capítulo se dedica al análisis de los conceptos de autor unitarios, como es el clásico y el moderno, este último también denominado "concepto unitario funcional"; espacio en donde se conocieron sus propuestas y semejanzas, dando realce a sus divergencias; también se destacaron sus ventajas y desventajas en atención a su acercamiento o alejamiento del concepto de autor que debe corresponder a un derecho penal propio de un Estado democrático de derecho.

El segundo capítulo se reserva al estudio de los conceptos de autor diferenciadores, como son el extensivo y el restrictivo, de tal forma que se analizan estas construcciones, los criterios en los que se basan y sus modalidades. Se evidencian, además, sus puntos de quiebre y en algunos casos sus aciertos: ello, en atención a su respeto o violación a los principios fundamentales que deben regir toda construcción penal moderna. Se pudo observar que el concepto extensivo de

autor basado en teorías subjetivas constituye una notoria conculcación a los principios antes aludidos. Asimismo, se hizo un breve estudio del concepto de autor funcionalista, se examinó su propuesta y se emitió una opinión al respecto.

La segunda parte se destina al estudio de la corriente penal finalista y a su concepto de autor; ello, en virtud de la trascendencia de esta teoría y de su propuesta de solución para el fenómeno de la autoría y la participación, a raíz de la reforma en materia penal federal de 1994.

En el tercer capítulo se analiza la teoría finalista, en donde se pudo conocer su fundamento, estructura, aportaciones, así como las repercusiones conceptuales y sistemáticas que provocó en la teoría del delito su concepción de la acción, como acción con contenido de voluntad; con esto se tuvieron las bases que facilitaron la comprensión de su concepto de autor.

El cuarto capítulo se dedica al examen del concepto de autor finalista; por ende, se analizó la teoría del dominio del hecho que fue creada para delimitar a los autores de los partícipes; observándose cómo opera en las diversas figuras de autoría, y cómo soluciona la problemática relativa a la diferenciación entre la coautoría y la complicidad. Se reconocieron las bondades de esta teoría, pero también se pusieron al descubierto sus yerros.

En la tercera parte se estudia el modelo lógico y su teoría del sujeto activo; ello con el afán de conocer ampliamente la estructura de esta corriente penal y sus postulados, así como su propuesta en torno al tema.

El quinto capítulo está dedicado al estudio de los niveles de lenguaje en el modelo lógico, los cuales constituyen la base sobre la que se edifica su estructura, a saber: los eventos antisociales, las normas penales generales y abstractas, los delitos, las puniciones y las penas; en los que se cumplen los principios de legitimación, racionalidad, ponderación y legalidad, y que comprenden el ejercicio del *ius puniendi* en sus tres esferas: legislativo, judicial y ejecutivo.

El sexto capítulo se destina al análisis de la teoría del sujeto activo propuesta por el modelo lógico, apreciando que dicho sujeto constituye un elemento del tipo a nivel normativo y un presupuesto del delito a nivel fáctico; observando también que se trata de un concepto de autor diferente a los demás, con bases sólidas, que respeta los principios rectores del derecho penal moderno acorde con un Estado democrático de derecho. Asimismo, se llevó a cabo una comparación entre la teoría del sujeto activo propuesta por el modelo lógico, y los diferentes conceptos de autor abordados en el transcurso de la presente investigación. Por último, con base en esta teoría se hicieron las propuestas de reforma respectivas a los numerales que motivaron la presente investigación.

PRIMERA PARTE
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL
DERECHO PENAL

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El concepto unitario de autor rechaza la distinción entre autores y partícipes,¹ y, por ende, niega todo nexo de accesoriedad entre las responsabilidades de los distintos participantes. Esto es, para el concepto unitario no hay distinción entre aquellos que realizan la conducta denominada "principal", y los que sólo colaboran en su realización o sólo crean en el ejecutor material la idea delictuosa. En este concepto, todos se encuadran bajo una sola figura de autoría; por tanto, todos responden de manera autónoma por la conducta que realizan, sin que la responsabilidad de los denominados auxiliadores o instigadores provenga de lo que realice el denominado autor o agente principal.

¹ La palabra "participación" puede utilizarse en un sentido amplio o estricto. Cuando se utiliza *lato sensu* se refiere a todos los que intervienen en la comisión de un delito, en este sentido se habla de participantes. Por el contrario, cuando la palabra "participación" se utiliza *stricto sensu*, se refiere a los colaboradores en el hecho principal de otro, en este sentido se emplea la palabra "partícipes". Esta última acepción corresponde a un sistema diferenciador de autor. Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal, 2ª. ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, p. 601.

La radical negación que sostiene el concepto unitario respecto del principio de accesoriadad se debe. como podremos apreciar renglones más adelante, a su fundamentación en la causalidad, específicamente en la teoría de la equivalencia de las condiciones que postula la igualdad de todas las causas que confluyen en la producción del resultado. En ese sentido, todos los que participan de alguna forma en la realización de algún delito han contribuido con algún aporte causal. En tal virtud, es imposible la distinción entre autores y partícipes.

Díaz García y Conlledo² manifiesta que V. Schirach fue quien elaboró la primera formulación del concepto unitario de autor, concepto que posteriormente es defendido por autores como Henke, Stubel, Liszt, Lammasch, Detzer, Kienapfel y Schmoller, entre otros. También precisa que dicho concepto ha tenido acogida en algunas legislaciones. tales como el código penal noruego de 1902, el danés de 1930, el italiano de 1930, la Ley de Contravenciones alemana desde 1968 hasta la hoy vigente y el código penal austriaco de 1974, legislaciones en vigor.³

Esta teoría, según el punto central de enfoque, se ha podido explicar como concepto unitario formal y concepto unitario funcional.

² Cfr. Díaz y García Conlledo, Miguel, La autoría en derecho penal, Barcelona, PPU, 1991. pp. 49-54.

³ *Ibidem*, p. 56.

II. CONCEPTO UNITARIO FORMAL⁴

El concepto unitario formal constituye la primera elaboración del concepto unitario. Se trata del concepto unitario clásico. Esta primera elaboración encuentra su fundamento en la causalidad, específicamente en la teoría de la equivalencia de las condiciones, teoría cuyo inicio se debe a Shirach, y su fundamentación más profunda se remonta a Maximilian V. Buri.⁵

Para comprender el fundamento de este concepto de autor, es decir, la teoría de la equivalencia de las condiciones, es necesario recordar que el marco doctrinal dentro del cual se genera dicha teoría es la corriente penal causalista.

Como es sabido, la teoría causalista considera al delito como un fenómeno natural, cuya estructura se compone de una acción, un resultado y una relación de causalidad. La relación de causalidad es aquí, el vínculo indispensable que une a la causa (acción) con el efecto (resultado), y es precisamente el punto de partida de esta teoría y su máxima característica, de ahí su denominación.

Liszt, al respecto, manifiesta: "El acto de comisión (Thun) consiste en causar (mejor dicho, provocar) un resultado", y agrega que "La manifestación de la

⁴ Es Kienapfel quien ha denominado de esta forma al concepto unitario clásico, y frente a este modelo propugna otro distinto al que denomina "unitario funcional" o "material". Cfr. Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 65.

⁵ Cfr. Roxin, Claus, Derecho penal. Parte general, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña y otro, Madrid, Civitas, 1997, p. 349; Baumann, Jürgen, Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema, traducción de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Depalma, 1981, p.123; Antolisei, Francesco, Manual de derecho penal. Parte general, traducción de Juan del Rosal, Buenos Aires, Uteha, 1960, p. 178, y Rodríguez Devesa, José María, Derecho penal español. Parte general, 14ª. ed., Madrid, Dykinson, 1991, p. 373.

voluntad aparece, aquí, como movimiento corporal voluntario; es decir, motivado por representaciones. El resultado debe ser causado (provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efecto (en relación de causalidad)".⁶

Es precisamente en este marco en el que Liszt ubica a la teoría de la equivalencia de las condiciones o teoría de la *conditio sine qua non* cuando afirma que: "Existe relación causal, entre el movimiento corporal y el resultado, cuando éste no hubiera tenido lugar sin aquél; es decir, cuando no se puede suponer suprimido el movimiento corporal sin que deba dejar de producirse el resultado ocurrido (*conditio sine qua non*)".⁷

Como se ha podido observar, Liszt emplea la teoría de la *conditio sine qua non* para comprobar la relación de causalidad entre una causa y un efecto, y en consecuencia, para tener por existente la acción. Pero Liszt no se detiene aquí, sino que también afirma que en el terreno del derecho penal es lo mismo hablar de causa que hablar de condición:

[...] para el Derecho Penal se identifica la causación y la provocación (*Veranlassung*), la causa y la condición; mejor dicho, que la provocación del resultado es suficiente y que su causación (para lo cual no bastaría nunca por sí sola la manifestación de la voluntad) no es necesaria. Todas las condiciones del resultado son, por consiguiente del mismo valor. La

⁶ Liszt, Franz Von, Tratado de derecho penal, 3ª. ed., traducción de Luis Jiménez de Asúa, tomo II, Madrid, Reus, 1929, p. 304.

⁷ *Ibidem*, p. 304.

concausa (Mitursache) se considera también como causa en sentido jurídico. Y la aparición simultánea o sucesiva, de concausas no excluye la noción de aquélla.⁸

De lo anterior se desprende que para esta teoría el resultado es la suma de todas las causas, mismo que no habría podido producirse de faltar alguna; por tanto, todas deben considerarse igual. Para Liszt, de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, no importa si la intervención de un sujeto es de mucha o poca relevancia (si es causa o condición); si se comprueba que alguien colaboró en la producción del resultado, es causante del mismo, y por tanto, es autor. Esto lo apreciamos claramente cuando Liszt afirma: "En caso de codeincuencia, así como en el de concurrir, de hecho, varios autores simultánea o sucesivamente, es necesario atenerse a la regla general de que el que ha puesto una condición para el resultado, debe ser considerado como causante del mismo". Y más adelante agrega: "[...] Sólo podemos designar la manifestación de voluntad como causa de un resultado, en aquella significación limitada, según la cual: *causa no es más que una de las numerosas condiciones del resultado*".⁹

Así, de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, todo aquel que interviene en la producción del resultado es causa del mismo, no importando si esta intervención tiene una mayor o menor importancia respecto de otras, lo que provoca que todos sean considerados autores.

Por su parte, Baumann coincide al anotar como características centrales de la teoría de la equivalencia de las condiciones, las siguientes: "[...] Según ella, es

⁸ *Idem.*

⁹ *Ibidem*, pp. 308 y 310.

causal para un resultado toda condición que no puede suprimirse sin que desaparezca el resultado. Se le llama 'teoría de la condición' porque no se busca una causa particularmente importante, sino condiciones del resultado, y 'teoría de la equivalencia' porque se considera que todas las condiciones tienen el mismo valor".¹⁰

Mezger sostiene algo similar respecto a la teoría de la equivalencia de las condiciones: "Toda condición en sentido lógico es siempre causa en sentido jurídico-penal. Todas las condiciones son 'equivalentes' con respecto a la causa y como tales constituyen el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal".¹¹

Con este fundamento, el concepto unitario formal no puede llegar más que a la conclusión de rechazar toda distinción entre autores y partícipes, porque al no hacer la teoría de la equivalencia de las condiciones, distinciones en el plano causal, respecto de causas y condiciones, mira por igual a toda clase de intervención en el delito, y por tanto, cualquier sujeto que colabore en la producción del resultado es autor del mismo.

El hecho de que el concepto unitario formal de autor se fundamente en la teoría de la equivalencia de las condiciones y de esta forma niegue toda posibilidad de distinción entre las diversas contribuciones al evento delictivo, responde fundamentalmente a la importancia que otorga a la relación de causalidad; a su

¹⁰ Baumann Jürgen, Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema, traducción de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 119.

¹¹ Mezger, Edmund, Derecho penal. Parte general, 2ª. ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990, p. 111.

nacimiento dentro de la corriente penal causalista, a su pertenencia a la doctrina penal del positivismo naturalista, que se desarrolló especialmente en Alemania a finales del siglo pasado y se extendió hasta varias décadas del presente. Al respecto, Díaz y García Conlledo expresa: "Esa importancia dada a la causalidad es lo que hace que la teoría de la participación no se entienda como conexas a la de la causalidad, sino como una parte de la misma. Por tanto, la conexión entre la absoluta importancia dada a la causalidad y el mantenimiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones puede considerarse como el primer fundamento del concepto unitario de autor".¹² Esto, primordialmente hablando del concepto formal de autor.

En este sistema, las diferencias que pueden darse entre las conductas de los distintos sujetos intervinientes en la producción del resultado son tomadas en cuenta hasta el momento de la determinación de la pena, pero no en el terreno de la participación.

Por último, cabe precisar que las legislaciones que adoptan este concepto unitario formal son: el código penal italiano de 1930 y la Ley de Contravenciones alemana de 1968, entre otras.

¹² Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 68.

III. CONCEPTO UNITARIO FUNCIONAL¹³

El concepto unitario funcional es la construcción moderna del concepto unitario de autor, el cual se encuentra desligado casi completamente de la versión clásica-causal. Este concepto se fundamenta primordialmente en la teoría de la imputación objetiva,¹⁴ en la idea de merecimiento y necesidad de pena,¹⁵ en razones utilitarias,¹⁶ y en otras, como podrá observarse más adelante.

Los máximos exponentes de este concepto son: Detzer, Kienapfel y Schmoller. Por lo tanto, se analizarán sus construcciones para analizar las ideas que les sirven de fundamento.

¹³ Para abordar este modelo de concepto unitario se empleará la obra que ya se ha citado de Díaz y García Conlledo, La autoría en derecho penal. Esto, en virtud de que es el único tratadista que aborda con cierta amplitud las construcciones modernas de Detzer, Kienapfel y Schmoller, las cuales pertenecen al concepto unitario funcional.

¹⁴ Por imputación objetiva debe entenderse aquel juicio que versa sobre la cuestión de si un resultado puede ser considerado como obra de una persona concreta. Por ello, la teoría de la imputación objetiva intenta establecer los criterios conforme a los cuales puedan imputarse determinados resultados a una persona. Uno de esos criterios es el de la esfera de protección de la norma. *Cfr.* Jescheck, Hans Heinrich, Tratado de derecho penal, 4ª. ed., traducción de J. Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, pp. 250 y ss.; Bustos Ramírez, Juan y Elena Larrauri, La imputación objetiva, Colombia, Temis, 1989, pp. 76 y ss.; Roxin, Claus, "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal", en Problemas básicos del derecho penal, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, pp. 128 y ss.

¹⁵ La idea de merecimiento de pena toma como base la culpabilidad del interviniente, esto es, la conducta del sujeto y sus circunstancias concretas, para a partir de eso, individualizar su pena. Por otro lado, la idea de necesidad de pena se refiere a la ponderación de si será provechoso imponer tal o cual castigo al infractor, el decidir si el sujeto en el caso concreto lo requiere o no.

¹⁶ Los sostenedores del concepto unitario funcional lo consideran un concepto útil, porque creen que es un sistema práctico, provechoso y sencillo.

1. Construcción de Detzer

Detzer "parte de la idea de que en cualquier sistema (también en el unitario) lo que caracteriza al autor es su tipicidad. Precisamente por ello, la clave del concepto unitario está en la idea de que todos los participantes (es decir tanto los que serían llamados autores como los que serían partícipes en los sistemas diferenciadores) actúan típicamente, son abarcados por los tipos de la parte especial. No basta con la mera igualación en el marco penal ni con borrar de la ley las palabras 'inducción' y 'complicidad'".¹⁷ Díaz y García Conlledo anota también que Detzer trata de encontrar una técnica legal para que las distintas formas de intervención sean abarcadas sin más por los tipos de la parte especial, y se le ocurren dos posibilidades: la primera, redactar los tipos de la parte especial, de tal forma que literalmente abarquen todas las distintas formas de intervención. Pero considera que esta técnica no es conveniente porque se "inflarían los tipos", es decir, los tipos serían demasiado difusos, complejos y se sacrificaría la claridad, necesaria en todo tipo penal.

El autor en estudio cree que lo mejor es concebir las normas sobre autoría unitaria en la parte general como normas de interpretación y de imputación. En su concepto, por lo general los tipos de la parte especial describen la ejecución individual y de propia mano del delito, y lo que haría un precepto sobre autoría unitaria en la parte general sería dejar claro que los tipos de la parte especial no sólo abarcan la ejecución unipersonal de propia mano.

¹⁷ Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 92.

De tal manera que al momento de interpretar un tipo de la parte especial, tendría que tomarse en cuenta que no sólo abarca al autor material, sino también todas las demás formas de intervención en un delito; la interpretación tendría que hacerse de una manera amplia, no de forma literal, porque así lo "declaran" las normas sobre autoría unitaria, contenidas en la parte general.

Detzer, también afirma: "[...] las normas de la parte general sobre autoría unitaria serían normas de imputación, normas que, como las referentes a la autoría mediata y a la coautoría en los sistemas diferenciadores, permiten una imputación de las acciones de otras personas como propias. En los delitos con especiales elementos personales que fundamentan la pena se produce además la imputación de estos elementos".¹⁸

Según lo anterior, no sólo se podrían comunicar conductas, sino también elementos personales. Esto, como puede observarse, sería violatorio del principio según el cual cada persona debe responder de acuerdo con su propia conducta y su propia culpabilidad.

Por otro lado, cabe señalar que el autor en estudio considera que el merecimiento y necesidad de pena se da en igual grado en todos los intervinientes, y que, en un caso concreto, puede esto variar entre unos y otros, pero no en virtud de la forma de participación, o no exclusivamente en atención a ella.

¹⁸*ibidem*, p. 94.

2. Construcción de Kienapfel¹⁹

Respecto de esta construcción, Díaz y García Conlledo resume las ideas de la siguiente manera. Primeramente, especifica que, la idea central de Kienapfel es la que denomina de la doble naturaleza de la colaboración o intervención. La cual según Kienapfel es el verdadero problema clave del complejo total de cuestiones.²⁰ En este sentido, el autor austriaco expresa: "Cuando varios intervienen en un hecho, se plantean dos cuestiones, por un lado la cuestión general sobre la forma de intervención, por otro la (cuestión) no del todo idéntica a la anterior de la *importancia real* de esa intervención en el caso concreto. *La cuestión de la forma de intervención pertenece al ámbito de la construcción dogmática de conceptos, sin embargo la de su desvalor concreto a la determinación de la pena*".²¹ Así, para Kienapfel, en el denominado concepto unitario de autor no sólo se involucra la dogmática, sino también la medición de la pena.

En este sentido, para el autor en estudio:

[...] la crítica fundamental a la regulación de los sistemas de participación accesoria es el no haber logrado la compensación o equilibrio necesarios en tal regulación entre el aspecto dogmático (perteneciente en concreto al tipo) y el del desvalor concreto de las conductas (determinación legal o judicial de la pena), como demuestra el hecho de que en los casos difíciles, como el 'de la bañera', el de *Statschinsky* o los procesos por crímenes nacionalsocialistas, la jurisprudencia, para llegar a soluciones políticocriminalmente

¹⁹ Se expresan las ideas anotadas por Díaz y García Conlledo, en su obra La autoría en derecho penal, en virtud de que es el único tratadista que aborda con cierta amplitud esta construcción.

²⁰ Cfr. Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 103.

²¹ *Idem*.

correctas, ha tenido que utilizar construcciones aberrantes desde un punto de vista dogmático.²²

Este yerro se debe a la clase de problemas que estos casos plantean, que según Kienapfel no pertenecen en absoluto al plano de lo conceptual, de la teoría, de la dogmática, sino al de la determinación de la pena. Así, para el autor antes citado, estos casos no se hubieran podido solucionar ni con mejores teorías diferenciadoras, porque su solución no se encontraba en el plano teórico, sino en el de la individualización de la pena, en donde antes de determinar el castigo, tendrían que considerarse los múltiples factores que rodearon el caso concreto, para conocer el margen de libertad bajo el cual el sujeto actuó.

De tal modo que, para el autor en estudio, lo que debe caracterizar al sistema unitario de autor es otorgarle una mayor importancia a la individualización de la pena y restarle importancia al aspecto conceptual o dogmático. Respecto de este último, manifiesta:

En concreto, en el aspecto conceptual o dogmático, para permitir soluciones justas de los casos difíciles o extremos, será necesario abandonar el dogma de la accesoriedad de ciertas formas de intervención, pues supone hacer depender el castigo, al menos, del injusto de otro (el autor) en el caso de la accesoriedad limitada o también de su culpabilidad, si se defiende una accesoriedad más amplia, contradiciéndose con ello la idea de que cada cual responde según su propio injusto y su culpabilidad.²³

²²*Ibidem*, p. 104.

²³*Idem*.

En opinión de Kienapfel, en el plano conceptual debe preverse un castigo igual para todos los participantes, mismo que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, así como a la misma forma de intervención, se ajustará al momento de individualizar la pena. También, en el plano conceptual, considera que deben identificarse perfectamente las distintas formas de autoría consideradas por el legislador como punibles: ello, para poder distinguir las de otras posibles formas de intervención que no lo son.

En suma, para Kienapfel, el concepto unitario de autor no sólo debe estar fundamentado en la dogmática, sino también debe apoyarse en otras ideas, como la de una justa punición, la de merecimiento y necesidad de pena, así como en cuestiones de política criminal; de tal modo que, en su opinión, el concepto unitario funcional se presenta como el sistema más idóneo para solucionar casos complejos.

3. Construcción de Schmoller²⁴

Para llevar a cabo su construcción, Schmoller toma en cuenta las normas del Código Penal austriaco, en las cuales observa una adhesión al concepto unitario funcional. Parte de la idea de que Kienapfel tiene razón al decir que dentro de la teoría de la intervención existen distintos ámbitos que deben tomarse en cuenta; pero va más allá, porque en su concepto, tales ámbitos no se reducen al dogmático, por un lado, y al de la determinación de la pena, por el otro, sino encuentra que el mismo Kienapfel distingue aún más. Al respecto, señala: "[...] dentro del plano del tipo

²⁴ Se expresan las ideas anotadas por Díaz y García Conlledo, en su obra La autoría en derecho penal, en virtud de que es el único tratadista que aborda con cierta amplitud esta construcción.

[Kienapfel] ve a la vez una diferenciación: por un lado las normas de autoría unitaria funcional suponen tipificaciones de formas posibles de autoría desde el punto de vista categorial-conceptual y por otro son reglas de interpretación auténtica de los tipos de la parte especial, con lo que ya estamos ante dos grupos de problemas diferentes, el de la división en distintos tipos de autor y el de la ampliación del tipo literal (de la parte especial)".²⁵ Lo cual significa que para Schmoller las normas que recogen el concepto unitario funcional, contenidas en la parte general, por un lado, tipifican diversas formas de autoría, y por el otro permiten interpretar los tipos de la parte especial de un modo amplio, comprendiendo esos distintos tipos de autor.

Pero, siguiendo con el mismo orden de ideas, cabe precisar que en opinión de Schmoller, dentro de la problemática de la división de tipos de autor se encierran a la vez tres cuestiones distintas: la conceptual-terminológica, la de la valoración del injusto de los tipos de autor y la de la punibilidad. Lo cual significa que, ante la presencia de diversos tipos de autor éstos deberán delimitarse, también deberá valorarse la ilicitud de la conducta perteneciente a cada tipo de autor, y además, deberá estudiarse el castigo a imponer para cada figura de autoría.

Al respecto, Díaz y García Conlledo observa que en cada uno de los anteriores aspectos un legislador puede optar por soluciones más o menos apegadas al concepto unitario, lo que provoca que hayan sistemas de autor unitario con diferentes matices, o incluso sistemas combinados, es decir, con rasgos del concepto unitario y del concepto diferenciador.

²⁵ *Ibidem*, p. 107.

Respecto al análisis del Código Penal austriaco realizado por Schmoller, en relación con el ámbito de la amplitud de la literalidad del tipo, opina que la norma general que prevé la autoría unitaria, en específico el § 12 del Código Penal austriaco, se orienta claramente en la línea de un concepto extensivo de autor.²⁶

Para Schmoller, al ampliar el tenor literal de los tipos especiales, si no existiera el § 12 que prescribe: "No sólo el autor inmediato ejecuta la acción punible sino también todo el que determina a otro a su ejecución o de alguna manera coopera con la misma",²⁷ se vulneraría el principio *nullum crimen sine lege*. Ello, porque el párrafo citado supone una extensión legalmente determinada del concepto de autor.

Con apoyo en el citado párrafo puede válidamente interpretarse que cada tipo de la parte especial abarca las clases de autor previstas por el mismo. ello con total apego a los postulados de un derecho penal propio de un Estado de derecho. Esta idea también es compartida por Díaz y García Conlledo cuando afirma: "[...] el hecho de que exista una norma clara de extensión de la autoría supone una ventaja evidente desde el punto de vista del principio de legalidad (en un sentido formal al menos) frente a las concepciones que mantienen un concepto extensivo derivado directamente de los tipos de la parte especial con desprecio a menudo del tenor literal posible de los mismos".²⁸

²⁶ Esto lo dice Schmoller, porque el § 12 del Código Penal austriaco está rubricado de la siguiente manera: "Tratamiento de todos los partícipes como autores".

²⁷ Código Penal de Austria, citado por López Barja de Quiroga, Jacobo. Autoría y participación, Madrid, Akal, 1996, p. 40.

²⁸ Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 109.

Con base en el mismo §12 del Código Penal austriaco, Schmoller afirma que a todos los intervinientes se les da el trato de autores, con lo cual se está incorporando al código el concepto unitario de autor. Por otra parte, el mismo Código Penal austriaco, en el § 15-2, hace una distinción entre las diversas formas de autoría; ello se debe a que castiga la tentativa de la autoría por determinación, y no la de la autoría por colaboración o cooperación; por ello, según Schmoller, es necesario distinguir perfectamente las distintas clases de autoría, ya que pueden conducir a consecuencias jurídicas diversas.

En el plano jurídico-valorativo se distinguen dos aspectos: la valoración del contenido de injusto y la valoración del contenido de sentido social.

En relación con el primer aspecto, según Schmoller, de la igualación del marco penal típico para todas las formas de autoría no puede deducirse que en todas exista una misma valoración del contenido de injusto, ya que para efectuar una valoración jurídica pesan, además, otras consideraciones, como el merecimiento y necesidad de pena, así como cuestiones de política criminal. Sin embargo, considera que la igualación del marco penal en el § 12 sí refleja una idéntica valoración del contenido de injusto de todas las formas de autoría, basándose para ello en la voluntad del legislador y en la opinión de la doctrina dominante. Díaz y García Conlledo discrepa de esta opinión, al observar que el derecho penal austriaco, a pesar de prever todas las formas de autoría en el § 12 de su Código Penal, no obstante, en el § 15-2 de esa ley se castiga sólo a la tentativa de autoría inmediata y a la de autoría por determinación, y no a la de la autoría por colaboración; lo cual

significa que no se valora igual cada forma de intervención porque no tienen el mismo grado de ilicitud.

Por lo que toca al segundo aspecto del plano jurídico-valorativo, para el autor en estudio hay una misma valoración del contenido de sentido social de las tres formas de autoría del § 12 del Código Penal austriaco; para hacer esta consideración se basa en el hecho de que la jurisprudencia austriaca reciente no admite el recurso de casación basado en la subsunción de una conducta en una figura del § 12 distinta a la que realmente le correspondía. Sin embargo, para Díaz y García Conlledo la idea del igual contenido de desvalor social le parece discutible, porque al parecer un austriaco medio no valora igual que un sujeto mate como autor inmediato a que sólo colabore. Por el contrario, para Schmoller no se trata de conocer la valoración de un austriaco medio, sino la de la ley, y, en su concepto, ésta valora igual (en cuanto a sentido social) las distintas clases de autoría.²⁹ Esta idéntica valoración la extrae Schmoller de la opinión de la jurisprudencia actual, no del sentir de la sociedad austriaca, lo cual es criticable.

Por otra parte, para Schmoller, la cuestión de las formas de intervención se halla vinculada a la de la imputación objetiva. Considera, en cierto modo, que unas formas de autoría son subsidiarias de otras, pero ello no se debe a una distinta valoración jurídica de las mismas, sino al distinto juego de la imputación objetiva en las diversas formas de participación.

²⁹ Cfr. Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, pp. 112 y 113.

Tomando en cuenta la opinión de Schmoller, relativa al § 12 del Código Penal austriaco, que dice: "[...] declara fundamentalmente imputables objetivamente también las producciones de resultado (que pasan) sobre acciones de otros, pero precisamente no de modo indiferenciado",³⁰ puede estimarse que, aunque el autor en cita considere unas formas de autoría como subsidiarias de otras, no autoriza a pensar que se apoya en el principio de accesoriedad; esto es, que considere unas formas de intervención como principales y otras como secundarias, sino al parecer cree que para imputar objetivamente algunas formas de intervención existe la necesidad de apoyarse en otras, de hacer referencia a otras. Cabe agregar que para el autor en estudio, la imputación objetiva se produce de distinto modo dependiendo de la forma de intervención de que se trate: es decir, dependiendo de que se esté en presencia de una autoría inmediata, de una autoría por determinación o de una autoría por colaboración.

También, cabe anotar que para Díaz y García Conlledo, en un sistema unitario de autor ocurre algo similar a lo que acontece con la coautoría en un sistema diferenciador; esto es, que el resultado delictivo se observa como obra de varias personas, no de unas ayudadas por otras; lo cual, en su concepto, les permite poder imputar recíprocamente las acciones de unos a las de otros; y más aún, les permite incluso imputar los elementos personales entre unos y otros.³¹

Finalmente, respecto de la construcción de Schmoller, Díaz y García Conlledo observa que la idea de contemplar el resultado delictivo como obra de todos y no de

³⁰ *Ibidem*, p. 114.

³¹ *Cfr.* Díaz y García Conlledo. *op. cit.*, p. 115.

unos apoyados por otros (rechazo al principio de accesoriadad), así como razones utilitarias, es decir, prácticas,³² fundamentan los sistemas unitarios modernos. También, se percata de que el concepto unitario se refleja en diversos aspectos (conceptual-terminológico, jurídico-valorativo, etcétera), y que es posible rechazarlo en algunos planos y en otros no, lo que provocará que existan conceptos unitarios con diferentes matices.

IV. CONSECUENCIAS DEL CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR Y CRÍTICAS

El concepto unitario clásico-causal, por encontrarse fundamentado en la teoría de la equivalencia de las condiciones, desemboca como principal consecuencia el considerar a todos los intervinientes como autores. De este modo, surge el rechazo al principio de accesoriadad, lo cual significa que para este concepto, una forma de intervención como es la instigación o la complicidad, que en un sistema diferenciador se consideran formas de participación en sentido estricto, no dependen del injusto del autor principal (en caso de accesoriadad limitada) o de su culpabilidad (si es que se defiende una accesoriadad más amplia). Por el contrario, toda forma de intervención es autoría, sin que dependa una de otra.

Al concepto unitario clásico se le critica fuertemente por ser su fundamento demasiado extenso. La teoría de la equivalencia (al tomar en cuenta todas las

³² Los sistemas unitarios se consideran prácticos, porque, entre otras cosas, evitan la difícil distinción entre coautores y cómplices.

condiciones productoras de un resultado delictivo), aplicada hasta sus últimas consecuencias, puede llevar a conclusiones absurdas.

Por lo que respecta al concepto unitario funcional, éste no sólo encuentra apoyo en la teoría causal ya referida, sino también en la teoría de la imputación objetiva, en cuestiones de utilidad, en la idea del igual merecimiento y necesidad de pena, en cuestiones de política criminal y demás. Por ello, aunque sigue considerando a todos los intervinientes como autores, hace, sin embargo, distinciones entre las diferentes clases de autoría, situación que era imposible de lograr en el sistema clásico, por estar fundamentado sólo en la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Los representantes del concepto unitario funcional, como puede verse, se han esforzado por lograr que su sistema sea considerado como propio de un derecho penal correspondiente a un Estado democrático de derecho; no obstante, sigue viéndose, por algunos tratadistas partidarios del concepto diferenciador,³³ como propio de un derecho penal de autor, correspondiente a un Estado fascista, dictatorial, en razón de que, por ser su fundamento demasiado extenso y difuso, sirve mejor a los fines de la intimidación.

³³ Para Mir Puig, esta tesis "es defendida por la dirección moderna que basa el Derecho penal en la peligrosidad del delincuente, por considerar especialmente peligrosa la intervención de varios delincuentes y por la corriente nacionalsocialista de la Escuela de Kiel, que partía de un 'Derecho penal de la voluntad'. Legislativamente este planteamiento ha encontrado reflejo en Italia (el art. 110 CP castiga por igual, sin distinguir, a todos los sujetos intervinientes en el hecho), tal vez por influjo de la Escuela Positiva, y en otros países, como Austria (parágrafos 12 y 13 StGB)", en Derecho penal. Parte general, 4ª. ed., Barcelona, 1996, pp. 359 y 360. Esta idea también la encontramos en López Barja de Quiroga, Jacobo, Autoría y participación, Madrid, Akal, 1996, pp. 20 y 21.

La principal crítica que le hacen a este sistema los defensores del concepto diferenciador va dirigida al rechazo de dicho sistema, al principio de accesoriidad, porque los sostenedores del concepto diferenciador entienden que el principio de accesoriidad es como un axioma, como un principio evidentemente claro. Esta óptica responde al papel que le hacen desempeñar: fijar el límite de lo típico, recortar el campo de lo punible. Por tanto, no cualquier conducta de inducción o ayuda puede catalogarse como de participación; esto solamente acontece cuando está conectada a un acto principal típico y antijurídico (accesoriidad cualitativa), que por lo menos haya quedado en grado de tentativa punible (accesoriidad cuantitativa); de tal suerte que sólo conciben la existencia de la participación cuando se encuentra estrechamente vinculada con el acto principal, a través de la accesoriidad.

Díaz y García Conlledo también se manifiesta en favor de un sistema diferenciador. Expresa que más vale un olvido del legislador en la suma, que un olvido en la resta; esto es, más vale que el legislador olvide incluir algunas conductas dentro de lo punible, cuando éstas salen de él a consecuencia del principio de accesoriidad, que un olvido del legislador en sacar del campo de lo punible aquellas conductas que no merecen ni necesitan ser castigadas, y que ingresan a éste, como consecuencia de considerar a todo interviniente en el hecho como autor del mismo.

Otra crítica que se formula al concepto unitario de autor se centra en el terreno de la tentativa. Se estima que en este sistema, a diferencia de un concepto que distingue entre el autor y el cómplice, trasciende más la tentativa de

complicidad, porque en un sistema diferenciador se trataría de una tentativa de complicidad impune, y en el concepto unitario se trataría de una tentativa de autoría punible, lo que resulta atentatorio del principio de *ultima ratio* del derecho penal, así como de los fines de la prevención general y de la prevención especial.

La legislación austriaca, que adopta un concepto unitario funcional de autor, hace distinciones entre las diferentes formas de autoría y, en específico, en su § 15-2 deja fuera del campo de lo punible a la tentativa de la autoría por colaboración, lo que hace suponer que en atención a cuestiones de política criminal se utilizan correctivos en dicho concepto.

V. OPINIÓN PERSONAL

Por lo que respecta al concepto unitario clásico-causal, estamos de acuerdo en la crítica que se le formula en el sentido de que su fundamento es demasiado amplio; ello, porque la teoría de la equivalencia de las condiciones es una teoría desmesurada, ya que considera a todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, como autor del mismo, aunque no sea quien haya efectuado la acción típica. De tal modo que considera a todos como autores, sin importar la gravedad de su intervención.

Para aplicar esta teoría tendrían que investigarse todas las causas que confluieron en la producción de un resultado, lo cual sería prácticamente imposible, porque tendrían que analizarse todas las condiciones existentes en el universo que provocaron dicho resultado, lo que conduciría a absurdos, de tal suerte que inclusive

podrían considerarse responsables a los padres del sujeto activo del delito, porque también han puesto una condición (la procreación del delincuente) para lograr el resultado. Este concepto, como puede observarse, distorsiona lo que debe entenderse por causalidad en materia penal, porque no se remite al nexo causal típico; además, transgrede el principio de legalidad, ya que basta intervenir con cualquier contribución para ser autor, sin necesidad de respetar los elementos del tipo. Por tanto, este concepto, al desdibujar el tipo legal, infringe también el principio básico en materia penal, de que cada sujeto debe responder según su propia conducta y culpabilidad.

Por lo que toca al concepto unitario funcional, a pesar de los correctivos a los que ha acudido, sigue siendo un concepto de autor muy amplio, en donde pueden imputarse conductas de unos a otros, inclusive pueden adjudicarse los elementos personales existentes en uno de los intervinientes a los demás; esto, porque el delito se observa como obra de todos. Finalmente, subsiste la idea del viejo concepto unitario-causal. Así, por ejemplo, en los delitos especiales basta cualquier contribución para ser autor, siempre que en uno de todos los intervinientes exista la calidad exigida por el tipo. Lo mismo cabe decir de los denominados "delitos de propia mano"; sería suficiente que cualquiera de los participantes ejecutara la conducta típica, para considerar a todos como autores de la misma.

En relación con las técnicas legislativas que se proponen para regular las diversas formas de autoría, éstas no son las más adecuadas. Por un lado, se prevé que todas las formas de autoría se regulen en un precepto de la parte general, como lo hace el Código Penal de Austria a través de su § 12, regulación que permite que

cada tipo de la parte especial se extienda para abarcar las formas de intervención contempladas en dicho párrafo. Esta forma no es muy acertada, lo cual se nota precisamente en los denominados "delitos especiales propios"; a todos los intervinientes tiene que exigírseles la calidad específica. Por ello, se ven en la necesidad de comunicar las calidades personales de unos intervinientes a otros, para que ninguno de ellos quede impune, violando de esta forma el principio de legalidad. La otra alternativa legislativa propuesta por este concepto, es que en cada precepto de la parte especial se regulen todas y cada una de las formas de autoría, lo que provocaría tipos especiales demasiados prolijos, cargados y poco prácticos.

Por las argumentaciones antes vertidas, se cree que este concepto de autor no ofrece seguridad jurídica, toda vez que es muy amplio; puede responsabilizarse a alguien como autor de un delito con la más remota aportación al hecho, y en tratándose de delitos especiales propios, inclusive sin tener la calidad específica que el tipo penal exija.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS DIFERENCIADORES DE AUTOR

I. CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR

I. Aspectos generales

Se tiene la creencia de que es en Zimmerl³⁴ en quien por primera vez se encuentra un bosquejo de ideas y términos que darán lugar, más tarde, a hablar en el ámbito de la intervención del delito, del concepto extensivo y del concepto restrictivo de autor.

Zimmerl manifiesta que es posible una concepción, en virtud de la cual se pueden considerar superfluos o al menos no absolutamente necesarios los preceptos legales sobre participación. A esta concepción la denominó teoría de la *interpretación extensiva de los tipos*. La misma afirma: los tipos legales han de ser interpretados de modo que cualquiera que sea causal para la realización de un tipo, actúe típicamente, y en consecuencia pueda ser castigado mientras lo permita su culpabilidad. También sostiene que los preceptos sobre inducción y complicidad son

³⁴ Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 253.

lex specialis frente al correspondiente tipo especial, creados con el propósito de conseguir una punición menor o también mayor de estos casos especiales; de tal manera que cuando estos preceptos no puedan aplicarse, entren en vigor los preceptos generales; dicho de otro modo, ha de estimarse como autoría cualquier aportación causal para la realización del tipo y que sea además culpable.

En opinión de Zimmerl, la segunda concepción fundamental es la teoría de la *interpretación restrictiva de los tipos*, en la cual los tipos están concebidos de tal forma que sólo alcanzan al autor y no abarcan la actividad del inductor y del cómplice. Por tanto, en dicha concepción se necesitan los preceptos sobre inducción y complicidad para hacer punible un injusto que de otro modo sería impune; a estos preceptos se les denomina de un modo totalmente correcto "causas de extensión de la punibilidad", como hace Mayer, precisando que aún más clara sería la expresión "causas de extensión del tipo", pues a través de estos preceptos el tipo especial, que de otro modo sólo abarcaría acciones de autoría, se amplía a las acciones de inducción y complicidad.

También afirma que los preceptos sobre participación tienen un doble fin; en primer lugar, permiten la punibilidad de un injusto que de otro modo sería impune, ello a través de su tipificación, y en segundo lugar, también toman en cuenta el diferente merecimiento de pena de tales acciones a través de un marco penal diferenciado, que se traduce en diversos grados de pena.³⁵

³⁵ Cfr. Zimmerl, citado por Díaz y García Conlledo, *op cit.*, p. 254.

Como es posible observar, el autor antes citado bosqueja ya lo que actualmente se conoce como "concepto extensivo" y "restrictivo de autor", y aunque él no los denomina así, porque más bien habla de una interpretación extensiva y otra restrictiva de los tipos sobre intervención en un delito, es evidente que de él provienen las ideas que nutren dichos conceptos.

Visto de fondo el concepto extensivo de autor, puede afirmarse que en él, todo individuo que interviene causalmente en la producción de un resultado es autor del mismo (hasta aquí se parece al concepto unitario de autor), pero cuando en el derecho positivo existen preceptos que regulan formas de participación, en sentido estricto, como son la inducción y la complicidad, dichas formas salen del ámbito de la autoría, para ubicarse en el de la participación. Es en este momento cuando el concepto extensivo acepta la idea de la participación.

Dentro de esta postura, a los preceptos sobre participación se les considera como "causas de restricción de la punibilidad", ello, porque restringen el campo de la autoría, y también porque atenúan la pena.

Como se puede apreciar, el concepto extensivo y el unitario se parecen, porque parten del mismo fundamento causal: todo aquel que interviene en la producción de un resultado delictivo es autor del mismo. La diferencia radica en que para el concepto unitario no hay participación, todos son autores, tanto en su vertiente clásica como en la funcional. Por el contrario, para el concepto extensivo, existe la idea de la participación, siempre que el derecho positivo así lo prevea; si no

es así, se contenta con una sola forma de intervención en un delito, es decir, con la autoría.

Cuando el sistema de autor en análisis se ve en la necesidad de marcar diferencias entre un autor y un partícipe, por exigencia del derecho positivo, busca criterios de diferenciación tanto en teorías objetivas como subjetivas.

2. Teorías objetivas

Las teorías objetivas no fueron el apoyo más importante, ni tampoco el más representativo, que tuvo el concepto extensivo para lograr la delimitación entre autores y partícipes; por esta razón, se abordará muy brevemente esta modalidad; además, porque en el subcapítulo siguiente (concepto restrictivo de autor) se analizarán dichas teorías.

Esta modalidad surge cuando algunos autores, como Eb. Schmidt, Lony, Mezger y Spindel, defensores del concepto restrictivo de autor, se adhieren al concepto extensivo de autor, porque desde su sistema no es posible fundamentar la figura de la autoría mediata (autor sólo puede ser el que realice de propia mano la acción típica). En cambio, esto sí podía lograrse a través del concepto extensivo, porque el fundamento del que parte es muy amplio (la teoría de la equivalencia de las condiciones). Así, resultaba muy fácil incluir como otra condición más del resultado –o sea, como una forma más de autoría– la intervención del autor mediato.

Sin embargo, en el momento en que deben marcar las diferencias entre autor y cómplice, por la presencia de las "causas de restricción de la pena", aplican la teoría objetivo-formal, y en este sentido afirman que es autor el que ejecuta personalmente la acción típica, y cómplice el que sólo colabora con actos que no implican tal ejecución. De esta forma, caen en una contradicción mayúscula: por un lado, para la autoría mediata no utilizan la teoría objetivo-formal, sino la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero cuando tienen que distinguir entre un autor y un cómplice sí la utilizan; dicho de otra forma: en la autoría mediata no exigen la ejecución personal de la acción típica, pero para distinguir entre un autor y un cómplice sí exigen en el autor tal ejecución. Entonces, la pregunta es: la autoría mediata ¿es o no autoría?

En suma, en esta modalidad se hace uso de la teoría de la equivalencia de las condiciones para fundamentar la autoría, pero cuando se enfrentan ante el problema de delimitar entre un autor y un cómplice, porque así lo exige el derecho positivo, se ven en problemas, tienen que echar mano de otras teorías, en este caso de la teoría objetiva-formal, y con ello niegan el concepto de autor del que inicialmente parten.

3. Teorías subjetivas

La mayoría de tratadistas tienden a identificar el concepto extensivo de autor con la "teoría subjetiva de la participación". Se le considera su complemento usual, incluso se identifican como una sola postura teórica. Ello responde a que esta

combinación doctrinal ha sido la más conocida por las consecuencias aberrantes que propició, a través de su aplicación por los tribunales alemanes.³⁶

Como quedó anotado líneas atrás, el concepto extensivo de autor toma como punto de partida la teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual, como es bien sabido, todo aquel que intervenga causalmente para la producción de un resultado delictivo es autor del mismo, sin considerar la importancia de tal intervención. Sólo ante la presencia de "causas de restricción de la pena" el concepto extensivo se ve en la necesidad de marcar diferencias entre autores y partícipes.

Ante la imposibilidad de hacer tales distinciones en el plano objetivo-causal, porque todas las intervenciones, de acuerdo con la teoría de que parten, tienen un valor equivalente, se ven en la necesidad de incursionar en el terreno de la subjetividad. Así es como surge la famosa fórmula de que será autor quien obre con *animus auctoris*, y será cómplice quien actúe sólo con *animus socii*. Esto es lo que se conoce como "teoría subjetiva de la participación", que le permite al concepto extensivo lograr la necesaria distinción entre autor y partícipe, impuesta por la ley.

El máximo representante de la teoría subjetiva de la participación es V. Buri. Esta teoría, como ya lo señalamos renglones arriba, parte de la idea de que sólo puede lograrse una distinción entre autor y cómplice desde el plano subjetivo: tomando en cuenta el ánimo o el sentir del interviniente. En consecuencia, será autor

³⁶ Son bastante conocidas dos sentencias alemanas (el de la bañera y el de Statschinsky), que han escandalizado a la doctrina penal de todo el mundo por su tajante violación al principio de legalidad; tales resoluciones judiciales están basadas en el interés del interviniente y no en su conducta. Sobre estas sentencias se volverá más adelante.

quien intervenga deseando ser autor, y será cómplice quien participe sólo con la intención de colaborar en la obra de otro.

Para poder distinguir entre quien actúa con *animus auctoris* y quien con *animus socii*, surgen diferentes teorías de corte obviamente subjetivo, que brindan diversos criterios de diferenciación. Dentro de las teorías que surgen, son dos principalmente las que obtienen mayor relevancia: la teoría del dolo y la teoría del interés.

A. Teoría del dolo

Para esta teoría, la diferencia entre autor y cómplice radica en el ámbito de la voluntad. Por lo que respecta al autor, su voluntad es independiente, autónoma. Por el contrario, la voluntad del cómplice se halla supeditada a la del autor en cuanto a la decisión de la ejecución del hecho. Esto quiere decir que se trata de una voluntad subordinada, dependiente.

Así, de acuerdo con la teoría del dolo, el *animus auctoris* consiste en tener la voluntad decisoria, de tal modo que el autor puede resolver de manera autónoma sobre la consumación o no del hecho, es quien posee el dolo principal, la voluntad última. Por el contrario, el cómplice subordina su dolo a la decisión del autor, somete consientemente su voluntad, deja al criterio del autor el desarrollo o no del hecho. Finalmente, estas ideas se traducen en la simple frase: autor es quien quiere el hecho como propio, y partícipe es quien lo quiere como ajeno.³⁷

³⁷ Cfr. Gimbernat Ordeig, Enrique, Autor y cómplice en derecho penal, Universidad de

En suma, para la teoría en estudio todo radica en la independencia o subordinación de la voluntad con la que se interviene en el delito. Lo problemático aquí es el saber exactamente con qué voluntad participaron los intervinientes.

Cabe precisar que si se analizan las ideas que dan contenido a esta teoría, se relacionarían con la teoría del dominio del hecho, teoría que propone la corriente penal finalista para resolver los problemas sobre autoría y participación; esto, debido a que maneja ideas muy similares, por supuesto, desde un terreno objetivo y no subjetivo, como la teoría que aquí se estudia. Por ello, no es extraño que autores como Roxin³⁸ vean en la teoría del dolo un antecedente de la teoría del dominio del hecho.

B. Teoría del interés

Esta teoría propone también un criterio subjetivo para delimitar si la intervención del sujeto en un hecho es con *animus auctoris* o con *animus socii*. Tal criterio radica en el interés. Por tanto, será autor quien tenga un interés propio en el hecho, y cómplice quien tenga un interés ajeno. En consecuencia, si varios intervinientes tienen un interés idéntico, se estaría en presencia de una coautoría.

Cabe señalar que la teoría del dolo y la teoría del interés no siempre se aplicaron por separado, pues muchas veces se aplicaron de manera conjunta. Así, se

Madrid, Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, 1966, p. 46.

³⁸ Cfr. Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 6ª. ed., traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 71.

afirmaba que un sujeto había actuado con voluntad de autor precisamente porque perseguía un interés propio en la causación del hecho.

En Alemania se aplicó la teoría del interés, lo que dio lugar a dos famosas resoluciones, criticadas por la mayoría de tratadistas. Tales resoluciones se pronuncian en el denominado "caso de la bañera" y en el llamado "caso Statschinsky".

El "caso de la bañera"³⁹ se refiere a la situación de una madre que acababa de tener un hijo ilegítimo. La madre convenció a su hermana, que en ese momento se encontraba bañando al niño, para que lo ahogara. La hermana, a pesar de haber realizado el tipo, fue juzgada por el Tribunal Supremo del imperio alemán, como cómplice de un asesinato, bajo el argumento de que ésta había actuado en interés de la madre y no en interés propio.

En el "caso Statschinsky"⁴⁰ un agente del servicio secreto de un país de la Europa oriental recibió el encargo de matar a dos exiliados políticos en la República Federal de Alemania, encargo que llevó a cabo, y no obstante, fue juzgado por el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana, como cómplice de asesinato,

³⁹ Esta resolución (19-2-1940, RGSt 74, 84-86) ha sido criticada por autores como Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal. Parte general, 2ª. ed., México, Cárdenas Editor, 1991. p. 606; Mir Puig, *op. cit.*, p. 361; Gimbernat, *op. cit.*, p. 52; Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 322 y López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁰ Esta resolución (19-10-1962, BGH 18,87-96) ha sido criticada, entre otros autores, por los siguientes: López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 23; Gimbernat, *op. cit.*, p. 52; Zaffaroni, *op. cit.*, p. 606; Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 322; Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, p. 361; Bacigalupo, Enrique, Manual de derecho penal, p. 184; López Barja de Quiroga, Jacobo, *op. cit.*, p. 24; entre otros.

para lo cual se argumentó que dicho agente había actuado en interés de quienes le habían encargado esos delitos.

En suma, para esta teoría subjetiva, es más importante, inclusive que la propia realización del tipo penal, el interés que persiga el agente; como si pudiera realizarse un delito doloso sin tener ningún interés personal en él. Como consecuencia, la teoría en estudio destruye el tipo penal y las garantías que éste representa, es una teoría atentatoria del principio de legalidad.⁴¹

C. Teoría del acuerdo previo

La doctrina del acuerdo previo, aunque no es una teoría que haya tenido tanta relevancia como las dos anteriores, forma parte, también, de la clasificación de las teorías subjetivas, en razón de que da más importancia al aspecto subjetivo (en este caso al acuerdo), que a la intervención concreta del sujeto.

Cabe precisar que la teoría del acuerdo previo, aunque no parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones como fundamento, porque de entrada reconoce la existencia de autores y cómplices, finalmente conduce a un concepto muy extenso de autor, como se tendrá oportunidad de observar más adelante. Cabe anotar, también, que esta doctrina es rechazada por la mayoría de tratadistas españoles y ha sido aplicada por el Tribunal Supremo Español.⁴²

⁴¹ Cfr. Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, p. 361; Bacigalupo, Enrique, Manual de derecho penal, p. 184; López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 24, entre otros.

⁴² Resoluciones: 7.7.1982; 19.12.1900; 27.10.1916; 13.2.1924; 10.10.1930; 12.12.1935; 26.5.1947; 11.3.1964 ; 22.4.1967 (Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 184).

De acuerdo con la teoría en estudio, cuando varios sujetos intervienen en la comisión de un delito de manera concertada, esto es, existiendo un acuerdo previo entre ellos, todos responderán como autores, prescindiendo de la importancia del acto material concreto con el que cada uno de los intervinientes haya colaborado.

De este modo, una vez que se tiene por existente el acuerdo, es indiferente la intervención real de los concertados en la ejecución del delito; eso no importa. Lo determinante es el acuerdo, lo que se pudo haber hecho, lo que se comprometieron a hacer, no lo que en específico hicieron.

Gimbernat rechaza radicalmente esta postura teórica, porque en su concepto, el acuerdo previo no distingue al autor del cómplice: "Se puede ser cómplice aunque haya acuerdo previo y se puede ser autor aunque no haya concierto previo".⁴³ O sea que para Gimbernat, el criterio de distinción no radica en que exista acuerdo o no, sino en la real actuación del participante, en su concreta intervención respecto de la ejecución material del delito. Esto se debe a que:

[...] al hombre sólo se le puede juzgar por lo que ha hecho, por sus actos tal como tuvieron lugar en la realidad entendiendo por actos, por supuesto, tanto los externos como los internos (para que exista hurto, por ejemplo, no basta que el sujeto muy bien hubiera podido tener ánimo de lucro: es preciso que de verdad lo haya tenido) [...] Si un sujeto quiere matar a otro, pero no lo hace, en tal acto interno habrá un desvalor mayor que si nunca le hubiese pasado por la imaginación atentar contra la vida de una persona; pero no habrá tanto desvalor como si con su propia mano hubiese quitado la vida a alguien. El que

⁴³ Gimbernat, *op. cit.*, p. 87.

pudiera haber matado, pero no tradujo esto en hechos, no es ni jurídica ni éticamente un homicida.⁴⁴

De la anterior transcripción podemos deducir que lo importante son los hechos, no lo que se comprometió a hacer y no se hizo. Es decir, podrá castigarse como coautor sólo a aquel sujeto que en realidad lo haya sido, sólo a quien realizó el tipo, conjuntamente con otro u otros.

En suma, la teoría del acuerdo previo, al fundamentar la autoría en el concierto y no en la concreta actuación del interviniente, viola notoriamente el principio de legalidad, porque un tipo penal describe conductas, no suposiciones; por lo tanto, tal teoría debe rechazarse.

4. Consecuencias del concepto extensivo de autor y críticas

El concepto extensivo de autor parte de un concepto unitario clásico (teoría de la equivalencia de las condiciones); pero posteriormente reconoce la existencia de partícipes, lo que provoca como consecuencia su subordinación al principio de accesoriedad. De acuerdo con este principio, la conducta del partícipe implica una colaboración en el hecho de otro; en otras palabras, no existe una conducta de participación sin que exista otra, del denominado autor principal. Por tanto, el concepto de autor inicial, que es un concepto unitario, pasa a tomar características de un concepto restrictivo; ello, por el reconocimiento del principio de accesoriedad, y también porque llega a apoyarse en teorías restrictivas de autor, como es la teoría

⁴⁴ *Ibidem*, p. 80.

objetivo-formal. Por esta razón, el concepto extensivo de autor abarca primero a la autoría mediata y posteriormente la rechaza.

Por otro lado, cuando el concepto extensivo se apoya en teorías subjetivas para hacer la distinción entre autor y partícipe, pasa de un concepto objetivo de autor a otro de tipo subjetivo, de tal suerte que ahora será autor el que haya actuado con *animus auctoris*, ya sea porque intervino con una voluntad independiente o porque perseguía un interés propio en la causación del hecho, o bien por ambas razones. De esta forma, se advierte que el denominado concepto extensivo de autor rechaza el concepto de autor del que inicialmente parte, y con ello niega sus propias bases. Así, los fundamentos posteriores del concepto extensivo no pueden sostenerse desde su plataforma; esto provoca como consecuencia incongruencias insuperables.

Al concepto de autor de esta teoría también se le pueden hacer las mismas críticas que al concepto unitario clásico, porque como se dijo, parte como fundamento inicial de la teoría de la equivalencia de las condiciones, teoría que se rechaza por las razones que ya se expusieron en el espacio correspondiente a dicho concepto.

Otra de las consecuencias criticables que provoca el concepto extensivo de autor es la relativa al reconocimiento que hace de las "causas de restricción de la pena", de tal suerte que ante la presencia de una conducta, primero se observa si ésta no se enmarca en alguna de las "causas de restricción de la pena", para en segundo lugar ver si se incluye como autoría, con lo cual se le da al concepto de autor un

carácter secundario en el fenómeno de la intervención. Por ello, autores como Roxin opinan que: "El rodeo (Umweg) que pasa por negar la participación lleva a extraviarse (Irrweg), pues de ningún modo cabe decir que alguien, por el simple hecho de no darse los requisitos de la inducción ni de la complicidad, tenga que ser autor [...] La determinación conceptual secundaria llevada a la práctica consecuentemente degradaría el concepto de autor a mero cajón de sastre".⁴⁵

Tal proceder es totalmente errado, porque el concepto extensivo, al admitir la existencia de la participación (en sentido estricto), también acepta el principio de accesoriidad, y, para este principio, sólo ante la presencia de una conducta de autor puede hablarse de una conducta de partícipe; es decir, en primer lugar se encuentra el autor y en segundo lugar el partícipe; en cambio, en el concepto extensivo de autor se procede exactamente al revés. Esto responde a que sus premisas no son de un concepto restrictivo propiamente dicho, sino de un concepto unitario-clásico, que por exigencia del derecho positivo se ve posteriormente en la necesidad de admitir la participación.

En el concepto extensivo de autor que encuentra apoyo en la teoría objetivo-formal se da una contraposición de teorías, entre una extensiva (teoría de la equivalencia de las condiciones), para comprender también a la autoría mediata, y otra restrictiva (teoría objetiva-formal), para hacer la diferenciación entre coautor y cómplice, lo cual genera una evidente contradicción, porque según la primera teoría, la intervención mediata es una conducta de autor y, de acuerdo con la segunda teoría, no lo es.

⁴⁵ Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, p. 44.

Con relación al concepto extensivo de autor fundamentado en teorías subjetivas, como es la teoría de la voluntad y la teoría del interés, cabe decir que no puede fundamentarse la autoría únicamente en el ánimo, en lo puramente subjetivo, sin que lo respalde lo objetivo. Respecto a la teoría de la voluntad, cabe señalar que un sujeto no se convierte en autor simplemente porque así lo quiera, sin que apoye ese deseo de una manera objetiva. De tal suerte que lo que definiría a la autoría sería lo objetivo y no lo subjetivo. Además, como acertadamente observa Roxin ¿qué pasaría en el caso de que dos sujetos que han intervenido materialmente en la ejecución de un delito, cada uno deja subjetivamente a la elección del otro la comisión del hecho? Se estaría en presencia de dos conductas de participación, sin la existencia de una conducta de autor.⁴⁶ Esta situación, en atención al principio de accesoriadad, es prácticamente imposible.

Por lo que respecta a la teoría del interés, la crítica principal que se le formula radica en que no es jurídicamente aceptable que en el campo de la autoría el interés sustituya a la realización material del tipo. Además, no es lógico pensar que pueda cometerse un delito doloso sin que exista un interés de por medio, así se trate de un interés económico, éste existe. El sostener lo contrario provoca que esta teoría se convierta en una doctrina de salvación para el sicario, como acertadamente observa Dahm.⁴⁷

En general, las críticas que se dirigen contra las teorías subjetivas —que sostienen como criterio diferenciador el *animus auctoris* y el *animus socii* a través

⁴⁶ *Ibidem* p. 72.

⁴⁷ Dahm, citado por Gimbernat, *op. cit.*, p. 52.

de la teoría de la voluntad y del interés— son en el sentido de considerarlas fórmulas vacías, "lemas sin contenido",⁴⁸ "frases vagas",⁴⁹ con las cuales puede fundamentarse cualquier cosa, por ejemplo, convertir a alguien que ha concretizado un tipo penal, en cómplice y viceversa; de tal modo que la decisión de quién es autor se convierte en un juego de azar.

Por lo tanto, se está completamente de acuerdo con Gimbernat, cuando afirma: "Una teoría que puede justificar la calificación de cómplice de un sujeto que realiza todo el tipo de un delito es una aberración, es incompatible con la más elemental sensibilidad jurídica y tiene que ser, por ello, técnicamente incorrecta".⁵⁰

Por último, por lo que respecta a la teoría del acuerdo previo, cabe reiterar que representa, también, una violación al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, porque para calificar como coautora a una persona, no atiende a la conducta descrita por el tipo, sino al concierto.

5. Opinión personal

El concepto extensivo de autor, como ha podido observarse, es un sistema que juega con dos concepciones: con la unitaria clásica, en cuanto toma como punto de partida a la teoría de la equivalencia de las condiciones, y con la restrictiva, en cuanto acepta la existencia de la participación y, con ello, al principio de accesoriidad. Por esta razón, cae en muchas contradicciones, ya que por un lado

⁴⁸ R. V. Hippel, citado por Gimbernat, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁹ Richard Schmidt, citado por Gimbernat, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁰ Gimbernat, *op. cit.*, p. 53.

acepta a la autoría mediata, pero cuando se fundamenta en teorías objetivas para diferenciar al autor del cómplice, la rechaza: por otro lado, para calificar a una conducta primero analiza si es de participación, y posteriormente observa si es de autoría, en lugar de proceder exactamente al revés. Pero sus yerros alcanzan el punto culminante cuando se fundamenta en teorías subjetivas, porque por encima del tipo coloca al ánimo, de tal suerte que para este concepto importa más la voluntad y el interés con la que procedió el sujeto, que la propia ejecución material del tipo.

Con tantos desatinos, el concepto extensivo de autor no puede aceptarse. Este concepto, sobre todo en su modalidad subjetiva, representa una flagrante violación al principio de legalidad y a otros principios igualmente importantes; por ello, debe rechazarse.

Por último, si se observan las consecuencias que provoca el concepto extensivo de autor y se comparan con las consecuencias que provoca el concepto unitario en su vertiente funcional, se podrá observar que son más los desatinos que provoca este concepto, que el anterior. El concepto unitario funcional se construye respetando las premisas de las cuales parte, es congruente; lo que no puede decirse del concepto extensivo, el cual niega sus propios postulados, y por eso cae en contradicciones insuperables. Además, basado en teorías subjetivas, propone un concepto de autor inadecuado, político-criminalmente inconveniente.

II. CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

1. Aspectos generales

El concepto restrictivo de autor parte de la idea de que no todos los que intervienen en un hecho delictivo son autores, sino sólo algunos. Es decir, para este concepto, en la concurrencia de diversos sujetos para la comisión de un delito pueden existir tanto autores como partícipes. El tipo legal sólo abarca al autor, en sentido estricto. Por tanto, los preceptos que punen las conductas de los partícipes; esto es, de los cómplices y de los instigadores, son "causas de extensión de la pena", porque de no existir tales preceptos dichas conductas serían impunes.

Para limitar precisamente los preceptos que extienden la tipicidad, el concepto restrictivo de autor se sujeta al principio de accesoriedad. Principio que va a jugar un papel toral en este sistema, toda vez que, se considera, produce un recorte de la tipicidad. En consecuencia, donde no haya un hecho principal típico y antijurídico no podrá existir tampoco un posible tipo de participación. Por tanto, el principio de accesoriedad postula la sujeción forzosa de la conducta del partícipe a la del autor principal.

En el concepto restrictivo de autor se agrupan diversas teorías, como son: la teoría objetivo-formal, las teorías objetivas-materiales y la teoría del dominio del hecho, cuyo propósito radica en determinar quién es autor, en sentido estricto; para, a partir de ello, precisar quién es partícipe. Para lograr tal fin, ofrecen diferentes criterios, todos objetivos, como a continuación se observará.

2. Teoría objetivo-formal

A. Consideraciones generales

La teoría objetivo-formal procede de la dogmática alemana. Su nombre parece provenir de Birmeyer. Esta teoría alcanza su máximo desarrollo tras la propuesta que de ella hace Beling, de tal modo que domina en Alemania durante el primer tercio del presente siglo.⁵¹ Los principales seguidores son: E. Mayer,⁵² Merkel,⁵³ Von Liszt⁵⁴ (aunque sólo de *lege lata*, porque de *lege ferenda* defiende el concepto unitario de autor), y Graf Zu Dohna.⁵⁵ Por lo que respecta a sus partidarios españoles, tenemos a Gimbernat,⁵⁶ Rodríguez Mourullo,⁵⁷ Jiménez de Asúa,⁵⁸ Anton Oneca⁵⁹ y Rodríguez Devesa.⁶⁰

Esta teoría se considera *objetiva*, porque para su caracterización de autor no involucra elementos propios de la teoría subjetiva, como es el *animus auctoris*, a través de sus fórmulas de la voluntad de autor o del interés. Es por esta razón que se

⁵¹ Cfr. Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 180, y Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 411.

⁵² Cfr. Bacigalupo, *op. cit.*, p. 180; Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, pp. 415-418, y Gimbernat, *op. cit.*, p. 22.

⁵³ Cfr. Gimbernat, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁴ Liszt, Franz Von, Tratado de derecho penal, 2ª. ed., traducción de Jiménez de Asúa, tomo III, Madrid, Reus, 1929.

⁵⁵ Graf Zu Dohna, Alexander, La estructura de la teoría del delito, traducción de Fontán Balestra, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, pp. 93 y ss.

⁵⁶ Gimbernat, *op. cit.*, p. 249.

⁵⁷ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, Derecho penal. Parte general, Madrid, Civitas, 1978, p. 267.

⁵⁸ Jiménez de Asúa, Luis, La ley y el delito, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, p. 501.

⁵⁹ Anton Oneca, Derecho penal. Parte general, tomo I, Madrid, s/e., 1949, p. 433.

⁶⁰ Rodríguez Devesa, José María, Derecho penal español. Parte general, 14ª. ed., Madrid, Dykinson, 1991, pp. 796 y 797.

califica de *objetiva*, no porque excluya los elementos subjetivos del tipo. No ignora dichos elementos, porque considera autor a aquel cuya conducta puede sin más subsumirse en el tipo de la parte especial, y para ello, el sujeto debe concretizar todos los elementos del tipo, tanto objetivos como subjetivos.

A esta teoría se le califica, también, de *formal*, por su total apego a la ley (por su absoluta referencia al tipo penal). Sin embargo, para Beling y Roxin,⁶¹ esta teoría, en esencia, no es *formal*, porque los tipos penales encierran ya la valoración material del legislador sobre la vida. Según Díaz y García Conlledo,⁶² se considera *formal*, en atención a que se remite al tipo para determinar su concepto de autor; pero sin poner de manifiesto ningún elemento material que el propio tipo considera característico del autor.

Para la teoría objetivo-formal, autor, en sentido estricto, es aquel que realiza todos los elementos del tipo de la parte especial. Éste constituye su punto de partida. En tal sentido se manifiesta Graf Zu Dohna, cuando señala: "Es autor quien personalmente concreta el tipo de un delito".⁶³ Esta misma idea la vemos en A. Merkel, al afirmar: "Autor en el sentido estricto y técnico de nuestras leyes penales, es aquel al que hace referencia directamente la definición de una clase de delito y la medida penal a éste vinculada, esto es, aquel que puede subsumirse directamente con su acción u omisión en aquella definición [...], esto es, aquel que realiza la 'acción principal' o 'acción ejecutiva'".⁶⁴ También priva esta idea en autores

⁶¹ Cfr. Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 444.

⁶² *Ibidem*, pp. 443 y 445.

⁶³ Graf Zu Dohna, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁴ A. Merkel, citado por, Gimbernat, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

españoles como Rodríguez Devesa, quien al efecto anota: "Es autor el que realiza el tipo de injusto".⁶⁵

Como se observa, se parte de la idea de que autor es el que lleva a cabo todos los elementos del tipo. Específicamente, es autor el que realiza la conducta principal descrita en el tipo; es decir, el que materializa el verbo nuclear del tipo. Sin embargo, esta concepción inicial es modificada después, al analizar la coautoría. Es aquí donde se admite que para ser autor no se necesita haber realizado la acción nuclear, sino basta haber llevado a cabo una acción ejecutiva. Esta postura es compartida por Zu Dohna, al escribir: "Si el tipo de delito se compone de varios actos, la realización de uno sólo es suficiente para la autoría. Dos personas, una de las cuales hace uso de la fuerza, mientras la otra se apodera de la cosa, cometen robo en coautoría".⁶⁶

Gimbernat se manifiesta en el mismo sentido que Zu Dohna, al anotar: "La verdad es esta: para la teoría objetivo-formal, autor no es únicamente el que realiza todo el tipo, ni tampoco sólo el que realiza un elemento: su concepto de autor es mucho más amplio. Autor, en sentido objetivo-formal, es todo aquel que realiza un acto ejecutivo".⁶⁷ Asevera lo anterior con base en las afirmaciones de diversos representantes de la teoría en estudio; por ello, cita a Beling, para quien existe coautoría cuando se realiza un trozo de la acción ejecutiva, a Finger, quien asegura que para ser coautor basta haber tomado parte en la acción ejecutiva y a otros que opinan lo mismo.

⁶⁵ Rodríguez Devesa, *op. cit.*, p. 796.

⁶⁶ Graf Zu Dohna, *op. cit.*, p. 94.

⁶⁷ Gimbernat, *op. cit.*, p. 32.

Como consecuencia de lo precedente, para la teoría objetivo-formal, la complicidad sólo se delimita a la realización de actos preparatorios, nunca ejecutivos. Puede el cómplice colaborar durante la ejecución del delito, pero únicamente con actos accesorios, con actos de simple auxilio. Esto, en razón de que los actos ejecutivos caracterizan al autor, en sentido estricto.

B. Fundamentos de la teoría

Los representantes de la teoría objetivo-formal parten de dos diversos fundamentos para afirmar que autor es el que ejecuta, y cómplice el que simplemente prepara o bien colabora en la realización del delito, pero sin llevar a cabo actos ejecutivos. Dichos argumentos son: a) el de la mayor reprochabilidad, y b) el del tenor literal del tipo o del lenguaje común

De acuerdo con el argumento de la mayor reprochabilidad, quien realiza un acto ejecutivo es autor. Esta afirmación obedece a que la persona que realiza un acto ejecutivo revela una mayor peligrosidad y reprochabilidad. Por el contrario, quien lleva a cabo un simple acto preparatorio es cómplice, debido a que su conducta proyecta una menor peligrosidad y, en consecuencia, una menor reprochabilidad. Liepmann, al respecto, opina:

Parece más peligroso, en el sentido del orden jurídico, aquel que lleva a efecto los pensamientos criminales: hace falta una actividad de mucho mayor desprecio ante los intereses dignos de protección para fracturar por sí mismo en el delito de robo o para matar

por sí mismo a otro que no para proporcionar dinero o instrumentos para la ejecución del hecho.⁶⁸

Como puede observarse, según este fundamento, la sensibilidad social percibe una mayor energía criminal en el acto ejecutivo del autor, que en la actividad del partícipe.

Para Gimbernat, el criterio de la reprochabilidad es una instancia de control por la que tiene que pasar toda teoría sobre autoría, pero no constituye el fundamento esencial para hacer la distinción entre autor y cómplice. En este sentido, puede darse el caso de que un partícipe sea el que merezca la pena mayor, pero no por ello puede considerársele autor, porque si así fuera, se plantearía una "criminologización" de las formas de participación, que harían romper con la seguridad jurídica que los preceptos sobre participación deben brindar a los ciudadanos.

Por tanto, para el tratadista antes citado el concepto de autor propuesto por la teoría objetivo-formal presenta una mayor reprochabilidad que su concepto de cómplice, de lo cual sólo puede desprenderse que dicho concepto supera esta instancia de control, pero no prueba que sea la teoría correcta.⁶⁹

En suma, este fundamento se rechaza bajo el argumento de que no es la reprochabilidad el criterio determinante para hacer la distinción entre autor y

⁶⁸ Liepmann, citado por Gimbernat, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁹ *Cfr.* Gimbernat, *op. cit.*, p. 29.

cómplice; ello, por tratarse de un criterio impreciso, en donde tendrían que considerarse múltiples factores para calificar la reprochabilidad de una conducta.

Conforme al argumento del tenor literal del tipo o del lenguaje común, la conducta del autor puede subsumirse sin más en la descripción típica, porque la conducta del autor coincide con el tenor literal de los tipos penales y con el sentido que tienen las palabras en el lenguaje popular. Esta postura no presenta problemas cuando se trata de un solo interviniente y éste realiza todos los elementos del tipo. Así, por ejemplo, si el tipo dice: "el que prive de la vida a otro", y en un caso concreto un sujeto clava un puñal a una persona y la priva de la vida, su conducta se adecua, sin más, a la descripción típica, y, al mismo tiempo, coincide con el lenguaje corriente. En la concepción popular, clavar un puñal a otro y quitarle la vida significa también matar.

Si se considera que la teoría objetivo-formal realmente presenta un concepto de autor más amplio (concepto que sale a relucir, precisamente, en el momento en que se analiza la coautoría), de acuerdo con el cual autor es quien realiza una acción ejecutiva, será manifiesto que este concepto ya no corresponde con exactitud al tenor literal del tipo ni al lenguaje corriente. Un ejemplo será ilustrativo: un sujeto tiene acceso carnal con una mujer ayudado por otro, quien se encarga de sujetar a la víctima mientras el otro copula. En este ejemplo la conducta del que apoya implica un acto ejecutivo; sin embargo, ¿puede calificársele de violador, de acuerdo con el tenor literal del tipo y conforme al lenguaje corriente? Al parecer no es así. Por ello, se estima que lleva razón Gimbernat cuando afirma:

[...] el pretendido apoyo que la teoría objetivo-formal cree encontrar en la tipicidad y en el lenguaje corriente no existe. Existiría sólo si para dicha teoría autor fuese, únicamente, el que realiza la acción o acciones consumativas. Pero no es este el caso: el concepto objetivo-formal de autor dice que lo es todo aquel que realiza una acción ejecutiva. Por ello, el recurso a la tipicidad y al lenguaje corriente carece de base.⁷⁰

Además, aunque estuviese su concepto de autor estricto apoyado en el lenguaje común, no se considera que este criterio tenga la precisión suficiente para delimitar las distintas figuras de intervención en un delito. Es también un criterio ambiguo, que estaría basado sobre todo en la concepción popular de lo que pudiera juzgarse como más perverso, más reprochable. Lo anterior podría servir como criterio orientador para determinar el marco penal a imponer a la conducta del sujeto, pero nunca para delimitar dichas figuras.

C. El problema de la autoría mediata

La principal crítica que se formula a la teoría objetivo-formal radica en su incapacidad para explicar la autoría mediata. Esta limitación proviene de su concepción del autor. Autor, para la teoría objetivo-formal, es quien realiza un acto ejecutivo. Tal acto ejecutivo se entiende que es realizado de manera personal, de propia mano. Esta característica evidentemente no se presenta en la autoría mediata; por ello, dicha figura no es comprendida por su concepto de autor.

Los partidarios de la teoría objetivo-formal contestan a esta crítica con diferentes argumentaciones. Algunos afirman que también el autor mediato lleva a

⁷⁰ Gimbernat, *op. cit.*, p. 33.

cabo un "acto ejecutivo".⁷¹ Otros, reconocen que el autor mediato no ejecuta, y sin embargo es el que "causa" la acción ejecutiva.⁷² Por su parte, Zimmerl,⁷³ ante la imposibilidad de que la teoría objetivo-formal explique al autor mediato, prescinde de esta figura y la encuadra en la inducción. En tanto que Sauer estima que el autor mediato debe ser considerado ejecutor, porque "desde un punto de vista normativo, realiza lo más grave".⁷⁴

Respecto a la primera argumentación, la cual sostiene que también el autor mediato realiza un acto de ejecución, puede decirse que el autor mediato no realiza ninguna acción ejecutiva descrita en el tipo de la parte especial, mucho menos la conducta nuclear; por ejemplo, la de "matar". El autor mediato se sirve de otro para que la realice, pero no mata.

En relación con la segunda argumentación, la cual sostiene que el autor mediato no "ejecuta", pero sí es "causante del resultado", cabe señalar que ello implicaría cambiar el concepto de autor estricto del que parten, con lo cual se perdería completamente la única ventaja que este concepto aporta, porque ya no se respetaría lo que el tipo penal describe, y, en consecuencia, cualquier interviniente podría ser autor. En este sentido, resulta acertada la crítica de Gimbernat, cuando señala que: "[...] el criterio convincente no explica la autoría mediata; y el criterio que explica la autoría mediata no es convincente".⁷⁵

⁷¹ Beling y Meyer, citados por, Gimbernat, *op. cit.*, p. 35.

⁷² Finger, Frank y V. Hippel, citados por Gimbernat, *op. cit.*, p. 36.

⁷³ Zimmerl, citado por, Gimbernat, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁴ Sauer, citado por Gimbernat, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁵ Gimbernat, *op. cit.*, p. 40.

La propuesta de Zimmerl, en el sentido de incluir a la autoría mediata en la inducción, no es acertada, porque maneja a la inducción como reparadora de lagunas, mismas que esta teoría no puede solucionar. Además, pueden presentarse conductas de autoría mediata en las cuales no haya inducción; por tanto, si se rechaza la existencia de la autoría mediata dichas conductas quedarían sin castigo.

Por lo que respecta a lo sostenido por Sauer, puede hacerse la misma crítica que a la segunda argumentación ya analizada, se estaría proponiendo otro concepto de autor, de tal suerte que se manejarían dos: uno para delimitar a la coautoría de la complicidad y otro para delimitar a la autoría mediata de la complicidad; tal proceder no es acertado. Se estaría rechazando el concepto de autor que le sirve de base y, con ello, la ventaja que éste representa.

Como puede observarse, las argumentaciones vertidas por los partidarios de la teoría objetivo-formal son muy endebles; por tanto, la crítica de que la teoría objetivo-formal es incapaz de explicar la autoría mediata es terminante.

3. Teoría objetivo-material

A. Consideraciones generales

Esta teoría es objetiva, en el sentido de que su concepto de autor no está basado en el *animus* del sujeto respecto de su intervención al hecho. O sea, es objetiva porque se contrapone al punto de partida de las teorías subjetivas sobre participación. Además, como su nombre lo indica, es material, porque busca un

criterio de esa naturaleza, más allá de la mera descripción típica, que le permita diferenciar al autor del cómplice, y de esta forma estar en aptitud de superar los defectos en los que incurrió la teoría objetivo-formal.

La teoría objetivo-material cree encontrar ese criterio material en la importancia de la aportación causal del sujeto. Para ello, hace uso de las teorías individualizantes de la causalidad. Es decir, aquellas teorías que, contraponiéndose a la teoría de la equivalencia de las condiciones, intentan distinguir entre causas y condiciones. En este sentido, afirman que el autor es la causa y el cómplice la condición del resultado típico.⁷⁶

Son partidarios de esta teoría: Feuerbach, Birkmeyer, V. Bar y Binding.⁷⁷

La teoría objetivo-material tiene muy diversas orientaciones, por lo que sólo trataremos algunas de ellas; además, cabe precisar que actualmente no son sostenidas por ningún autor relevante.

B. Teoría de la necesidad

De acuerdo con esta teoría, autor es aquel que haya interpuesto con su actuación una condición necesaria, precisa, forzosa, para la producción del resultado, sin la cual el resultado no se hubiera producido. Esta tesis se encuentra

⁷⁶ Cfr. Rodríguez Devesa, *op. cit.*, p. 372.

⁷⁷ Cfr. Gimbernat, *op. cit.*, pp. 115 y 116; Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, pp. 537-541; Rodríguez Devesa, *op. cit.*, p. 372; Antolisei, *op. cit.*, p. 398 y Roxin, Derecho penal, p. 348.

presente en las construcciones sobre la causalidad de Feuerbach, Stubel y Grolman.⁷⁸

Como crítica a esta teoría se dice que la relación de causalidad, esto es, el vínculo que une a la causa con el efecto, es un concepto importado de las ciencias naturales; en cambio, la autoría y la participación son categorías que pertenecen al mundo de las normas; por tanto, cómo querer obtener una diferenciación entre estas dos figuras a través de una categoría que pertenece al mundo del ser. Al respecto, Roxin expresa:

Está ya fuera de discusión que la categoría de la causalidad, por más que los fenómenos del mundo exterior le estén sometidos, no puede aportar nada a la comprensión de relaciones jurídicas de sentido y significado. El que alguien sea autor o participe sólo puedo decirlo si capto el sentido de los preceptos que parten de esta distinción. Bien es cierto que la consideración causal puede hacerme entender la concatenación de los sucesos exteriores, pero sobre su significado jurídico no puede aportarme nada. Es ciega al sentido y a los valores.⁷⁹

Por su parte, Gimbernat manifiesta que el querer distinguir al autor del partícipe por medio de criterios tomados de las ciencias naturales "es una postura inadmisibile".⁸⁰ En contra también de las teorías individualizantes de la causalidad, se tiene a Mir Puig, quien afirma: "Téngase presente que una distinción precisa entre 'causa' y 'condición', o entre causas más o menos importantes no puede obtenerse en el mero terreno objetivo de la causalidad. Hoy se admite generalmente que todas

⁷⁸ Cfr. Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 537.

⁷⁹ Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, pp. 23 y 24.

⁸⁰ Gimbernat, *op. cit.*, p. 116.

las condiciones (necesarias) de un hecho son igualmente causales (teoría de la equivalencia)".⁸¹

La teoría de la necesidad, además de ser rechazada por buscar la diferenciación entre autor y partícipe en el solo terreno causal, también se critica, porque la necesidad no es un criterio adecuado para alcanzar la diferenciación buscada. De tal modo que si la necesidad se concibe en abstracto, se llegaría a la conclusión de que nadie es autor porque todas las condiciones son reemplazables, y si se concibe en concreto, todos serían autores, porque el hecho tuvo lugar gracias a la colaboración de todos en ese específico momento.

C. Teoría de la condición más eficaz

La teoría de la condición más eficaz fue elaborada por Birkmeyer, quien considera que causa es: "aquella de entre las condiciones del resultado...que ha contribuido más que las restantes condiciones a la producción del resultado".⁸²

Esta teoría cuantitativa se rechaza, no sólo por ser una teoría causal, sino porque no es la cantidad el criterio para delimitar al autor del partícipe. En este sentido se manifiesta Rodríguez Devesa, quien da un ejemplo en donde se nota la falsedad de esta teoría: "Si entre varios se llevan diversos objetos por valor de cien mil pesetas, y uno transporta por valor de 90.000 pesetas y los otros dos por valor de 5.000 pesetas cada uno, nadie duda que los tres han causado el desplazamiento del

⁸¹ Mir Puig, *op. cit.*, p. 363.

⁸² Birkmeyer, citado por Gimbernat, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, Reus, 1966, p. 95.

total, aunque sus respectivas cuotas en la producción del resultado sean muy diferentes cuantitativamente".⁸³

D. Teoría de Kohler

Para Kohler, "causa" es el impulso que decide la calidad del efecto; por el contrario, "condición" es el factor que tan sólo permite actuar a la causa. Kohler afirma:

causa es, a diferencia de la mera condición, el elemento que produce la existencia y, por ello, el que es esencialmente determinante para la clase y la intensidad. Si yo siembro una semilla y de ahí tiene que brotar fruto, tienen que concurrir aún distintas cosas, tiene que concurrir humedad, así como calor; a pesar de ello, la semilla es la única causa y lo otro es solamente conditio, condición del devenir. Esta condición puede, sin embargo, decidir si nace una planta o no, pero lo que brote lo determina sólo la semilla; la semilla decide si nace una flor o una palma o un abeto.⁸⁴

La teoría cualitativa en estudio no sólo se rechaza por buscar en el plano de la causalidad la diferencia entre autor y partícipe, sino también porque en esencia es errónea. Para Hippel,⁸⁵ la clase de causas que maneja Kohler sólo se dan en el crecimiento orgánico. Gimbernat, por su parte, ofrece un ejemplo, en el cual muestra la falsedad de esta teoría:

⁸³ Rodríguez Devesa, *op. cit.*, p. 373.

⁸⁴ Kohler, citado por Gimbernat, Delitos cualificados..., p. 94.

⁸⁵ Cfr. Hippel, citado por Rodríguez Devesa, *op. cit.*, p. 373.

Imaginemos que una persona, perseguida por un loco furioso, se ha refugiado en una casa y ha echado el cerrojo. Si ahora el propietario de la casa, para matar al perseguido, con quien tiene una deuda importante, abre la puerta a fin de que el enajenado lleve a cabo su propósito, no habrá hecho más que colocar una condición del resultado: la causa eficiente de tal muerte es el loco. Por supuesto que ningún tribunal dudaría, con razón, en hacer responsable de la causación dolosa de la muerte al que abrió la puerta.⁸⁶

E. Teorías sobre la relación directa o indirecta de la causalidad

Las teorías sobre la relación directa o indirecta de la causalidad toman como criterio para diferenciar la conducta del autor de la del partícipe, la dirección causal de la contribución. Por ende, cuando entre la contribución y el resultado existe una relación directa, se habla de una conducta de autoría; por el contrario, cuando entre la contribución y el resultado existe la conducta autónoma de otros intervinientes, se dice estar en presencia de una conducta de participación.

Son partidarios de esta teoría Loening, Wutting, Goetz y Gerland.⁸⁷

Díaz y García Conlledo incluye a la teoría de Arnold Horn dentro de las teorías que parten de una diferenciación entre causalidad directa e indirecta, pero que añade otro elemento: la posibilidad voluntaria de configuración del curso causal. A esta teoría y a otras que siguen ese curso las considera un claro precedente de la teoría del dominio del hecho.

⁸⁶ Gimbernat, *Delitos cualificados...*, p. 95.

⁸⁷ Cfr. Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 539.

Respecto de la teoría de Arnold Horn, Díaz y García Conlledo anota:

[...] distingue entre la causalidad natural (autor según ella, es quien la produce sin la necesidad de intermediarios humanos) y la ampliación de la misma que supone la existencia de la voluntad humana, que puede modificar esa causalidad natural ('poder configurador sobre las fuerzas naturales'), dominarla conscientemente (el que hable de poder de la voluntad no significa que Arnold Horn caiga en una teoría subjetiva, sino que mas bien se deduce que lo importante es que el sujeto sea consciente de las circunstancias en que se basa su poder dominador y no que se sienta autor o dueño, con lo que las similitudes o coincidencias con la teoría del dominio del hecho son continuas); el autor es, además de aquel que lo es según la causalidad natural, el que es *dominus causae*, como ocurre cuando quien no es autor según la causalidad natural se sirve de sujetos que actúan sin libertad o en error. El cómplice, por el contrario, ni es causa natural ni es *dominus causae*.⁸⁸

Como puede observarse, la teoría de Arnold Horn, a diferencia de las demás teorías causalistas, logra diferenciar la actuación del inductor de la del autor mediato, gracias a ese otro elemento que agrega; es decir, gracias al "poder configurador sobre las fuerzas naturales" o *dominus causae*. Logro que también se le atribuye a la teoría del dominio del hecho, de la cual, la teoría de Horn se considera un antecedente.

Sin embargo, la teoría de Arnold Horn, aunque añade otro elemento, no deja de tener fuertes influencias causales, al igual que las demás teorías sobre la dirección causal directa e indirecta. Por ello, son teorías destinadas al fracaso, porque no es en

⁸⁸ *Ibidem*, p. 541.

el terreno de la causalidad donde puede encontrarse la solución a la problemática de la autoría y la participación.

4. Teoría del dominio del hecho

Por la importancia que esta teoría ha tenido en el campo de la autoría y la participación, se analizará en un capítulo aparte. Esta teoría también forma parte de las teorías materiales objetivas, pero a diferencia de estas teorías no se basa en criterios individualizantes de la causalidad para hacer la diferenciación entre autores y partícipes. La incluimos en este espacio porque, al igual que la teoría objetivo-formal y las teorías objetivo-materiales basadas en criterios individualizantes de la causalidad, forma parte del concepto restrictivo de autor; esto es, del concepto que parte de la idea de que en la intervención de diversos sujetos pueden existir tanto autores como partícipes.

5. Consecuencias del concepto restrictivo de autor y críticas

Como se ha podido observar, el concepto restrictivo de autor, a diferencia de los anteriores, parte de la idea de que en la intervención de diversos sujetos pueden existir tanto autores como partícipes; por ello, intenta determinar lo más estrictamente posible la conducta del autor, para, a partir de ella, saber cuál es la conducta del partícipe, admitiendo así el principio de accesoriedad.

Respecto a la teoría objetivo-formal, su principal acierto consiste en apoyarse en el tipo penal para hacer la distinción entre autor y partícipe. Este mérito no puede

desconocerse a pesar de su confusión respecto de quién es autor. Es a partir de esta teoría como se reconoce el papel trascendental que juega el tipo penal en la construcción del concepto de autor.

En relación con los fundamentos de la teoría objetivo-formal, como son el criterio de la mayor reprochabilidad y el del lenguaje común, son criticados por Gimbernat,⁸⁹ porque los consideran ambiguos, imprecisos. Pero esta teoría no podía contar con mejor fundamento que su apoyo en la propia ley.

A esta teoría se le critica fuertemente por las consecuencias que arroja, como es la de considerar autor sólo a quien realiza personalmente la acción típica. Y aunque es una verdad irrefutable, no obstante, no pudo explicar la figura de la autoría mediata.⁹⁰ Hizo diversos esfuerzos teóricos para superar esa aparente laguna, pero todos ellos fueron fallidos. De tal suerte que finalmente su concepto de autor se ve modificado, y así se llega a afirmar que también es autor el que "causa" la acción típica.

La principal crítica que puede hacerse a esta teoría versa precisamente sobre su marcada ambigüedad. Sus defensores nunca se pusieron de acuerdo respecto de quién era autor: el que realizaba todos los elementos del tipo, el que realizaba sólo un elemento, el que realizaba la acción típica, el que realizaba una parte de la acción

⁸⁹ Cfr. Gimbernat, Autor y cómplice en derecho penal, pp. 25-34.

⁹⁰ En este sentido opinan: Bacigalupo, Manual de derecho penal, Colombia, Temis, 1989, p. 181. Así como Hippel, Berges, Lange, Roeder, Gallas y Bockelmann, todos citados por Gimbernat en Autor y cómplice en derecho penal, p. 35.

típica, el que realizaba una acción ejecutiva, o inclusive el que "causaba" la acción ejecutiva.

Por lo que toca a las teorías objetivo-materiales, al pretender superar a la teoría objetivo-formal, en el sentido de dar un criterio material para diferenciar al autor del partícipe, se pierden en el intento; de tal modo que ofrecen criterios totalmente desvinculados del tipo penal. Todos ellos de corte causalista, excepto la teoría del dominio del hecho.

En consecuencia, las teorías objetivo-materiales pierden la ventaja que la teoría objetivo-formal había logrado: remitir el problema de la autoría y la participación al terreno del tipo penal.

Los criterios que las teorías objetivo-materiales ofrecen para distinguir al autor del partícipe se encuentran destinados al fracaso, porque todos ellos están basados exclusivamente en la causalidad. Son criterios no valorativos, criterios naturales, totalmente inadecuados para lograr la necesaria distinción entre autor y partícipe, requerida por el concepto restrictivo.⁹¹

6. Opinión personal

De las teorías antes citadas se considera que es la objetivo-formal la que realmente ubica el problema de la autoría y participación en el terreno adecuado. Fue la primera teoría que llamó la atención de los estudiosos del derecho penal para

⁹¹ Cfr. Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 536 y Roxin, Derecho penal, p. 348.

construir el concepto de autor a partir del tipo penal. En este sentido, la conducta del autor no puede ser otra que la descrita por el tipo penal. Ese es el punto de partida correcto. Su error fue el no haber sostenido su concepto de autor inicial y buscar soluciones teóricas para explicar la coautoría y la autoría mediata. Estas figuras pudo haberlas explicado desde su mismo punto de partida –el tipo penal–, pero no supo abordarlas atinadamente.

En lo tocante a las teorías objetivo-materiales, fue totalmente desacertado haber desatendido el tenor del tipo y buscar en la causalidad criterios para lograr la distinción propuesta. La causalidad no es el campo adecuado para ello, no sólo por ser una categoría perteneciente al mundo del ser, sino porque en ella no es posible hacer distinciones. Finalmente, no es una condición la que genera un resultado, sino un número infinito de condiciones, de tal modo que querer distinguir entre todas ellas a "la que ha contribuido más a la producción del resultado" o a "la más necesaria", o a "la más directa", etcétera, resulta una tarea infructuosa.

En suma, para construir el concepto de autor no hay otro camino que remitirse al tipo penal. Y podrá verse que al tipo penal no le interesa ni la teoría de la equivalencia de las condiciones ni las teorías individualizantes de la causalidad, sino simplemente la conducta desplegada por el sujeto y que tiene la propiedad de amoldarse perfectamente a sus exigencias.

III. TEORÍA FUNCIONALISTA DE LA AUTORÍA

1. Aspectos generales

Actualmente se elabora un "concepto funcional" de autor, vinculado con la esfera de responsabilidad del sujeto, su ámbito de competencia o rol que le toca desempeñar dentro de un contexto social determinado.

El máximo representante de la teoría funcionalista es Günther Jakobs,⁹² para quien la teoría funcionalista o teoría de la imputación objetiva se sustenta en el principio fundamental, según el cual: "el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo sobre la base de competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto".⁹³ En este sentido, para el autor antes citado, la función del derecho penal es hacer posible la orientación de los comportamientos en el mundo social, es decir, proteger las condiciones de interacción social, por lo que deberá garantizar las expectativas de conducta esenciales, o sea, las normas sociales básicas.

Por tanto, para Jakobs, las normas penales no existen para evitar todos los comportamientos lesivos posibles, porque de ser así, se provocaría una paralización de la vida social, por lo que:

⁹² Según Roxin, Jakobs formula su dogmática jurídico penal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann. Derecho penal, Madrid, Civitas, 1997, p. 205.

⁹³ Jakobs, Günther, La imputación objetiva en derecho penal, traducción de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1996, p. 11.

[...] adscriben a determinadas personas, que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción –y no a todas las personas–, determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos. De este modo, posibilitan una orientación en atención a patrones generales, sin necesidad de conocer las características individuales de la persona que actúa.⁹⁴

De acuerdo con lo anterior, para valorar un comportamiento no son determinantes las capacidades de quien actúa, sino las del portador de un rol, las que caracterizan al sujeto que pertenece a ese ámbito de competencia; esto, dentro de un contexto social determinado.

Acorde con las ideas precedentes, el desacato a una norma jurídico penal implica la desviación de un sujeto respecto de aquellas expectativas sociales que se espera satisfaga como portador de un rol.

Jakobs, con la denominación "rol" hace referencia a "un sistema de posiciones definidas de modo normativo".⁹⁵ Es decir, llama "rol" a la "función" que a alguien le corresponde desempeñar en su esfera de "competencia", a la prestación estereotipada que la sociedad espera de un sujeto. En este sentido, el incumplimiento de tales roles genera el injusto penal.

Esta teoría propone una noción de injusto penal con una connotación distinta, pues considera que las normas penales se configuran como estándares de comportamiento, de tal suerte que los miembros de una determinada comunidad

⁹⁴ *Ibidem*, p. 97.

⁹⁵ *Idem*.

pueden orientarse inequívocamente por ellas. En este orden de ideas, el injusto penal no se constituye a través de un ataque causal-externo a bienes jurídicos, sino mediante un ataque a la vigencia de la norma. Por tanto, el injusto penal consiste en una expresión de desacato de la norma penal por parte del autor.

Con el injusto, el sujeto pone en duda el papel orientador de la norma penal; pone de manifiesto que dicha norma, para la situación concreta, no marca la pauta de comportamiento a seguir. En consecuencia, la teoría funcionalista considera como elemento central del injusto el quebranto del rol correspondiente a cada sujeto, y, por ello, para dicha teoría ya no puede equipararse sin más el injusto penal a la lesión de un bien jurídico.⁹⁶

Congruente con las ideas que anteceden, Jakobs toma como punto de partida para la delimitación entre autores y partícipes, la determinación de las esferas de competencia de las diferentes personas que participan de manera conjunta en la comisión de un hecho delictivo. Esta determinación la realiza de acuerdo con dos modelos: por una parte, el modelo de los delitos por competencia en un ámbito de organización, y, por la otra, el modelo de los delitos por competencia institucional.

2. Delitos de organización

Se parte de la idea de que el hombre tiene la libertad de organizar, la cual a su vez engloba la facultad de actuar en forma de división de trabajo. En este sentido,

⁹⁶ Cfr. Carlos Suárez González y Manuel Cancio Melía, Estudio preliminar, La imputación objetiva en derecho penal, p. 84.

varias personas se pueden organizar para emprender determinada empresa, de tal modo que operan como una unidad organizada colectiva, asumen una administración común y responden como colectivo.

Al organizar, se interactúa con otras personas, las cuales son titulares de bienes jurídicos, bienes que deben respetarse; porque así como el hombre es libre para poder organizar, debe también responder por el libre albedrío que se expresa a través de los actos de organización.

La responsabilidad jurídico penal proveniente de la comisión de un delito de organización se genera ante el quebranto de un rol sin características especiales, esto es, de un rol común, o, como indica Jakobs: "[...] se trata del quebrantamiento del único rol común que existe, el rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios".⁹⁷

Caracteriza a los delitos de organización el desacato de aquellas normas que prohíben a todos "matar", "lesionar", "robar", "defraudar", etcétera; es decir, con ellos se infringen normas penales que no se dirigen a determinadas personas, sino que están dirigidas de manera indistinta. En este contexto, la competencia de un sujeto no se vincula a deberes especiales, sino a su titularidad en el acto de organización que viola un rol común, de tal suerte que lo que distingue al autor del

⁹⁷ Jakobs, *op. cit.*, p. 147.

participe es la organización decisiva o determinante.⁹⁸ Autor es, aquí, quien tiene competencia contundente respecto del acto organizado.

3. Delitos de infracción de un deber

Esta clase de delitos se genera ante el quebranto de un rol especial. En relación con los roles especiales, Jakobs señala que son "los que una determinada persona tiene porque debe configurar junto con otras personas un mundo común, más o menos completo; este es el caso, por ejemplo, del rol del padre –los padres deben formar con los hijos una comunidad–, o del rol de cónyuge –junto al esposo o a la esposa ha de construirse un mundo conyugal común–, o el de los servicios de asistencia en casos de emergencia –deben actuar en caso de necesidad en interés de quien está desamparado–".⁹⁹

Para la teoría funcionalista, los roles especiales constituyen segmentos de las instituciones que confieren a la sociedad su configuración específica, configuración que es indispensable en el mundo moderno.

Para Jakobs, cuando el titular de un rol especial lo quebranta, generalmente responde como autor, por encontrarse obligado de manera directa con la víctima a mantener un ámbito común. El obligado de manera especial lesiona un deber institucional con su conducta. Responde como autor, no tanto por lo que realiza con

⁹⁸ Cfr. López Barja de Quiroga, Jacobo, Autoría y participación, Madrid. Akal, p. 1996, p. 33.

⁹⁹ Jakobs. *op. cit.*, p. 145.

los otros participantes, sino, de forma inmediata, por la protección que le debe al bien.

En esta clase de delitos el obligado responde, no por su organización defectuosa, sino porque ha afectado un deber institucional.

En los delitos de infracción de un deber, el *intraneus* es autor único, de tal forma que no es posible una intervención del *extraneus*. En este ámbito no hay diferencias entre las distintas formas de intervención en el delito, sino que rige el principio de autor único: todo quebrantamiento del deber conduce a una responsabilidad como autor. Así, el garante que lesiona su deber asegurado institucionalmente realiza por sí mismo el tipo. Esto aun cuando el delito se haya realizado con división fáctica del trabajo, la accesoriedad se deja a un lado y prepondera la perspectiva normativa. En este sentido, el comportamiento ajeno se le imputa al garante como si fuese causalidad natural, y no como una conducta con división de trabajo.

En estos delitos no puede haber una intervención accesoria entre el *extraneus* y el obligado especial. El *extraneus* sólo puede unirse con la conducta del *intraneus*, por organización y no por lesión del deber.

El *intraneus*, al llevar a cabo un delito de infracción de deber, pudo haber organizado algo. El garante no es simplemente administrador de una relación institucional, sino también es alguien que está obligado a configurar su ámbito de organización de forma no defectuosa. Por tanto, el *intraneus* puede realizar, además

del delito de infracción de deber, un delito de organización; dicho de otro modo: un delito común, en el cual puede operar la accesoriedad, y, en este sentido, puede hablarse, también, de partícipes.

Una vez que se ha hablado de las clases de delitos que se generan dependiendo del tipo de rol que se quebrante, cabe precisar que únicamente en el ámbito de la organización conjunta de comportamientos se genera la participación.

4. Participación

La participación existe cuando diferentes sujetos se unen en la consecución de una sola obra, es decir, el delito. En relación con ello, Jakobs expresa: "la participación consiste exactamente en aquello que en los demás casos suele denominarse reparto de trabajo: el trabajo para lograr una obra única se reparte entre varias personas cada una de las cuales aporta su parte [...] en el ámbito del Derecho Penal, la obra cuya realización es objeto de reparto constituye un delito".¹⁰⁰

En el campo de la participación, Jakobs de entrada maneja un concepto unitario de autor, ello, porque en su concepto el injusto es una unidad aunque pertenezca a diferentes sujetos; en este sentido, quien realiza actos ejecutivos no sólo realiza su propio hecho, sino el hecho de todos; en consecuencia, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los participantes.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 149.

En este contexto, Jakobs, para poder imputar la ejecución a quien no interviene en ella, sino que participa antes del comienzo de la ejecución, crea una nueva concepción de la accesoriedad: "quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio".¹⁰¹ Esto, en virtud de que concibe al delito como un "único injusto colectivo".

De acuerdo con la concepción de este tratadista, en el ámbito de la comisión de un injusto, éste le es "propio" a alguien, no sólo cuando concurre una realización de propia mano, sino cuando existe una razón para imputar como propio el hecho cometido, pero ¿cuándo existe tal razón o motivo? Para Jakobs, lo determinante no es el movimiento corporal que conduce a un resultado lesivo; en su concepto, esto no es más que un dato naturalístico. Por ello busca la respuesta en el significado del comportamiento para la vigencia de la norma, es decir, busca en la expresión colectiva de sentido creada a través del hecho.

Así, de acuerdo con el pensamiento de Jakobs, las personas que responden por el injusto colectivo son: "Todas aquellas que hayan organizado de modo tal, que lo organizado objetivamente tenga sentido como para alcanzar consecuencias delictivas; la expresión de sentido de quien realiza actos de ejecución ha de serles imputada a estos sujetos como el sentido que ellos mismos perseguían". A esto agrega: "De este círculo forma parte tanto el inductor como el cómplice; en el marco de esta imputación, el ejecutor sólo conforma un caso especialmente drástico: para quien quebranta el rol, el quebrantamiento del rol siempre tiene objetivamente

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 151.

sentido, pero no por ser él el último en realizar un movimiento corporal, sino porque, al igual que lo hacen todos los intervinientes, configura su organización de tal manera que tiene sentido para alcanzar consecuencias objetivamente delictivas".¹⁰²

Lo determinante para que la ejecución del acto pueda también imputarse a otros intervinientes que han actuado en fase preparatoria, es el haber participado en el sentido delictivo del acto organizado, es decir, el haber colaborado en el desarrollo del acto que vulnera la expectativa de comportamiento indicado por la norma penal; eso es lo que hace propio el injusto para cada interviniente, y no el haber intervenido en la fase de ejecución.

Jakobs sostiene la unidad del injusto en el fenómeno de la participación, porque, en su concepto, no obstante que un hecho sea preparado y efectuado por uno o por varios sujetos, ocurre una sola vez; dicho de otra forma: su desarrollo en la vida fáctica transcurre en una sola ocasión, aunque sea llevado a cabo por varias personas.¹⁰³

En suma, para la teoría funcionalista, injusto propio es el injusto que puede ser imputado, y se imputa cuando se organiza un contexto con consecuencias objetivamente delictivas; generalmente la comisión de propia mano fundamenta la imputación, pero esto no ocurre siempre.

¹⁰² *Ibidem*, p. 153.

¹⁰³ *Cfr. Jakobs, op. cit.*, p. 154.

En relación con el concepto de autor que maneja la teoría funcionalista, como ya se externó, parte de un concepto unitario, lo cual es comprensible si se toma en cuenta que concibe al injusto como único y propio de cada interviniente; no obstante, se aparta de este concepto en el momento en que busca diferenciar al autor del partícipe. Esta diferencia, como no puede hacerla en el plano cualitativo, por su concepción del injusto, busca hacerla en el plano cuantitativo, para lo cual se toman en cuenta consideraciones de determinación de la pena.¹⁰⁴ Por tanto, aunque el fundamento de la responsabilidad es el mismo para autores y partícipes, las cuotas de responsabilidad son diferentes.

En la teoría funcionalista la diferencia entre autores y partícipes se desplaza del plano causal externo al plano simbólico; es decir, al plano del significado del suceso para la vigencia de la norma. Por tanto, el *quantum* de responsabilidad depende de la relevancia del aporte para la obligatoriedad de la norma.

Por otro lado, cabe señalar que Jakobs, al tomar en cuenta el sentido del comportamiento, deslinda los supuestos en los cuales un sujeto anuda su comportamiento al de otro, pero no tiene la obligación de evitar de aquellos en los que sí tiene tal obligación: es decir, delimita los casos en los que por carecer de sentido delictivo la conducta que se realiza, el sujeto no tiene el deber de evitar el comportamiento de los que actúan a continuación, de tal forma que la evitación no forma parte de su rol. Por el contrario, cuando la conducta que se despliega está unida a otras por haber sido organizadas en un contexto delictivo, el sujeto tiene la

¹⁰⁴ Cfr. Carlos Suárez González y Manuel Cancio Melía, Estudio preliminar. La imputación objetiva en derecho penal, pp. 74 y 75.

obligación de evitar el resultado, porque forma parte del rol de quien actúa en primer lugar, velar por el comportamiento de quien actúa a continuación.

En relación con lo precedente, Jakobs¹⁰⁵ formula cuatro grupos de casos: dos grupos en los que queda excluida la responsabilidad, y dos en los que la responsabilidad concurre.

Primero. Cuando no hay nada en común, cuando un sujeto anuda su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otra persona y desvía dicho comportamiento hacia lo delictivo, en este caso sólo él responde. Por ejemplo: cuando un hombre amenaza a su amante con matar a su hermano si ésta lo abandona; si la amante termina esas relaciones, no responde de la consecuencia, es decir, de la muerte del hermano. Porque como afirma Jakobs: "Un comportamiento cotidiano e inocuo no adquiere significado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes".¹⁰⁶ Ello, porque se ha mantenido dentro del marco de su rol inofensivo, y por ende la consecuencia no le pertenece.

Segundo. Cuando existe algo en común, pero lo que hay de común se limita a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, o sea que no entraña un riesgo especial alguno; sin embargo, el sujeto utiliza dicha prestación para ejecutar un delito. Por ejemplo, el taxista no responde del delito que cometa su cliente una vez que llega al punto de destino, esto aunque el cliente le haya anunciado su plan durante el trayecto. De igual forma, el dueño de la panadería no responde del delito

¹⁰⁵ Cfr. Jakobs, *op.cit.*, pp. 156-164.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 156.

que lleve a cabo la persona que compra el pan con la finalidad de envenenar a otra. Porque como expresa Jakobs: "Nadie responde de las consecuencias que derivan del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales".¹⁰⁷

Es en estos casos en donde radica el ámbito principal de aplicación de la institución dogmática, que Jakobs denomina "prohibición de regreso". Respecto de esta institución, cabe anotar que nace con la finalidad de delimitar el ámbito de la participación no punible, ello, al señalar los límites de la responsabilidad.

De acuerdo con la prohibición de regreso, un comportamiento que socialmente es inocuo no constituye participación en una organización aunque ésta sea delictuosa. Lo cual se presenta cuando un autor desvía hacia lo punible la conducta de un tercero que *per se* carece de sentido delictivo.

La prohibición de regreso prohíbe imputar un resultado a aquellas personas que podían haberlo evitado, pero a pesar de no evitarlo no han dejado de cumplir su rol de ciudadanos que se comportan legalmente.

Respecto a este supuesto Jakobs expresa: "[...] lo común que se objetiva de modo socialmente relevante concluye con la transferencia que tiene lugar; esta transferencia incrementa el peligro de que se produzcan consecuencias delictivas no por su contenido –no se transfieren prestaciones peligrosas– sino únicamente por la

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 158.

planificación delictiva que lleva a cabo el receptor. Sin embargo, esta planificación no tiene expresión alguna en lo que de común hay entre quien da y quien recibe".¹⁰⁸

De tal forma que a pesar del servicio que se presta al autor, la consecuencia no le es propia, porque quien colaboró lo hizo con un comportamiento estereotipado como inocuo, de tal modo que las dos conductas no comparten el mismo sentido.

Según Jakobs, en el supuesto en estudio se genera responsabilidad cuando concurre una posición de garantía preexistente, de tal suerte que con un comportamiento actual alguien puede no quebrantar su rol general de ciudadano, pero sí su rol especial. Por ello, queda vinculado con el comportamiento ejecutivo, el cual también se convierte en suyo. Por ejemplo, cuando el pasajero le comunica al taxista que al llegar a su destino va a matar a una persona que el taxista sabe es su hijo.

De acuerdo con Jakobs: "la prohibición de regreso no anula deberes [pre]existentes, sino que sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente *per se* para generar responsabilidad".¹⁰⁹

Para la teoría funcionalista, en los dos grupos de casos siguientes sí existe responsabilidad, porque quien interviene con actos preparatorios en un delito participa en el comportamiento delictivo del sujeto que lleva a cabo la ejecución:

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 158.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 160.

Tercero. Cuando la prestación es *per se* peligrosa. Al respecto, Jakobs manifiesta: "[...] a tales prestaciones es inherente un uso ulterior –que, al menos, también, puede ser– delictivo, y de ahí que den lugar a una comunidad con quien realiza los actos ejecutivos: por regla general, este tipo de prestaciones también suelen estar prohibidas en cuanto constituyen puestas en peligro abstractas. Por tanto, quien las realiza no puede verse distanciado de las consecuencias delictivas; por el contrario, las consecuencias que se producen también le son propias".¹¹⁰ Ejemplo: quien entrega armas que requieren licencia o material radiactivo a personas no autorizadas. En estos casos, ni siquiera es indispensable la prestación, basta una custodia descuidada para ser responsable por las consecuencias que se ocasionan con motivo de esa infracción.

Cuarto. Los casos habituales de inducción y complicidad. Aquí el partícipe lleva a cabo una prestación que no está socialmente estereotipada como adecuada, sino que está configurada de tal modo que se adecua a un plan delictivo, y con ello, ofrece una razón para que el acto ejecutivo le sea imputable.

En estos casos el sentido del comportamiento es el de favorecer un delito, el cual, al ejecutarse, también se convierte en propio.

5. Opinión personal

Las principales críticas que pueden hacerse a la teoría funcionalista en el ámbito de la autoría y la participación son las siguientes:

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 113.

La primera, referida a su concepción del injusto como único y propio de cada interviniente, de tal forma que a todos pertenece la ejecución del mismo, no obstante que se haya participado con un acto preparatorio. Por ende, un sujeto en este sistema no responde por su propia aportación, sino también por la aportación ajena, lo cual representa una notable violación al principio según el cual, cada partícipe debe responder conforme a su propia conducta y a su propia culpabilidad, principio que debe respetar todo derecho penal propio de un Estado democrático de derecho.

La segunda crítica va dirigida al concepto de autor, que se sostiene en el ámbito de los delitos de infracción de un deber. En ellos, de acuerdo con la teoría funcionalista, para ser autor basta con ser titular del deber, no importando la contribución fáctica que se realiza, con lo cual se cae en un concepto amplio de autor por lo que respecta a esta clase de delitos, porque el sujeto calificado no requiere llevar a cabo la conducta típica, sino cualquier contribución; con ello se viola de manera terminante el principio de legalidad.

Por otra parte, cabe hacer la observación de que el concepto de autor funcionalista es una especie de sistema mixto, porque en el plano cualitativo, es decir, en el terreno del injusto, sostiene un concepto unitario de autor, y en el plano cuantitativo, esto es, en el ámbito de la determinación de la pena, sostiene un concepto diferenciador; sin embargo, es evidente que a la teoría en estudio aún le falta ultimar con detalle esa delimitación.

SEGUNDA PARTE
TEORÍA FINALISTA Y CONCEPTO DE AUTOR

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

CAPÍTULO III

TEORÍA FINALISTA

I. ASPECTOS GENERALES

I. Necesidad de la referencia a la teoría finalista

Por la trascendencia que ha tenido la teoría finalista en la ciencia del derecho penal y, específicamente, por la relevancia que ha tomado en nuestro país a partir de las reformas al Código Penal para el Distrito Federal y al Código Federal de Procedimientos Penales de enero de 1994, es oportuno incluir un capítulo destinado al estudio de la teoría finalista y otro al análisis de su concepto de autor, con lo cual podrán comprenderse mejor los cambios que esta teoría penal introdujo en el ámbito de la teoría del delito; pero sobre todo, ayudará a conocer el impacto que estos cambios tuvieron en la construcción de su concepto de autor, basado en "el dominio del hecho". Por las razones apuntadas se hará una apretada síntesis de esta teoría.

2. Metodología

El sistema jurídico penal de la acción final aparece aproximadamente en la tercera década del presente siglo. Hans Welzel, su creador, en un afán de superar las incongruencias propias de la teoría causalista, formula una teoría del delito radicalmente distinta a ésta.

Welzel, con base en las aportaciones de la psicología del pensamiento del filósofo Richard Hönisgswald; en el pensamiento de los psicólogos Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters, y en los trabajos de los fenomenólogos P. F. Linke y Alexander Pfänder, entre otros, entiende a la acción humana en una forma totalmente diferente a la tradicional. En su concepto, la acción humana se encuentra guiada por la "intención de sentido". Esta concepción es producto del rechazo de la antigua psicología mecanicista, de elementos y asociaciones que provocaron los trabajos de los hombres de ciencia antes nombrados, los cuales pusieron al descubierto una forma de realización de los actos anímicos que no era causal-mecánica.

Más tarde, Welzel, influido por Nicolas Hartmann, utiliza el término de "finalidad" en sustitución del concepto de "intencionalidad" que originariamente utilizó. Sin embargo, para él, la ley estructural de la "intencionalidad de sentido" seguía siendo la base toral de la "finalidad".¹¹¹

¹¹¹ Cfr. Welzel, Hans, El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducción de José Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964, p. 12.

Juan Córdoba Roda¹¹² encuentra, también, en la teoría de Welzel, la influencia de la fenomenología de Hüsserl y Scheler, entre otros.

El neokantismo dominaba la metodología jurídico penal al aparecer el finalismo, de tal modo que la teoría finalista surge en respuesta de aquélla.

Expresa Mir Puig que: "De acuerdo con el neokantismo no es el objeto sino el método, lo que diferencia las diversas clases de conocimiento científico. La consecuencia es que los valores no residen en el objeto mismo, sino que constituyen el resultado de la aplicación a él de las categorías a priori del sujeto: los valores no provienen del objeto, sino del método, y, lo que es más importante, no son objetivos, sino subjetivos".¹¹³ Por esta vía, de acuerdo con el tratadista en cita, el subjetivismo epistemológico neokantiano llevó al relativismo valorativo.

Es así como el subjetivismo metodológico y el relativismo valorativo constituyen los dos puntos sobre los que se dirige la crítica welzeliana contra el neokantismo.

Welzel estima que no existe un dualismo gnoseológico de "materia" desordenada y "forma" conferida por el sujeto, como conciben los representantes de la teoría tradicional enraizada en la escuela sudoccidental alemana (cuya corriente filosófica es el neokantismo). Por el contrario, para él, la realidad, en específico la

¹¹² Cfr. Córdoba Roda, Juan, Una nueva concepción del delito, Barcelona, Ariel, 1963, p. 39.

¹¹³ Mir Puig, Santiago, Introducción a las bases del derecho penal, Barcelona, Bosch, 1976, p. 247.

acción humana, es una realidad ordenada y llena de sentido, con existencia previa al derecho. En consecuencia, las formaciones conceptuales de la ley y de la ciencia no constituyen una transformación metodológica de una materia sin forma, sino una descripción de un ser ya conformado, tal cual existe en la realidad.

Como podemos observar, de acuerdo con la concepción de Welzel, el conocimiento es aprehensión del objeto y no creación del mismo. De tal modo que si para los neokantianos el método, y no el objeto, determina el conocimiento, para Welzel, se invierte el planteamiento: el objeto determina el método.

De esta forma, el padre del finalismo pasa del subjetivismo al objetivismo, es decir, de considerar que las propiedades de las cosas radican en la mente del sujeto cognoscente aprehendidas mediante la utilización de un método determinado, a estimar que el sujeto cognoscente únicamente capta las propiedades radicadas en el objeto, cuya existencia es independiente a cualquier análisis, y que por esta razón deben ser respetadas y sólo pueden describirse.

Consecuente con esta postura, Welzel sustituye el relativismo valorativo, esto es, la valoración del objeto dependiente del sujeto cognoscente, por la afirmación de "verdades eternas" y de "estructuras lógico-objetivas", es decir, por la afirmación de propiedades radicadas en el objeto de conocimiento con existencia previa a cualquier valoración.

Son estas sustituciones metodológicas, efectuadas por Welzel, respecto de la corriente neokantista, las bases fundamentales sobre las que edifica su sistema

jurídico penal.

En este sentido, para Welzel, las "estructuras lógico-objetivas" existentes en el mundo del ser del derecho, dadas de antemano al legislador, son las que fijan los límites de su libre actividad creadora. Moisés Moreno explica que se denominan "objetivas" o reales, porque, una vez conocidas, existen independientemente de toda aceptación o rechazo posterior; y son "lógicas" porque su inobservancia trae aparejada contradicción interna y falta de unidad en el orden jurídico.¹¹⁴ Según Welzel, el legislador que no respeta esas estructuras lógico-objetivas dicta una legislación falsa, con lagunas, esto es, ineficaz.

El método de Welzel "vinculado al ser o a las cosas" es denominado "ontológico". Y desde esta óptica ontológica la acción humana es, en su concepto, acción final, acción con contenido de voluntad, acción supradeterminada finalmente por la voluntad o el querer.

Por tanto, para Welzel, la acción humana existe en el mundo real compuesta tanto por elementos objetivos como subjetivos.

Welzel considera que el concepto de acción para el derecho no puede ser otro que el concepto de acción para la vida; en consecuencia, el derecho penal sólo puede normar acciones finales, no meros procesos causales ciegos, "sino sólo actos

¹¹⁴ Cfr. Moreno Hernández, Moisés, notas al artículo "Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal", Revista Mexicana de Ciencias Penales, México, año 1, No. 1, ene-jun, 1978, p. 221.

dirigidos finalmente o la omisión de tales actos".¹¹⁵

De acuerdo con Mir Puig, la segunda consecuencia del enfoque ontológico de Welzel está íntimamente relacionada con la primera, esto es, con la estructura final de la acción:

Se trata de la autodeterminación conforme a sentido, único presupuesto del sentido ético de la culpabilidad. El hecho de que las acciones no sean un producto causal-mecánico, sino que respondan a la comprensión por el sujeto del significado de las posibles metas, constituye, como la acción final en que se basa, un concepto prejurídico, una estructura lógico-objetiva que condiciona la posibilidad de la culpabilidad. Esta conclusión proviene de considerar a la acción humana como integrante del 'orden del pensar' regido por la comprensión del sentido. De ahí extrae Welzel los dos pilares –finalidad y autodeterminación según el sentido– de su teoría del delito.¹¹⁶

De acuerdo con la corriente penal finalista, las estructuras lógico-objetivas residen en el ser de las cosas y no en nuestra mente, por ello, vinculan al legislador y, por supuesto, a la ciencia del derecho.

Por consiguiente, el legislador es soberano en la elección de las conductas punibles, pero no en cuanto a la estructura final de la acción, ni tampoco sobre la autodeterminación del hombre conforme a sentido, las cuales debe respetar.

¹¹⁵ Welzel, El nuevo sistema del derecho penal, traducción de José Cerezo Mir. Barcelona Ariel, 1964, p. 14.

¹²⁹ Mir Puig, *op. cit.*, p. 254.

3. Evolución histórico-sistemática

Sobre las bases metodológicas antes referidas se ha desarrollado todo el sistema penal finalista, sistema que aparece expuesto en los escritos de Hellmuth Von Weber y Zu Dohna y, posteriormente, en los estudios de Welzel.

Para Weber, la conducta penalmente incriminada sólo podría ser aprehendida atendiendo a la voluntad del autor. De tal forma que el contenido de voluntad configura el comportamiento exterior como típico.

Córdoba Roda¹¹⁷ anota que Von Weber incluyó el dolo dentro de la acción típica en 1929. Asimismo, Weber da el primer paso para purificar el concepto de culpabilidad al señalar que: "Actúa culpablemente el que se ha comportado antijurídicamente siempre que hubiera podido actuar conforme a derecho. De este modo habremos distinguido la antijuridicidad de la culpabilidad... La culpabilidad se refiere al poder, la antijuridicidad al deber".¹¹⁸

En este sentido, Weber concibe a la culpabilidad como un reproche doble: el sujeto no ha actuado como debía y podía. En consecuencia, separa del dolo el conocimiento de la antijuridicidad y lo incluye en la culpabilidad.

Por su parte, Graf Zu Dohna también considera como esencial para la acción, la realización de una voluntad. Su principal aportación consistió en separar

¹¹⁷ Cfr. Córdoba Roda, Juan, *op. cit.*, p. 45.

¹¹⁸ Weber, citado por Córdoba Roda, *op. cit.*, p. 30.

rotundamente valoración y objeto valorado. Distingue, al tratar la tipicidad, entre tipo objetivo y tipo subjetivo. La antijuridicidad, en su concepto, estriba en la valoración del tipo objetivo; la culpabilidad, en la del tipo subjetivo.¹¹⁹ El conocimiento del dolo se agota en la representación de las características del tipo objetivo, y como la antijuridicidad no constituye una característica de este último, el conocimiento de la antijuridicidad lo traslada del dolo al terreno de la culpabilidad.

Para algunos autores, la genuina contribución de Welzel reside más en el plano metodológico que en el de la teoría del delito, toda vez que en los estudios efectuados por diversos iuspenalistas como Weber, Zu Dohna, Wolf, Glasser, Lange, H. Mayer y otros, están contenidos ya todos los rasgos de la moderna doctrina finalista.

En suma, se reconoce como la gran aportación de Welzel, el someter la ley a estructuras ontológicas y en haber esclarecido la estructura de la acción. En concepto de Córdoba Roda, estas dos aportaciones permitieron que cobraran plena realidad los postulados de las dos direcciones: "de lo subjetivo en el tipo y de lo normativo en la culpabilidad".¹²⁰

4. Modificaciones en la sistemática del delito

La concepción ontológica de Welzel respecto de la acción, como acción final, acción dirigida desde el objetivo, esto es, acción "vidente", provoca grandes

¹¹⁹ Cfr. Graf Zu Dohna, Alexander, La estructura de la teoría del delito, traducción de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958.

¹²⁰ Córdoba Roda, Juan, *op. cit.*, p. 47.

cambios en la estructura total del delito, tales como los siguientes:

1. Al conceptualizar la acción humana como acción supradeterminada finalmente, surge la necesidad sistemática de colocar el dolo en el tipo. Toda vez que la acción final es una estructura lógico-objetiva, el legislador sólo podrá prohibir u ordenar acciones finales; luego entonces, la finalidad, esto es, el dolo, deberá formar parte del objeto de la prohibición o mandato jurídico penal, es decir, del tipo de injusto.

2. El dolo, entendido como conocimiento y voluntad de la realización típica, esto es, como pura realización de la voluntad, es conceptualizado en este esquema como un dolo "natural", no comprensivo de valoraciones. Por tanto, el conocimiento de la antijuridicidad se desplaza del ámbito del dolo al de la culpabilidad.

3. Debido a la separación del conocimiento de la antijuridicidad del ámbito del dolo, se provocan cambios en el terreno del error. Si el error se refiere a algún elemento del tipo objetivo (error de tipo), entonces se excluye el dolo y, en consecuencia, la tipicidad. Por el contrario, si el error se refiere a la antijuridicidad (error de prohibición), dejará intacta la tipicidad de la conducta y sólo tendrá repercusiones en el campo del reproche personal, esto es, de la culpabilidad.

4. La ubicación del dolo en la acción, en el tipo de injusto, provocó también que los delitos "dolosos" y "los culposos" se diferenciaron en el tipo de injusto y no hasta la esfera de la culpabilidad, como solía hacerse en la corriente causal del delito. El delito "doloso" constituirá la forma básica del hecho punible; el delito "culposo" y el de omisión integrarán modalidades especiales de aparición del hecho punible, al igual que la tentativa. Todos dotados de una estructura independiente.

5. Al estructurarse el tipo de injusto con elementos objetivos y subjetivos, surge una distinción entre "desvalor de acto" y "desvalor de resultado". Se discutía si era suficiente para el injusto tan sólo el "desvalor de acto", con independencia del "desvalor de resultado", o bien, si era necesario que hubiera lesión o puesta en peligro del bien jurídico, esto es, "desvalor de resultado".

6. En la tentativa, si el dolo pertenece al tipo, por tanto, deberá conservar su ubicación sistemática cuando la tentativa pasa al estadio de la consumación.

7. Con la nueva estructuración del tipo, compuesto por elementos objetivos y subjetivos, se desprenden también consecuencias para la culpabilidad. Al serle arrancados los elementos psíquicos-subjetivos (dolo y culpa), la culpabilidad ahora se integra por puras valoraciones, tales como la imputabilidad (capacidad de culpabilidad), el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma. La culpabilidad es, en este esquema, un juicio de reproche personal, basado en el "poder en lugar de" del autor, en relación con la formación defectuosa de su resolución de voluntad.

8. También en el punto central de nuestro estudio, esto es, la autoría y la participación, se generaron repercusiones debido a la concepción de la acción humana como acción con contenido de voluntad. Así, la autoría estará caracterizada por el "dominio final del hecho". La participación sólo puede tener lugar en un acto principal doloso. Las acciones de instigación y complicidad son siempre dolosas. Respecto de tales cambios abundaremos en el capítulo siguiente.

II. TEORÍA DE LA ACCIÓN

1. Estructura fundamental de la acción

La característica esencial de la acción humana para la sistemática finalista es precisamente la finalidad. Se rechaza totalmente la conducta acromática propia de la corriente penal causalista, es decir, la conducta entendida como movimiento corporal sin contenido de voluntad.

Para Welzel, la acción humana siempre persigue un fin concreto, porque en la realidad no existen acciones humanas neutras en cuanto a finalidad. En su concepto, "la acción humana es ejercicio de actividad final".¹²¹ Con lo cual se entiende que el hombre, mediante el uso de su saber causal, es capaz de dirigir su actividad, según convenga a sus planes, a sus fines previamente establecidos; de tal suerte que el resultado no es más que producto de la realización de esa voluntad final.

Welzel precisa: "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 causal de la constelación de causas existentes en cada momento. La finalidad es, por ello –dicho en forma gráfica– 'vidente', la causalidad 'ciega'".¹²²

En la estructura de la acción finalista la voluntad consciente del fin es la que

¹²¹ Welzel, *op. cit.*, p. 25.

¹²² *Idem.*

rige el acontecer fáctico, por ello, pertenece a la acción.

Las fases de la "dirección final" de la acción, de acuerdo con Welzel, son dos: la primera transcurre en la esfera del pensamiento, y la segunda, en la esfera del mundo de los hechos. La fase interna, puramente mental, se integra por:

1. La anticipación del fin por parte del autor.

Es el punto de partida de todo lo siguiente.

2. La selección de los medios necesarios para llevar a la práctica el fin propuesto.

Aquí se genera el fenómeno que Welzel denomina de "retroceso". El fin está ya determinado y desde él, el autor retrocede para seleccionar los factores causales que le servirán para materializarlo, o sea, para darle vida.

3. La consideración de los efectos concomitantes que van ligados a los medios de acción seleccionados para conseguir el fin.

Este proceso mental se realiza "hacia adelante", desde el factor o factores causales elegidos como medios, hacia los efectos que puedan tener.

Las opciones que tiene el autor ante la consideración de los efectos concomitantes no buscados son varias:

1. Puede reducir los medios elegidos
2. Buscar otros medios que los eviten
3. Realizar la acción de tal manera que los evite
4. Incluirlos en su "voluntad final de realización". Esto último puede acontecer: "bien porque considere segura su producción en caso de utilizar estos medios, o bien porque cuente al menos con ella".¹²³

Una vez que el autor se ha propuesto un fin, selecciona los medios para efectuarlo y considera los efectos concomitantes ligados a los mismos; ejecuta su acción en el mundo fáctico. Esta es la segunda fase de la "dirección final" descrita por Welzel, de la cual expresa: "Es un proceso causal en la realidad, dominado por la determinación del fin y los medios en la esfera del pensamiento".¹²⁴

Si no logra el autor dominar finalmente la acción, esto es, si no logra alcanzar el resultado propuesto, el delito quedará en grado de tentativa. De alcanzarlo, se estará en presencia de un delito consumado.

En la voluntad final se incluyen, además del fin y los medios, aquellos efectos concomitantes con cuya producción haya contado el autor. Por tanto, las consecuencias a excluir de la voluntad final de realización son todas aquellas en las cuales el autor no pensó, o bien confió en que no se produjeran; estas últimas se realizan, de acuerdo con la concepción welzeliana, de un modo puramente causal.

¹²³ *Ibidem*, p. 26.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 27.

Por ello, Welzel precisa que la finalidad no debe ser confundida con la mera "voluntariedad" porque: "La 'voluntariedad' significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidas a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor". Y agrega: "Si se quiere comprender, sin embargo, la acción, más allá de su característica (abstracta) de la mera voluntariedad, es decir en su forma esencial, concreta, determinada en su contenido, sólo es posible lograrlo mediante la referencia a un determinado resultado querido".¹²⁵

Por esta razón, para Welzel no hay acciones finales en sí, sino sólo acciones referidas a las consecuencias abarcadas por la voluntad final de realización; sin esta referencia sólo queda la "voluntariedad".

2. La acción en las normas del derecho penal

En esta corriente penal, la acción final tiene la categoría de estructura lógico-objetiva. Por ello, se considera que el legislador está obligado a crear normas penales que únicamente manden o prohíban una conducta final.

Se conciben¹²⁶ tres clases de normas:

1. En primer lugar, aquellas que prohíben la producción final de un resultado socialmente no deseado, ya sea este resultado el fin, el medio. o un efecto

¹²⁵ *Ibidem*, p. 28.

¹²⁶ *Cfr. Welzel, El nuevo sistema de derecho penal*, p. 30.

concomitante de la acción. Se habla aquí de los tipos dolosos de comisión.

2. Un segundo grupo de normas se refiere a la manera de seleccionar y aplicar los medios, con indiferencia de los propósitos que desea alcanzar el autor. En esta selección y puesta en práctica de los medios se exige "el cuidado necesario en el tráfico", para evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados, y se prohíbe la acción si el autor no puede efectuarla aplicando una medida mínima de dirección final, es decir, con el cuidado exigido. Se trata aquí de los tipos culposos de comisión.

3. Un tercer grupo de normas exige la realización de acciones para evitar resultados socialmente no deseados. Al realizarse la acción ordenada por la norma, esta última queda observada, y se infringe con la omisión de dicha acción. Se contemplan en este grupo de normas los llamados tipos de omisión.

Como es posible apreciar, en la sistemática de Welzel la acción dolosa se ubica en un primer plano. No sucede así con la omisión y la culpa.

3. Crítica de Roxin

Roxin critica el ontologismo de la acción final propuesto por Welzel. En su concepto, la definición de la acción como "ejercicio de la actividad final" y como una supradeterminación del acontecer causal dirigida desde el objetivo "no es una abstracción de los tipos penales regulados legalmente. Esto es, no está vinculado a la ley positiva, sino que se presenta con la pretensión de abarcar la esencia

ontológicamente preexistente e inamoviblemente asentada en las estructuras del ser, que posee la acción. Y más aún: en lugar de vincular el concepto de acción a la ley, esta teoría quiere vincular al legislador en cuanto regule acciones humanas, a su concepto de acción prejurídica".¹²⁷

De esta forma, Roxin se postula en contra de la concepción de la acción final como "estructura lógica-objetiva". Esto es, como acción que le viene dada previamente al derecho penal, por radicar en la naturaleza misma de las cosas, y que por ello obliga al legislador y a la dogmática a tomarla tal cual existe en la vida prejurídica.

Para Roxin, como consecuencia de la sujeción de la teoría finalista al concepto de acción ontológica, tenemos la exclusión de la participación en un hecho principal no doloso. Ello, por la siguiente razón: "La participación presupone un hecho en el que participar. Ahora bien, si al ejecutor directo le falta el dolo, en sentido jurídico ni siquiera ha actuado; y si no existe ninguna acción en la que se pudiera participar, ha de excluirse toda participación".¹²⁸

De acuerdo con la óptica de Roxin, tampoco hay omisiones dolosas en la corriente finalista, porque falta una causalidad que el omitente pudiera dirigir, y esta dirección del acontecer causal es componente esencial del dolo. De este razonamiento, el autor en cita extrae lo siguiente: "[...] dado que según esta teoría, toda participación presupone lógico-realmente un hecho principal doloso y, en

¹²⁷ Roxin, Claus, Problemas básicos del derecho penal, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, p. 89.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 89.

cambio, el omitente no actúa dolosamente ni de ningún otro modo por falta de causalidad que pueda ser controlada, es inimaginable la participación en el delito de omisión".¹²⁹

En concepto de Roxin, la participación en la teoría finalista requiere por necesidad ontológica un hecho principal doloso.

Pero Roxin niega a la acción finalista una esencia ontológica, preexistente, de la cual se puedan deducir las particularidades de la conducta del autor, que sirva de base al fenómeno de la participación. En su criterio, estas particularidades del hecho principal sólo se pueden averiguar si se parte de los preceptos relativos a la participación y de los requisitos del correspondiente tipo de delito. En consecuencia, para este autor, también la participación tiene una base netamente normativa.

En cuanto a la imprudencia, Roxin manifiesta que no hay ninguna estructura ontológica preexistente que decida sobre el carácter de la acción imprudente, puesto que la imprudencia no depende de la finalidad, "sino de la transgresión de mandatos jurídicos de cuidado, y es, por tanto, un elemento enteramente normativo".¹³⁰

Para Roxin, al exigir la acción final además del control de los factores causales, la aprehensión del sentido (dimensión de sentido) pierde con ello su carácter previo. Porque este factor de sentido se fija por el legislador en el tipo: "[...] el legislador es libre de determinar qué dosis del sentido del suceso tiene que haber

¹²⁹ *Ibidem*, p. 90.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 97.

llegado a la conciencia del autor. Pero ninguna de esas graduaciones corresponde a una esencia preexistente de la finalidad".¹³¹

Así, para Roxin qué es final y qué no lo es, depende exclusivamente de las finalidades del orden jurídico. Para él, no puede haber ninguna esencia preexistente de la acción, del dolo, de la participación, etcétera.

En conclusión, para Roxin, "la teoría final de la acción" debe transformarse en una "teoría final del tipo", donde el concepto de finalidad sea de carácter netamente normativo y "su contenido de sentido, sólo se pueda descubrir mediante una interpretación de los tipos concretos".¹³² De tal suerte que el tipo, en lugar de las estructuras del ser, llene ahora de contenido el concepto de finalidad. Por tanto, lo que él defiende es un concepto "normativo" de finalidad, ligado al arbitrio del legislador.

Welzel ha dado contestación a las críticas de Roxin, a través de su artículo "Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal". Aquí, Welzel precisa que el hecho de que la finalidad está relacionada al tipo no implica que sea creada por éste.

Según Welzel, la función del derecho penal es más modesta de la que le concede Roxin, porque: "El Derecho no produce ni las acciones ni su estructura final ni la dimensión de sentido que con ella comienza, sino que selecciona, prohíbe

¹³¹ *Ibidem*, p. 94.

¹³² *Ibidem*, p. 114.

aquellas acciones que son incompatibles con un orden social dado e impone aquéllas que fomentan dicho orden".¹³³

Por lo que respecta al ámbito de la regulación de la participación, Welzel manifiesta que el legislador no puede entender por hecho típico, sin entrar en contradicción consigo mismo, algo diverso de lo que las descripciones del hecho de los tipos penales quieren significar en cada caso. En su concepto, falsificar el sentido de la acción conduce a una hiperextensión de la punibilidad. Tal fenómeno lo observa en la solución que propone Roxin para los problemas de autoría y participación en los delitos contra el deber.¹³⁴

En suma, para Welzel, el legislador únicamente es libre en la selección de los modelos de acción, no así por lo que toca a la estructura esencial de la conducta humana, como acción final, misma que no puede modificarla ni escatimarla. Sin embargo, la "libertad" que tiene el legislador también es relativa, toda vez que:

[...] la libertad de su elección está también ligada, si bien no en relación a la cosa sí en relación al deber, en tanto el Derecho haya de entenderse como el intento de interpretación de un recto orden social en las condiciones cambiantes de nuestra existencia histórica y en la necesidad de una regulación obligatoria para todos...Sólo desde este entendimiento propio, puede el Derecho obligar (y no simplemente forzar) a los individuos a la obediencia de sus normas [...].¹³⁵

¹³³ Welzel, Hans, "Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal", Revista Mexicana de Ciencias Penales, México, año 1, No. 1, ene-jun, 1978, pp. 205 y 206.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 209, nota núm. 25.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 219 y 220.

III. TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

La corriente finalista acepta la estructura externa del delito según la concepción clásica, la acción como género próximo, y la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad como diferencias específicas, sólo que con un contenido totalmente distinto: la acción, como acción final, lo cual genera como consecuencia la inclusión de elementos objetivos y subjetivos tanto en el tipo como en el injusto.

1. Tipo y tipicidad

Se da en este esquema una relación íntima entre el tipo, la tipicidad y la antijuridicidad. Pero el tipo es una categoría autónoma, no depende de la antijuridicidad, misma que también es un elemento autónomo.

A. Tipo

Para Welzel, el tipo "es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el Derecho Penal".¹³⁶ El tipo penal describe y a la vez concreta la antijuridicidad, la materia de la prohibición, lo legalmente prohibido. De tal suerte que sólo las acciones previstas por los tipos penales son las únicas que se considera violan el orden jurídico. Por ello, existe la necesidad social de la precisión y concreción en la descripción contenida en el tipo.

¹³⁶ Welzel, Hans, Derecho penal alemán. Parte general, 11ª. ed. alemana, 2ª. ed. castellana, traducción de Juan Bustos y otro, Santiago, Editorial Jurídica, 1976, p. 75.

En concepto de Welzel, el tipo penal satisface plenamente el principio *nulla poena sine lege* cuando describe lo más exacta posible la acción negativa que desea punir; por ello, esa descripción debe ser exhaustiva. En su concepto, este ideal sólo lo satisfacen los tipos, que denomina, "tipos cerrados". No así los tipos "que necesitan ser completados" o "abiertos".

Los tipos conceptuados por Welzel como "abiertos" describen parcialmente la materia de la prohibición; por tanto, tienen que ser completados por el juez. Tal es el caso de los tipos de los delitos culposos y de los delitos impropios de omisión.

Pero en esta clase de tipos el juez no tiene una completa libertad. Al respecto, Welzel expresa: "En ambos casos, sin embargo, dispone el juez de un punto de orientación suficientemente determinado, de acuerdo al cual puede completar el tipo: en los delitos culposos es el cuidado requerido en el ámbito de relación, en los delitos impropios de omisión 'la posición de garante'".¹³⁷

B. Tipo y norma

Welzel hace una distinción entre el tipo penal y la norma. En su concepto, ambos pertenecen a la esfera conceptual, pero mientras la norma ordena determinadas conductas apegadas al orden ético-social, el tipo penal describe precisamente la realización de la acción contraria a la acción ordenada en la norma; esto es, describe, como ya señalamos en otro espacio, la acción prohibida.

¹³⁷ *Idem.*

C. Tipo y adecuación social

Para la corriente finalista, el tipo debe revelar la naturaleza social e histórica del derecho penal. Por un lado, los tipos deben reflejar la convicción social del delito de una comunidad específica, y, por el otro, deben responder a un momento histórico determinado. Su acompañamiento al cambio social es de interés social.

Así, las conductas socialmente adecuadas, ubicadas dentro de los marcos de la libertad de acción social, quedan excluidas de los tipos penales, aun cuando pudieran ser subsumidas en ellos, de acuerdo con criterios causales. Al respecto, Welzel precisa: "La adecuación social constituye en cierto modo la falsilla de los tipos penales: es el estado 'normal' de libertad social de acción, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos".¹³⁸

De acuerdo con el criterio de Welzel, la adecuación social constituye un principio general de interpretación, que tiene importancia no sólo en el ámbito del derecho penal, sino que abarca al ordenamiento jurídico.

D. Tipicidad

La tipicidad es la "calidad" de una acción histórica, consistente en su acoplamiento con la acción prevista por el tipo penal. Por tanto, la tipicidad constituye una infracción a una norma jurídico penal. Implica la materialización de la acción prohibida por la norma, o sea, la materialización del tipo en una acción

¹³⁸ *Ibidem*, p. 85.

fáctica, concreta.

Este elemento del delito llamado "tipicidad", está referido únicamente a la legalidad penal; no se vincula al ordenamiento jurídico general.

2. Tipicidad y antijuridicidad

Para Welzel, la tipicidad es indicio de antijuridicidad. De tal modo que al ejecutarse en la vida real la acción prevista por el tipo penal, esta acción fáctica entra en contradicción con la exigencia de la norma, lo que la hace ser una conducta antinormativa, pero no necesariamente antijurídica. Porque en el ordenamiento jurídico, además de normas prohibitivas, también existen preceptos permisivos, esto es, "autorizaciones".

Así, de tener el sujeto a su favor una norma permisiva (causa de justificación), su conducta seguirá siendo típica, pero no será antijurídica, porque no viola el orden jurídico general. La presencia de una causa de justificación, según Welzel, "[...] impide que la norma general (abstracta) se convierta en un deber jurídico concreto para el autor".¹³⁹ De tal manera que la realización del tipo penal es conforme a derecho.

Se puede observar que mientras la tipicidad implica confrontación de la conducta fáctica con el derecho penal, esto es, con una norma jurídico penal, la antijuridicidad implica confrontación de esa misma conducta histórica, pero con el

¹³⁹ *Ibidem*, p. 76.

ordenamiento jurídico en su totalidad (no sólo con una norma aislada).

En suma, para Welzel, la antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico en su conjunto. La antijuridicidad es también un juicio de valor objetivo, toda vez que califica a la acción típica de valiosa o disvaliosa a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico. Luego entonces, la antijuridicidad es objetiva solamente en el entendimiento de un juicio de valor general, porque el objeto de esa valoración, es decir, la acción fáctica típica, es una unidad de elementos objetivos y subjetivos (tal cual existe la acción en la realidad).

3. Antijuridicidad e injusto

Welzel hace una total diferenciación entre antijuridicidad e injusto. En su concepto, la antijuridicidad es una mera contradicción entre la realización típica y el ordenamiento jurídico en su conjunto: es una y la misma para todas las áreas del derecho; es decir, es unitaria. En cambio, el injusto es algo más específico, es la acción típica y antijurídica concreta.

Al respecto manifiesta: "La antijuridicidad es una mera relación (una contradicción entre dos miembros de una relación); lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma de conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio."¹⁴⁰

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 78.

Bacigalupo indica que la determinación de lo injusto depende "de la comprobación de dos distintos niveles valorativos: adecuación al tipo y antijuricidad (falta de causas de justificación)".¹⁴¹

Por tanto, el injusto es la conducta típica que contradice el ordenamiento jurídico en su totalidad, la conducta típica que no tiene a su favor una "norma permisiva"; esto es, una causa de justificación.

4. Injusto en los delitos dolosos

A. Concepto personal del injusto

Según Welzel, el injusto es siempre referido a la acción de una persona, a la intención que ella le imprime, a sus actitudes, etcétera. En su concepto, no es determinante la lesión del bien jurídico en la formación del injusto, porque puede éste faltar y la acción ser desvalorada (típica y antijurídica).

Como puede observarse, Welzel le da mayor importancia al desvalor de la acción que al desvalor del resultado. Con la característica de que la desvalorización de la acción la concibe sólo como obra de un autor determinado. En consecuencia, para él, "el injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto 'personal'".¹⁴²

Desde esta óptica, el injusto de un mismo hecho puede tener una distinta

¹⁴¹ Bacigalupo, Enrique, Lineamientos de la teoría del delito, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 32.

¹⁴² Welzel, Derecho penal alemán, p. 92.

repercusión para los diversos partícipes, dependiendo de sus fines, de sus motivos, etcétera.

En suma, Welzel sí le presta importancia al desvalor de resultado (lesión del bien jurídico), pero sólo como un momento parcial de la acción personalmente antijurídica y nunca como un elemento decisivo en la conformación del injusto. Por tanto, "El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el Derecho Penal".¹⁴³

B. Tipo objetivo

Welzel hace una distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo.

Para Welzel, el tipo objetivo comprende todos los elementos del tipo que tienen que objetivarse en el mundo exterior, sólo en ese sentido es objetivo, no en el sentido de ajeno a lo subjetivo.

Para la teoría finalista, la voluntad final debe concretizarse a través de un hecho externo, el cual sirve de fundamento real para el delito. Esta concreción de la voluntad final halla su expresión típica en las "circunstancias del hecho" pertenecientes al tipo objetivo.

Como circunstancias del hecho del tipo objetivo Welzel señala a la acción, la cual considera como núcleo objetivo de todo delito. También menciona a la lesión o

¹⁴³ *Idem.*

puesta en peligro del bien jurídico, que representa las circunstancias de resultado de la acción. Dependiendo de ese resultado, se estará en presencia de un delito de lesión o de un delito de peligro.

A la acción también pueden agregarse, según sea el caso concreto, medios especiales y modalidades especiales, tales como el tiempo y lugar del hecho, así como otras circunstancias objetivas.

Welzel afirma que en el tipo objetivo también pueden exigirse determinadas características en el autor, lo cual significa que el mandato o la prohibición no se dirige a cualquier sujeto. En estos casos se habla de delitos especiales, los cuales se distinguen en impropios y propios, según si la condición especial del autor sólo agrava la punibilidad establecida en forma general o si la fundamenta. Al respecto, Welzel hace la siguiente precisión: "Todos los delitos de omisión impropios son delitos especiales propios, ya que en ellos la autoría se funda sólo por la posición de garante del omitente".¹⁴⁴

C. Tipo subjetivo

En la acción humana se dan tanto elementos externos, como elementos internos, subjetivos, que transcurren en la conciencia del autor. Tales elementos subjetivos de la acción hallan su expresión típica en el denominado tipo subjetivo.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 94.

a. Dolo

El elemento principal y dominante del tipo subjetivo es el dolo.

El dolo, para ser trascendente en el campo del derecho penal, debe ser algo más que una mera resolución, debe conducir a la realización de un hecho previsto en el tipo penal objetivo y dirigirlo.

"Dolo es el saber y querer la realización del tipo".¹⁴⁵ Por tanto, se compone de un elemento cognitivo y de un elemento volitivo. El elemento intelectual comprende el conocimiento actual de cada uno de los elementos del tipo objetivo. Según Welzel, no es suficiente un conocimiento potencial el haber podido obtener tal conocimiento; por el contrario, el autor debe tener conciencia de tales elementos en el momento de la realización del hecho.

Pero no todos los elementos del tipo objetivo pueden conocerse de la misma forma; unos, por ejemplo, son cognoscibles a través de los sentidos (a estos elementos se les llama descriptivos). En tanto que otros requieren de una valoración (a estos elementos se les denomina normativos). Dicha valoración puede efectuarse de una manera técnica o bien profana; para el conocimiento exigido por el dolo basta la valoración profana.

La parte volitiva del dolo es la voluntad de realización referida al tipo

¹⁴⁵ Welzel, Derecho penal alemán, p. 95. En este mismo sentido: Roxin, Derecho penal, p. 308 y Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 103.

objetivo, es querer realizar incondicionalmente el tipo penal.

Cuando la realización del tipo ha sido directamente perseguida por la voluntad del autor y como objetivo de su voluntad, se da el dolo directo. Al respecto, Welzel precisa: "Se denomina a la voluntad de realización respecto del objetivo, los medios y las consecuencias concomitantes que –según la representación del autor– están unidas en forma necesaria con los medios u objetivo, 'dolo directo'".¹⁴⁶

Por el contrario, hay dolo eventual cuando el autor se ha representado como posible la producción de la consecuencia concomitante. Aquí se distingue entre si el autor cuenta con que dicha consecuencia se produzca, o si bien, confía en que no acontezca. En el primer caso, se habla de dolo eventual; en el segundo, de culpa consciente. En este sentido, Welzel anota:

Si de acuerdo a la representación del autor, la producción de la consecuencia concomitante no está unida necesariamente al fin o a los medios, sino sólo en forma posible, habrá que distinguir si cuenta con que se produzca o si, por el contrario, confía en que no acontezca. Aquellas consecuencias que él cuenta con que se produzcan al realizar su acción, tiene que haberlas querido realizar eventualmente si emprende la acción (el llamado dolo eventual -equivocadamente, dolo condicionado-). Por el contrario, su voluntad de realización no se extiende a aquellos resultados posibles, con relación a los cuales el autor confía justamente en que no se produzcan. Pues quien, al actuar, confía en que no se produzcan tales resultados, no los quiere realizar, del mismo modo como no quiere realizar resultados en los que no ha pensado (en este caso sólo podría plantearse el problema de la culpa).¹⁴⁷

¹⁴⁶ Welzel, Derecho penal alemán, p. 99. Se pronuncian en un sentido similar: Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 112 y Jesecheck, Tratado de derecho penal, 4ª ed., p. 268.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 100.

Welzel estima que por ser el dolo la parte final de la acción, debe existir en el momento de la realización del hecho, de tal suerte que es inadmisibles un dolo posterior, un *dolus subsequens*.¹⁴⁸

Por tanto, la configuración, en particular del dolo, exige el conocimiento de las circunstancias de hecho ya existentes, la previsión del resultado y la previsión del nexo causal.

b. Error de tipo

El dolo se compone de dos elementos (como ya se señaló): el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de realización del tipo. Para que exista el elemento cognitivo del dolo, el autor debe haber obrado sin error o ignorancia sobre alguno de los elementos del tipo objetivo. De existir tal error, quedará excluido el dolo. Por recaer este error sobre los elementos del tipo objetivo se denomina "error de tipo".

El error sobre el nexo causal excluirá el dolo sólo cuando la conexión causal ocurrida sea esencialmente diferente a la que el sujeto se representó. En este sentido, el error *in personam* es un error irrelevante. Lo mismo puede decirse de la *aberratio ictus*, cuando el resultado provocado es típicamente equivalente al querido. Pero si el resultado producido y el querido no son típicamente equivalentes, dice Welzel¹⁴⁹ que se está frente a un concurso ideal entre la tentativa del hecho doloso y el delito culposo. La misma solución que se da a la *aberratio ictus* se da al caso del llamado

¹⁴⁸ Cfr. Welzel, *op. cit.*, p. 105. Comparte esta opinión Roxin, Derecho penal, p. 454.

¹⁴⁹ Cfr. Welzel, Derecho penal alemán, p. 108.

dolus generalis.

Cuando en el error de tipo existe culpa por parte del autor, se elimina el dolo, pero queda subsistente la responsabilidad culposa si existe el tipo correspondiente previsto en la ley. Por el contrario, cuando el error de tipo no proviene de culpa del autor, se elimina el dolo y se excluye toda clase de responsabilidad.

c. Conciencia de la antijuridicidad de la acción

En la corriente finalista, el dolo, al ser considerado como dolo natural, es decir, no valorado, no lleva inmersa la conciencia de la antijuridicidad de la acción.

Welzel precisa:

La antijuridicidad de la acción no es nunca una circunstancia del hecho, [...] sino siempre una valoración del tipo (la disconformidad entre la realización del tipo y las exigencias del Derecho). Por eso, la conciencia de la antijuridicidad de la acción no pertenece al dolo de tipo, sino que es un momento de la culpabilidad, de la reprochabilidad.¹⁵⁰

d. Elementos subjetivos del injusto

Estos elementos son descubiertos y estudiados por Fischer (1911), Hegler (1915) y Mezger (1924).

Según Welzel: "Junto al dolo, como aquel elemento subjetivo-personal general, que fundamenta y configura la acción como acontecer final, a menudo

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 113.

aparecen en el tipo elementos subjetivo-personales especiales, que tienen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido".¹⁵¹ Estos elementos son conocidos doctrinalmente como "elementos subjetivos del injusto".

Como ejemplos de esta clase de elementos tenemos la tendencia "voluptuosa", la intención de "lucro", los móviles "bajos", como la codicia y el placer perverso, por los que se ejecutan determinados delitos.

Los elementos subjetivos del injusto se refieren a una cierta postura o actitud anímica existente en el autor al momento de ejercitar la acción, que determina el contenido específico de desvalor ético-social de dicha acción. Con base en ello, Welzel también los denomina "elementos subjetivos del autor de la acción".¹⁵²

Se puede observar que estos momentos anímicos se refieren a una disposición actual y única del autor frente al hecho, y no a rasgos criminales permanentes en el autor, esto es, no se refieren a la denominada "tipicidad de autor", referida a la personalidad criminal de un sujeto.

Por último, Welzel considera que estos nuevos momentos de ánimo utilizados por el legislador permiten afinar el aspecto subjetivo de la descripción típica por encima del concepto relativamente burdo del dolo, pero advierte que pueden conllevar a no fijar los límites objetivos del delito, ello, cuando se preste mayor atención a la actitud que a la irrelevancia penal de la conducta ejecutada, lo cual

¹⁵¹ *Idem.*

¹⁵² *Idem.*

conduciría a un derecho penal del ánimo.¹⁵³

5. Calidad de garante

La problemática de la calidad de garante surge desde el siglo XIX. Feuerbach¹⁵⁴ fue el primer iuspenalista que fundó la posición de garantía del autor de la omisión, en determinadas bases jurídicas, como son la ley o el contrato.

Aquí es oportuno recordar que la comisión por omisión surgió en Alemania. Los iuspenalistas alemanes advirtieron que los delitos de acción con resultado material podían, también, en atención a la antisocialidad, cometerse con una omisión: y de ahí surgió la gran interrogante: ¿En cuáles se justificaría la sanción y en cuáles no? ¿En qué circunstancias sí y en qué circunstancias no?

Como respuesta a tal interrogante nace la calidad de garante, de tal modo que sólo quien reúna dicha calidad tendrá el deber de evitar el resultado prohibido por el tipo penal: de no hacerlo, se le imputará el resultado material como si lo hubiese provocado activamente, es decir, será sujeto activo de un delito de comisión por omisión.

Nagler es el creador de la posición de garante como elemento fundamental de la omisión impropia. Le da a la postura de garante, es decir, a la relación estrecha que existe entre el sujeto y el bien jurídico a defender, la calidad de fuente de la

¹⁵³ Cfr. Welzel, Derecho penal alemán, p. 116.

¹⁵⁴ Cfr. Maurach, Reinhart, Tratado de derecho penal, traducción de Juan Córdoba Roda, t. II, Barcelona, Ariel, 1962, p. 267.

comisión por omisión.

En general, los tratadistas alemanes coinciden en considerar que la equivalencia de una acción y una omisión es una cuestión de orden valorativo. De tal suerte que la problemática versará en encontrar las condiciones, circunstancias o pautas con base en las cuales no evitar, por ejemplo, el resultado de muerte, es equivalente a matar.

A. Ubicación sistemática de la calidad de garante

Welzel estima que el lugar de la calidad de garante dentro del tipo es en la característica de autor, pero son precisamente esas características objetivas de autor las que faltan en los delitos de comisión por omisión, en los cuales sólo la conducta está legalmente determinada. Por ello, según Welzel, los delitos impropios de omisión son en parte tipos de formación legal y en parte tipos de formación judicial.¹⁵⁵

Bacigalupo¹⁵⁶ considera que la calidad de garante es un elemento de la autoría no definido en forma expresa y de carácter esencial.

Por tanto, en la corriente finalista del delito se considera a los delitos impropios de omisión, delitos especiales propios; esto es, delitos que sólo pueden cometer quienes se encuentren en una relación íntima con el bien jurídico a tutelar y,

¹⁵⁵ Cfr. Welzel, Derecho penal alemán, p. 288.

¹⁵⁶ Cfr. Bacigalupo, Enrique, Delitos impropios de omisión, Bogotá, Temis, 1983, p. 125.

por ende, tengan el deber de actuar para evitar la lesión de dicho bien.

Es oportuno aclarar que los autores finalistas hacen una diferenciación entre posición de garante, esto es, circunstancia generadora del deber y deber de garante. En relación con la primera, se dice consistir en un estrecho vínculo del sujeto con el bien jurídico a garantizar. En cambio, el segundo es un deber que emerge precisamente de esa estrechez.¹⁵⁷ Respecto a la circunstancia fundamentadora del deber, expresan los finalistas que se requiere de un conocimiento actual por parte del sujeto al momento de omitir su acción, en tanto que en relación con el deber de garante sólo se requiere de un conocimiento potencial, que en otras palabras es la conciencia de la antijuridicidad. Por tanto, la posición de garante es considerada circunstancia de hecho, misma que debe alcanzar el dolo; en tanto que el deber de garantía se toma como elemento relativo a la determinación del autor, que no es circunstancia del hecho, y que, en consecuencia, un error sobre él equivale a un error relacionado con el deber del sujeto y seguirá, por tanto, las normas del error de prohibición.¹⁵⁸

B. Elementos del tipo impropio de omisión

a. Postura de Welzel

El tratadista alemán¹⁵⁹ señala como elementos del tipo de los delitos de omisión impropios los siguientes:

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 120.

¹⁵⁸ Cfr. Maurach, *op. cit.*, p. 282.

¹⁵⁹ Cfr. Welzel, Derecho penal alemán, *op. cit.*, pp. 290-301.

1. La situación típica. La cual consiste en la producción de un resultado típico en el sentido de un delito de comisión. Verbigracia: la muerte, la lesión corporal, etcétera.
2. La no ejecución de una acción tendiente a evitar el resultado. Falta este elemento cuando el garante se ha esforzado en realidad por impedir la producción del resultado previsto en el tipo de comisión.
3. El poder final del hecho (la capacidad para evitar el resultado). Esta capacidad comprende, de acuerdo con Welzel, tres aspectos: a) el conocimiento de la situación típica, o sea, de la inmediata lesión o puesta en peligro del bien jurídico, respecto de la cual se exige un conocimiento actual, no potencial; b) la posibilidad de reconocer el camino para evitar el resultado (estos son, la vía y los medios para salvar al bien jurídico en amenaza), y c) la posibilidad real-física de evitar el resultado.

Welzel precisa que la no evitación del resultado sólo puede equipararse a la producción activa del mismo cuando la ejecución de la acción habría evitado el resultado en un grado de probabilidad rayana con la certeza. Además, enfatiza que la omisión no causa nada; por tanto: "el autor de la omisión no es castigado por haber causado el resultado típico, sino por no haberlo evitado".¹⁶⁰ En este sentido, para Welzel, el tipo de la omisión impropia es un tipo especial de mandato y no un tipo de prohibición.

4. La característica de autor. Ésta es la parte del tipo que el juez debe llenar. Se refiere a la postura de garantía del omitente respecto al bien jurídico lesionado.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 292.

Welzel define la calidad de garante como: "[...] una especial y estrecha relación vital, unida íntimamente con el bien jurídico lesionado".¹⁶¹ Es decir, que la posición de garante implica un vínculo muy estrecho entre el omitente y el bien jurídico lesionado, nexo que puede nacer por diversas circunstancias. Considera¹⁶² como clases de la posición de garante las siguientes:

a) La posición de garante reconocida en un precepto jurídico. Aquí, Welzel recomienda que la responsabilidad del garante, aunque no se lea directamente en la ley, tiene que poder ser confirmada por la ley. Como ejemplo de este tipo de situación de garante se menciona el deber de protección y asistencia entre parientes cercanos.

b) La posición de garante proveniente de una aceptación efectiva. Como subclases se señalan el contrato y los favores. Respecto de los contratos, Welzel hace la siguiente aclaración: "[...] ha de tenerse en cuenta que el deber de garante no es idéntico con un deber contractual vigente. Más bien, es decisivo el asumir fáctico de la posición de deber correspondiente al contrato; la posición de garante surge sólo sobre la base del asumir fáctico, y ciertamente, sólo cuando comienza la situación de peligro, de cuyo manejo esté encargado el garante".¹⁶³ Así, más que haber firmado el contrato, lo realmente importante para los efectos de la posición de garante es el haber acudido fácticamente a cumplir con él.

c) La posición de garante puede nacer por un actuar precedente peligroso, lo

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 292-293.

¹⁶² *Cfr. Welzel, Derecho penal alemán*, pp. 293-301.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 295.

que Welzel denomina, también, como ingerencia.

Welzel plantea el caso del actuar precedente peligroso o ingerencia como un problema insoluble, toda vez que no existe un acuerdo doctrinal respecto al límite de su procedencia. Rudolphi,¹⁶⁴ por ejemplo, admite la postura de garante sólo en el caso de una acción previa contraria al deber, no necesariamente culpable. Otros autores, como Welp,¹⁶⁵ quieren derivar una posición de garante de acciones antijurídicas, afectas a riesgo adecuado al derecho y justificadas. Esta última postura es demasiado amplia.

El tratadista alemán observa que como consecuencia de una mayor interdependencia producto de una vida social moderna gana una mayor significación junto a la ingerencia la "responsabilidad por situación"¹⁶⁶ respecto a un determinado ámbito de señorío. De acuerdo con este criterio, para fincar la responsabilidad por garante debe investigarse a quién pertenece el ámbito de señorío social en que sobreviene el peligro de un resultado típico. Por ejemplo, la responsabilidad del capitán de un barco por la sobrevivencia del polizón descubierto, a pesar de que él no creó el peligro de muerte por inanición.

Welzel aconseja poner restricciones en el caso de la ingerencia, sobre todo en los casos en que entre la puesta en peligro y la producción del resultado se interpone el actuar responsable de un tercero. En su concepto, no puede fundamentar la especial responsabilidad de garante un actuar previo conforme a derecho, o bien, un

¹⁶⁴ Cfr. Rudolphi, citado por Welzel, Derecho penal alemán, p. 297.

¹⁶⁵ Cfr. Rudolphi y Welp, citados por Welzel, *op. cit.*, p. 297.

¹⁶⁶ Welzel, *op. cit.*, p. 297.

comportamiento anterior que observe el cuidado requerido en el ámbito de relación.¹⁶⁷

d) La posición de garante puede provenir de una especial relación de lealtad.

Expresa Welzel que este grupo constituye, junto a la ingerencia, el más problemático. Como subgrupos señala las especiales comunidades de vida, de peligro y los deberes de aclaración en el ámbito de relaciones comerciales estrechas, en las cuales una parte depende de la honradez de la otra.

5. El no impedir el resultado típico por parte del garante debe corresponder al contenido social de sentido de la acción típica del delito de comisión respectivo. Por ejemplo, el matar o causar la muerte de una persona tiene el mismo contenido de desvalor social que el no impedir su muerte.

b. Postura de Maurach

Maurach asevera que el impropio delito de omisión presupone los elementos siguientes:

a) la producción del resultado causado por la no intervención del autor de la omisión (característica del tipo); b) la presencia de las circunstancias fundamentadoras del deber de evitar el resultado (característica del tipo); c) el propio deber de evitar el resultado fundado en esas circunstancias (característica del delito); d) el omitir el hacer ordenado

¹⁶⁷Cfr. Welzel, *op. cit.*, p. 298.

(característica del tipo).¹⁶⁸

Como puede observarse, Maurach incluye dentro del tipo de esta clase de delitos, elementos similares a los incluidos por Welzel, con la salvedad de que aquí Maurach nos habla ya del deber de evitar el resultado, el cual claramente precisa que lo considera característica del delito.

Según Maurach, el deber de evitar el resultado representa una consecuencia derivada e independiente de los datos reales que lo producen. Dichos datos fundadores del deber de evitar el resultado son considerados por el autor en cita como características propias del tipo objetivo, y por tanto, abarcados por el dolo. Por el contrario, el deber derivado de ellas lo considera, como ya vimos, característica del delito y, por tanto, libre de dolo, situada fuera del tipo.

Por otra parte, Maurach aclara que no todo deber de acción constituye a la vez un deber de evitación del resultado:

Una responsabilidad de garantía únicamente surgirá en virtud de deberes personal y objetivamente especializados:

a) La función de garantía implica una *posición especial* del afectado por la obligación, frente a la masa de los restantes sujetos. Una tal posición únicamente puede surgir en virtud del directo llamamiento al sujeto respectivo [...]

b) La también requerida *especialización objetiva* estriba en que al sujeto no solamente se le

¹⁶⁸ Maurach, *op. cit.*, p. 282.

impone un "simple deber de acción", esto es, un simple deber de actuación, sino un deber precisamente dirigido a evitar el resultado típico que amenaza: el especialmente obligado debe responder frente a la sociedad de que el resultado no se producirá.

c) En estas características personal (a) y objetiva (b) se encierra, a su vez, *la delimitación entre omisión propia e impropia...* en los impropios delitos de omisión, la ley por la objetiva y personalmente incrementada esfera de deberes, tiene derecho a exigir la evitación del resultado, y a equiparar el garante que omita contrariamente a su deber, al autor de un hecho comisivo.¹⁶⁹

De acuerdo con Maurach, quien se encuentre en la posición de garante tiene ante la sociedad el deber de ejecutar una acción tendiente a evitar el resultado, de tal modo que si no la ejecuta, puede atribuírsele dicho resultado como si lo hubiese producido activamente.

Respecto de la fundamentación del deber de evitar el resultado, Maurach expresa que únicamente los deberes dotados de una base jurídica pueden merecer la consideración de deberes de garante. Manifiesta que el concepto de deber jurídico ha de ser entendido en sentido amplio. Como deberes jurídicos comprende a las obligaciones derivadas de la ley, del derecho consuetudinario; también abarca aquellas obligaciones que únicamente nacen en virtud del más concreto examen de la situación respectiva; tal es el caso de las originadas por aceptación efectiva, por conducta anterior peligrosa o por especiales comunidades de vida o de peligro.¹⁷⁰ Sin embargo, para Maurach la fundamentación del deber de evitar el resultado también puede conseguirse, con mayor amplitud y naturalidad, acudiendo a otros

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 284 y 285.

¹⁷⁰ *Cfr. Maurach, op. cit.*, p. 283.

criterios, y no necesariamente a los antes mencionados.

1. Fundamentación legal

De acuerdo con Maurach, aunque Feuerbach confirió a la ley el papel central de fundamento del deber de garantía, la importancia atribuida a la ley como fundamento del deber de evitar el resultado se ha visto modificada. De tal modo que la dogmática moderna ha abandonado tal relación. Se prefiere más una fundamentación en lo fáctico que en lo jurídico.

2. Fundamentación por libre aceptación

Más que una aceptación contractual, Maurach considera como criterio decisivo para fundamentar el deber de evitar el resultado "la aceptación real de una especial esfera de deberes ligada a la evitación del resultado".¹⁷¹ En este sentido, el deber de evitación ya no se hace depender de cuestiones jurídico-civiles no esenciales para el derecho penal. Maurach señala que tal consideración permite incluir las especiales relaciones de confianza, ya se encuentren basadas en contratos o bien sean de naturaleza meramente fáctica.

3. Fundamentación por comunidades de vida y de peligro

Conforme con este criterio, cada uno de los miembros de tales colectividades está obligado a evitar los peligros adecuados para los restantes integrantes. En

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 287.

concepto de Maurach, "Se trata, de un principio que no sólo amplía peligrosamente la responsabilidad penal, sino que extiende además la 'íntima solidaridad' a ámbitos de la vida, que, conforme a la clara voluntad expresa de otras ramas del derecho, no deberían dar lugar a tales vínculos".¹⁷²

Cabe señalar en este espacio que Bacigalupo también comparte esta apreciación de Maurach. Él no está de acuerdo con el criterio de la "estrecha relación de vida" como fuente del deber de actuar, porque en su concepto "Esta extensión supera la amplitud admitida por el principio de legalidad".¹⁷³

4. Fundamentación por hecho anterior

También se toma como fundamento de una posición de garante la creación de peligro para un bien jurídico, proveniente de la realización de una acción precedente.

Para Maurach:

Es necesaria y suficiente una acción precedente de cualquier naturaleza, creadora o elevadora del peligro. Su calificación jurídica no interesa. Resulta irrelevante el que la acción precedente se haya cometido conforme o contrariamente al derecho, con o sin culpa, y el que represente o no un hecho punible. También simples actos de cortesía, como el acompañar a un anciano a cruzar la calle, pueden producir efecto fundamentador de la garantía.¹⁷⁴

¹⁷² *Ibidem*, p. 288.

¹⁷³ Bacigalupo, Enrique. Lineamientos de la teoría del delito, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 163.

¹⁷⁴ Maurach, *op. cit.*, p. 289.

Cabe precisar que Bacigalupo, a diferencia de Maurach, restringe más esta fuente, porque para él, la ingerencia sólo fundamentará un deber de evitar el resultado, cuando el peligro originado por la conducta ha sido *previsible y evitable* en el momento en que se efectuó.¹⁷⁵ También expresa que el deber se extiende a evitar los resultados que puedan aparecer causalmente vinculados con la acción precedente, siempre y cuando sean adecuados al peligro creado. Así, manifiesta: "[...] si el resultado no es adecuado, no se estuvo tampoco obligado a evitarlo".¹⁷⁶ De esta forma, el autor en cita utiliza el criterio de la teoría de la adecuación, no para establecer la relación de causalidad, sino para establecer el límite del deber de actuar proveniente de la ingerencia.

Jescheck también pone límites a la ingerencia como fundamento del deber de actuar: en este sentido, exige que el hacer previo sea objetivamente antijurídico, aunque no sea culpable.¹⁷⁷

Como puede observarse, a diferencia de Maurach, existe en otros autores el afán de restringir a la ingerencia como fundamento del deber de evitar el resultado. Pero además, existe en general una tendencia dirigida a restringir los casos de comisión por omisión al mínimo posible; inclusive, se considera factible una atenuación de la pena de carácter facultativo respecto de tales delitos.

¹⁷⁵ Cfr. Bacigalupo, Lineamientos de la teoría del delito, p. 161.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 162.

¹⁷⁷ Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal. Parte general, 4ª. ed., traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993, pp. 568-569.

c. Postura de Bacigalupo

Bacigalupo¹⁷⁸ expresa que los elementos del tipo impropio de omisión provienen, en primer término, por lógica consecuencia, del respectivo tipo comisivo: el resultado no evitado. Los restantes coinciden con los elementos de los delitos de omisión propia:

1. La situación típica generadora del deber. Esto es, la posición de peligro real para el bien jurídico;
2. La no realización de la acción salvadora del bien jurídico, y
3. El poder de hecho para evitar el resultado.

Por último, la posición de garante que constituye un elemento de la autoría, no escrito y de carácter esencial.

Según Bacigalupo: "Lo que importa en la teoría de la posición de garante es qué circunstancias determinan la relación de garantía entre el autor y el bien jurídico, que constituye el hecho en típicamente adecuado a un tipo de comisión".¹⁷⁹

Respecto de los casos determinantes de la posición de garantía, Bacigalupo¹⁸⁰ hace una distinción: en la primera forma, el sujeto aparece "puesto" como defensor de uno o más bienes jurídicos contra todo ataque que pudieran sufrir; en la segunda forma, se trata de la custodia del peligro proveniente de una fuente determinada, en

¹⁷⁸ Cfr. Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, pp. 124 y 125.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 142.

¹⁸⁰ Cfr. Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, p. 143.

relación con todo bien jurídico que pudiera resultar afectado por ella.

En lo tocante a la primera forma, la posición de garante se finca en la relación estrecha existente entre el sujeto garante y el titular del bien jurídico.

Como subgrupos de esta primera forma, Bacigalupo señala la aceptación efectiva de un deber de cuidado del bien jurídico, la relación proveniente de una determinada comunidad de vida y las especiales relaciones de confianza. Respecto de estas últimas, especifica que pueden ser relaciones de confianza permanentes o temporales.

Aclara también que el deber de acción para la protección del bien jurídico puede emanar de una ley o un contrato; sin embargo, lo que realmente determina el deber es el grado de intimidad de la relación del sujeto garante con el bien jurídico a asistir. Intimidad proveniente de la relación social entre ambos.

En la segunda forma de aparición de la posición de garante, consistente en la custodia de una fuente determinada de peligro, se especifica que no es esencial la relación estrecha del omitente con el titular del bien jurídico. Por el contrario, la posición de garante se encamina a proteger cualquier bien jurídico frente a las lesiones que pudieran sobrevenir de la fuente de peligro que se tiene a cargo. En este supuesto, el deber de protección se restringe sólo a los daños provenientes de dicha fuente.

Bacigalupo menciona como ejemplos de esta segunda forma de aparición de

la postura de garantía, la situación de los bomberos o policías, que tienen una posición monopólica de cuidado de ciertas fuentes de peligro. Asimismo, aquellos casos en que el peligro se deriva de la posesión de cosas materiales, como es el tener animales feroces o venenosos.

Otro subgrupo de esta segunda forma es la ingerencia, o sea, el hecho anterior peligroso. Pero Bacigalupo aclara que el hecho anterior tiende a ser restringido como fundamento de un deber de garantía.

En suma, para el autor en estudio, en los delitos de omisión impropios y en los delitos de omisión propios el mandato tiene el mismo contenido: la función de defensa del bien jurídico. Lo que los hace diferentes es la posición del autor.

Por otro lado, Bacigalupo también habla de cuáles son los presupuestos de la posición de garante, denominados por Welzel bajo el concepto de "poder final del hecho" o "capacidad para la evitación del resultado". Según Bacigalupo, son presupuestos porque sin ellos la posición de garante queda excluida, de tal suerte que la capacidad para evitar el resultado actúa como presupuesto y a la vez como límite de la posición de garantía. Por tanto: "Se puede ser garante solo en la medida en que se está en condición de evitar el resultado y a su vez se es garante hasta el límite de esa posibilidad".¹⁸¹

En general, coincide con Welzel respecto a los elementos que componen el

¹⁸¹ Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, p. 149.

poder de hecho para evitar el resultado. Dichos elementos¹⁸² son:

a) La posibilidad física real de evitar el resultado, de tal modo que nadie puede garantizar más allá de lo que la misma naturaleza permite. Esta posibilidad, según Bacigalupo, puede extenderse dependiendo de los conocimientos o habilidades que se tengan.

Para la determinación de la posibilidad de evitar el resultado, Bacigalupo aconseja, al igual que Welzel, efectuar un juicio causal hipotético que permita sostener la evitación del resultado con una seguridad rayana en la certeza.

b) Presupuestos intelectuales de la capacidad de evitar el resultado. Son determinadas circunstancias que el autor debe conocer para ser responsable de un delito de comisión por omisión. Tales circunstancias son las siguientes:

1. Conocimiento de la situación típica. Sostiene Bacigalupo, al igual que Welzel, que debe tratarse de un conocimiento real, concreto, actual de la situación de peligro.

2. Conocimiento de los medios. Un conocimiento potencial de los medios es suficiente. Menciona el autor en análisis que cuando se afirma la capacidad para realizar una acción determinada, no se requiere comprobar la existencia del conocimiento de los medios para realizar la acción.

¹⁸² Cfr. Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, pp. 149-152.

C. Parte subjetiva del delito impropio de omisión

El tipo subjetivo del delito impropio de omisión se guía por la estructura típica del hecho comisivo, de tal forma que si el tipo de comisión sólo puede ser realizado dolosamente lo mismo regirá para la comisión por omisión.

El dolo en los delitos de comisión por omisión debe referirse a todas las características del tipo objetivo, al igual que en las demás formas de ejecución del delito.

De acuerdo con Bacigalupo,¹⁸³ el dolo del delito de omisión impropia se integra por:

1. La finalidad del obrar del autor, no dirigida a la realización de la acción ordenada;
2. El conocimiento de la situación de hecho generadora del deber de actuar; es decir, el conocimiento de la amenaza de producción del resultado, y
3. El conocimiento del poder final de hecho, de la capacidad para evitar el resultado.

El error sobre alguno de los elementos esenciales del dolo; por ejemplo, sobre la situación generadora del deber, o bien, sobre la propia capacidad de evitar el resultado, tiene el efecto de eliminar el dolo. Si el respectivo delito comisivo es punible por culpa, puede acordarse la misma.

¹⁸³ Cfr. Bacigalupo, Lineamientos de la teoría del delito, p. 166.

Welzel, Maurach y Bacigalupo aceptan la culpa en el delito de comisión por omisión. Entre otros casos, cuando hay reprochable desatención del autor en el planeamiento o en la ejecución de la acción para impedir el resultado, o bien, en el enjuiciamiento de la situación típica. Sin embargo, Welzel precisa que "no cabe considerar culpa cuando el omitente no ha reconocido su posición de garante".¹⁸⁴

Para la mayoría de autores finalistas, el error sobre el deber de evitar el resultado no elimina el dolo y se considera un error de prohibición.

IV. CULPABILIDAD

La culpabilidad en la teoría finalista de la acción es "reprochabilidad". Es el reproche que se le formula al autor de la acción típica y antijurídica por haber procedido con plena conciencia de la antijuridicidad y por no actuar en consecuencia; es decir, conforme a lo ordenado por el derecho.

El objeto sobre el que descansa el reproche es la voluntad del agente, su resolución, su autodeterminación contraria al derecho. Por ello, dice Welzel: "Culpabilidad es 'reprochabilidad' de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto 'culpabilidad de voluntad'. Sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad".¹⁸⁵

¹⁸⁴ Welzel, Derecho Penal Alemán, p. 307.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 198.

Se reprocha al agente en específico su voluntad dirigida al "injusto" cuando podía orientarla según contenidos de deber ser obligatorios.

Los finalistas consideran que en este "poder en lugar de ello" del autor, en relación con su resolución de voluntad antijurídica, radica la sustancia, la esencia de la culpabilidad. Aquí se fundamenta el reproche personal, por conducto del juicio de culpabilidad.

1. Culpabilidad y libre albedrío

En concepto de Welzel, presupuesto de la culpabilidad es el libre albedrío. Reconoce tres aspectos distintos de esta problemática: uno antropológico, otro caracterológico y finalmente uno categorial.

A. Aspecto antropológico

En este aspecto Welzel especifica que la distinción fundamental entre los animales y los humanos no es una mayor evolución del instinto en favor de estos últimos, sino es precisamente el deterioro de las formas innatas, instintivas de acción. El hombre producto de ello se hizo más vulnerable y tuvo que compensar tal pérdida con un mayor desarrollo mental, de tal modo que las formas heredadas de conducta fueron sustituidas por la adquisición de un pensamiento racional.

Expresa Welzel: "A la 'libertad existencial y desvinculación de lo orgánico' (Scheler) corresponde como característica positiva del hombre, la vinculación de su

espíritu a los criterios de la verdad, del sentido y del valor, de acuerdo a los cuales tiene que dirigir por sí mismo su conducta mediante actos responsables. El hombre es un ser responsable o más (exactamente) un ser erigido sobre la propia responsabilidad..." Y agrega: "Al hombre no le es dado biológicamente el orden de su configuración existencial como en los animales, sino que le está confiado de modo responsable, como sentido obligatorio de la vida".¹⁸⁶

Comparte tal criterio Howard Selsam, para quien el hombre es un animal netamente ético: "No vive ni actúa sin desplegar algún esfuerzo para explicar que tanto lo que hace como el modo en que lo hace es justo y recto".¹⁸⁷

Es innegable la observación de Selsam en el sentido de que el hombre es el único animal en la tierra que tiene la capacidad racional de emitir juicios morales, de tal suerte que a ciertos modos de conducta los califica de "justos" o "rectos", y a otros de "injustos" o "incorrectos". Hasta los hombres más primitivos trataron de encontrar razones que justificaran sus formas de actuar, sus normas de conducta.

B. Aspecto caracterológico

Para Welzel, al suprimirse nuestras formas innatas de conducta y al estructurarse un yo como centro responsable, ha provocado que nuestra estructura anímica tenga una pluralidad de estratos. Así, nos habla de un "estrato profundo" comprensivo de los impulsos vitales de la conservación de la especie, de las

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 203.

¹⁸⁷ Selsam, Howard, Ética y progreso, México, Grijalbo, Colección 70, 1968, p. 7.

pasiones, de los deseos, de las aspiraciones, de los intereses, etcétera, que afectan al yo y tratan de impulsarlo a una acción, apareciendo el hombre como víctima pasiva de sus impulsos.¹⁸⁸

De acuerdo con Welzel, sobre estos impulsos del "estrato profundo" se encuentra la "mismidad" como centro regulador de los impulsos, a los cuales dirige conforme a sentido y valor.

A diferencia de la dirección de la acción, esto es, de la dirección del proceso causal externo, se trata aquí de la dirección de los impulsos del ánimo.

Para el tratadista en cita, los impulsos pueden dirigirse de acuerdo a un sentido y valor: de tal modo que pueda actuarse en la vida en forma responsable, adecuada, justa. Al respecto precisa: "[...] la significación insustituible de la función de dirección de la voluntad, orientada por el sentido, reside en que abre la puerta a una nueva orientación de la vida humana de acuerdo con la rectitud, el sentido y el valor, y con eso hace posible la regulación de sus impulsos por parte del hombre, lo que le está confiado de modo responsable después de la reducción de los instintos biológicos".¹⁸⁹

C. Aspecto categorial

Según Welzel, el ser humano, por ser un animal ético, está caracterizado por

¹⁸⁸ Cfr. Welzel, Derecho penal alemán, p. 204.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 206.

la autorresponsabilidad. Existencialmente se encuentra en la situación de dirigir sus actos conforme a sentido y no dejarse arrastrar por la dependencia causal de sus impulsos.

En este orden de ideas, libre albedrío es para Welzel la capacidad de poderse determinar conforme a sentido, el uso de la libertad para actuar conforme a derecho. En consecuencia, existe culpabilidad cuando el sujeto era capaz de dirigir su acto conforme a un sentido justo y se decide por el injusto; es decir, cuando se deja llevar por sus ímpetus, por sus impulsos anímicos y no deja aflorar su sentido de autorresponsabilidad, encontrándose en aptitud de hacerlo. De este modo, se finca el reproche de culpabilidad que posteriormente se traduce en una pena.

2. Elementos de la culpabilidad

Frank, al proponer una noción valorativa o normativa de la culpabilidad, plantea tácitamente la necesidad estructural de trasladar el dolo, como objeto de valoración, del campo de la culpabilidad, al del tipo. Más tarde, con las aportaciones doctrinales de Von Weber y Graf Zu Dohna, se purifica el elemento culpabilidad al separarse el juicio de valoración, por un lado, y el objeto valorado, por el otro.

Se consideró, además, que el conocimiento como elemento del dolo, abarca sólo la representación de las características del tipo objetivo, no así la antijuridicidad; ello, por no constituir una característica de éste; en consecuencia, el conocimiento de la oposición al derecho tenía que trasladarse del ámbito del dolo al terreno de la culpabilidad.

Consecuentes con sus postulados, los finalistas conciben el elemento culpabilidad como pura reprochabilidad, integrado solamente por elementos valorativos. Tales elementos son: la imputabilidad, la posibilidad del conocimiento del injusto y la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma.

A. La imputabilidad

Welzel también denomina a la imputabilidad, "capacidad de culpabilidad", y entiende por ella la capacidad del autor de comprender lo injusto del hecho y de determinar su voluntad en consecuencia, esto es, conforme a derecho. Por tanto, la capacidad de culpabilidad tiene, según Welzel, dos momentos: uno intelectual y otro volitivo. El primero, relativo a la capacidad de comprensión de lo injusto; el segundo, concerniente a la capacidad de determinación de la voluntad de acuerdo con la norma.

Para constatar esta capacidad se utilizan ciertos criterios como son la edad, el normal desarrollo físico-mental, el grado de madurez, etcétera. Así, Welzel manifiesta: "La capacidad de reconocer el injusto y de obrar en consecuencia presupone la integridad de las fuerzas mentales superiores de una persona, que son las únicas que posibilitan la existencia de una personalidad responsable".¹⁹⁰

En presencia de verdaderas enfermedades mentales se acepta una exclusión de la culpabilidad por lo que respecta al elemento volitivo; es decir, a la capacidad de dirección de la voluntad conforme a sentido. En consecuencia, se aplican las

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 218.

reglas de la incapacidad de culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de trastornos mentales transitorios se observan las de la capacidad disminuida.

En tratándose del elemento intelectual, cuando el autor no tiene la capacidad de poder reconocer que su hecho constituye una transgresión de las normas sociales indispensables para la vida en colectividad, entran en juego las reglas del error de prohibición. Se excluye la culpabilidad por existir un desconocimiento inevitable de la antijuridicidad. Se está en presencia de un error de prohibición no evitable.

B. Posibilidad de comprensión de lo injusto

La culpabilidad es reprochabilidad, reprochabilidad de la estructuración antijurídica de la voluntad del caso concreto. Al sujeto se le reprocha el haber conformado su voluntad en forma contraria al derecho y no conforme a sentido. Pero para formular este reproche el sujeto no sólo debe ser imputable, es decir, poseer capacidad de autodeterminación libre conforme a lo valioso, sino que debe, además, reconocer lo injusto de su hecho o haber podido reconocerlo.

En este sentido, el sujeto puede contar con capacidad de culpabilidad independientemente de que actúe o no; pero para poderle plantear un reproche de culpabilidad, además de tener esa aptitud, debe encontrarse en la situación concreta de reconocer la antijuridicidad de su hacer.¹⁹¹ Ello, en atención a un principio esencial de culpabilidad: no se puede reprochar al autor la decisión antijurídica a la acción si no pudo tener conciencia de la antijuridicidad.

¹⁹¹ Cfr. Welzel, Derecho penal alemán, p. 221.

En relación con el tratamiento del error sobre la antijuridicidad, existen diversas teorías que le dan una solución diferente en razón de la ubicación sistemática que le dan a la conciencia de la antijuridicidad: teoría del dolo y teoría de la culpabilidad.

Dentro de la teoría del dolo se ubica a la "estricta teoría del dolo", en la cual se postula que el conocimiento del injusto debe ser actual, o sea que el sujeto tiene que percibir efectivamente que tales hechos son ilícitos. Asimismo, se ubica a la "limitada teoría del dolo", la cual considera que el conocimiento del injusto no necesariamente debe ser actual, basta que se dé potencialmente; dicho de otra forma, que el sujeto esté en posibilidad de conocer el significado de su acción. En relación con la teoría de la culpabilidad, en ella se cuenta con la "estricta teoría de la culpabilidad", en la que el conocimiento del injusto es elemento de la culpabilidad y no del dolo (éste ya fue separado de la culpabilidad y reubicado en la acción con un contenido determinado por dos elementos). El conocimiento del injusto, por tanto, va a ser elemento determinante en la existencia o inexistencia de la culpabilidad, pero en nada afectará al dolo. También forma parte de esta segunda teoría la "limitada teoría de la culpabilidad", que a veces relaciona el conocimiento del injusto con el dolo y a veces con la culpabilidad, lo cual crea inconsistencias sistemáticas, y, por tanto, genera confusión.

La teoría del dolo pertenece a la corriente causalista. Concibe al dolo como dolo malo, dolo con conciencia de la antijuridicidad. Ubica al dolo en el elemento culpabilidad. Al pertenecer la conciencia de la antijuridicidad al dolo de tipo, si falta en el autor esta conciencia, el dolo queda excluido, a pesar de existir en él pleno

conocimiento de las características del tipo objetivo. Por tanto, el error sobre la antijuridicidad en esta tesis tiene los mismos efectos que el error de tipo, excluye el dolo.

Welzel critica esta teoría del modo siguiente:

La teoría del dolo no advierte que el dolo es el objeto del reproche de culpabilidad y que por eso pertenece a la acción y al tipo, mientras que la conciencia de la antijuridicidad sólo es una parte integrante de la reprochabilidad. La conciencia de la antijuridicidad no es algo que le sea reprochado al autor, sino la razón por la cual al autor le será reprochado el dolo antijurídico. Al autor se le reprochará su decisión de acción antijurídica, porque podía reconocer su antijuridicidad y, por consiguiente, porque podía omitirla. De esto se deduce que el conocimiento de lo injusto no es un elemento del dolo, sino únicamente de la reprochabilidad.¹⁹²

Esta teoría, según Welzel, pretende solucionar el caso de desconocimiento culpable de la antijuridicidad de la conducta mediante la comisión culposa del hecho, esto, cuando el derecho penal prevé tal forma de realización del delito. En su concepto, ello es erróneo, toda vez que existe una diferencia tajante entre una acción dolosa cometida con error de prohibición culpable y la comisión culposa de un hecho. En el primer caso, el contenido de decisión se dirige a algo antijurídico; en el segundo caso, el contenido de voluntad es irrelevante y se atiende sobre todo a la ejecución defectuosa de la voluntad. En su opinión, sólo debe disculparse una realización antijurídica típica dolosa cuando el error de prohibición no era culpable, esto es, era inevitable.

¹⁹² *Ibidem*, p. 227.

En relación con la teoría de la culpabilidad, y en específico con la teoría "estricta de la culpabilidad", Welzel señala que, en ella, la culpabilidad es igual a reprochabilidad. Dicha teoría parte de la idea de que el hombre, al pertenecer a una determinada comunidad social y jurídica, debe tener una conciencia jurídica común, como elemental deber de convivencia. De tal forma que, respecto de todo lo que piense hacer, debe verificar primero que no se contraponga con las normas jurídicas de la comunidad a la que pertenece, que sea compatible con sus normas legales.

En esta tesitura, el concepto de culpabilidad descansa en el principio de la responsabilidad, conforme al cual, todo sujeto es responsable de sus acciones dentro de los límites de su capacidad de comprensión ético-social.

Se le reprocha al sujeto su decisión antijurídica al actuar, siempre que haya podido tener conciencia de lo injusto de su proceder y servirle de contramotivo. Por tanto, el sujeto no sólo responde por un conocimiento actual de la antijuridicidad de su acción, sino también por un conocimiento potencial.

Esta teoría aplica diversos grados materiales de culpabilidad, de tal forma que la reprochabilidad respecto de la comisión dolosa de un delito es distinta de la correspondiente a una comisión culposa. Tampoco da el mismo tratamiento a los delitos dolosos cuando en uno privó un error de prohibición evitable y en otro un error de prohibición inevitable. En el primer caso, donde el sujeto pudo conocer lo injusto de su hacer, atenúa la culpabilidad; en el segundo, donde el sujeto no tuvo oportunidad de conocer la antijuridicidad de su proceder, excluye la culpabilidad. En ambos casos, el error de prohibición impide que el autor advierta que su acción

típica lesiona el orden jurídico.

Se opera aquí, evidentemente, con un concepto de dolo natural, ubicado en el tipo y privado de la conciencia de la antijuridicidad, conciencia que forma parte del reproche de culpabilidad, del "poder en lugar de"; por tanto, un error sobre esta conciencia no afecta al tipo y tampoco da lugar a la culpa. La exclusión del dolo sólo se produce en presencia de un error sobre una circunstancia objetiva del tipo, lo cual llevaría a la culpa de encontrarse prevista, ello siempre que el error fuera evitable. De ser dicho error inevitable, excluiría el dolo y la culpa.

Welzel comparte los postulados de la teoría de la culpabilidad en su vertiente "estricta", al expresar:

El principio de la responsabilidad, a los ciudadanos, por una parte, los hace responsables de que el contenido de la decisión de voluntad no sea antijurídico (en cuanto el actor podía reconocer la antijuridicidad, de acuerdo a la medida de su capacidad de comprensión ético-social) y, por otra parte, respecto de la realización cuidadosa de decisiones irrelevantes jurídicamente, les limita su responsabilidad a la consideración de peligros para bienes jurídicos especialmente importantes. Con esto, la teoría de la culpabilidad fija con claridad, positiva y negativamente, las fronteras de la responsabilidad ético-social de la persona, mientras que el principio del conocimiento de la teoría del dolo no está en situación de hacerlo.¹⁹³

¹⁹³ *Ibidem*, p. 230.

C. Exigibilidad de la conducta adecuada a derecho.

En la corriente finalista del delito el sujeto para ser culpable no sólo debe ser imputable y haber ejecutado el hecho consciente de su antijuridicidad, sino que debe además haber procedido en circunstancias normales que no hayan alterado su motivación. Esto es, el sujeto debe haberse encontrado en la situación ordinaria concreta de autodeterminarse conforme a la conducta ordenada en la norma.

Como puede observarse, es la existencia de circunstancias normales al momento de actuar lo que completa el "poder en lugar de ello" del autor respecto de su acción típica y antijurídica. Porque si el sujeto ha actuado en circunstancias extraordinarias de motivación, que debilitan fuertemente la posibilidad de una orientación conforme a la norma, el "poder en lugar de ello" es relativo; en consecuencia, no servirá de sólido apoyo al reproche jurídico penal.

La denominada "no exigibilidad de la conducta adecuada a derecho" se basa en la concepción del hombre como un sujeto normal, un sujeto que en circunstancias extraordinarias no se espera que actúe como un héroe, sino como un ser humano cualquiera. Un tratamiento diferente se le da a aquellas personas que por cuestiones profesionales deben sufrir riesgos más allá de los normales; por ejemplo, los bomberos, los salvavidas, los soldados, los socorristas, etcétera.

La "no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma" no es una excluyente de culpabilidad como la inimputabilidad o el error de prohibición inevitable, sino una causa de exculpación de naturaleza fáctica. Es una indulgencia que el ordenamiento

jurídico otorga al autor, porque en las circunstancias en las que actuó, cualquier miembro de la comunidad hubiera hecho lo mismo.

Existen diversos supuestos de no exigibilidad. El caso más importante de no exigibilidad de la conducta conforme a derecho es el estado de necesidad exculpante.

Welzel ¹⁹⁴ señala como características del estado de necesidad exculpante, las siguientes:

- a) La situación de estado de necesidad sólo existe respecto del peligro actual para la integridad corporal o la vida. Por tanto, existe la necesidad de actuar de inmediato.
- b) Esta situación tiene que ser inculpable; esto es, no debe ser provocada con infracción del deber la necesidad de lesión de bienes jurídicos ajenos.
- c) La acción en estado de necesidad debe representar el último recurso del cual se dispone para salvar el bien en peligro. Entre varias posibilidades debe elegirse el mal menor y perseguirse siempre el fin de salvación.
- d) Las acciones ejecutadas en tales circunstancias no pueden ser reprochadas culpablemente a su autor por inexigibilidad de la conducta adecuada a derecho.

Otros supuestos de no exigibilidad son: el estado de necesidad por coacción,

¹⁹⁴ Cfr. Welzel, Derecho penal alemán, pp. 250 y 251.

dentro del que encontramos a la vis compulsiva y a la amenaza. Welzel también menciona el estado de necesidad exculpante supralegal, en el que "[...] la obediencia al derecho implicaría al autor un sacrificio tan grande, que no se le puede exigir en general una conducta conforme a derecho en consideración al instinto de conservación".¹⁹⁵

3. Teoría de Maurach: atribuibilidad

En suma, la construcción de la culpabilidad finalista es puramente normativa. Sus elementos, como hemos podido apreciar, son en esencia valoraciones. Maurach, también comparte esta idea cuando expresa:

La imputabilidad contiene el juicio sobre la general capacidad de motivación del autor: de la posibilidad del conocimiento del injusto se deriva que también en el caso concreto, podía el autor imputable conocer el carácter antisocial de su hacer; por último, la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma priva al autor del pretexto de invocar una situación de necesidad excluyente de todo reproche. Cada una de estas componentes contiene un juicio desaprobatorio de distinta naturaleza, su concurrencia da constancia de un no responder del autor a las exigencias del Derecho, que le debe ser atribuido.¹⁹⁶

Sin embargo, para Maurach, el contenido que la teoría finalista del delito otorga al elemento culpabilidad impide concebir a este proceso de valoración como reprochabilidad personal. Por su forma de estructurarla, en concepto de Maurach, se trata de una reprochabilidad; pero, vista de manera general, no concreta.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 256.

¹⁹⁶ Maurach. *op. cit.*, p. 25.

Así, dentro de los elementos integrantes del concepto normativo de la culpabilidad sólo dos de ellos, en su concepto, permiten esa individualización: la imputabilidad y la posibilidad del conocimiento del injusto. Ambos significan indagaciones referidas a las potencias del autor concreto; la primera, referida al aspecto psíquico; la segunda, al aspecto anímico y moral.

En relación con el tercer elemento, es decir, con la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, Maurach considera que: "En las situaciones que sirven de base a la inexigibilidad no tiene lugar proceso de individualización alguno [...] Su efecto psicológico sobre el autor se dará por supuesto, se presumirá con carácter general: un examen de las fuerzas inhibitorias del autor no tendrá lugar".¹⁹⁷

Por otro lado, se percata de que el principio "culpabilidad es reprochabilidad" es demasiado estrecho para comprender al universo de personas sometidas al derecho penal. Tal concepción sería correcta si el derecho penal sólo puniera a los imputables, a los cuales se les puede fincar después del juicio de desvalor, el juicio personal de reproche, el juicio de culpabilidad. Pero al abarcar el derecho penal también a los inimputables, tal proceder ya no es factible. A éstos sólo se les puede exigir un cierto grado de responsabilidad; su conducta injusta debe también poderseles atribuir en forma personal; pero tal atribución no es equiparable aun a la culpabilidad.

Maurach propone el concepto de la atribuibilidad para superar las dos fallas de las cuales adolece, en su opinión, la construcción normativa de la culpabilidad

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 28.

propuesta por el finalismo.

A. Atribuibilidad como base general de la valoración del autor

Al criterio general de atribución personal del acto, que abarca tanto a imputables como a inimputables, Maurach lo denomina "atribuibilidad". La atribuibilidad implica que el acto debe ser atribuido a su autor.

Para Maurach,¹⁹⁸ es la atribuibilidad un concepto graduable, escalonado, contenedor de dos grados:

El primer grado de la atribuibilidad lo denomina *responsabilidad por el hecho*, que se presenta cuando se incumplen las exigencias dirigidas al término medio.

El segundo grado comprende *el juicio de reproche de culpabilidad*, originado por el incumplimiento de las exigencias impuestas al autor concreto.

En este orden de ideas, a los inimputables sólo se les puede atribuir una responsabilidad por el hecho, en tanto que a los imputables se les puede fincar un juicio de culpabilidad, el cual presupone la responsabilidad por el hecho.

Así, para Maurach, la atribuibilidad, si bien constituye siempre un juicio de desvalor, no representa necesariamente también un juicio de reproche; ello

¹⁹⁸ Cfr. Maurach, *op. cit.*, pp. 34-36.

dependerá de la clase de autor sometido a las reglas del derecho penal.

Maurach define a la atribuibilidad como "[...] aquella relación jurídicamente desaprobada del autor con su acto típico y antijurídico, que ofrece la base de las distintas posibilidades de reacción del juez penal".¹⁹⁹

a) Responsabilidad por el hecho. Primer grado de la atribuibilidad

En relación con la responsabilidad por el hecho, se desaprueba la falta de respuesta del autor al poder del término medio presumido por el derecho; de tal modo que el autor se comporta peor que cualquier otro en la situación concreta. Maurach no considera que deban indagarse en este primer grado la capacidad de culpabilidad ni la posibilidad del conocimiento del injusto, porque no se trata aún de un reproche. La responsabilidad por el hecho es base unitaria de la valoración tanto de un imputable como de un inimputable.

b) Culpabilidad. Segundo grado de la atribuibilidad

La culpabilidad es, en la teoría de Maurach, responsabilidad incrementada, no simple desaprobación, sino reproche. En consecuencia, requiere algo más en el autor: tanto imputabilidad como posibilidad de conocer la antijuridicidad de su proceder. En este segundo grado de la atribuibilidad no se compara el proceder del autor con el de los demás, sino con lo que de él mismo podía esperarse, considerando su capacidad de enjuiciamiento y dirección.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 34.

Maurach, en relación con los componentes de la culpabilidad, expresa: "[...] actúa culpablemente todo sujeto responsable (por su hecho) que comete su acto como imputable con la posibilidad de conocer el injusto; en último término, la culpabilidad es el reproche que se hace al autor por haber abusado de su imputabilidad en relación a un determinado hecho punible".²⁰⁰

c) Ausencia de responsabilidad. No exigibilidad de la conducta adecuada a derecho

La situación de necesidad –según Maurach– afecta no el juicio de reproche que es altamente personal, sino al juicio general efectuado al autor por no haber actuado conforme al término medio. En consecuencia, de concurrir una causa de no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, quedará excluido el primer grado de la atribuibilidad: esto es, la responsabilidad por el hecho. Para Maurach, esta es una cuestión que debe ventilarse antes de llegar al juicio de culpabilidad. Por tanto, los inimputables y los que actúan sin conocimiento del injusto pueden invocar la situación de necesidad reconocida en la ley, o sea, la exclusión de la responsabilidad por el hecho.²⁰¹

En este orden de ideas, Maurach ubica sistemáticamente a la no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma antes del elemento culpabilidad, fuera de ella; sistemáticamente hablando, la ubica en un punto intermedio entre la teoría de la antijuridicidad y la teoría de la culpabilidad.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 136.

²⁰¹ *Cfr. Maurach, op. cit.*, p. 48.

Lo exigible, así como lo no exigible, debe estar expresamente establecido en los preceptos penales. Así, la no exigibilidad, en opinión de Maurach, no constituye causa alguna suprallegal de exclusión de la responsabilidad.

Según Maurach, al igual que el elemento subjetivo de justificación de la voluntad de actuar conforme a derecho, en las causas de exclusión de la responsabilidad corresponde exigir una voluntad de salvación o autoconservación del autor contra el peligro inminente. Esta voluntad es una voluntad "natural", la cual no supone ni la imputabilidad ni la posibilidad de conocimiento del injusto, de tal suerte que dicha voluntad salvadora puede darse también en los sujetos inimputables. Lo cual prueba, en su concepto, que el tema de la exigibilidad debe ser resuelto antes de la culpabilidad.

B. Culpabilidad

Maurach afirma que la culpabilidad "[...] constituye exclusivamente un individualizador juicio de reproche contra el autor por su motivación contraria al deber, referida al acto, y evitable personalmente".²⁰² En este sentido, la culpabilidad es reprochabilidad personal, individual y concreta. Es un reproche que se le formula al agente por haberse decidido por el injusto, a pesar de que contaba con todos los elementos para actuar con apego a la norma.

Como consecuencia de su teoría de la atribuibilidad, Maurach considera como únicos presupuestos necesarios para el reproche, la imputabilidad del autor y la

²⁰² *Ibidem*, p. 92.

posibilidad del conocimiento del injusto del acto.

El autor en cita, al igual que Welzel, entiende que estos dos presupuestos no constituyen actuales representaciones psíquicas, sino puras valoraciones. La imputabilidad referida constitucionalmente al autor y el conocimiento del injusto, limitado al hecho concreto. Además, Maurach opina que no son independientes entre sí estos presupuestos (el segundo no es más que concreción del primero).²⁰³ Porque toda capacidad es para algo. Así, cuando el derecho penal exige una capacidad de conocimiento del injusto, es decir, una capacidad de culpabilidad, es precisamente para efectuar dicho conocimiento.

Como consecuencia de lo anterior, quedará excluido el elemento culpabilidad, ante la ausencia de alguno de sus dos presupuestos, ya sea la imputabilidad o la posibilidad del conocimiento del injusto del acto.

V. OPINIÓN PERSONAL

En este espacio primero se hablará de algunas de las incongruencias que en nuestro concepto existen en la construcción de la teoría finalista, y posteriormente se señalarán las repercusiones que las modificaciones introducidas por el finalismo tienen para el campo de la autoría y la participación.

La primera crítica que puede hacerse a la corriente penal antes estudiada es en el sentido de que en ella no existe una diferenciación de niveles, no hay una

²⁰³ Cfr. Maurach, *op. cit.*, p. 145.

distinción entre el mundo de las normas (mundo normativo) y el mundo de los delitos (mundo fáctico). Se efectúa una mezcla entre objetos conceptuales y objetos materiales. De tal modo que el tipo, mera normatividad, es analizado en la tipicidad, elemento del delito, facticidad pura. La acción, por su parte, se estudia antes del tipo, como acción pretípica, de acuerdo con lo cual pareciera que el tipo no la exige, cuando el tipo debe abarcarla.

Esta amalgama que hacen de la facticidad y la normatividad es la causa de muchas de sus contradicciones. Por ejemplo, en relación con el dolo cabe observar lo siguiente: si el dolo es, por su nueva ubicación, un elemento del tipo y, al mismo tiempo, por su identificación con la finalidad, un elemento de la acción, la incoherencia es fatal: el dolo es, simultáneamente ontológico y no ontológico, prejurídico y jurídico, pretípico y típico.

De acuerdo con lo anterior, el error no sólo deberá manejarse como atipicidad, sino también como ausencia de acción. Esto es, deberá plantearse el error de tipo como algo ontológico y no ontológico, prejurídico y jurídico, pretípico y típico.

En relación con el dolo, se tiene otra crítica. El dolo que en la teoría causalista se ubica en la culpabilidad se perdió, porque era el dolo del caso concreto, el dolo como ingrediente del delito, el dolo como proceso cerebral; por el contrario, el dolo que pasaron al tipo, es mera descripción general y abstracta de ese proceso cerebral; ello, porque en el tipo no pueden tener cabida ingredientes fácticos, sino puras descripciones. Este error de la teoría finalista viene a ser consecuencia de haberse

basado en la vieja estructura causalista, y también responde a su falta de distinción entre el mundo de los delitos (hechos) y el mundo de las normas (descripciones).²⁰⁴

En la doctrina finalista se habla también de "elementos subjetivos del tipo" o "elementos subjetivos del injusto", independientes del dolo, tales como intenciones, propósitos y ánimos especiales del autor del delito. Estos elementos, en nuestra opinión, forman parte del dolo; por tanto, no es válido hablar de ellos por separado. Tales elementos deben ubicarse en la conducta, específicamente en el dolo; no hay por qué fraccionar la subjetividad. La voluntad humana siempre es unitaria, nunca dividida, y de esa forma debe ser recogida por el legislador.

Por lo que respecta a la imputabilidad, cabe señalar que su ubicación sistemática no es adecuada, toda vez que la imputabilidad alude a una cualidad mental existente en el agente del delito; por tanto, no puede ser considerada elemento de la culpabilidad, sino del sujeto activo.

Otra crítica que puede hacerse es en relación con la calidad de garante, la cual no debe ser abordada en la omisión, sino en el sujeto activo, por existir tal calidad en él, por ser precisamente el sujeto activo el garante; por tanto, su problemática debe tratarse en ese espacio.

Por otra parte, cabe precisar que su concepción de la acción como acción con contenido de voluntad, como acción final, juega un papel muy importante en la

²⁰⁴ Islas Olga. Conferencia pronunciada en la Maestría de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de Tlaxcala.

construcción de esta corriente penal, de tal suerte que existe en ella un mayor desarrollo de la dogmática del delito doloso, que del delito culposo. Lo cual también se nota en la construcción de su concepto de autor, como podrá verse en el capítulo siguiente. El autor se caracteriza por tener un actuar final, un actuar con dirección de la causalidad, un actuar con "dominio". Además, únicamente se admite la participación dolosa en hecho principal doloso, o sea que para los delitos dolosos se maneja un concepto diferenciador (restrictivo) de autor y, por el contrario, en tratándose de los delitos culposos, se maneja un concepto unitario de autor.

Otras repercusiones que esta corriente penal genera en el campo de la autoría y la participación tienen que ver con el contenido y ubicación que le dan al dolo, de tal modo que la forma de resolver los casos en los cuales el autor material actúa con error, va a ser distinta de la que se maneja en la teoría causalista. Por ejemplo, si el autor material actúa con error de tipo o con error de prohibición, siendo persuadido por un tercero a que ejecute el acto, en la teoría causalista el efecto es el siguiente: se excluye en ambos casos el dolo, esto, porque manejan un dolo malo, un dolo valorado, pero, además, como a éste lo ubican en la culpabilidad y si se maneja una accesoriadad limitada como se estila en la mayoría de legislaciones, es decir, que para admitir la existencia de conductas de participación, el hecho principal debe ser típico y antijurídico; entonces, aquí, el sujeto con error será autor material, y el sujeto que lo manejó desde atrás será instigador.

La solución al caso antes planteado varía en la teoría finalista, porque el dolo que se maneja es un dolo natural, ubicado en el tipo, en tanto que la conciencia de la antijuridicidad se ubica en la culpabilidad; por tanto, las consecuencias que se

generan son diferentes si se trata de un error de tipo o de un error de prohibición. En el primer caso, el sujeto será considerado un instrumento, porque no habrá conducta principal típica; por tanto, el de atrás será considerado autor mediato. En el segundo caso, por haber conducta principal típica y antijurídica será autor material, y el de atrás será instigador.

Como ha podido observarse, las soluciones varían de una teoría a otra, en tratándose del error de tipo; en la teoría causalista, el de atrás será instigador, y en la teoría finalista, será autor mediato. Además, en la teoría finalista la solución es distinta dependiendo de la clase de error de que se trate, ya sea un error de tipo o de prohibición; en tanto que en la teoría causalista eso no importa, ambos errores reciben el mismo tratamiento.

CAPÍTULO CUARTO

CONCEPTO DE AUTOR

La corriente penal finalista elaboró su concepto de autor a partir de la denominada "teoría del dominio del hecho". Es Welzel el primer defensor con éxito de esta teoría. Dentro de la doctrina alemana defienden también la teoría del dominio del hecho Maurach, Roxin (aunque con ciertas diferencias), Wessels, Jescheck y Stratenwerth, entre otros. Dentro de la doctrina española tenemos a Gimbernat (aunque sólo la defiende para la figura de la autoría mediata), Bacigalupo y Luzón Peña, con ciertas diferencias, entre otros.

Welzel se refiere, por primera vez, a la teoría del dominio del hecho en un trabajo elaborado en 1939,²⁰⁵ donde sienta las bases de la misma, la cual deriva de su concepto final de acción.

Welzel considera que la teoría del autor forma parte de la teoría del injusto, de tal suerte que la teoría del autor tiene por finalidad precisar el centro personal de acción del injusto. Ello, como consecuencia de considerar al injusto como injusto

²⁰⁵ Cfr. Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 551.

personal; esto es, referido al autor. Precisa que son decisivos para la determinación del autor los fundamentos de la teoría del injusto, especialmente el tipo y sus límites; sobre todo, es esencial para efectuar dicha determinación de autor la diferencia típica entre los delitos dolosos y los culposos.²⁰⁶

Respecto al autor de un delito culposo, el tratadista en cita manifiesta: "[...] 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". Y agrega: "No existe, en el ámbito de los delitos culposos la diferencia entre autoría y participación".²⁰⁷ Por tanto, la problemática de la autoría y la participación únicamente deberá ventilarse por lo que respecta exclusivamente a los delitos dolosos comisivos. Esta limitación se deduce precisamente de su concepción final de la acción. La acción dolosa es la única que puede dirigirse finalmente y en cierta forma "dividirse". Lo que no podría suceder ni con la omisión ni con el deber de cuidado que caracteriza a la acción culposa, el cual es indivisible.

En este sentido en el finalismo, el concepto de autor surge del concepto final de acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa. Por ello, Welzel considera que compete a la teoría del autor fijar *el centro personal de acción del injusto*;²⁰⁸ es decir, le compete precisar al sujeto realizador del injusto. Para conseguir esta precisión, Welzel creó la fórmula del dominio final sobre el hecho.

²⁰⁶ Cfr. Welzel, Derecho penal alemán, p. 142.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 143.

²⁰⁸ Cfr. Welzel, Derecho penal alemán, p. 142.

I. TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

1. Consideraciones generales

Por las limitaciones propias de la teoría formal objetiva, que restringe la autoría a la realización material de la acción típica, y por ello es incapaz de comprender a la autoría mediata, surge como respuesta una nueva teoría material objetiva, la cual, por haberse fundado en el concepto final de acción, expresa Maurach que puede designarse también como teoría final objetiva.²⁰⁹

El concepto total de esta teoría final objetiva es el concepto del dominio sobre el acto o dominio del hecho; por ello, es común designarla con el nombre de teoría del dominio del hecho.

Ésta es la tesis que sostienen los teóricos finalistas para resolver los problemas de autoría y participación. En consecuencia, autor, para ellos, *es quien posee el dominio del hecho*. En tanto que los cooperadores se caracterizan frente a la autoría, por la circunstancia de faltarles dicho dominio.

Al respecto, Welzel expresa: "Característica general del 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". Y agrega: "[...] la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho".²¹⁰ Como puede verse, lo

²⁰⁹ Cfr. Maurach, "Los problemas de la autoría", Derecho Penal Contemporáneo, México, núm. 14, mayo-junio, 1966, p. 58.

²¹⁰ Welzel, Derecho penal alemán, p. 145.

esencial en la autoría es la dirección de la producción del delito, el señorío que se tiene en el proceso que desemboca en el hecho delictivo. Los momentos personales del autor sólo se requieren cuando en un tipo específico son presupuestos de la autoría.

Por su parte, Maurach anota: "Si 'acción humana' es la actuación volitiva, finalmente dirigida a una meta, la autoría se caracteriza por el dominio final del acto. Por dominio del hecho debe entenderse el doloso tener en las manos el curso del suceso típico. Dominio del hecho lo tiene cada uno de los cooperadores que pueden voluntariamente interrumpir o dejar correr la realización del resultado total".²¹¹ O sea que autor es el que con su actuación decide el sí y el hasta dónde de la ejecución del hecho delictivo, dicho de otra forma, autor es el que se impone con su conducta en el proceso que culmina en la producción del delito.

Maurach²¹² también expresa que esta teoría material-objetiva no está apegada al concepto de autoría restrictivo y vinculado al tipo, y en ello supera a la antigua doctrina formal objetiva.

En opinión de Jescheck: "[...] sólo puede ser autor quien, en atención a la importancia de su aportación objetiva, contribuya a dominar el curso del hecho". Y agrega:

El concepto de autor, no puede limitarse como suponía la teoría objetiva formal a la realización de una acción típica en el sentido estricto de la palabra. Cuando existe la

²¹¹ Maurach, "Los problemas de la autoría", *op. cit.*, p. 58.

²¹² *Cfr.* Maurach, *op. cit.*, p. 58.

intervención de varias personas la descripción de la acción ha de entenderse de una forma material que amplie el sentido literal. El tipo sólo puede realizarse, según esto, bajo ciertos presupuestos y por parte de aquellos intervinientes que, aun no realizando una acción típica en sentido formal, hacen algo equivalente desde el punto de vista valorativo. Ello tiene lugar en los casos de autoría mediata y coautoría.²¹³

Con esto, Jescheck deja entrever que para el concepto de autor finalista no se requiere forzosamente de una ejecución personal de todos los elementos del tipo.

Por su parte, Bacigalupo manifiesta: "Sólo en la medida en que el sujeto pueda sobre-dirigir el suceso total habrá dominio del hecho".²¹⁴

Como se ha podido observar, el dominio del hecho en la corriente finalista siempre implica la disponibilidad de poder decidir sobre la consumación o el desistimiento de un determinado delito.

2. Formas de autoría

La teoría del dominio del hecho acepta como auténticas formas de autoría a la autoría inmediata unipersonal, a la autoría mediata y a la coautoría.

A. Autoría inmediata

Autor inmediato, directo o de propia mano es quien ejecuta por sí mismo la

²¹³ Jescheck, Hans Heinrich, Tratado de derecho penal. Parte general, traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 898 y 899.

²¹⁴ Bacigalupo Enrique, Manual de derecho penal, Colombia, Temis, 1989, p. 185.

acción típica, en este caso, es el tenedor absoluto del dominio del acto.

Esta forma de autoría es la menos problemática; sin embargo, cuando el tipo exige no sólo la realización dolosa de la acción típica, sino también un elemento subjetivo personal de la autoría o alguna calificación objetiva en el autor, deben éstas presentarse en el agente directo, para ser reputado autor. Por tanto, en algunos tipos el dominio del hecho no se agota en el dolo sino que son otros momentos, además del dolo, los que caracterizan el dominio del hecho.

B. Autoría mediata

Esta clase de autoría también es denominada "autoría de mano ajena". La caracteriza el empleo de un hombre para la consecución del resultado típico de un hecho punible doloso. Aquí, posee el dominio final del hecho la persona que se encuentra atrás del ejecutor material, a quien únicamente utiliza como instrumento.

a. Concepto

Wessels expresa: "Autor mediato es quien comete el hecho punible 'por medio de otra persona'". Y agrega: "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".²¹⁵

²¹⁵ Wessels Johannes, Derecho penal. Parte general, traducción de Conrado A. Finzi,

Para Jescheck: "Es autor mediato quien realiza el tipo penal sirviéndose, para la ejecución de la acción típica, de otra persona como 'instrumento'".²¹⁶

Por su parte, Bacigalupo escribe: "Autor mediato es el que dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica".²¹⁷

En suma, para los representantes del finalismo, el autor mediato no ejecuta personalmente la acción típica, pero sí la realiza a través de otro, que por las circunstancias en las que se halla no puede oponerse al dominio y se convierte en simple "instrumento".

b. Supuestos.

Los supuestos a los que se refiere la doctrina son: instrumento que actúa sin dolo; instrumento que obra conforme a derecho; instrumento que actúa sin libertad; instrumento que obra sin culpabilidad; instrumento no calificado en los delitos especiales; instrumento que carece del elemento subjetivo de la autoría; instrumento que obra dentro de un aparato de poder; instrumento que obra justificadamente y, el caso del autor detrás del autor.

Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 159.

²¹⁶ Jescheck, *op. cit.*, p. 919.

²¹⁷ Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 189.

– Instrumento que actúa sin dolo

Este supuesto es admitido unánimemente en la doctrina. Este caso se presenta cuando el instrumento se halla en un error de tipo que es provocado o aprovechado por el sujeto de atrás, quien tiene el dominio del acto, en virtud de que posee el conocimiento sobre las circunstancias de hecho que conforman el tipo objetivo.

Para abordar este supuesto es necesario precisar de qué tipo de error se trata, porque dependiendo de que sea invencible o vencible, se producirán diferentes consecuencias jurídicas para el ejecutor directo. Tratándose de un error invencible, el ejecutor no será responsable, pero el sujeto de atrás habrá concretizado el tipo en forma dolosa bajo la figura de la autoría mediata. En tanto que de presentarse un error vencible, el ejecutor directo será autor culposo del delito, si es que el tipo admite esta forma de comisión; en cambio, el hombre de atrás será autor mediato doloso del delito respectivo.

Cabe observar que en el supuesto del error de tipo vencible se habla de dos autores, pero como no es coautoría, manejan la figura de la autoría accesoria; así, señalan que una persona es autor accesorio imprudente, y la otra autor accesorio mediato doloso.²¹⁸

Generalmente los juspenalistas citan como ejemplos de los anteriores supuestos de autoría mediata los siguientes: Quien carga de objetos sujetos a

²¹⁸ Cfr. López Barja de Quiroga Jacobo, Autoría y participación, Madrid, Akal, 1996, p. 49.

derechos de aduana a una persona que desconoce esa situación y la hace atravesar la frontera, comete una defraudación aduanera en calidad de autor mediato; también es autor mediato de un homicidio quien proporciona un arma cargada a quien quiere gastar una broma con un fusil descargado;²¹⁹ otro caso se presenta cuando A entrega a la enfermera B, que actúa de buena fe, un veneno que administra como medicamento al pariente de A;²²⁰ se da una situación similar cuando el médico Y encarga a la enfermera Z que inyecte a A una sustancia que se encuentra en el almacén, porque sabe que Z no comprobará la fecha de caducidad.²²¹

La provocación de un error *in persona* o el engaño de quien actúa dolosamente respecto a una circunstancia calificativa del hecho son supuestos polémicos en la doctrina, se discute entre si son casos de autoría mediata o de inducción.

Dentro de los autores que comparten esta segunda posición se encuentran Jescheck²²² y Stratenwerth.²²³ De cualquier forma, el ejecutor siempre será considerado autor material del hecho.

– Instrumento que obra conforme a derecho

²¹⁹ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 923.

²²⁰ Cfr. Maurach Reinhart, Tratado de derecho penal, t. II, traducción de Juan Cordoba Roda, Barcelona, Ediar, 1962, p. 322.

²²¹ Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 49.

²²² Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 923.

²²³ Cfr. Stratenwerth, Derecho penal. Parte general I, traducción de Gladys Romero, Madrid, Edersa, 1982, núms. 782 y 783.

En este supuesto, el instrumento actúa en forma justificada desde el punto de vista jurídico penal. Al ejecutor le faltan todos los conocimientos necesarios del hecho, circunstancia que el autor mediato aprovecha y utiliza para realizar su propia voluntad delictiva. Los ejemplos que generalmente se manejan en la doctrina son la estafa procesal y el practicar la detención de un inculpable mediante engaño de las autoridades, lo que viene a constituir una detención ilegal.

En estos casos se considera que es el hombre de atrás quien ejecuta la acción típica, porque sabe que sus declaraciones fueron falsas o tiene conocimiento de que la privación de la libertad no se halla legalmente justificada; por tanto, es quien posee el dominio del hecho, ya que el instrumento, por razón de sus obligaciones, debe comportarse del modo como pretende el hombre de atrás, quien actúa dolosamente.

– Instrumento que actúa sin libertad

Este caso se presenta cuando el sujeto ejecutor actúa coaccionado, amenazado de un peligro actual para el cuerpo o la vida, de tal modo que el sujeto de atrás posee el dominio de la voluntad a través del uso de la fuerza.

El supuesto en análisis no recibe el mismo tratamiento en la doctrina, en virtud de que una postura considera que el coaccionado actúa con dolo; por tanto, con dominio de la acción; por ello, se estila considerar que el ejecutor de la coacción es instigador, pues ha hecho nacer en el ejecutor el dolo, sin importar que lo haya creado mediante coacción y no por persuasión.

Sin embargo, para Roxin existe autoría mediata en aquellos casos en los que la coacción es de tal intensidad, que el coaccionado pierde "la decisión determinante y última sobre lo que debe ocurrir",²²⁴ de tal manera que esta decisión queda en manos del sujeto que ejerce la coacción.

Maurach comparte también este criterio al puntualizar:

Puede darse también autoría mediata en los casos en los que no sea exigible al instrumento que actúa de modo típico y antijurídico, una conducta conforme a la norma. Ello sucederá siempre que el autor mediato represente, a su vez, la fuente de peligro, bajo cuya presión el autor directo comete su acción; así, cuando el sujeto determina a otro, bajo amenaza de muerte, a cometer un hecho punible.²²⁵

Welzel²²⁶ se suma a esta posición al admitir como un supuesto de autoría mediata el estado de necesidad por coacción; lo mismo cabe decir de Jescheck,²²⁷ quien acepta en dicho supuesto el caso del instrumento que actúa sin libertad.

Por su parte, Stratenwerth estima que la cuestión consiste en determinar el grado de coacción sobre el ejecutor; en este sentido manifiesta: "[...] la decisión se deberá tomar a partir de la comprobación del grado de coacción y de la influencia de ésta sobre la responsabilidad jurídico-penal del instrumento, desde el punto de vista del estado de necesidad disculpante".²²⁸

²²⁴ Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, p. 166.

²²⁵ Maurach, *op. cit.*, p. 325.

²²⁶ Cfr. Welzel, Derecho penal alemán, p. 147.

²²⁷ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 926.

²²⁸ Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 773.

Para algunos autores, la cuestión planteada no tiene en principio mayor efecto práctico, dada la equiparación de la punibilidad entre el autor mediato y el inductor.

– Instrumento que obra sin culpabilidad

Esta hipótesis se presenta cuando el instrumento es inimputable o actúa bajo un error de prohibición invencible. La misma es aceptada por autores como Welzel, Maurach, Roxin, Stratenwerth, Wessels, Bacigalupo, López Barja de Quiroga y otros.

Sin embargo, en el caso del instrumento que actúa en estado de inimputabilidad, es decir, sin capacidad de culpabilidad, ya por ser menor de edad, ser enfermo mental o por encontrarse en estado de ebriedad, se estima que debe valorarse hasta qué punto se afecta esa capacidad, porque si a pesar de ello se conserva el dominio de hecho, entonces se estaría ante una inducción.²²⁹

Por lo que respecta al caso del instrumento que actúa bajo un error de prohibición invencible, se admite unánimemente la existencia de una autoría mediata cuando el sujeto de atrás aprovecha o provoca ese error. En este supuesto, el instrumento carece de responsabilidad penal porque obró sin culpabilidad; en tanto que el de atrás es autor mediato doloso del delito respectivo.

En relación con el ejecutor que opera bajo un error de prohibición vencible, existen dos opiniones diferentes. Para algunos tratadistas no existe autoría mediata,

²²⁹ Cfr. Welzel, *op. cit.*, p. 149 y López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 51.

tomando en cuenta que esta clase de error únicamente disminuye el grado de culpabilidad, pero no la elimina; por tanto, consideran que existe inducción o complicidad, dependiendo de si se creó el error o si se aprovechó el mismo, respectivamente. Por el contrario, otros autores, dentro de ellos López Barja de Quiroga, consideran que se puede estar ante un caso de autoría mediata: "[...] dado que ha de tenerse en cuenta la capacidad del hombre de atrás sobre el instrumento, su dependencia y la influencia y autoridad moral 'indiscutible' que el hombre de atrás pueda tener sobre el autor directo".²³⁰

– Instrumento no calificado en los delitos especiales e instrumento que carece del elemento subjetivo de la autoría

El primer caso se presenta cuando tratándose de un delito especial propio, el ejecutor (*extraneus*) obra con dolo y posee el dominio del hecho, en tanto que el sujeto de atrás (*intraneus*) posee la cualificación, pero no el dominio del hecho; el problema surge porque la calidad y el dominio del hecho se encuentran en dos personas distintas; el ejecutor no puede ser autor porque le falta la cualificación, y el de atrás no puede ser inductor porque falta una conducta de autor. Ante esta situación, los partidarios de la corriente penal finalista señalan que se trata de un supuesto de autoría mediata por parte del sujeto calificado.

Comparte esta postura Welzel, para quien:

²³⁰ *Ibidem*, p. 52.

[...] el cualificado que está detrás y que induce, es el que le da al no cualificado la posibilidad de tomar parte en la realización del delito especial. Esto fundamenta el dominio del que está detrás, es decir del cualificado, sobre la participación del que no lo es, en la realización del delito especial ('dominio social del hecho') y con eso su autoría.²³¹

El segundo caso surge cuando el dominio del hecho y el ánimo especial también se encuentran en diferentes personas. Para Welzel, debe considerarse autoría mediata sólo cuando se trata de características personales de autor que fundamentan la pena, porque cuando tales características sólo la modifican, el ejecutor es autor del delito base.²³²

En estas hipótesis, en pensamiento de Jescheck, existe un dominio normativo-psicológico del hecho, en virtud de que el evento delictivo no puede cometerse por el instrumento sin la cooperación del de atrás, y sólo se produce un hecho jurídico penalmente relevante en cuanto éste aporta el ánimo especial o la calidad requerida por el tipo. Además, el hombre de atrás debe haber determinado a cometer el acto al ejecutor. Por tanto, si falta esa influencia, únicamente existe un delito de omisión del hombre de atrás.²³³

En relación con los delitos especiales, Bacigalupo considera que:

[...] es preciso distinguir entre el dominio de la acción de infracción del deber, que sólo puede tenerla quien es sujeto del deber, y el dominio que sobre su propia acción tiene el *extraneus*, no sujeto del deber. Sin duda que éste domina su acción de ejecutar. Pero el

²³¹ Welzel, *op. cit.*, p. 150.

²³² Cfr. Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 150.

²³³ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 927.

dominio del hecho que determina la *autoria* depende de la posición relativa del sujeto respecto de los demás desde un punto de vista de la estructuración directa del hecho *total*. En los delitos de infracción de deber sólo puede tener esta posición el que es sujeto del deber [...] en estos casos hay *autoria directa del intraneus*, mientras que el sujeto no-calificado es un cómplice.²³⁴

Cabe observar que el autor antes citado, considera al sujeto de atrás como autor directo y no como autor mediato, ello en virtud de que es el titular del deber infringido. Bacigalupo identifica a la acción ejecutiva con la infracción misma del deber, por tanto, el dominio del hecho sólo puede tenerlo el sujeto del deber.

Por lo que respecta a la hipótesis del ejecutor doloso que carece del elemento subjetivo exigido por el tipo, el cual concurre en el sujeto de atrás, en específico tratándose del hurto, Bacigalupo estima que el ejecutor es autor directo y el que lo determina es instigador, porque para concretizar el "ánimo de lucro" basta el dolo, el querer apropiarse de la cosa, el cual existe en el ejecutor. Esta apreciación atiende a que el autor en estudio considera al hurto como un delito de sustracción y no de enriquecimiento.

Maurach, por su parte, acepta los casos antes planteados como hipótesis de *autoría mediata*, con la especificación de que la situación del instrumento carente de la especial dirección volitiva exigida por el tipo equivale en principio a la falta de dolo.²³⁵

²³⁴ Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 194.

²³⁵ Cfr. Maurach, *op. cit.*, p. 321.

Stratenwerth pone en evidencia la vulnerabilidad de las soluciones que se ofrecen para solucionar el caso del instrumento no calificado. En su opinión, si se amplía el concepto del dominio del hecho para comprender no sólo la dirección del hecho, sino también la posesión de la calidad, bajo el argumento de que el de atrás tiene la decisión del evento por tener la calificación; ello le parece una solución aparente que transforma el deber en un momento del dominio, haciéndose a un lado el sentido original del criterio del dominio de hecho y, además, el dominio fáctico del *extraneus*. Por otro lado, en relación con la propuesta de Roxin relativa a los delitos de infracción de deber, en los cuales maneja un concepto de autor diferente del correspondiente a los delitos de dominio, y que atiende sólo a la calidad de autor y no al dominio del hecho, afirma que esta solución plantea un concepto de autor muy amplio, en donde basta la más lejana colaboración de un sujeto calificado para ser considerado autor. También estima que no puede hacerse a un lado la exigencia de la realización de la acción, porque: "Conformarse con cualquier aporte al hecho sería lesivo del principio '*nullum crimen sine lege*'".²³⁶

El propio Stratenwerth plantea la posibilidad de una forma de participación mixta que reúne elementos tanto de la autoría como de la participación, pero que no cumple, de ningún modo, con los presupuestos de la autoría mediata. Para finalmente reflexionar en el sentido de que el reconocimiento de una nueva forma de participación lesionaria, de todos modos, el principio de legalidad. Por tanto, llega a la conclusión de que sólo cabe la posibilidad de considerar la conducta del *intraneus* y también la del *extraneus*, básicamente impunes.²³⁷ Asimismo, manifiesta que

²³⁶ Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 796.

²³⁷ Cfr. Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 799.

cuando el tipo no describe una acción, sino tan sólo prohíbe la lesión de un deber especial, será autoría toda forma de colaboración proporcionada por el sujeto calificado, inclusive la inducción o el apoyo a un tercero; sin embargo, aprecia que en este caso se trataría de una autoría directa o inmediata.²³⁸

Sugiere una solución igual que la precedente, para el caso del instrumento doloso desprovisto del propósito específico. Ello, en virtud de que la propuesta de modificar el concepto del dominio del hecho para incluir en él los ánimos especiales le parece tan poco convincente como la alternativa de convertir el propósito especial en el único criterio de la autoría. Por ende, estima que de rechazarse el reconocimiento de una forma de participación mixta, que reúna elementos de la autoría y de la participación, no quedaría más opción que pronunciarse, en principio, por la impunidad de los intervinientes; pero, en todo caso, afirma que no se dará la autoría mediata.²³⁹

Stratenwerth sólo acepta como supuestos de autoría mediata los siguientes: cuando el ejecutor colabora sin dolo; cuando su libertad para orientar su acción de acuerdo con la norma se haya reducido tanto que no pueda ser considerado responsable y, por último, cuando se trate de un instrumento intercambiable dentro de un aparato de poder organizado para fines criminales.²⁴⁰

López Barja de Quiroga, en relación con los delitos especiales propios, señala que en términos generales se acepta la autoría mediata cuando el calificado es el de

²³⁸ *Idem.*

²³⁹ Cfr. Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 803.

²⁴⁰ Cfr. Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 804.

atrás, pero se niega cuando es no calificado, ello, bajo el argumento siguiente: "[...] quien puede por sí mismo cometer un delito, puede también cometerlo utilizando a otra persona; y, de forma inversa, quien por sí mismo no puede legalmente cometerlo no va a poder hacerlo por el hecho de que utilice a otra persona". Por lo que concluye diciendo: "Autor mediato puede ser aquél que, en su caso, podría ser autor inmediato".²⁴¹

Como se ha podido observar, los casos antes planteados son los más controvertidos, porque para algunos autores son supuestos de autoría mediata; en cambio, para otros no lo son, por considerar que la aprobación de esta solución implicaría una violación al principio de legalidad.

– Instrumento que obra dentro de un aparato de poder

Este caso se presenta cuando el hombre de atrás es el que dirige el aparato de poder organizado con fines delictivos, es quien da las órdenes que otras personas se encargarán de cumplir; puede inclusive no saber quién será el ejecutor de dichas órdenes. A este hombre también se le ha denominado "autor de escritorio".²⁴²

El supuesto en análisis presenta dos peculiaridades: primero, el ejecutor es un sujeto plenamente responsable y, segundo, es fácilmente reemplazable.

²⁴¹ López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 59.

²⁴² *Ibidem*, p. 54.

Esta hipótesis ofrece ciertas dificultades para su clasificación, porque al considerarla como un caso de autoría mediata deja de tomarse en cuenta que el autor material es una persona plenamente responsable. No obstante ello, Roxin,²⁴³ Stratenwerth²⁴⁴ y Bacigalupo²⁴⁵ sostienen que se trata de un caso de autoría mediata, bajo el argumento de que el dominio del hecho lo posee el sujeto de atrás, por ser quien dirige la organización, pudiendo convertir las órdenes del "aparato" en la ejecución del hecho; siendo el ejecutor fácilmente sustituible por otro miembro de la organización. Por tanto, concluyen que el dominio del hecho radica en la fungibilidad del ejecutor. Es obvio que en el presente caso no se discute la punibilidad del instrumento como autor inmediato.

Por el contrario, Jakobs²⁴⁶ considera que se trata de un supuesto de coautoría, ello bajo una consideración más normativa del dominio del hecho, de tal suerte que lo entiende como responsabilidad jurídica y no como dominio real. Para él, la autoría mediata presupone que quien ejecuta el acto lo haga de acuerdo con el derecho, esto es, que no sea responsable o no completamente responsable, porque de ser así, entonces no podría ser un instrumento. Según Jakobs, el fácil intercambio de los ejecutores y el "automatismo" con el que se lleva a cabo la ejecución de órdenes, son tan sólo "datos naturalísticos" intrascendentes, por lo que para lograr la igual responsabilidad de ambos, sólo es posible a través de la figura de la coautoría.

²⁴³ Cfr. Roxin, "Sobre la autoría y la participación en el derecho penal", Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, Buenos Aires, Pannedille, 1970, p. 63 y "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", Revista Penal, Barcelona, núm. 2, julio, 1998, p. 62.

²⁴⁴ Cfr. Stratewerth, *op. cit.*, núm. 791.

²⁴⁵ Cfr. Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 196.

²⁴⁶ Cfr. Jakobs, citado por Roxin, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", *op. cit.*, p. 63. Comparte esta solución Jescheck, aunque con ciertas diferencias, *op. cit.*, p. 928.

Roxin rebate la postura de Jakobs, porque en su concepto no se atiende a los hechos, de tal modo que: a) falta la decisión de realizar conjuntamente el hecho, ello debido a que en la mayoría de casos el que ordena y el ejecutor no se conocen, de tal modo que quienes nada saben del resto, no se comportan conjuntamente, no deciden nada en conjunto ni tampoco se sienten situados al mismo nivel. El que actúa ejecuta una orden, lo que viene a ser lo contrario de una decisión conjunta; b) tampoco se da una ejecución común, lo que también representa un elemento constitutivo de la coautoría. El "burócrata" no ejecuta, sino que se sirve del órgano ejecutor y c) se elude la diferencia sustancial entre autoría mediata y coautoría consistente en que la autoría mediata está estructurada verticalmente, mientras que la coautoría lo está horizontalmente.²⁴⁷

En cambio Herzberg y Kohler²⁴⁸ sostienen que el supuesto en análisis es un caso de inducción, apoyándose para ello al igual que Jakobs en una consideración puramente normativa del dominio del hecho. El dominio efectivo del sujeto de atrás es considerado como fáctico o naturalístico y por eso insignificante. Para Roxin²⁴⁹ esta postura es tan poco acorde con la realidad como la de la coautoría, sin embargo es preferible porque al igual que la autoría mediata presenta una estructura vertical y también consiste en la realización de hechos por parte de otro. No obstante, la rechaza por dos razones: a) en una organización delictiva quien da la orden domina el suceso, tratándose en consecuencia de su propia obra, de tal modo que no

²⁴⁷ Cfr. Roxin, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", *op. cit.*, p. 63.

²⁴⁸ Cfr. Herzberg y Kohler, citados por Roxin, "Problemas de autoría ...", *op. cit.*, pp. 63 y 64.

²⁴⁹ Cfr. Roxin, "Problemas de autoría ...", *op. cit.*, p. 64.

participa en un hecho ajeno y b) el "burócrata" sólo necesita dar una orden a los ejecutores, en tanto que el inductor debe buscar al potencial autor y además convencerlo para que ejecute el plan, lo que se evita el primero.

Por tanto, según Roxin, si se atienden las diferencias materiales existentes entre las diversas figuras, el supuesto en examen deberá solucionarse como un caso de verdadera autoría mediata. Más aún, extiende esta solución para cualquier clase de criminalidad organizada y no sólo para la estatal, por ejemplo, tratándose de la mafia; pero, aconseja verificar en cada caso concreto la existencia de los presupuestos de la autoría mediata ya referidos: la intercambiabilidad del ejecutor y el control automático que de ella se derive.²⁵⁰

– Instrumento que obra justificadamente

Al respecto, López Barja de Quiroga plantea el caso del funcionario que da una orden antijurídica a su subordinado, quien la cumple a pesar de que implica realizar una conducta típica. Señala que la responsabilidad del "hombre de atrás" sólo es factible por la vía de la autoría mediata, por tratarse de casos en los que el ejecutor actúa justificadamente en cumplimiento de un deber, y que no podría ser comprendido como inducción, por el requisito de la accesoriedad limitada, que exige un hecho principal típico y antijurídico, lo que traería como consecuencia su impunidad.²⁵¹

²⁵⁰ *Ibidem* p. 65.

²⁵¹ Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 53.

Cabe hacer notar que este supuesto no es abordado por la mayoría de tratadistas como un caso de autoría mediata. La razón consiste en que el cumplimiento de una orden antijurídica no es obligatoria en un Estado democrático de derecho; por tanto, la conducta del subordinado no se encuentra justificada y da lugar a una inducción por parte del superior. Si acaso el estado de subordinación del ejecutor podría atenuar su culpabilidad.

Welzel aborda el caso bajo el rubro de "autoría mediata del superior militar en virtud de la comunicación de una orden antijurídica obligatoria", y señala que si la orden concierne a una contravención, es obligatoria, y el inferior que la ejecuta actúa antijurídicamente, pero queda exculpado en virtud de la no exigibilidad de rehusar la orden; en cambio, el superior es responsable como autor mediato. No obstante, aclara que "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". A lo que agrega: "Al superior que imparte la orden le corresponde una pena agravada (como instigador o coautor) [...]".²⁵² Con este último razonamiento también acepta una coautoría, aunque no todos los intervinientes ejecuten la acción típica, bastando, al parecer, una aportación esencial por parte del superior jerárquico, que en el presente caso sería la orden.

– Autor detrás del autor

Se trata de casos en los que el ejecutor es un sujeto plenamente responsable; sin embargo, existe una dependencia psíquica en relación con el hombre de atrás.

²⁵² Welzel, Derecho penal alemán, p: 149.

Una parte de la doctrina no admite este supuesto como un caso de autoría mediata, en razón de la plena responsabilidad del autor material; por ello, consideran que se trata de un supuesto de inducción. En este sentido se pronuncia Jescheck al anotar: "[...] la realización de propia mano y plenamente responsable de todos los elementos del tipo fundamenta siempre la autoría". A lo que agrega: "Quien, [...] induce a una persona que actúa típica, antijurídicamente y con plena responsabilidad, es inductor aunque 'domine' a la otra persona de forma puramente fáctica en mayor o menor medida [...]".²⁵³

Wessels también comparte esta postura, ya que en su opinión la autoría mediata debe negarse siempre que el autor inmediato es, al realizar el tipo, autor doloso plenamente responsable. Sin embargo, admite como excepción el caso de los "asesinos de escritorio", en virtud de su superior "dominio de organización", por la utilización de aparatos de poder,²⁵⁴ supuesto que se ha tratado líneas atrás.

Welzel igualmente considera el caso en estudio como un supuesto de instigación, porque en su concepto, tratándose de influencia o presión sobre una persona, sólo existe autoría mediata cuando el instrumento se halla coaccionado por el individuo de atrás, de tal suerte que al ejecutor le falta el dominio superior del hecho, siendo reducido a un mero instrumento que actúa sin libertad.²⁵⁵ Lo cual no acontece en el presente caso, porque el sujeto ejecuta el acto delictivo con plena responsabilidad.

²⁵³ Jescheck, *op. cit.*, p. 898.

²⁵⁴ *Cfr.* Wessels, *op. cit.*, pp. 160-161.

²⁵⁵ *Cfr.* Welzel, *op. cit.*, p. 198.

En cambio, otro sector de la doctrina defiende la teoría del "autor detrás del autor" y admite el presente supuesto como un caso de autoría mediata, rechazando la inducción. En esta postura se encuentran Stratenwerth²⁵⁶ y López Barja de Quiroga,²⁵⁷ entre otros.

Esta línea de pensamiento estima que es superior el dominio de la voluntad que el dominio de la acción, cuando la dependencia psíquica del instrumento es determinante. No obstante, todo parece indicar que este supuesto es un caso de inducción y no de autoría mediata, porque si el sujeto fuera presionado de tal forma que anulara su libertad, entonces dejaría de ser plenamente responsable y se caería en el supuesto del instrumento que actúa bajo coacción, no habiendo necesidad de crear una nueva hipótesis de autoría mediata. Ello, en razón de que no se puede tener una dependencia psíquica determinante y, a la vez, ser plenamente responsable; luego entonces, no habría un autor detrás de otro autor.

c. Límites de la autoría mediata

La autoría mediata se niega en los siguientes casos:

1. Cuando el instrumento procede de manera dolosa y es plenamente responsable. La única excepción que se acepta es la del instrumento que actúa dentro de un aparato de poder organizado; en cambio, la hipótesis del "autor detrás del autor" es altamente polémica y no por todos admitida.

²⁵⁶ Cfr. Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 771.

²⁵⁷ Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 56.

2. En los delitos especiales propios, por un lado, se niega la autoría mediata cuando el hombre de atrás carece de la calificación exigida por el tipo, y, por el otro, se discute la existencia de la autoría mediata en el sujeto de atrás que posee la calidad, en virtud de que ello implicaría una ampliación del concepto de autor, ya que se le considera como tal, sólo por ser *intraneus*, sin importar la relevancia de su contribución.

3. Tratándose de los delitos de propia mano, se rechaza totalmente la figura de la autoría mediata, porque para ser autor se requiere de la ejecución personal de la acción.

4. Se niega también la existencia de la autoría mediata en los delitos imprudentes, porque en ellos falta una voluntad final que conduzca al hecho; por tanto, no existe dominio del mismo; además, tal figura resulta innecesaria porque en el terreno de la imprudencia los partidarios de la corriente penal finalista sostienen un concepto unitario de autor.

d. Exceso y autoría mediata

El sujeto de atrás no responde del exceso del instrumento en la ejecución del plan acordado. Exceso que el ejecutor puede llevar a cabo por su propia voluntad o porque comprendió erróneamente lo proyectado. Esta solución obedece a que la parte excedente del suceso queda sustraída al dominio del hecho del sujeto de atrás. Solución que es acorde con el principio de culpabilidad, de acuerdo con el cual, cada

interviniente responde hasta donde su dolo lo alcance, siendo su culpabilidad independiente a la de los demás.

e. Omisión y autoría mediata.

Se rechaza la figura de la autoría mediata en el ámbito de los delitos de omisión propios y se discute en el campo de los delitos de omisión impropios.

Una parte de la doctrina acepta la posibilidad de que exista autoría mediata cuando un garante no impide la conducta delictiva del sujeto a su cuidado, en contra de su deber de actuar. Por ejemplo, un padre de familia no evita que su hijo robe un juguete. Sin embargo, la opinión dominante estima que en este supuesto existe una autoría directa por omisión, ello "[...] porque la no evitación del hecho de un incapaz de culpabilidad al que hay que vigilar hace nacer la plena responsabilidad como garante de la actuación de terceras personas".²⁵⁸ En el mismo sentido se pronuncia Bacigalupo.²⁵⁹

Otro supuesto que se maneja como de posible autoría mediata es el que consiste en impedir, mediante engaño o violencia, que un tercero obligado en razón de su posición de garante cumpla con su deber. Para Bacigalupo,²⁶⁰ el sujeto que impide que el garante cumpla con su obligación es autor directo por acción. El mismo tratamiento propone López Barja de Quiroga.²⁶¹

²⁵⁸ Jescheck, *op. cit.*, p. 931.

²⁵⁹ Cfr. Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, p. 176.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 175.

²⁶¹ Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 61.

Stratenwerth²⁶² comparte el rechazo de la autoría mediata en los dos supuestos planteados.

f. Tentativa en la autoría mediata

Se admite la tentativa en la autoría mediata, pero existen diferentes criterios respecto al momento en que comienza.

Para determinar el comienzo de la tentativa, Welzel utiliza un criterio basado en la distinción entre el instrumento que obra de buena o de mala fe. Al respecto, escribe: "[...] si se utiliza un instrumento doloso, la tentativa empieza sólo cuando el complice se pone en actividad respecto de la ejecución del hecho: en los demás casos empieza, como en la aplicación de instrumentos mecánicos, ya con el momento en que el autor se desprende del hecho, para que el instrumento mecánico lo lleve a su consumación".²⁶³

Roxin²⁶⁴ utiliza un criterio similar al de Welzel, pero sin considerar la distinción entre el instrumento que obra de buena o de mala fe; en su concepto, la tentativa comenzará a partir de que el instrumento dé principio a la ejecución; pero puede comenzar antes si el instrumento escapa del control del autor mediato; en este caso, iniciará la tentativa a partir de la pérdida de control. En los mismos términos se pronuncia Jescheck.²⁶⁵

²⁶² Cfr. Stratenwerth, *op. cit.*, núms. 1063-1065.

²⁶³ Welzel, *op. cit.*, p. 265.

²⁶⁴ Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 60.

²⁶⁵ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 931.

Wessels también defiende una postura semejante: "[...] la fase de la tentativa comienza, a más tardar, tan pronto como el 'instrumento' del mandante se pone en actividad para la ejecución de la acción típica".²⁶⁶

En general, se admite la posición defendida por Roxin, bajo el argumento de que en caso contrario se alejaría demasiado e innecesariamente el comienzo de la ejecución.

C. Coautoría

a. Concepto

Maurach anota: "Coautoría es el cooperar querido, consciente y con división del trabajo, de varios autores para la consecución del mismo resultado típico".²⁶⁷

Stratenwerth expresa que en la coautoría: "[...] el dominio del hecho se encuentra en manos de un sujeto 'colectivo'; el coautor individual participa únicamente como miembro de este sujeto colectivo".²⁶⁸

Wessels manifiesta: "Coautoría es la comisión mancomunada de un hecho punible mediante colaboración consciente y querida".²⁶⁹

²⁶⁶ Wessels. *op. cit.*, p. 179.

²⁶⁷ Maurach, *op. cit.*, p. 331.

²⁶⁸ Stratenwerth Günter, Derecho penal. Parte general I, El hecho punible, traducción de la 2ª. ed. alemana (1976) de Gladys Romero, Madrid, Edersa, 1982, p. 247.

²⁶⁹ Wessels, *op. cit.*, p. 157.

Bacigalupo afirma: "Son coautores los que toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho".²⁷⁰ En su opinión, la noción de coautor está implícita en la de autor; por tanto, una disposición expresa sobre la coautoría la considera innecesaria.

En suma, para los defensores del finalismo, la coautoría es la realización de un hecho punible por dos o más sujetos mediante un acuerdo y un dominio en común, caracterizada por una división del trabajo.

b. Elementos

Para los finalistas, coautoría es autoría; por ello, cada coautor debe ya cumplir con las calidades objetivas y con los elementos subjetivos que el tipo penal exija en el autor. Además, para que exista coautoría deberán presentarse tres elementos: una decisión común al hecho delictivo, una ejecución colectiva del mismo y un codominio del hecho, de tal suerte que la división de tareas no implique la subordinación de unos respecto de otros. En esta figura, cada interviniente deberá contribuir a la empresa delictiva, de tal forma que sin su contribución el resultado no se hubiera logrado.

– De carácter subjetivo

El elemento subjetivo de la coautoría se refiere al acuerdo común al hecho, a la resolución recíproca. Es precisamente en esta concordancia de voluntades en

²⁷⁰ Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 196.

donde se distribuyen las distintas funciones de cada coautor para conseguir el resultado colectivo.

El acuerdo común es lo que enlaza unas intervenciones con otras y les da un sentido de división de tareas dentro del plan global. Por ello, es de suma importancia conocerlo, porque cada coautor responde sólo hasta donde lo alcanza el acuerdo recíproco.

Para los defensores de la corriente penal finalista, cuando varias personas producen en común el resultado típico sin estar vinculadas por un acuerdo colectivo, se genera la llamada *autoría accesoria*; es decir, se produce una coincidencia causal de varios autores individuales, lo que hace evidente la falta de valor propio de esta figura.

También se habla de otra clase de coautoría, a la que se denomina *coautoría sucesiva*. Se presenta cuando el acuerdo común, tácito o expreso se concreta durante la ejecución, y no previamente a ella. Al respecto, cabe afirmar que si la ejecución ya se inició, el coautor que se sume a ella deberá responder con base en lo que se realice a continuación, pero no por lo que se haya realizado con anterioridad a su intervención.²⁷¹ Sobre estas aparentes modalidades de coautoría se volverá más adelante, en un apartado dedicado a ellas.

²⁷¹ En el mismo sentido, López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 64.

– De carácter objetivo

El codominio del hecho

De acuerdo con la postura finalista, el acuerdo previo no es suficiente para determinar quién es autor. Se requiere, además, de inicio, de un aporte objetivo al delito por parte del coautor, porque sólo así puede decirse válidamente que el sujeto participó del dominio del hecho.

Para tener el codominio del hecho no se exige la realización de la conducta típica; basta colaborar con una aportación esencial que engarze con las demás y forme parte de una empresa delictiva común, caracterizada por la distribución de tareas o funciones entre los intervinientes y tendiente a alcanzar una finalidad colectiva. La aportación del coautor debe ser de tal naturaleza, que de no prestarse, la empresa delictiva no puede llegar a su conclusión.

Para que exista coautoría también se exige que no haya subordinación de unos colaboradores respecto de otros, porque de existir, entonces se estaría hablando de la intervención de autores y partícipes en el evento delictivo. Por tanto, todos los coautores deben detentar el señorío respecto a la consumación o detención del hecho; señorío que está determinado por la importancia de su colaboración dentro del plan global.

La coejecución del hecho

Para algunos iuspenalistas,²⁷² la aportación esencial del coautor debe prestarse en la fase ejecutiva del delito, porque sólo así se estaría participando realmente del codominio del hecho.

Para otros autores, no se requiere forzosamente que tal aportación se lleve a cabo en la fase ejecutiva del delito. En este sentido, Welzel anota:

[...] también es coautor el que objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho [...] El *minus* de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compartida con el *plus* de coparticipación especial en el planeamiento del delito. Esto vale sobre todo para el "jefe de banda".²⁷³

Maurach acepta este criterio al apuntar: "Coautor lo es [...] quien sin intervenir directamente, controla el curso del hecho, regulándolo y rigiéndolo [...]".²⁷⁴

Jescheck, en la misma postura, señala: "Quien [...] asume la planificación y la organización del hecho, configura su desarrollo y participa, así, en el dominio del hecho".²⁷⁵

Stratenwerth también se adhiere a esta posición, porque considera (en contra

²⁷² Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, pp. 67-70.

²⁷³ Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 159.

²⁷⁴ Maurach, *op. cit.*, p. 344.

²⁷⁵ Jescheck, *op. cit.*, p. 944.

de la opinión de Roxin) que lo importante no es el momento (ejecución) en el cual la aportación esencial se ha prestado, sino el modo en que se producen los efectos en la ejecución; en este sentido expresa: "En la planificación y organización de un delito ejecutado por varias personas, por ejemplo, también fundamentarán la coautoría, aun cuando el organizador no aparezca durante la ejecución, comunicándose telefónicamente con los actores [...]". Y agrega: "[...] el plan da sentido al comportamiento de los partícipes durante la ejecución, conforma los roles individuales y determina la participación del organizador en el dominio del hecho".²⁷⁶

Es oportuno aclarar que para los representantes de la corriente penal en estudio, no toda colaboración en fase ejecutiva es necesariamente de coautoría; ello depende de su importancia dentro del plan total. Si dicha colaboración no es indispensable, se calificará simplemente de complicidad.

c. Principio de imputación recíproca

En la coautoría no rige el principio de accesoriedad, como acontece en la participación; la razón de ello radica en que esta figura lleva en sí misma su contenido de injusto y no le proviene de un hecho ajeno.

La coautoría se encuentra sometida a la regla de la imputación recíproca de todas las contribuciones de los coautores al hecho, en el marco del acuerdo común. Lo que implica que cada coautor responde por el hecho total sin considerar la

²⁷⁶ Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 826.

aportación en particular que cada uno proporcionó; esto, siempre y cuando todas las cooperaciones se encuentren dentro del marco del plan global. De tal modo que si una aportación rebasa este plan, sólo responderá por ella el coautor productor del exceso. Ello, porque la responsabilidad jurídico penal de los coautores tiene su límite hasta donde los alcance el acuerdo común.²⁷⁷

d. Culpa y omisión

La doctrina dominante rechaza la existencia de la coautoría en los delitos culposos, porque en dichos delitos falta una decisión común al hecho, falta un acuerdo recíproco, que de haberlo, se estaría en presencia de un delito doloso y no de un delito culposo. Por tanto, todo aquel que infringe un deber de cuidado es considerado autor material de dicha infracción; deber que tampoco es susceptible de partición ni de división y que, tomando en cuenta también esta última observación, no es posible admitir la existencia de la figura de intervención en estudio, en los delitos culposos.²⁷⁸

En relación con la omisión, en específico con la omisión impropia, Bacigalupo rechaza la existencia de la coautoría, en atención a que no se dan en ella los extremos de esta figura; en tal sentido, escribe:

La falta de exigencia en el tipo subjetivo de la omisión impropia de una "voluntad de realización", impide que pueda hablarse de una "resolución común al hecho" (acuerdo de realizar). A su vez, la falta de una acción o de una ejecución activa priva de sentido a una

²⁷⁷ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 941.

²⁷⁸ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 940 y Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 197.

división del trabajo. En efecto no es concebible que alguien omita una parte mientras otros omiten el resto. De aquí se deduce que la admisión de una colaboración resulta, ante estos presupuestos, inadmisibile.²⁷⁹

Las observaciones de Bacigalupo también son válidas para la omisión propia, porque en ella no existe, obviamente, un acuerdo de realizar, y tampoco una coejecución que admita hablar de una división del trabajo.

Welzel.²⁸⁰ Rodríguez Mourullo y Armin Kaufmann,²⁸¹ de igual modo, niegan la existencia de la coautoría en los delitos omisivos, en virtud de que el sujeto que omite un deber de actuar o de evitar, según el tipo de omisión de que se trate, lo hace de manera individual; pero no en comunidad, ya que no puede omitirse en coautoría, por lo que cada omitente será autor material de su infracción.

Roxin,²⁸² al apreciar que en los delitos impropios de omisión lo determinante es el deber de actuar y no el dominio del hecho, llega a considerar la existencia de la coautoría cuando hay más de un obligado que omita de acuerdo con el otro.

La postura de Roxin es criticada por Bacigalupo, quien persiste en el rechazo de la coautoría en los delitos de referencia, toda vez que, en su opinión: "Una parcialización de la omisión –del incumplimiento del deber– resulta, desde todo punto de vista, incompatible con un hecho que se caracteriza, precisamente, porque

²⁷⁹ Bacigalupo. Delitos impropios de omisión, p. 173.

²⁸⁰ Cfr. Welzel. *op. cit.*, pp. 284 y 305.

²⁸¹ Cfr. Rodríguez Mourullo y Armin Kaufmann, citados por López Barja de Quiroga. *op. cit.*, p. 71.

²⁸² Cfr. Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, p. 173.

toda infracción del deber emergente de una posición de garante no admite subdivisión alguna. Tal imposibilidad determina que la hipótesis de una pretendida coautoría sea directamente impensable".²⁸³ También agrega que aun cuando exista acuerdo, éste no permite unificar en una sola infracción del deber lo que a todas luces no puede dividirse y, por tanto, tampoco sumarse, de tal suerte que podrá hablarse de omisiones, pero no de "partes de la omisión" correspondientes a cada obligado. Con lo cual pone totalmente en claro que una omisión en sí no es susceptible de cumplimientos parciales.

Jescheck,²⁸⁴ no obstante que de inicio acepta la existencia de la coautoría en los delitos de omisión, en el transcurso de su exposición va admitiendo que esta percepción es muy endeble, por lo que finalmente niega la existencia de la coautoría, cuando uno de los intervinientes efectúa una contribución al hecho mediante un hacer positivo, mientras que el otro omite impedírsela contra un deber jurídico; ello, bajo el argumento de que corresponde más al criterio del dominio del hecho, considerar al omitente como cómplice, por la situación subordinada en que se halla frente al autor activo.

De igual manera, desecha la figura de la coautoría cuando se omite evitar el resultado en contra de un deber jurídico de actuar que afecta colectivamente a varias personas; por ejemplo, el deber de los padres de cuidar a su hijo recién nacido, y admite que en este caso no es preciso hablar de coautoría, toda vez que cada uno de los omitentes es responsable por sí, como garante de todo el resultado. Finalmente,

²⁸³ Bacigalupo, *op. cit.*, p. 173.

²⁸⁴ *Cfr.* Jescheck, *op. cit.*, p. 946.

considera que el verdadero caso de coautoría en una omisión, surge cuando el deber colectivo sólo puede cumplirse en común; es decir, cuando la obligación ha de cumplirse necesariamente de manera concomitante, al unísono. Como ejemplo cita la declaración conjunta del impuesto sobre la renta que han de hacer ambos cónyuges.

Al respecto, cabría preguntarse, cuántos ejemplos como el anterior podrían presentarse. Al parecer muy pocos, si no es que ninguno. Ahora bien, de estar en presencia de uno de ellos, habría que reflexionar sobre si el deber realmente corresponde a ambos de manera inseparable. Al parecer no, porque si uno de ellos viola el deber de actuar, únicamente a él se le castigaría, pero no al cónyuge que cumplió con la norma.

Finalmente, cabe hacer notar que la mayoría de autores finalistas de entrada rechazan la existencia de la coautoría en los delitos culposos y en los delitos omisivos, debido a que la corriente penal finalista gira alrededor de su concepto final de acción y, por lo tanto, en torno a los delitos dolosos comisivos; por lo que su concepto de autor evidentemente se centrará y se encontrará más desarrollado en los delitos de dominio.

e. Delitos de propia mano, delitos especiales propios y delitos con elementos subjetivos del injusto

Como la coautoría supone una forma de autoría, por ende, cada coautor deberá satisfacer los requisitos exigidos en el autor. Al respecto, Jescheck escribe: "[...] sólo puede ser coautor quien pueda ser un autor idóneo en relación a las demás

contribuciones al hecho".²⁸⁵ Por lo que, en su concepto, tratándose de los delitos de propia mano no cabe coautoría sin una personal realización de la acción típica; en los delitos especiales propios no es admisible la coautoría sin la cualidad requerida, y en los delitos con elementos subjetivos del injusto no es aceptada si no concurre en todo interviniente el ánimo o propósito especial.

Por lo que toca a los delitos especiales propios, se especifica que si alguno de los intervinientes no posee la calidad especial requerida por el tipo, no podrá ser coautor, toda vez que no cumple con los requisitos para ser autor; por tanto, se le calificará como partícipe.

f. Tentativa y desistimiento

La doctrina dominante²⁸⁶ opina que para la existencia de la tentativa en la coautoría basta que uno de los coautores dé inicio a la ejecución del plan común. En esta tesitura, Maurach escribe: "[...] se da una responsabilidad del coautor por tentativa no sólo cuando cada uno de los coautores comete una acción [...] sino también cuando sólo uno de los coautores desenvuelve una actividad, prevista en el plan conjunto de los cooperadores, que represente el 'comienzo de la ejecución'". Y agrega: "Como consecuencia necesaria de la división del trabajo, característica de la coautoría, cada coautor responderá por todas las acciones ejecutoras planeadas, llevadas a cabo por los restantes coautores del mismo modo que si hubieran sido

²⁸⁵ Jescheck, *op. cit.*, p. 941.

²⁸⁶ Cfr. Stråtenwerth *op. cit.*, núm. 842; Jescheck, *op. cit.*, p. 945 y López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 73, entre otros.

cometidas personalmente".²⁸⁷

En esta solución global se percibe con claridad el criterio de la imputación recíproca de todas las contribuciones, de tal suerte que si todos responden de la ejecución total del evento delictivo, sin distinguir cuál fue la aportación que en específico realizó cada uno, lo mismo debe regir por lo que respecta a la ejecución parcial de la misma; la tentativa existirá para todos, desde el momento en que cualquiera de ellos ponga en marcha el plan común.

En relación con el desistimiento, Stratenwerth²⁸⁸ considera que de tomarse en cuenta que el dominio del hecho se encuentra distribuido entre varias personas, sería suficiente para que procediera el desistimiento, el retiro de la aportación que el coautor se comprometió a realizar. De esta manera, se opone a la exigencia de que debe evitarse el desarrollo del delito en su totalidad.

López Barja de Quiroga se pronuncia en el mismo sentido, porque en su concepto, cuando ya se ha ejecutado la contribución personal, el desistimiento debe operar si se realiza lo necesario para neutralizarla; es decir, para impedir que su aportación al hecho produzca efecto; para ello, basta con que exista el esfuerzo serio de contrarrestar su aportación, sin que "[...] sea necesario exigirle que el 'acto contrario' consista, por fuerza, en la evitación de la producción del delito por el resto de los coautores".²⁸⁹ Postura que considera adecuada, por estar más apegada a los postulados de un derecho penal moderno, correspondiente a un Estado democrático

²⁸⁷ Maurach, *op. cit.*, p. 346.

²⁸⁸ Cfr. Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 846.

²⁸⁹ López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 74.

de derecho.

g. Supuestas modalidades de coautoría

– Autoría accesoría

Para los representantes de la corriente penal finalista, existe autoría accesoría cuando varias personas, sin haberse puesto de acuerdo, producen en común el resultado prohibido. Por lo que cada ejecutor deberá responder de manera independiente, pues sus actuaciones no se encuentran vinculadas por un plan común.

A propósito del tema, Welzel afirma: "La autoría concomitante. Es el obrar conjunto de varios sin acuerdo recíproco en la producción de un resultado. El hecho de cada uno se aprecia y juzga en sí mismo".²⁹⁰

Por su parte, Stratenwerth apunta: "Hablamos de autoría accesoría cuando varios participes en un hecho causan el mismo resultado independientemente uno de otro [...] La expresión 'independencia' de los autores accesorios no se debe entender de otra manera que como la falta de conexión que es propia de la coautoría".²⁹¹

Maurach, refiriéndose a las formas de autoría accesoría, anota: "Se caracterizan todas ellas, frente a la coautoría, por constituir autoría única con

²⁹⁰ Welzel, *op. cit.*, p. 159.

²⁹¹ Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 832.

resultado causalmente coincidente, gracias tan sólo a la fortuita concurrencia de las actuaciones volitivas".²⁹²

El ejemplo que normalmente se ofrece, tratándose de delitos dolosos, es el siguiente: A derriba a Y dejándolo inconsciente; en tanto que B encuentra inconsciente a Y y le quita sus pertenencias. A y B realizan diversos delitos, el primero, de lesiones y el segundo, de robo; en cambio, de haber existido una decisión común, se estaría en presencia de una coautoría de robo agravado.

Para la mayoría de los autores finalistas, es en el terreno de los delitos culposos en donde frecuentemente se da esta figura, toda vez que la intervención culposa de varias personas no puede dar lugar a la coautoría.

De manera por demás atinada, la doctrina dominante²⁹³ afirma que esta figura carece de valor propio, porque en realidad se trata de auténticas autorías individuales, las cuales sólo coinciden causalmente en la producción del resultado. Al respecto, Maurach también asevera:

La autoría accesoria, como figura jurídica autónoma y unitaria, ni esta prevista por la ley ni se encuentra en modo alguno dogmáticamente justificada. Tanto su configuración unitaria como su comparación a la coautoría, constituye el producto de la teoría causal del delito, que, partiendo de la identidad del resultado, busca una comunidad de causación allí donde esa fortuita comunidad carece de importancia para el injusto del hecho.²⁹⁴

²⁹² Maurach. *op. cit.*, p. 348.

²⁹³ Cfr. Jescheck. *op. cit.*, p. 943; Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 835; Welzel. *op. cit.*, p. 159 y Roxin, citado por López Barja de Quiroga. *op. cit.*, p. 75, entre otros.

²⁹⁴ Maurach. *op. cit.*, p. 349.

– Coautoría sucesiva

Se llama coautoría sucesiva a la incorporación de un sujeto durante la ejecución de un delito cuando éste ya se realizó parcialmente. La diferencia con la coautoría en sentido estricto estriba en que no existe un acuerdo común previo, sino que éste surge en el momento en que el individuo se suma a la ejecución del ilícito; acuerdo común que puede darse de manera expresa o tácita.

La posibilidad de existencia de esta figura se encuentra limitada por la consumación del delito, porque si el primer interviniente ya concretizó el tipo, no puede concurrir otra persona como coautor; podrá, en todo caso, operar como encubridor, pero ésa es una cuestión distinta.

Existe cierta polémica en torno a la responsabilidad jurídico penal del coautor sucesivo, en específico respecto a los actos ejecutados antes de su entrada a la escena delictiva. Así, para Welzel: "El que concurre con posterioridad responde de las causas de agravación ya consumadas y conocidas por él, p. ej., del forzamiento ya realizado de la puerta".²⁹⁵

Jescheck, al parecer, también es de la idea de que al coautor sucesivo deberá imputársele el hecho completo, ello cuando escribe: "[...] también es posible que un coautor se añada durante la ejecución del hecho hasta su terminación, en cuyo caso compartirá la responsabilidad por aquellas circunstancias agravantes, por él

²⁹⁵ Welzel, *op. cit.*, p. 155.

conocidas, que hayan tenido lugar antes de su intervención, en la medida en la que puedan afectarle (coautoría sucesiva)".²⁹⁶

Por el contrario, para Maurach: "[...] el que interviene con posterioridad responde por todo lo que conjuntamente se produce después de su concurso". Y agrega: "Dudosa es, en cambio, la responsabilidad del coautor sucesivo por aquellos actos parciales, resultados parciales y otras agravaciones, en las que no ha cooperado, pero que conocía al concurrir en el hecho".²⁹⁷

Stratenwerth, por su parte, de manera contundente afirma: "Considerar al coautor sucesivo como *autor*, inclusive de lo ilícito ya cometido cuando comienza su participación, implicaría el reconocimiento de un dolo subsequens [...] la decisión común al hecho no puede tener efectos retroactivos, es decir, limita, en este sentido, la responsabilidad por la coautoría [...]".²⁹⁸

Roxin también se suma a esta postura, al manifestar: "[...] un sujeto no puede ser castigado como coautor por circunstancias cualificantes que en el momento en que se suma al plan del hecho ya estaban realizadas".²⁹⁹

De las dos posiciones que se han planteado se considera acertada la segunda de ellas, ya que respeta el principio de culpabilidad, de tal suerte que cada participante deberá responder por lo que ha hecho en concordancia con su dolo, sin

²⁹⁶ Jescheck. *op. cit.*, p. 942.

²⁹⁷ Maurach. *op. cit.*, p. 345.

²⁹⁸ Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 821.

²⁹⁹ Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, p. 321.

que pueda imputársele un acontecimiento anterior que no fue abarcado por dicho elemento subjetivo, ya que el mismo no opera retroactivamente; hacer lo contrario implicaría una total aberración que se traduciría en una tajante violación al principio antes invocado.

– Coautoría alternativa

En la doctrina finalista se habla de la llamada coautoría alternativa, que surge cuando existe un plan entre dos o más personas, para efecto de ejecutar un ilícito, mismo que sólo concretizará uno de ellos, si es que a él se le presenta la oportunidad de hacerlo, o sea que para asegurar la realización del delito, los concertados alternan sus aportaciones. Por ejemplo: D y E quieren lesionar a H, pero como saben que H puede pasar por dos calles distintas, cada uno lo espera en una calle diferente; tocándole a D la oportunidad de hacerlo.

En el presente caso es evidente que no existe una modalidad de coautoría, toda vez que no existe coejecución por parte de los concertados; de aceptarse la existencia de coautoría, realmente se estaría aplicando la teoría del acuerdo previo, ya que se estaría sustituyendo la aportación por la concertación. Por muy dispuestos que se encontrasen los intervinientes para ejecutar el delito, lo cierto es que sólo uno de ellos lo ejecuta; por tanto, el otro no puede ser coautor; quizá existiría de su parte una especie de complicidad psíquica, por el reforzamiento subjetivo del otro para llevar a cabo el delito, pero nunca coautoría.

– Coautoría aditiva

Se denomina de esta forma a la intervención de varias personas, respecto de las cuales existe un concierto previo, cuyo fin es realizar la acción típica al mismo tiempo, aunque sólo una o varias de ellas producirán el resultado típico.³⁰⁰ Como ejemplos de esta supuesta modalidad de coautoría se cita el caso del pelotón de fusilamiento y el de los gánsters de la mafia.

En tales casos es indudable que la actuación de todas las personas que intervienen es de coautoría, pues se dan los extremos exigidos en esta figura, tales como el acuerdo previo, la ejecución conjunta y el dominio del hecho: ello, con independencia de quién o quiénes fueron los que produjeron el resultado prohibido. Lo cierto es que todos ejecutaron el evento, y quizá la suma de las heridas que provocaron fue lo que ocasionó el resultado; si no fue así, por lo menos, le restaron la posibilidad de salvarse, asegurando de esa forma la producción del mismo. Lo importante aquí es que todos ejecutaron conjuntamente la acción típica, teniendo cada uno de ellos el señorío del acontecimiento, ya que cada colaboración jugó un papel determinante en el plan global.

El presente caso sí es de coautoría, aunque no requiere de un trato especial y por separado, ya que se encuentra comprendido en la fórmula general de esta figura.

³⁰⁰ Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 78.

h. Delimitación frente al cómplice

– Teoría del dominio funcional: Roxin

Para Roxin, el dominio funcional del hecho define a la coautoría. En este sentido, escribe: "Si hubiera que expresar con un lema la esencia de la coautoría [...] cabría hablar de dominio del hecho 'funcional', esto es, determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta aquí de su función en el marco del plan global [...]. Con arreglo a dicha idea, es en primer lugar coautor 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".³⁰¹

De lo antes transcrito puede observarse que para Roxin, la coautoría requiere de tres elementos:

1. El plan común. Esto es, el nexo subjetivo entre los coautores.
2. La esencialidad de la contribución, y
3. La actuación en fase ejecutiva. Este elemento junto con el anterior constituyen las características objetivas de la realización común.

En este orden de ideas, la intervención de un sujeto sólo merece la calificación de coautoría cuando reúne los tres requisitos anteriores. Roxin estima que el coautor,

³⁰¹ Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, pp. 308 y 309.

a diferencia del cómplice, tiene el dominio funcional del hecho; es decir, que con el papel (función) que le ha tocado desempeñar puede hacer que el plan global triunfe o fracase. Si presta su colaboración junto con los demás, el plan tendrá éxito; pero si la retira, por ser su intervención esencial el plan se desbarata.

Esta postura también es defendida por Bacigalupo, al afirmar que habrá codominio del hecho cuando el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse, pero, además manifiesta que es preciso tener en cuenta que no debe requerirse una necesidad absoluta, sino es suficiente con que el aporte sea "difícilmente reemplazable" en las circunstancias concretas de la ejecución.³⁰²

En términos similares, Gómez Benítez anota: "[...] no toda función realizada en el seno de la división del trabajo convierte al sujeto en coautor, porque no toda función desarrollada le confiere el 'dominio funcional del hecho'. Es preciso, por el contrario, que esa función sea necesaria para la realización del hecho; por 'necesaria' suele entenderse 'esencial', por oposición a 'accidental' o subsidiaria". A lo que agrega: "[...] por necesario o esencial debe entenderse aquello que, bien condiciona la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien reduce de forma esencial el riesgo de su realización".³⁰³

³⁰² Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 68.

³⁰³ Gómez Benítez, citado por López Barja de Quiroga, *op. cit.*, pp. 69 y 70.

– Teoría de los bienes escasos: Gimbernat

En relación con la teoría del dominio del hecho, Engisch expresa: "es una perífrasis plástica para los casos típicos de autoría mediata dolosa que, en lo fundamental, no va más allá de ideas más viejas similares a ella".³⁰⁴ Para Gimbernat, esta objeción es injusta, por lo que respecta al valor de esta teoría en torno al problema de la autoría mediata; pero no lo es "por lo que se refiere a su aplicación para distinguir al coautor del cómplice".³⁰⁵

En opinión de Gimbernat, en la teoría del dominio del hecho para distinguir entre coautor y cómplice se utilizan dos clases de interpretaciones: una abstracta y otra concreta. De acuerdo con la interpretación abstracta, se dice que tiene el dominio del hecho todo aquel que pone una condición sin la cual no se hubiese podido producir el delito, porque no habría sido posible encontrar a ninguna otra persona dispuesta a contribuir con esa aportación. Según la interpretación concreta, se dice que domina el hecho todo el que contribuye materialmente al delito tal y como éste se produjo.³⁰⁶

Para Gimbernat, no es acertada la solución que ofrece la interpretación abstracta, porque si ésta se utiliza, el juez tendría que realizar un juicio hipotético para determinar si la conducta del sujeto era o no necesaria (¿qué habría sucedido si el sujeto no hubiera actuado?). En este sentido, si el delito también se hubiera

³⁰⁴ Engisch, citado por Gimbernat, Autor y cómplice en derecho penal, Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio. 1966, p. 135.

³⁰⁵ Gimbernat, *op. cit.*, p. 135.

³⁰⁶ Cfr. Gimbernat, *op. cit.*, p. 137.

ejecutado, el comportamiento en examen constituiría complicidad; en caso contrario, coautoría. Al respecto, Gimbernat hace la siguiente objeción: "entonces la calificación de autor de un sujeto no dependería de su comportamiento, sino del de otros, esto es, de lo que otras personas hubieran estado o no dispuestas a realizar".³⁰⁷

El autor antes citado también rechaza la solución propuesta por la interpretación concreta, porque:

[...] tampoco puede ser correcta una posición que sólo tenga en cuenta el delito tal y como se ha desarrollado en todos sus extremos. Una posición, pues, para la cual lo decisivo sea si la conducta ha sido o no condición del resultado. Pues condición necesaria de la falsedad sería la entrega de la pluma, ya que tal como el delito tuvo lugar la pluma contribuyó materialmente a su realización. También habría que castigar como autor del 14, 3 [participación necesaria] al chofer que lleva al delincuente a la tienda donde va a comprar las balas para realizar el homicidio, pues tal como el delito se llevó a cabo en concreto la actividad del conductor fue condición de la muerte.³⁰⁸

Por lo que, ante las deficiencias de la teoría del dominio del hecho para deslindar al coautor del cómplice, Gimbernat propone su teoría de los bienes escasos, cuyo objetivo es determinar cuándo una contribución es necesaria, en el sentido de que sin ella no se habría realizado el hecho, es decir, cuando una conducta es de coautoría.

Para el desarrollo de su teoría, Gimbernat toma en cuenta el criterio de la

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 138.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 139.

escasez de medios, y considera que la forma de contribuir a un resultado delictivo puede ser a través de la entrega de una cosa o por medio de un mero hacer.³⁰⁹

Contribución que consiste en la entrega de una cosa

En relación con la entrega de una cosa, Gimbernat³¹⁰ manifiesta que para determinar si ésta es o no escasa, debe efectuarse un doble juicio: uno general y provisional, otro particular y definitivo. En el primer juicio propone considerar circunstancias de tiempo y lugar en que se entregó la cosa. En el segundo juicio aconseja contemplar la escasez de dicha cosa teniendo en cuenta factores especiales que concurren en la persona concreta que recibe la cosa, por ejemplo, el número de objetos iguales al entregado que tenga a su disposición el autor material. Respecto de esto último, expresa que ésta es una cuestión que depende sobre todo de la peculiaridad que tenga el bien objeto de examen (verbigracia: una pistola, dinero, arsénico, dinamita, etcétera).

Gimbernat aclara que en este proceso de constatación de la escasez de un bien o cosa no deben entrar en juego consideraciones hipotéticas; por ejemplo, el suponer la posibilidad de que otra persona le hubiera podido entregar al autor directo una cosa igual, pues aunque el medio o cosa entregada tal vez hubiera podido conseguirse por otro conducto, ese "tal vez" pone de manifiesto que el bien sigue siendo escaso.

³⁰⁹ Cfr. Gimbernat, *op. cit.*, p. 154.

³¹⁰ Cfr. Gimbernat, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

Por tanto, para Gimbernat, cualquier solución viable tiene que prescindir de la cuestión de "qué es lo que habría ocurrido sin la actividad del sujeto". Solo así se podrá obtener una calificación justa de la actividad del partícipe. En este sentido, expresa:

El haber entregado la cosa, a pesar de mi conciencia de las dificultades que tenía el ejecutor para adquirirla (cooperación necesaria); el haberla entregado sabiendo que su obtención no representaba un serio problema para el autor material (complicidad); esto y sólo esto es lo que decide sobre la mayor o menor reprochabilidad de mi conducta y lo único que debe ser tenido en cuenta para decidir la cuestión: cooperación necesaria o mera complicidad. En el momento de cooperar yo sólo puedo saber si es difícil o no que el autor se agencie por otra vía lo que yo le ofrezco; pero no puedo saber con seguridad si lo va a obtener o no en caso de que yo le niegue mi ayuda.³¹¹

Como puede observarse, Gimbernat postula unos indicadores de escasez más seguros, sin hipotetizar; porque calificar la necesidad de una contribución y, por tanto, la coautoría de una persona basándose en suposiciones, es algo inadecuado. Dicho proceder atentaría contra el principio *in dubio pro reo*. Por respeto a este principio, ante la falta de seguridad de que otra persona no hubiera podido proporcionar la ayuda, al sujeto tendría que calificársele de cómplice y no de coautor.

Contribución que consiste en un mero hacer

Gimbernat³¹² propone tres criterios para determinar si un mero hacer equivale

³¹¹ *Ibidem*, pp. 159 y 160.

³¹² Cfr. Gimbernat, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

a una cooperación necesaria:

1. El criterio de la inequívoca criminalidad de la conducta

Se habla de cooperación necesaria cuando la actividad que se va a prestar no cualquier persona estaría dispuesta a realizarla por ser claramente criminal. Por el contrario, es abundante, cuando cualquier persona no tendría inconveniente en efectuarla.

2. La conducta debe ser causal para el resultado

Esto implica que la actividad realizada debe ser condición del resultado, debe haber influido materialmente en el resultado. Gimbernat da el siguiente ejemplo para aclarar el presente criterio:

En la ayuda del vigilante (como en cualquier otro supuesto de participación delictiva) se pueden dar tres casos. Puede ser (primera posibilidad) que el ladrón decidido a delinquir se vea simplemente fortalecido en su propósito por la colaboración que le presta el centinela. Puede ser también (segunda posibilidad) que sólo porque cuenta con un vigilante, y porque considera entonces que los peligros son menores, se decida a robar. Y puede ser, por último (tercera posibilidad), que la ayuda sólo refuerce su decisión ya tomada, pero que, sin embargo, sea causal para el resultado porque el vigilante le avisa con un silbido de que llega la Policía, el ladrón apaga la luz y puede continuar más tarde, cuando ha pasado el peligro, su actividad delictiva (sin vigilante, pues, el robo no se habría realizado en el momento en que se llevó a cabo).

A esto Gimbernat agrega:

La vigilancia es, por ser una actividad criminal, una escasa. Pero sólo en el segundo y en el tercer supuesto es constitutiva de cooperación necesaria. En el primero, en cambio, no. Pues para que una ayuda sea condición necesaria del resultado lo primero que tiene que ser es condición. Y ya hemos visto que en el primer supuesto no lo es. Allí sólo hay un fortalecimiento de la decisión delictiva ya tomada, un fortalecimiento del delito que constituye únicamente complicidad.³¹³

Con este ejemplo se puede apreciar claramente la propuesta de Gimbernat para saber cuándo una conducta ha sido causal para la producción del resultado, misma que consiste en investigar cuál ha sido la concatenación de los hechos en la realidad, en averiguar lo que ha ocurrido exactamente en el mundo fáctico, en observar si realmente la contribución fue o no determinante para lograr el resultado. También precisa que si el juez no llega a una certeza absoluta sobre si la actividad del vigilante fue o no condición del resultado, no le restará más que aplicar el *in dubio pro reo* y condenar sólo por complicidad.³¹⁴

3. La conducta claramente criminal, condicionante del resultado, debe suponer, además, la remoción de un obstáculo serio

Gimbernat aconseja tomar en cuenta, además de los dos criterios anteriores, un tercero: la remoción de un obstáculo serio. En este sentido, manifiesta que si el autor material se encuentra inmerso en el mundo criminal, le será más fácil adquirir

³¹³ *Ibidem*, pp. 171 y 172.

³¹⁴ *Cfr. Gimbernat, op. cit.*, p. 173.

cooperación delictiva; por tanto, la colaboración que le brinden, aunque sea claramente criminal y condicione el resultado, al no suponer la remoción de un obstáculo serio para el autor será de complicidad.³¹⁵

Del mismo modo que en el primer supuesto (entrega de una cosa escasa), el autor en estudio propone no hipotetizar sobre si el mero hacer pudo o no haberlo efectuado otra persona; esto es, si el autor inmediato hubiera podido suplir esa aportación. Por lo que al participe se le calificará con base en lo único que conocía: si su aportación era o no difícil de conseguir para el autor material, si con ella le resolvía o no un grave problema.

En suma, para Gimbernat, cooperador necesario es aquel que contribuye al hecho con una cosa o una actividad difíciles de conseguir, "escasas". La ventaja de este criterio, en su opinión, es que sí puede ser constatado por el juez; además, si la circunstancia de escasez concurre o no es lo único que el interviniente pudo saber en el momento de actuar; por tanto, lo único que se le puede reprochar.

De esta forma, Gimbernat propone una solución a la conflictiva que se presenta en el Código Penal español por lo que respecta a la delimitación entre la figura de la cooperación necesaria y la de complicidad. Solución que a la teoría del dominio del hecho puede serle útil para la diferenciación entre coautor y cómplice.³¹⁶

³¹⁵ Cfr. Gimbernat, *op. cit.*, p. 175.

³¹⁶ Cfr. Roxin Claus, "Sobre la autoría y la participación en el Derecho Penal" en Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, Buenos Aires, Pannedille, 1970, p. 66 y Díaz y García Conlledo, Autoría en derecho penal . p. 668.

3. Construcción de Roxin

Roxin, por lo que respecta al problema de la autoría en los delitos comisivos dolosos o delitos de dominio, expone las siguientes ideas:

A. Autor como figura central

Roxin toma como punto de partida metodológico la idea de que "el autor es la figura central del acontecer en forma de acción".³¹⁷ En su opinión, existe la idea prejurídica de que el autor es la figura clave del delito, es el punto central, en tanto que los partícipes existen fuera del centro y se agrupan en torno a él. En este sentido, expresa:

el concepto de la 'figura central' significa el recurso a una idea plástica, que anida en la conciencia común: el autor, el coautor o el autor mediato son las figuras principales del suceso; el inductor y el cómplice están en los márgenes [...] Si es que cabe hablar de una 'esencia' previa, dada, de la participación, ésta consiste en que el partícipe se apoya en la figura central del autor [...].³¹⁸

Roxin también señala que con las expresiones anteriores aún no se ha dicho nada, porque falta rellenar, dotar de contenido el concepto de la figura central. Esto lo consigue a través de la teoría del dominio del hecho, tratándose de delitos de dominio y a través de la fórmula de "la infracción del deber especial", en relación con los delitos especiales propios. Por tanto, no basta manejar la idea de que autor

³¹⁷ Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, p. 42.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 43.

es quien desempeña el papel principal en el acontecer delictivo, sino que además se requiere acudir a valoraciones legales.

Algunos tratadistas se han pronunciado en el sentido de que la figura central de Roxin es vaga, y que lo verdaderamente importante, es el criterio material con el que se colme esta idea. Así, para Díaz y García Conlledo: "[...]se puede llegar a la idea del autor como figura central y ello sólo si a tal idea se le despoja del contenido prejurídico y se la vincula totalmente al tipo estricto; en ese momento, la idea de la figura central ya sí toma un carácter normativo, aunque todavía impreciso, que habrá que precisar con criterios materiales más concretos de distinción entre autoría y participación".³¹⁹ O sea para el autor antes citado, la idea de Roxin deberá sustentarse no sólo en el tipo, sino también en otros criterios, como puede ser el del dominio del hecho o algún otro. Cabe señalar en este espacio que no hay mayor fundamentación para la figura de referencia que el tipo penal.

B. Dominio del hecho como concepto abierto

Para Roxin, el dominio del hecho no debe ser un concepto fijo, cerrado, pero tampoco debe ser un concepto vago, indeterminado. En su opinión, el concepto del dominio del hecho debe ser un concepto abierto, que se consigue proponiendo, en lugar de una definición exacta o un concepto muy indeterminado, una descripción. Al respecto expresa:

[...] el concepto abierto [...] se caracteriza porque la descripción, ciertamente, por una

³¹⁹ Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 590.

parte delimita con precisión los casos típicos en la intervención de varios en el delito, permitiendo así acceder a un enjuiciamiento generalizador, pero, de otro lado, porque, allí donde lo impredecible de las posibles circunstancias veda cualquier solución generalizadora, mediante el empleo de principios regulativos, deja abiertos para la valoración judicial ciertos huecos. "Regulativo" se entiende aquí como "orientativo".³²⁰

Así, Roxin, tras estudiar cómo juega la idea del dominio del hecho en las distintas formas de autoría, extrae algunas conclusiones, principios generales, que le ayudarán a resolver nuevos casos.

En suma, el concepto del dominio del hecho propuesto por Roxin es abierto, en el sentido de que puede incorporar los nuevos casos que aparezcan con el tiempo.

C. Formas de dominio del hecho

Para Roxin, en los delitos de dominio éste puede presentarse de tres formas: como "dominio de la acción" en la autoría directa, como "dominio de la voluntad" en la autoría mediata y como "dominio funcional" en la coautoría.

a. Dominio de la acción

Roxin ha designado a la autoría directa con la expresión "dominio de la acción", porque en su concepto es la propia cualidad de la acción lo que hace del ejecutor, autor. En este sentido, autor directo siempre será el que actúa de propia mano, el que ejecuta por sí mismo la acción típica, la figura central del tipo. Al

³²⁰ Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, p. 146.

respecto, Roxin escribe:

[...] 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 todo los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho. Se trata aquí del 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.³²¹

Cabe señalar que la afirmación de que autor directo es el que ejecuta por sí mismo todos los elementos del tipo, fue un logro que se debe a la teoría objetivo-formal, teoría que construye su concepto de autor a partir del tipo legal. Por ello, Roxin, aunque identifica a la autoría directa con el "dominio de la acción", manifiesta que a pesar de ello sigue estando justificado denominar a la realización de propia mano del tipo, criterio objetivo de autoría.³²²

b. Dominio de la voluntad

Para Roxin: "La autoría mediata se caracteriza como 'dominio de la voluntad': alguien realiza un tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro y, por lo tanto, es designada como 'herramienta' en manos de

³²¹ *Ibidem*, p. 149.

³²² *Cfr. Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, p. 153.

éste".³²³

En este sentido, el autor mediato realiza el tipo, pero no personalmente, sino a través de otra persona, que por no poder oponer resistencia le sirve de instrumento, de tal suerte que el de atrás se convierte en la figura clave del acontecimiento.

Roxin identifica a la autoría mediata con el "dominio de la voluntad", porque el dominio que despliega el sujeto no está fundamentado en la ejecución inmediata de la acción, como ocurre en el dominio de la acción, sino que se fundamenta "en el poder de la voluntad rectora".³²⁴ Esto significa que el autor mediato domina el hecho a través de su voluntad, la cual dirige al instrumento, orientándolo hacia el fin deseado.

Para el autor en estudio, son tres formas, fundamentalmente, las que puede adoptar el dominio de la voluntad que caracteriza al autor mediato: 1) dominio de la voluntad por uso de la fuerza, esto es, por coacción; 2) dominio de la voluntad por (creación o utilización de un) error, y 3) dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado. Al respecto, afirma:

Estas tres formas fundamentales de autoría mediata agotan, si mi posición es correcta, las posibilidades estructurales de comisión de un hecho de un modo que no es de propia mano. La libre decisión de voluntad del que actúa directamente, que normalmente aparta al que permanece detrás de la realización del tipo, sólo puede ser dejada de lado por el engaño, la coacción o la fungibilidad del ejecutor.³²⁵

³²³ Roxin, "Sobre la autoría y la participación en el derecho penal", *op. cit.*, p. 62.

³²⁴ Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, p. 164.

³²⁵ Roxin, "Sobre la autoría y la participación en el derecho penal", *op. cit.*, p. 63.

Otras formas de autoría mediata, por ejemplo, el uso de niños en la ejecución del ilícito, se consideran modalidades de los tipos fundamentales ya descritos (coacción y error). Lo mismo se estima del uso de enfermos mentales como instrumentos de ejecución.

Según Roxin, el fundamento jurídico para castigar como autor, en todos los casos de dominio de la voluntad, reside en la descripción típica misma.

Cabe observar que de respetarse el principio *nullun crimen sine lege*, lo dicho por Roxin no es correcto, toda vez que el tipo únicamente describe como autor al que ejecute por sí mismo todos sus elementos. El castigo del autor mediato sólo es jurídicamente admisible en los sistemas diferenciadores cuando existe una norma que expresamente lo autorice.

c. Dominio funcional

Esta clase de dominio ya se trató, por lo que se deberá considerar lo que se ha dicho al respecto, en el espacio dedicado a la delimitación entre coautoría y complicidad.

D. Crítica

En relación con la idea de Roxin, del autor como figura central, se está de acuerdo con otros autores en la reflexión de que esta idea de nada sirve si no parte de lo descrito por el tipo, de lo que para el tipo es autor, ya que sólo de esa forma tal

idea podrá ser útil.

Tampoco se está de acuerdo con Roxin, en el sentido de que el castigo del autor mediato se fundamenta en la descripción típica misma, porque ésta sólo comprende al autor material. Para punir a la autoría mediata en un sistema diferenciador se requiere de una norma que expresamente autorice tal castigo.

En la construcción del dominio del hecho de Roxin permean las mismas ideas que en la mayoría de autores finalistas; pero, a diferencia de ellos, precisa en qué consiste el dominio del hecho en cada forma de autoría, detalla cada tipo de dominio, le da contenido, de tal modo que facilita la comprensión del concepto de autor finalista.

Por lo que respecta al dominio funcional, Roxin recibe muchas críticas por basarse en la teoría del *socius principalis* o también llamada "teoría de la necesidad", que hace depender la calificación del participante de consideraciones sobre lo que hubiera sucedido si él no hubiera intervenido. Por supuesto, Roxin niega este fundamento; pero, como expresa Gimbernat: "[...] para Roxin lo que le da el dominio funcional del hecho al coautor es que 'cada uno puede desbaratar el plan total retirando su contribución al hecho'. La cuestión es ¿cómo se puede llegar a una decisión en ese problema fundamental del 'desbaratamiento del plan total' sin tener en cuenta qué es lo que habría sucedido sin la actividad del sujeto?".³²⁶ La crítica de Gimbernat es certera, porque es innegable que Roxin, para saber si la separación de una contribución al hecho hubiera llevado al fracaso del plan, tiene que acudir a lo

³²⁶ Gimbernat. Autor y cómplice en derecho penal, p. 148.

que hubiera sucedido hipotéticamente si el coautor no hubiese realizado su actividad.

Por otro lado, el requisito de la esencialidad (desbaratamiento del plan) de la contribución que maneja Roxin para fundamentar el dominio del hecho de los coautores también puede concurrir en una persona que sólo actúa en la etapa preparatoria del delito,³²⁷ lo cual se contrapone con su exigencia de actuación en la etapa ejecutiva. Cabe señalar que éste es uno de los puntos más discutidos entre los representantes finalistas porque, para algunos,³²⁸ la contribución esencial ha de prestarse en la fase ejecutiva, y, para otros,³²⁹ también puede prestarse en la fase preparatoria del delito. Para Roxin, el coautor debe intervenir en la ejecución del evento delictivo, porque de lo contrario el sujeto no podría dominar realmente el curso del hecho punible; pero entonces debe delimitar mejor su concepto de la esencialidad de la contribución, porque es muy vasto.

4. Participación

Para los teóricos finalistas, la participación se caracteriza por la falta de dominio del hecho. De acuerdo con su concepción, la participación no da lugar a un tipo autónomo, sino a un tipo de referencia. Se expresa que las prescripciones de la parte especial del Código Penal no abarcan en su descripción el comportamiento de los partícipes, de tal suerte que las disposiciones sobre la participación implican una

³²⁷ Cfr. Gimbernat, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

³²⁸ Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, pp. 67-70; Jescheck, *op. cit.*, p. 944 y Cerezo Mir, José. Conferencia: "Autoría y participación", Congreso Iberoamericano de Derecho Penal, Centro Universitario México, México, D. F., 2 de septiembre de 1998.

³²⁹ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 944; Maurach, *op. cit.*, p. 344; Welzel, Derecho penal alemán, p. 159 y Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 826.

ampliación de la punibilidad hacia comportamientos que de otra forma serían impunes.

En este orden de ideas, la participación siempre se encontrará vinculada a un hecho principal, ejecutado por una persona distinta del partícipe, la cual es poseedora del dominio del hecho.

A. Fundamento de la punición de la participación

El fundamento de la punición del autor procede de haber concretizado el tipo penal correspondiente y, por ende, de haber lesionado el bien jurídico protegido por éste. Pero, ¿cuál es el fundamento para punir al partícipe? Para dar respuesta a esta interrogante se han elaborado diversas teorías, las cuales se dividen, entre las que fundamentan el castigo del partícipe en la influencia que éste ha ejercido en el autor, y las que lo fundamentan en la influencia que el partícipe ha tenido en el hecho.³³⁰

a. Teoría de la participación en la culpabilidad (influencia sobre el autor)

De acuerdo con esta teoría, el partícipe debe ser castigado por haber corrompido al autor, por conducirlo a la culpabilidad y a la pena, esto a través de la sugerencia a cometer el delito (inducción), o bien apoyándole en la idea delictiva (complicidad), además de contribuir en la ejecución del hecho.

Esta postura obviamente es rechazada por los defensores de la teoría del

³³⁰ Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, pp. 107 y ss.

dominio del hecho, en atención al principio de culpabilidad, según el cual cada sujeto responde de su propia culpabilidad, de tal suerte que la culpabilidad del autor es independiente de la del partícipe, y viceversa. Por tanto, la responsabilidad de una persona no puede derivarse de la de otra; esto es, la culpabilidad del partícipe no puede derivarse de la del autor.

b. Teoría de la participación en el ilícito, antes denominada teoría de la causación o del favorecimiento (influencia sobre el hecho)

Esta tesis basa el fundamento del castigo de la participación en el favorecimiento al injusto ajeno, en que el partícipe ha favorecido la realización del tipo por el autor. Al respecto, López Barja de Quiroga expresa: "[...] esta teoría considera que el partícipe no infringe la norma del tipo (de la parte especial) sino las específicas de la participación establecidas en la parte general, por lo que su punición se deriva de que colabora en que otra persona, el autor, viole aquella norma. El bien jurídico es lesionado por el autor, el partícipe sólo afectará a dicho bien jurídico a través del autor".³³¹ O sea que de acuerdo con esta teoría, se castiga al instigador y al cómplice porque colaboran con el autor en la realización de lo ilícito, violando en específico la norma que prohíbe impulsar o apoyar un hecho delictivo.

Esta teoría es aceptada por la mayoría de autores finalistas, entre ellos Welzel,³³² Maurach,³³³ Wessels³³⁴ y Bacigalupo.³³⁵ Asimismo, la admiten Jescheck

³³¹ López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 109.

³³² Cfr. Welzel, Derecho penal alemán, p. 161.

³³³ Cfr. Maurach, "Los problemas de la participación", Derecho Penal Contemporáneo,

y Stratenwerth, como a continuación podrá observarse:

Jescheck expresa: "Sólo esta teoría resulta compatible con la ley, en la medida en la que deja en claro que el partícipe no vulnera por sí mismo la norma contenida en el tipo del delito, sino que su injusto consiste en colaborar en la violación de la norma por parte del autor".³³⁶

Por su parte, Stratenwerth puntualiza: "El contenido de la ilicitud de la participación se determina, primariamente, según el contenido de ilicitud del hecho en el que se participa; en forma posterior, según el propio contenido de ilicitud del aporte".³³⁷

Como puede observarse, en el fondo de esta teoría se encuentra inmerso el principio de accesoriedad; la conducta del partícipe sólo existe en relación con la conducta del autor, depende de ella, es la que le da contenido.

c. Teoría pura de la causación (influencia sobre el hecho)

De acuerdo con la teoría pura de la causación, el castigo del partícipe se fundamenta en sí mismo, en su propio injusto, en su incidencia causal para la producción del hecho. Esta teoría obviamente es incompatible con la idea de la dependencia de la conducta del partícipe respecto de la conducta del autor (principio

México, núm. 14, mayo-junio, 1966, p.70.

³³⁴ Cfr. Wessels, *op. cit.*, p. 163.

³³⁵ Cfr. Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 200.

³³⁶ Jescheck, *op. cit.*, p. 956.

³³⁷ Stratenwerth, *op. cit.*, p. 261.

de accesoriedad). Por tanto, en ella, el principio de accesoriedad no juega ningún papel, toda vez que la punición del partícipe depende de su propio injusto, y el bien jurídico también se considera lesionado por él.³³⁸

Al parecer esta teoría parte de un concepto unitario de autor clásico, porque niega el principio de accesoriedad y se basa en la causalidad, en la aportación causal del interviniente para el logro del resultado; además, se considera que tanto el autor como el partícipe lesionan el mismo bien jurídico. Esta teoría es incompatible con la teoría del dominio del hecho, porque esta última pertenece a un sistema diferenciador que defiende un concepto restrictivo de autor (por lo que respecta a los delitos dolosos).

B. Principio de accesoriedad

El principio de accesoriedad afirma la dependencia de la participación respecto del hecho principal. El hecho principal debe cumplir ciertos requisitos cuantitativos y cualitativos para servir de base al fenómeno de la participación.

a. Accesoriedad cuantitativa

La accesoriedad cuantitativa se refiere al grado de realización que el hecho principal debe alcanzar para servir de base a la punición de la participación. Para los defensores de la teoría del dominio de la acción, este requisito se satisface cuando el hecho principal ha quedado, por lo menos, en grado de tentativa punible.

³³⁸ Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 110.

Cabe hacer la precisión de que una cosa es la participación en la tentativa y otra distinta la tentativa de participación. Este último supuesto se considera impune. Al respecto, Welzel afirma: "La razón para la amplia impunidad de la tentativa de participación reside, en primer lugar, en que la participación por lo general sólo señala su peligrosidad criminal cuando conduce a un hecho principal real; en segundo lugar, que el castigo de la mera tentativa de participación –sobre todo en la complicidad– evoca un auténtico derecho penal de ánimo".³³⁹ De esta forma, Welzel se manifiesta por la no punición de la participación frustrada.

b. Accesoriedad cualitativa

La accesoriedad cualitativa se refiere a los elementos del delito que el hecho principal debe satisfacer, para servir de apoyo a la punición de la participación.

M. E. Mayer³⁴⁰ llevó a cabo una graduación de esta accesoriedad, misma que se mantiene vigente hasta nuestros días:

- a) Accesoriedad mínima. De acuerdo con ella, para que pueda castigarse al partícipe basta que el hecho principal sea típico.
- b) Accesoriedad limitada. Esta postura exige, para la punición del partícipe, que el hecho principal sea típico y antijurídico.
- c) Accesoriedad extrema. Exige, para castigar al partícipe, su intervención en una conducta típica, antijurídica y culpable.

³³⁹ Welzel. Derecho penal alemán, p. 165.

³⁴⁰ Cfr. Peñaranda Ramos Enrique, La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Madrid, Tecnos, 1990, p. 255.

d) Hiperaccesoriedad. Exige, para la punición del partícipe, la efectiva ejecución de la pena en el autor.

Para los defensores de la teoría del dominio del hecho, basta la accesoriidad limitada, es decir, que para punir al partícipe consideran suficiente un hecho principal típico (doloso) y antijurídico.

La inclinación hacia la accesoriidad limitada obedece a dos razones: primera, la accesoriidad mínima no puede sostenerse porque sólo exige un hecho principal típico, y éste puede no ser antijurídico, de tal suerte que de existir una causa de justificación, ésta beneficiaría no sólo al autor, sino también al partícipe. Segunda, la accesoriidad extrema tampoco puede defenderse en atención al principio de culpabilidad, según el cual, cada sujeto es punible según su grado de reprochabilidad sin considerar la de los demás. Debe recordarse en este espacio que los defensores de la teoría del dominio del hecho rechazan la teoría de la participación en la culpabilidad como fundamento de la participación; por consiguiente, también rechazan la accesoriidad extrema.

Por otra parte, cabe observar que lo que les permite a los finalistas conformarse con una accesoriidad limitada es la nueva ubicación que hicieron del dolo, ya que por haberlo trasladado de la culpabilidad al tipo no tienen ningún problema en exigir tan sólo un hecho principal típico (doloso) y antijurídico.

Es importante recalcar que a pesar de que los finalistas también ubican la culpa en el tipo, cuando exigen una accesoriidad limitada, esto es, un hecho típico y

antijurídico, lo que realmente están exigiendo es un hecho antijurídico doloso. Esto es así, porque en su concepto, la participación depende de la existencia de dolo en el autor. Por ello, no conciben la existencia de la participación dolosa en un hecho principal culposo, porque el autor culposo no tendría el dominio del hecho y, en consecuencia, quien dominaría el evento sería el partícipe; por tanto, sería autor mediato. Tampoco conciben la participación culposa en un hecho principal doloso. Ello, porque en el terreno de la culpa sostienen un concepto unitario de autor.³⁴¹ Por tanto, para que pueda existir participación, tanto el partícipe como el autor deben actuar dolosamente.

C. Formas de participación

a. Instigación: concepto y características

Welzel afirma: "Instigar es determinar dolosamente a un hecho doloso (a través de influencia espiritual). Es decisivo *originar la decisión al hecho* en el autor [...]"³⁴²

Maurach expresa: "Instigación es la dolosa incitación, a un sujeto, al hecho punible que dolosamente comete".³⁴³

Stratenwert asevera: "Instigador es el que ha determinado dolosamente a otro

³⁴¹ Cfr. Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 132 (nota 315) y p. 140; Peñaranda Ramos, Enrique, *op. cit.*, p. 272 y ss.

³⁴² Welzel, Derecho penal alemán, p. 166.

³⁴³ Maurach, Tratado de derecho penal, p. 368.

a la comisión dolosa de un hecho antijurídico".³⁴⁴

Jescheck manifiesta: "Inducción es determinar dolosamente a otro al hecho antijurídico por él cometido".³⁴⁵

Por su parte, Bacigalupo anota: "Instigar es crear en otro (el autor) la decisión al hecho punible (dolo)".³⁴⁶

Como puede observarse, la mayoría de autores finalistas coinciden en estimar a la instigación como la determinación dolosa a un hecho doloso. En su opinión, esta figura se efectúa psíquicamente, esto es, a través de influencia mental; el instigador se limita a provocar en el autor la decisión al hecho punible y no participa del dominio del hecho.

Las características de la instigación son:

– La accesoriadad cualitativa

El hecho principal que sirve de soporte a la punición de la instigación debe ser típico y antijurídico. Ello, por respeto al principio de accesoriadad, visto desde una perspectiva cualitativa.

³⁴⁴ Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 877.

³⁴⁵ Jescheck, Tratado de derecho penal, t. II, p. 957.

³⁴⁶ Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 207.

– La accesoriadad cuantitativa

El hecho principal debe alcanzar por lo menos el grado de tentativa punible. Esto, en atención al principio de accesoriadad, visto desde una perspectiva cuantitativa.

– La aportación del instigador. Consiste en crear en el autor la resolución de cometer el delito.

La aportación del instigador consiste en "determinar", que significa "haber dado lugar en el autor a la decisión de cometer el hecho".³⁴⁷ Dicha decisión está encauzada a concretizar una conducta delictiva; por tanto, tal decisión se refiere al dolo. En este sentido, la actividad del instigador radica en crear en el autor el dolo previsto en un tipo penal; este dolo debe ser producto del influjo psíquico sobre él desplegado. Para ello se requiere que el instigado no tenga ya la idea de cometer el ilícito.

En la doctrina se tienen dos soluciones para el caso de que se intente inducir a un sujeto que se encuentra ya decidido a cometer el ilícito, supuesto también conocido como *omnimodo facturus* (que significa "lo haría de cualquier modo"). Para algunos autores,³⁴⁸ se trataría de una tentativa de inducción, en tanto que para otros³⁴⁹ se estaría en presencia de una complicidad psíquica.

³⁴⁷ Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 876.

³⁴⁸ En este sentido, Welzel, *op. cit.*, p. 167 y Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 207, entre otros.

³⁴⁹ Stratenwerth, plantea las dos soluciones, *op. cit.*, núm. 884; lo mismo cabe decir de Jescheck, *op. cit.*, p. 959.

Para López Barja de Quiroga, debe estimarse tentativa de inducción cuando el sujeto se encuentra totalmente decidido a cometer el hecho, de tal forma que la sugerencia del instigador carece de relevancia. Considera que existe inducción cuando se reafirma al autor en la decisión no tomada de manera absoluta, es decir, respecto de la cual todavía se encuentra indeciso, pues en su concepto: "La inducción no es un problema de originalidad sino de determinación al hecho".³⁵⁰ Este caso es solucionado por otros autores como complicidad psíquica.

Cabe señalar que lo anterior es correcto tratarlo como complicidad psíquica, porque el sujeto únicamente está reforzando la idea delictiva del autor, y dicha idea no ha sido producto de la influencia del instigador, la idea ya existía, por lo que sólo se apoya en la misma.

– Los medios de instigación. Todos los medios son idóneos en la medida en que impliquen un influjo psíquico

La doctrina dominante³⁵¹ acepta cualquier medio para instigar, pero siempre y cuando implique un influjo psíquico; acorde con ello, se habla de los siguientes medios de instigación: consejos, aparente disuasión, promesas, recompensas, ruegos y otros similares, que sean determinantes para lograr la resolución al acto por parte del autor.

³⁵⁰ López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 136.

³⁵¹ Cfr. Welzel, *op. cit.*, p. 166; Jescheck, *op. cit.*, p. 957; Maurach, *op. cit.*, p. 370 y Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 882, entre otros.

No se acepta³⁵² como un medio de instigación la creación de una situación en la cual se prevea que el autor se decidirá a cometer el delito; ello, porque la instigación debe conllevar cierto influjo psíquico del instigador hacia el autor, y en el presente caso la "puesta en escena" es una sugerencia demasiado sutil, toda vez que el autor puede obrar de muy diversas formas, en virtud de que conserva un margen de libertad muy amplio.

Tampoco se admite el engaño, la fuerza o las amenazas como medios de instigación, porque cuando éstos son de tal importancia que impiden al autor obrar realmente con total señorío sobre el acto, entonces se trataría de verdaderos supuestos de autoría mediata.

– La instigación por omisión no resulta jurídicamente posible

No es admisible la instigación a través de una omisión,³⁵³ toda vez que para instigar se requiere actuar, de tal forma que no puede convencerse a nadie de manera inactiva. Esta conclusión es congruente con el punto precedente, donde puede apreciarse que todos los medios de instigación aceptados conllevan una acción, pues crear la decisión delictiva en el autor principal sólo es concebible de manera comisiva.

³⁵² Cfr. Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 882; Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 207 y López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 131, entre otros.

³⁵³ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 961; Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 207 y López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 132, entre otros.

– No hay instigación en los delitos culposos. El instigador debe proceder dolosamente, y el hecho al que el instigador induce debe ser doloso

Se exige que el instigador proceda dolosamente, es decir, con la intención manifiesta de lograr la creación de la resolución criminal en el instigado, requisito que es comprensible, en atención a que no es posible tratar de influir en alguien para que delinca si no se tiene la intención de hacerlo. Los simples consejos dados imprudentemente no constituyen instigación; en todo caso constituirían autoría imprudente.

Como ya se ha visto, la corriente penal finalista sostiene, en relación con los delitos comisivos dolosos, un concepto diferenciador de autor, en donde es válido hablar de autores y partícipes, basándose para ello en la teoría del dominio del hecho, que implica la posesión, por parte del autor, del dolo del hecho, además del señorío respecto a la ejecución o desistimiento del evento delictivo. Congruente con estas ideas, se encuentra la exigencia relativa a que el instigador debe inducir a un delito doloso, pues de lo contrario, quien poseería el dominio del hecho sería el inductor, y por tanto, pasaría a convertirse en autor mediato. Por ello, se requiere de la decisión dolosa en el autor principal para que éste sea quien domine el hecho.

– El dolo del instigador debe ser concreto. Significa que debe dirigirse a un determinado hecho punible y a un determinado autor en el que debe producir la decisión delictiva

En virtud de que el dolo del instigador persigue a través del autor la realización de un tipo de delito, luego entonces, ha de comprender el conocimiento de las circunstancias de hecho, del tipo penal respectivo.

Es suficiente con que el instigador conozca los elementos esenciales del tipo penal que desea lleve a cabo el autor principal, sin que sea necesario su conocimiento respecto a todos los detalles del hecho a ejecutar, tales como las circunstancias de tiempo y lugar, ni la forma de comisión, porque estas cuestiones dependen a menudo del desarrollo del hecho.³⁵⁴

Se requiere que su dolo comprenda los aspectos relevantes del delito para que pueda válidamente decirse que existe un vínculo entre la inducción y el hecho delictivo realizado por el autor principal, de tal modo que éste sea producto de aquél.

Para la mayoría de autores finalistas es suficiente que concurra en el instigador el dolo eventual.³⁵⁵

El dolo del instigador también debe dirigirse a uno o varios sujetos determinados. Para Jescheck: "Tan pronto como deja de ser determinable individualmente el círculo de personas a las que se dirige la instigación, desaparece la inducción".³⁵⁶ Por ello, aunque el instigador se dirija a varias personas a la vez

³⁵⁴ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, pp. 958 y 959.

³⁵⁵ Cfr. Welzel, *op. cit.*, p. 167; Jescheck, *op. cit.*, p. 958 y Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 207, entre otros.

³⁵⁶ Jescheck, *op. cit.*, p. 958.

para que realicen el delito, este círculo de personas deben estar bien identificadas por él para que el delito cometido realmente corresponda al influjo psíquico del instigador sobre el instigado; esto, en razón de que debe existir una relación directa entre ambos.

– El dolo del instigador tiene que dirigirse a la consumación del delito. El caso del agente provocador

La doctrina mayoritaria considera que el dolo del instigador no sólo debe buscar la resolución delictiva del autor principal, sino también debe dirigirse a lograr la consumación del delito por medio de dicho autor; a esto le denominan "doble dolo del instigador".

Para Maurach, la exigencia de la finalidad consumativa obedece a la teoría que sirve de fundamento para punir a la participación; es decir, a la teoría de la participación en el ilícito, de acuerdo con la cual, la conducta del partícipe debe influir causalmente sobre el hecho, no bastando tan sólo el corromper al inducido. Lo anterior se evidencia cuando escribe: "Finalmente, la instigación presupone también *la voluntad de consumación* del instigador. Injusto y punibilidad de la participación no se desprenden de la seducción, de la corrupción anímica, del autor principal, sino de la producción final del resultado típico por medio del hecho ajeno. No será, pues, instigador quien no quiera el resultado".³⁵⁷

³⁵⁷ Maurach, *op. cit.*, pp. 371 y 372.

Este requisito ha sido objeto de debates, porque de no exigirse la finalidad consumativa del instigador, entonces el caso del agente provocador quedaría impune.

Como es sabido, esta figura aparece cuando el instigador no busca la consumación del delito, sino únicamente la tentativa, para efecto de obtener pruebas en contra del inducido.

En relación con el caso del agente provocador, existen opiniones encontradas, ya que para algunos tratadistas, en virtud de que el agente provocador no persigue la consumación del hecho delictivo inducido, sino la tentativa, luego entonces no puede ser considerada su conducta como de inducción, y, por tanto, es impune.

Stratenwerth se manifiesta en este sentido al anotar: "[...] si el instigador quiere que el hecho sólo alcance el grado de una tentativa, su dolo no va tan lejos como en el caso normal de la instigación, y esta diferencia debería determinar su impunidad".³⁵⁸

Roxin³⁵⁹ también defiende esta postura bajo el argumento de que el agente provocador no quiere lesionar el bien jurídico, faltando, en consecuencia, el fundamento que legitime la pena.

³⁵⁸ Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 890.

³⁵⁹ Cfr. Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, pp. 490 y 491.

Bacigalupo³⁶⁰ no comparte este criterio, porque en su concepto, el argumento de que el dolo del instigador debe dirigirse a la consumación del hecho principal no es convincente, ya que el comienzo de ejecución doloso llevado a cabo por el inducido es antijurídico; por ende, la conducta del agente provocador cumple con los presupuestos de la instigación punible, desde cualquiera de las teorías que fundamentan la punibilidad del partícipe. Además, afirma que inclusive desde el punto de vista de la teoría de la participación en el ilícito, la tentativa que lleva a cabo el provocado es ya una conducta que se encuentra dentro del ámbito de lo punible.

De esta forma, Bacigalupo propone la punibilidad de la actividad del agente provocador. Comparte esta posición Jescheck, cuando escribe: "Mas esta concepción [se refiere a la doctrina que defiende la impunidad del agente provocador], incluso desde el punto de vista de la teoría de la causación, no es correcta si el 'agente provocador' somete el objeto de la acción a una *puesta en peligro* por parte del autor y se conforma con dicho peligro".³⁶¹

Se considera acertada la postura defendida por Bacigalupo y Jescheck, porque efectivamente, la conducta del agente provocador implica la comisión de un delito en grado de tentativa, y esta tentativa no tiene por qué ser impune, a diferencia de otras, que persiguen la consumación del ilícito; ello, en virtud de que la actividad del agente provocador realmente pone en peligro al bien jurídico protegido por el tipo penal respectivo.

³⁶⁰ Cfr. Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 208.

³⁶¹ Jescheck, *op. cit.*, p. 958.

– Exceso y error

Existe consenso en la doctrina en relación con la idea de que el instigador no responde del exceso del instigado. Su límite de responsabilidad se encuentra delimitado por su dolo, de tal modo que sólo puede imputársele la conducta del autor principal en la medida en que sea coincidente con su instigación.

La no responsabilidad del instigador por el exceso del autor corresponde al cumplimiento del principio de culpabilidad, pues, como opina Bacigalupo: "La opinión contraria solo puede fundamentarse en el '*versare in re illicita*', es decir, en una violación del principio de culpabilidad".³⁶²

En la doctrina se distinguen los supuestos de exceso y defecto. El primero de ellos surge cuando el instigado realiza más de lo inducido, y el segundo, cuando realiza menos de lo inducido.

Se habla de un exceso cualitativo y de un exceso cuantitativo. Se está en presencia de un exceso cualitativo cuando el autor principal concretiza un delito distinto al inducido; por ejemplo, en lugar de robar, mata. En este caso, el inductor no responde por el exceso, porque éste no fue abarcado por su dolo.³⁶³ En cambio, el exceso cuantitativo se presenta cuando el autor realiza más de lo deseado por el instigador, lo que acontece cuando lleva a cabo un tipo penal que contiene los mismos elementos que el delito inducido, pero, además, otros que agravan la

³⁶² Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 209.

³⁶³ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 958; Maurach, *op. cit.*, pp. 374 y 375; Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 209 y López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 143.

punibilidad. En este supuesto, el instigador responde por el hecho que indujo, pero no de la circunstancia cualificante.

En las dos clases de excesos el autor responderá por el delito cometido, en tanto que el instigador únicamente por el hecho punible al que instigó.

No debe perderse de vista que tratándose de la instigación, basta que exista en el partícipe un dolo eventual; por ende, deberá considerarse esta circunstancia para efecto de delimitar su responsabilidad, porque puede ser que el instigado haya actuado dentro del marco de la instigación, y en consecuencia no exista exceso.

Lo contrario del exceso surge cuando el instigado realiza un hecho punible menos grave que aquel para el cual se le indujo; por ejemplo, el instigador determinó al inducido para que matara a otra persona y sólo la lesiona. En esta situación, se beneficia al instigador, haciéndole responder sólo por el hecho realmente cometido por el autor principal.³⁶⁴

Para López Barja de Quiroga, los anteriores supuestos deberían ser solucionados de manera concursal, por ser el concurso la solución más adecuada y correcta. De tal suerte que propone "[...] una inducción intentada del delito pretendido en concurso ideal con una autoría imprudente del delito cometido". Sin embargo, la mayoría de autores finalistas sostienen la irresponsabilidad del instigador por el exceso del instigado, salvo que este exceso se encuentre comprendido por su dolo, aunque sea eventual.

³⁶⁴ Cfr. Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 209.

Por lo que respecta a los casos de error, en la doctrina se señala que cuando las desviaciones del hecho principal son irrelevantes para el autor, lo mismo regirá para el instigador; por ejemplo, el error *in persona* y el error *in objeto*; la situación varía cuando el error es esencial para el autor y le es imputable el delito a título de culpa; en tal supuesto, automáticamente el instigador se convierte en autor mediato.³⁶⁵

Para otro sector de la doctrina, el error *in objeto* por parte del autor principal se convierte en *aberratio ictus* para el instigador, planteándose en consecuencia una inducción intentada respecto al delito perseguido, en concurso ideal con una autoría imprudente del delito consumado; ello, cuando la posibilidad del error del autor era previsible.³⁶⁶

En relación con los delitos cualificados por el resultado, Jescheck, manifiesta que el instigador responde por la consecuencia más grave, siempre y cuando se le pueda ésta atribuir de manera imprudente, presentándose la conducta del instigador: "[...] como inducción dolosa al delito base y autoría accesoria imprudente, con relación a la consecuencia más grave".³⁶⁷

– La instigación en cadena

Cabe señalar que la opinión mayoritaria admite la instigación en cadena, la cual se genera cuando un sujeto instiga a otro para que a su vez determine a un

³⁶⁵ Cfr. Welzel, *op. cit.*, p. 168 y Maurach, *op. cit.*, p. 376.

³⁶⁶ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 961 y López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 145.

³⁶⁷ Jescheck, *op. cit.*, p. 961.

tercero a realizar un delito. La inducción de todos los intervinientes en la cadena se considera como inducción al hecho principal, y no se requiere que los instigadores de la misma conozcan el número de los sujetos que en ella intervienen, ni tampoco el nombre del autor material; basta que conozcan y quieran el hecho principal.

Asimismo, se admite que la concurrencia de varios instigadores, con acuerdo o sin acuerdo entre ellos y recurriendo a diversos medios, puede ocasionar en un sujeto la resolución delictiva, y con ello se acepta no sólo la posibilidad de una instigación en cadena, sino también la de una coinducción o la de una inducción accesoria. En estos últimos supuestos, como es difícil medir la influencia psíquica de cada instigador, y por ende, no puede saberse con exactitud quién de ellos determinó al autor principal, lo más adecuado es tratar el caso como de complicidad.³⁶⁸

De igual forma, se admite la inducción mediata, en la que el instigador no se presenta frente al autor, sino que se sirve de una persona como mero instrumento para lograr la resolución delictiva en dicho autor.³⁶⁹

– La tentativa

La instigación se castiga desde que el autor empieza con la ejecución del delito para el cual se le indujo, siempre que esa tentativa sea punible.

³⁶⁸ Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 134.

³⁶⁹ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 157.

Cabe diferenciar entre lo que es la instigación en la tentativa del hecho principal, que sería lo antes referido, de lo que es la instigación tentada; se presenta esta última cuando se induce a un sujeto a la realización de un delito, que finalmente éste perpetra con independencia de esa inducción, lo cual sólo se propone castigar cuando tal instigación tentada está referida a un crimen, y mediante una atenuación de la pena.³⁷⁰

– La pena

Se aplica al instigador la misma amenaza penal que al hecho principal al cual se vincula, excepto cuando concurren elementos personales especiales que imponen distinciones.

Pero, ¿qué razón existe para mantener el principio de igualdad de la punición cuando se está en presencia de un autor y de un partícipe, en sentido estricto?. Se dice que la razón estriba en que al inductor se debe la iniciativa de cometer el ilícito, y, por lo general, constituye su fuerza impulsora.

Para López Barja de Quiroga,³⁷¹ aunque esta equiparación sólo se explica por cuestiones de política criminal; sin embargo, estas argumentaciones no siempre son convincentes, por lo que, en su opinión, sería conveniente que se permitiera aplicar facultativamente una pena atenuada para el instigador. Opinión con la que se está de acuerdo, toda vez que el contenido de injusto y, por ende, el de culpabilidad, no es

³⁷⁰ Cfr. Welzel, *op. cit.*, p. 168.

³⁷¹ Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 146.

igual, es más reprochable la conducta de quien ejecuta el hecho típico, que la de aquel que sólo crea la idea delictiva; además, el autor conserva el dominio de la acción en sus manos, de tal suerte que, si quisiera, podría no llevar a cabo la conducta sugerida. Una situación diferente se presenta en los supuestos tradicionales de autoría mediata, en donde el instrumento carece de ese dominio.

b. Complicidad: concepto y características

Welzel afirma: "La complicidad consiste en prestar ayuda dolosa a un hecho doloso".³⁷²

Jescheck manifiesta: "La complicidad es la cooperación dolosa con otro en la realización de su hecho antijurídico dolosamente cometido".³⁷³

Wessels expresa: "[...] el cómplice se limita a promover el hecho principal amparándolo física o psíquicamente".³⁷⁴

Por su parte, Bacigalupo anota: "Cómplice, en sentido amplio, es el que dolosamente coopera en la realización de un delito doloso".³⁷⁵

Como puede verse, la idea central en torno a esta forma de participación es la del auxilio doloso que se presta a un autor para la comisión de su hecho antijurídico doloso. Por lo que puede decirse que la complicidad sólo consiste en colaborar, en

³⁷² Welzel, Derecho penal alemán, p. 170.

³⁷³ Jescheck, *op. cit.*, p. 962.

³⁷⁴ Wessels, *op. cit.*, p. 169.

³⁷⁵ Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 210.

prestar ayuda al autor para que pueda llevar a cabo el delito, de tal suerte que sólo favorece la realización del mismo por parte del autor.

La complicidad tiene las siguientes características:

– La accesoriadad cualitativa

El hecho principal que sirve de base a la punición de la complicidad debe ser típico y antijurídico. Este requisito, como ya se abordó en otro espacio, responde al principio de accesoriadad (limitada), visto desde un plano cualitativo.

– La accesoriadad cuantitativa

El hecho principal debe alcanzar por lo menos el grado de tentativa punible.

Al igual que en la instigación, para que pueda castigarse la conducta del cómplice el autor principal deberá, por lo menos, haber iniciado la ejecución del delito para el cual el cómplice colaboró. Este requisito también responde al principio de accesoriadad, sólo que visto desde una perspectiva cuantitativa.

– La aportación del cómplice

La conducta del cómplice consiste en prestar "ayuda". Esta "ayuda" puede prestarse en forma física o psíquica. No existe una limitación en cuanto a los medios que el cómplice puede utilizar para ayudar al autor principal. Los autores finalistas

distinguen entre una colaboración física y una psíquica. La primera de ellas se refiere a un auxilio técnico que el cómplice proporciona para favorecer la ejecución del hecho principal. Así, por ejemplo, el entregar una ganzúa, el dar alguna indicación; esto es, el colaborar con alguna cosa o prestando un servicio que no sea esencial, indispensable para la realización del delito.

Jescheck precisa: "Incluso en el caso de que alguien realice de propia mano un elemento del tipo del hecho principal, puede excepcionalmente concurrir sólo complicidad, en la medida en la que no se tenga participación alguna en el común acuerdo constitutivo de la coautoría".³⁷⁶ También cabría agregar el supuesto del auxilio en la ejecución, con acuerdo previo, pero sin poseer el dominio del hecho, o sea que la decisión respecto a la continuación o suspensión del evento delictivo no se tiene en las manos.

Por lo que respecta a la segunda forma de colaboración, esto es, la psíquica, se acepta que puede tener lugar mediante el fortalecimiento de la decisión del autor.

Stratenwerth advierte en torno a esta modalidad que la misma conlleva el peligro de una sanción por sospecha. En este sentido, expresa: "[...] no es posible considerar complicidad la mera aprobación del hecho, sino sólo la influencia psíquica demostrada, como, por ejemplo, la eliminación de la última duda o freno del autor".³⁷⁷

³⁷⁶ Jescheck, *op. cit.*, p. 962.

³⁷⁷ Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 900.

Para Bacigalupo, la complicidad también puede tener lugar a través de una omisión, ya que en su concepto, la relación que debe existir entre la ayuda del cómplice y el hecho ejecutado por el autor no precisa ser causal en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones, sino con base en criterios normativos; en este orden de ideas, anota: "[...] una complicidad por omisión no podría darse si se sostiene que el omitente no es causal respecto del resultado [...] teniendo en cuenta que la co-causación no debe juzgarse desde puntos de vista estrictamente causales, la omisión también puede ser una forma de complicidad cuando ha tenido por efecto *facilitar* la comisión del hecho".³⁷⁸

Es oportuno aclarar que si el omitente posee la calidad de garante, en tratándose de un tipo de comisión por omisión, indudablemente que no se estaría en presencia de una complicidad, sino de una autoría.

– El límite de la colaboración prestada por el cómplice

La colaboración prestada por el cómplice no debe alcanzar el rango de una auténtica ejecución del delito; de lo contrario, se estaría hablando de una coautoría.

Tomando en cuenta que el problema de la delimitación entre la complicidad y la coautoría ya fue abordado, habrá que remitirse a lo dicho al respecto en el apartado dedicado a la coautoría.

³⁷⁸ Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 210.

– El alcance de la causalidad

Una parte de la doctrina exige una relación de causalidad entre el aporte del cómplice y el resultado alcanzado por el autor principal, pero se es más tolerante en cuanto a la intensidad de esta relación causal, porque la misma no se entiende en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones; es decir, no se exige una causalidad absoluta, sino tan sólo de *favorecimiento* para la producción del resultado prohibido.

Pertenece a esta postura Welzel, quien escribe: "La complicidad tiene que favorecer (objetivamente) el hecho principal [...] Favorecer significa prestar una colaboración causal para la comisión del hecho principal, luego en los delitos de resultado también una colaboración para el resultado".³⁷⁹

Para Jescheck, es importante mantener la causalidad en la complicidad, de tal suerte que en los delitos de mera actividad la contribución del cómplice debe favorecer la actuación del autor, en tanto que en los delitos de resultado "[...] la aportación del cómplice debe contribuir a la consecución del resultado típico en el sentido de una 'causalidad fortalecedora', mediante la facilitación de la acción delictiva".³⁸⁰

El autor antes citado plantea como una especial dificultad en la complicidad, la constatación de la causalidad, porque a pesar de que ésta se exige, no puede

³⁷⁹ Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 171.

³⁸⁰ Jescheck, *op. cit.*, p. 965.

plantearse la cuestión de si el hecho se hubiera omitido sin la contribución del cómplice, en virtud de que la ayuda en relación con el hecho principal sólo aparece como una causa concomitante para la producción del resultado prohibido. Lo que significa que la aportación del cómplice confluye con otras causas, y sólo favorece su aparición. En este orden de ideas, expresa: "Toda ayuda, incluso la más pequeña, que objetivamente favorezca el hecho es suficiente, en tanto que una cooperación importante de la que no se sirve el autor queda en complicidad intentada (impune)".³⁸¹

Otra parte de la doctrina considera que debe abandonarse el criterio de la causalidad y debe tomarse en cuenta la teoría de la elevación del riesgo. Esta postura es defendida por Bacigalupo,³⁸² Stratenwerth³⁸³ y Roxin,³⁸⁴ entre otros.

De acuerdo con esta posición, la complicidad, para ser considerada como tal, debe elevar el riesgo de producción del resultado, lo que significa que el cómplice debe colaborar aumentando el peligro de lesión del bien jurídico. Sin embargo, aunque el auxiliador incremente el riesgo, no significa que el resultado le sea objetivamente imputable, toda vez que "[...] dicha imputación sólo es posible construirla sobre la base irrenunciable de la causación del resultado".³⁸⁵ Pudiendo tan sólo, al autor, serle imputado objetivamente el mismo.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 966.

³⁸² Cfr. Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, p. 210.

³⁸³ Cfr. Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 899.

³⁸⁴ Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 150.

³⁸⁵ Gómez Benítez, citado por López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 151.

Para esta teoría, es suficiente que el cómplice incremente de manera relevante el riesgo, porque sólo así puede decirse que su colaboración fue "eficaz" para la producción del hecho delictivo, y, por consiguiente, debe punirse. Para ello no importa si suprimida mentalmente la aportación el resultado se produzca de igual forma.

Respecto de las teorías antes abordadas, cabe señalar que no puede aceptarse la segunda, porque convertiría a la complicidad en un delito de peligro, tomando en cuenta su exigencia de que la colaboración aumente las posibilidades de lesión del bien jurídico; luego entonces, esta teoría transformaría una tentativa de complicidad, que podría ser impune en una complicidad punible.

– La intensidad objetiva del aporte al delito y el momento en que debe prestarse la colaboración

En este espacio es oportuno hablar de la distinción entre lo que se conoce como "complicidad primaria" o "cooperación necesaria", y la llamada "complicidad secundaria", o simplemente "complicidad".

A la primera de las figuras antes mencionadas el Código Penal argentino le denomina "complicidad primaria", y el Código Penal español le llama "complicidad necesaria", figura que no existe en legislaciones como la alemana y tampoco en la nuestra.³⁸⁶

³⁸⁶ Por fortuna, según el sentir de Cerezo Mir, para quien es un error técnico considerar la existencia de esta figura. En su concepto, lo correcto, científicamente hablando, es apreciar como participación (en sentido estricto), sólo las figuras de complicidad y de

A la colaboración prestada por un sujeto se denomina "complicidad primaria", o "cooperación necesaria" cuando dicha colaboración ha sido esencial para la consecución del resultado típico, lo que significa que sin dicha cooperación el delito no hubiera tenido lugar.

Por lo que respecta al momento en que debe prestarse esta cooperación esencial, se especifica que debe ser en la fase preparatoria del hecho punible y no en la fase ejecutiva del mismo, porque de ser así se estaría hablando de una coautoría, caracterizada por un dominio funcional del hecho.³⁸⁷

En el caso de los países en los que esta forma de participación no se encuentra prevista, se suple tal vacío con la figura de la coautoría, extendiéndola hasta la fase preparatoria y no solamente ejecutiva,³⁸⁸ estimándose que también puede tenerse el dominio del hecho en esta fase. Por ejemplo, el caso del que colabora con una bomba por él construida, sin encontrarse presente en el lugar de ejecución del hecho.

En lo tocante al cómplice o cómplice secundario, se caracteriza porque su aportación no es esencial, de tal modo que, aun sin ella, el hecho de todas formas se hubiera llevado a cabo.

instigación. Conferencia: "Autoría y participación", Congreso Iberoamericano de Derecho Penal, Centro Universitario México, México, D.F., 2 de septiembre de 1998.

³⁸⁷ Cfr. Bacigalupo, Manual de derecho penal, p. 210 y Cerezo Mir, José, Conferencia: "Autoría y participación", Congreso Iberoamericano de Derecho Penal, Centro Universitario México, México, D. F., 2 de septiembre de 1998.

³⁸⁸ En México, proceder de esta forma sería bastante discutible, toda vez que el Código Penal federal, en su artículo 13, fracción III, prescribe: "Los que lo realicen conjuntamente"; y con ello anula toda posibilidad de extender la figura de la coautoría hasta esos extremos, pues exige la participación de los coautores en fase ejecutiva.

En relación con el momento en que debe prestarse dicha ayuda, en la doctrina existen dos posturas. Para una de ellas, la complicidad puede tener lugar desde la preparación del delito hasta su ejecución. Bacigalupo comparte este criterio, al anotar: "No hay [...] una complicidad *posterior* a la consumación, ni siquiera cuando se cumple una promesa anterior al delito: lo que determina la complicidad es la promesa anterior. Si esta promesa no tuvo incidencia en el hecho no habrá complicidad, pero si la tuvo habrá complicidad aún cuando luego no se la cumpla".³⁸⁹ Como puede observarse, el autor considera la existencia de complicidad desde el momento en que se hizo la promesa de ayuda, no importando si ésta finalmente se prestó; basta que la misma haya reforzado al autor principal en su decisión para llevar a cabo el hecho punible. Esto significa que, en esencia, lo que el autor en estudio aprecia es la existencia de una complicidad psíquica.

Maurach comparte este criterio al apuntar: "La complicidad puede prestarse antes del hecho o durante su comisión hasta su real agotamiento". Y agrega líneas abajo:

De la posición dominante de la complicidad intelectual se deriva el que también aquellas acciones de ayuda que se producen *posteriormente* al agotamiento real del hecho principal, y que típicamente representan tan sólo un *encubrimiento*, deben ser calificadas de actos de complicidad en tanto hayan sido *prometidas* al autor principal *antes de la comisión del hecho*. En todos estos casos, resultará incrementada la fuerza moral del autor principal en el momento de la comisión del acto.³⁹⁰

³⁸⁹ Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, p. 211.

³⁹⁰ Maurach, *op. cit.*, p. 380.

Así, para el autor en cita, el encubrimiento prometido no es más que simple complicidad.

La postura que no considera como momento último de la complicidad a la consumación se encuentra representada por Jescheck, para quien "[...] la complicidad no es sólo posible hasta la consumación formal, sino que, al igual que la coautoría, cabe también hasta la terminación material del hecho principal". Ofrece el siguiente ejemplo: "El suministro de microemisoras a personas privadas constituye complicidad con el establecimiento de una instalación no autorizada de telecomunicación".³⁹¹

Wessels comparte esta tendencia, al escribir: "La complicidad también es posible entre 'consumación' y 'terminación'".³⁹² Pero advierte que es necesario deslindar entre lo que es la complicidad y el favorecimiento.

– El dolo en la complicidad

En esta figura rigen las mismas reglas que para la instigación. En este sentido, el cómplice debe actuar dolosamente, es decir, debe saber que con su aportación favorece la ejecución del hecho punible por parte del autor principal. Bastando para ello el dolo eventual.

³⁹¹ Jescheck, *op. cit.*, p. 963.

³⁹² Wessels, *op. cit.*, p. 170.

También, en la complicidad el dolo debe ser concreto; por ende, el auxiliador debe tener conocimiento del delito que el autor principal va a realizar, sin que sea necesario su conocimiento respecto a los pormenores del mismo. Además, el autor no necesita saber de la cooperación.

El cómplice no sólo debe querer colaborar, sino también debe desear favorecer la ejecución del delito por parte del autor; a esto se le conoce doctrinalmente como "doble dolo".

En esta figura, al igual que en la inducción, el hecho punible principal debe ser doloso, porque el auxilio doloso en la ejecución de un delito culposo provocaría un supuesto de autoría mediata por parte del auxiliador, por poseer el dominio del hecho. Como es sabido, no es admitida una complicidad culposa, ya que tal cuestión se maneja como una autoría. Debe recordarse que para los teóricos del finalismo, en el terreno de los delitos culposos no hay participación, sino se mantiene un concepto unitario de autor.

En la complicidad también se exige que el auxiliador quiera la consumación del hecho típico por parte del ejecutor. Al respecto, Jescheck manifiesta:

Al igual que para la inducción, la doctrina dominante requiere también para la complicidad que el dolo se dirija a la consumación del hecho principal [...] No es punible por complicidad quien sólo quiere que el hecho llegue hasta la tentativa o de antemano sabe que no podrá alcanzar hasta la consumación (tentativa inidónea) [...] Pero si el cómplice

somete al objeto de la acción a una puesta en peligro, debe estimarse también participación en la tentativa.³⁹³

En un sentido similar se manifiestan Wessels³⁹⁴ y Stratenwerth,³⁹⁵ entre otros.

– Exceso y error

El cómplice no responde de los excesos del autor principal, porque la parte excedente no se encontraría abarcada por su dolo. Hacer lo contrario implicaría la aplicación del *versare in re illicita*, que conllevaría a la violación del principio de culpabilidad.

Tratándose de delitos cualificados por el resultado, el cómplice también responde del exceso, siempre y cuando hubiera previsto el resultado más grave.

Las desviaciones causales no esenciales de igual modo se le atribuyen al cómplice. Lo contrario acontece cuando éstas son esenciales. En general, se aplican a esta figura las mismas reglas de la instigación.

– La complicidad en cadena

También en esta figura puede generarse la complicidad en cadena, o complicidad encadenada, que es vista como complicidad mediata al hecho principal,

³⁹³ Jescheck, *op. cit.*, p. 966.

³⁹⁴ Cfr. Wessels, *op. cit.*, p. 170.

³⁹⁵ Cfr. Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 902.

la cual también es punible. Aceptan esta modalidad, autores como Maurach,³⁹⁶ Jescheck³⁹⁷ y Stratenwerth.³⁹⁸ Aunque este último autor hace una diferenciación dependiendo de que la complicidad mediata únicamente favorezca a la complicidad o, por el contrario, favorezca al hecho principal, proponiendo sólo en el primer caso una doble reducción de la pena.

– La tentativa

Para que pueda punirse la complicidad, el hecho principal debe alcanzar por lo menos el grado de tentativa punible. Pero es necesario distinguir entre lo que es la complicidad en el hecho punible tentado, de la tentativa de complicidad. La primera surge cuando el hecho punible principal al cual se colaboró no alcanza la consumación por causas ajenas a la voluntad del ejecutor; en tanto que la segunda existe cuando el auxiliador ofrece su colaboración al autor, misma que éste rechaza o acepta, pero no la utiliza. Se maneja como ejemplo el ofrecimiento de una ganzáa al autor principal, la cual finalmente no utiliza, porque logra entrar al lugar por una ventana que se encontraba abierta.³⁹⁹

– La pena

Existe unanimidad en la doctrina en considerar que la pena del cómplice debe ser atenuada en relación con la del autor, en virtud de que el cómplice no "causa" el

³⁹⁶ Cfr. Maurach, *op. cit.*, p. 382.

³⁹⁷ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 968.

³⁹⁸ Cfr. Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 972.

³⁹⁹ Cfr. Wessels, *op. cit.*, p. 170.

delito, sino tan sólo lo "favorece"; luego entonces, el contenido de injusto no es igual, siendo también su culpabilidad menor, por lo que debe reflejarse en la pena. En este caso procede una doble atenuación cuando el hecho principal sólo alcanza el grado de tentativa punible.

También coinciden en estimar como impune la tentativa de complicidad, porque realmente no se favorece con ella el hecho principal, sino únicamente existe el deseo de hacerlo, con lo cual se está en acuerdo, toda vez que el contenido de injusto es mínimo, que no merece la aplicación de una pena.

5. Concurso de varias formas de colaboración

Para los tratadistas de la corriente penal finalista, cuando una persona interviene de diversas formas en la comisión de un delito, la forma más grave de participación absorbe a la más leve. A esto se le conoce como "principio de subsidiaridad". En este sentido, la complicidad cede ante la instigación y la coautoría; en tanto que la instigación abre paso a la coautoría.

6. Elementos personales en la autoría y la participación

A. Elementos personales que fundamentan la punibilidad

Para los representantes de esta teoría, los elementos personales que fundamentan la punibilidad (por ejemplo, la calidad de funcionario) deben darse siempre en la persona del autor para poder concretizar los denominados "delitos

especiales propios",⁴⁰⁰ y no es necesario que también concurren en el partícipe, como podremos observar más adelante.

En los delitos especiales propios se presentan diversos problemas; por ejemplo, cuando en la persona del ejecutor material no concurren tales elementos personales, pero sí en la del partícipe (instigador). Este problema se soluciona, en opinión de Welzel, recurriendo a la figura de la autoría mediata. En este sentido, indica: "En los delitos especiales propios el cualificado que está detrás y que induce, es el que da al no cualificado la posibilidad de tomar parte en la realización típica del delito especial. Esto fundamenta el dominio del que está detrás, es decir, del cualificado, sobre la participación del que no lo es, en la realización del delito especial ('dominio social del hecho')".⁴⁰¹

En este caso, el *extraneus* ejecutor no puede ser autor por faltarle la calidad, y el hombre de atrás, que es *intraneus*, no puede ser instigador por la falta de un autor. Por ello, para dar solución a este supuesto, Welzel recurre a la figura de la autoría mediata y a la admisión en ella del denominado "instrumento doloso no cualificado". Esta solución es criticada, por un lado, porque se considera que no puede existir autoría mediata ahí donde el instrumento actúa de forma plenamente responsable y con dolo. Por el otro, porque se cree que en los delitos especiales propios, como delitos de infracción de deber, lo decisivo no es el dominio del hecho para determinar la autoría, sino la infracción de deber.

⁴⁰⁰ El delito especial propio, aclaran, sólo puede llevarse a cabo por un sujeto que reúna la calidad específica señalada por el tipo; de no ser así, el hecho es atípico por la falta de dicha calidad. Este delito, se caracteriza por no tener correspondencia con un delito común.

⁴⁰¹ Welzel, Derecho penal alemán. p. 150.

Para Jescheck, aquí no puede hablarse de un "dominio de la voluntad", porque en el ejecutor no concurre coacción, error o incapacidad de culpabilidad, sino que se trata de un dominio del hecho concebido normativamente; es decir, de un "dominio normativo psicológico del hecho".⁴⁰² De tal modo que Jescheck, sin renunciar a la teoría del dominio del hecho, ofrece una solución. Para ello basa el dominio en el influjo del de atrás, así como en su calificación, la que le permite tener acceso a infringir el deber.

Por su parte, Roxin parte de la idea de que existen dos tipos de delitos: los delitos de dominio, los cuales soluciona a través de la teoría del dominio del hecho, y los delitos de infracción de deber, para cuya solución construye su teoría que lleva ese mismo nombre. Así, para Roxin, en tratándose de los delitos de infracción de deber, la autoría depende de la lesión de un deber especial. La lesión de este deber por el *intraneus*, en su concepto, fundamenta por sí sola la autoría, aun cuando el *extraneus* haya tenido en la ejecución el dominio del hecho. En este sentido, manifiesta: "El que permanece detrás en tales casos, será autor en razón de su posición frente al deber que le incumbe, mientras que el ejecutor inmediato, a pesar de su dominio del hecho, sólo es cómplice pues a él no le corresponde el criterio válido de los delitos de infracción de deber".⁴⁰³ De esta forma, Roxin resuelve el problema de la "herramienta dolosa no calificada", que en su opinión la teoría del dominio del hecho no puede resolver. Por tanto, en esta clase de delitos Roxin reemplaza el criterio del dominio del hecho, por el de la infracción de deber.

⁴⁰² Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 927.

⁴⁰³ Roxin, Claus, "Autoría y participación en el derecho penal", Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, Buenos Aires, Pannedille, 1970, p. 69.

Ésta es la postura que actualmente domina en Alemania, pero también es rechazada por algunos tratadistas tanto alemanes como españoles, porque se considera que es violatoria del principio *nullum crimen sine lege*, toda vez que cualquier colaboración en el hecho por parte del sujeto calificado, aun la más remota, da lugar a la autoría; lo que, además, provoca un concepto extensivo de autor, porque cuando se trate de la participación de varios *intraneus* no podrá distinguirse entre autores y partícipes.⁴⁰⁴

Por otro lado, en los delitos especiales también se presenta un problema cuando en el ejecutor material concurren los elementos personales que fundamentan la punibilidad, pero no en el partícipe. La doctrina alemana dominante⁴⁰⁵ considera que tanto el *intraneus* como el *extraneus* deben responder por el mismo delito especial propio; esto es, que se debe mantener la unidad del título de imputación; pero el partícipe, a diferencia del autor, debe responder con una pena atenuada. Ésta es la solución que también prevé el Código Penal de la República Federal de Alemania en el apartado 1 del § 28, según el cual: "Si en el partícipe (inductor o cómplice) no concurren especiales elementos personales que fundamentan la punibilidad del autor, la pena de aquellos se atenuará según el § 49 .1".⁴⁰⁶

Puede observarse claramente cómo se utiliza el principio de accesoriedad en este caso para mantener la unidad del título de imputación, y de esta forma punir al partícipe *extraneus* también por el delito especial propio, porque de lo contrario el partícipe sería impune. Pero esta solución a todas luces viola el principio *nullum*

⁴⁰⁴ Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, pp. 188 y 189.

⁴⁰⁵ Cfr. Peñaranda Ramos, *op. cit.*, p. 346.

⁴⁰⁶ Parágrafo citado por López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 39.

crimen sine lege, toda vez que al *extraneus* se le hace responder por un delito que nunca podría haber cometido, por faltarle la calidad exigida por el tipo especial propio. Aun cuando tal solución esté apegada a los ideales de justicia material, no puede violarse el principio de legalidad, porque éste no admite excepciones.

Herzberg critica también esta postura, porque en su concepto, tal proceder sólo es compatible con un concepto de autor fundamentado en la teoría de la participación en la culpabilidad. En este sentido, manifiesta que el § 29 del mismo cuerpo de leyes (el cual permite un tratamiento no accesorio de todos los elementos de la culpabilidad), de igual forma ha de ser aplicado a las características especiales de la culpabilidad que fundamentan la pena.⁴⁰⁷ Por tanto, para que el partícipe también responda por un delito especial propio, deben concurrir en su persona dichos elementos personales.

B. Elementos personales que agravan, atenúan o excluyen la pena

Los defensores de la teoría del dominio del hecho consideran que los elementos personales que agravan, atenúan o excluyen la pena, sólo entran en consideración respecto de aquellos participantes en cuya persona se presenten. Esta situación se encuentra prevista en el apartado 2 del § 28 del Código penal alemán, que a la letra dice: "Si la ley determina que especiales elementos personales agravan la pena, la atenúan o la excluyen, ello regirá sólo para aquél que haya tomado parte en el hecho (autor o partícipe) en el que tales elementos concurren".⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Cfr. Peñaranda Ramos, *op. cit.*, p. 347.

⁴⁰⁸ Parágrafo citado por López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 39.

Estos elementos se presentan en los denominados "delitos especiales impropios". Dichos delitos exigen determinada calidad en el sujeto activo, pero a diferencia de los delitos especiales propios, se corresponden con un delito común.

De acuerdo con la doctrina alemana, cuando el autor reúne tal elemento personal, pero falta en el partícipe, se rompe el título de imputación, y el autor responde por el delito especial impropio, en tanto que el partícipe responde por el delito común correspondiente.

Esta solución, propuesta por los defensores de la teoría del dominio del hecho en Alemania, no es aceptada por la mayoría de tratadistas en España,⁴⁰⁹ quienes, en atención al principio de accesoriedad, mantienen la unidad del título de imputación y hacen responder al partícipe *extraneus* por el delito especial impropio cometido por el *intraneus*. En este sentido, Gimbernat escribe: "si el factor de agravación tiene unos efectos tan devastadores para el autor directo, no se comprende que ello no tenga ninguna repercusión en el partícipe".⁴¹⁰ En consecuencia, para Gimbernat, el partícipe *extraneus* debe responder por el delito especial impropio, que efectivamente llevó a cabo el autor *intraneus*.

Para Peñaranda Ramos, esta solución no es adecuada, y por ello pone en tela de juicio el principio de accesoriedad. En su concepto, este principio no debe admitirse en forma absoluta; no debe considerarse la accesoriedad como equivalente

⁴⁰⁹ Cfr. López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 184.

⁴¹⁰ Gimbernat Ordeig, Enrique. "Concurso de leyes, error y participación en el delito", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, t. XLV, núm. 3, septiembre-diciembre de 1992, p. 853.

a la falta de autonomía absoluta de la participación frente al régimen jurídico del hecho principal. Esto significa que no debe identificarse el principio de accesoriadad con la unidad del título de imputación. Para lograr esta diferenciación, Peñaranda toma en cuenta la tesis de Herzberg respecto a la accesoriadad.

Herzberg establece una distinción entre la accesoriadad en "sentido negativo" (o estricto) y la accesoriadad en "sentido positivo" de la participación. La primera *impide* castigar a alguien como participe cuando el hecho principal no cumple con los elementos del delito, como es la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad (esto depende del grado de accesoriadad que se maneje; es decir, limitada, extrema, etcétera). Esta accesoriadad impide una extensión desmedida de la punibilidad de los partícipes. La segunda (accesoriadad positiva) se presenta cuando el hecho principal cumple con los elementos del delito exigidos por el grado de accesoriadad con el que se opere, de tal modo que *posibilita* el castigo del participe. Pero además se atiende a puntos de vista materiales, relacionados con el fundamento de la pena de la participación. Las excepciones a estos dos aspectos de la accesoriadad se manejan del siguiente modo: Para "quebrar" la accesoriadad en su sentido estricto se requiere una expresa habilitación legal; en cambio, para evitar una imputación excesiva o inadecuada, proveniente de la accesoriadad positiva, basta atender a principios como es el de la culpabilidad.⁴¹¹

Con estas ideas de Herzberg, Peñaranda llega a la conclusión de que el principio de accesoriadad y la unidad del título de imputación no tienen por qué identificarse. De tal modo que aun cuando el hecho principal se corresponda con un

⁴¹¹ Cfr. Peñaranda Ramos, *op. cit.*, pp. 20. 338 y 355.

delito especial impropio, ello no significa que el partícipe (*extraneus*) deba también responder por él, porque entran en consideración, respecto del autor, elementos altamente personales que tienen que ver específicamente con su culpabilidad.

Para Peñaranda, la doctrina mayoritaria española, que en tratándose de delitos especiales impropios mantiene como corolario del principio de accesoriadad el mismo título de imputación tanto para el autor *intraneus* como para el partícipe *extraneus*, viola el principio según el cual cada interviniente debe responder según su propio injusto y culpabilidad. Por ello, tratándose de "elementos altamente personales" postula un "principio de no accesoriadad", lo cual significa que tales elementos deberán concurrir en cada interviniente. Esta solución, en su opinión, es acorde con el grado de accesoriadad limitada y con el rechazo, para la fundamentación de la pena de los partícipes, de la teoría de la participación en la culpabilidad.⁴¹²

II. CONSECUENCIAS DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO Y CRÍTICAS

La teoría del dominio del hecho, como pudimos apreciar, es producto de la construcción de la acción, como acción final, como acción con contenido de voluntad; de ahí que el dominio del hecho se entienda como dirección final de la producción del delito. Por consiguiente, autor del hecho será el sujeto que tiene dolosamente en sus manos el proceso que culmina en el hecho delictivo. Es precisamente esta base de la teoría del dominio del hecho la que provoca su

⁴¹² Cfr. Peñaranda Ramos. *op. cit.*, p. 340.

inaplicabilidad en el terreno culposo. La teoría del dominio del hecho es incapaz de explicar el fenómeno de la intervención de diversos sujetos en la producción de un delito culposo, porque parte de la idea de la acción dolosa; de tal suerte que por no explicar la teoría del dominio del hecho el fenómeno de la participación en el terreno culposo dan por hecho que aquí no puede hacerse una diferenciación. Por tanto, los defensores de la corriente penal finalista se ven en la necesidad de utilizar dos conceptos de autor distintos: uno diferenciador para el ámbito de los delitos dolosos y otro unitario para el ámbito de los delitos culposos. La crítica que se les hace al respecto es que en el terreno de la culpa manejen un concepto de autor basado en la simple aportación al hecho; en este orden de ideas, cualquier sujeto que contribuya causalmente en la producción del resultado es autor.

Por otro lado, la teoría del dominio del hecho, al tomar como punto de partida la idea de que en el concurso de diversos sujetos en la intervención de un delito doloso pueden éstos distinguirse entre autores y partícipes; es decir, al partir en este ámbito, de un concepto diferenciador de autor, provoca su sujeción al principio de accesoriedad: de esta forma, hacen depender la conducta del partícipe de la existencia de la conducta del autor. El grado de accesoriedad que se acepta es el de la accesoriedad limitada. Pero este principio no siempre es respetado. Así acontece en tratándose de la figura de la autoría mediata; ésta se acepta a pesar de que existe una conducta típica y antijurídica del ejecutor, que puede servir de base al fenómeno de la participación; por ejemplo, en los casos de error de prohibición invencible o inimputabilidad en el ejecutor. También notamos esta contraposición al principio de accesoriedad limitada, en el caso de la utilización de un aparato de poder organizado. Aquí, el ejecutor es un sujeto plenamente responsable que actúa con

dolo; a pesar de esto se finca la autoría mediata del de atrás. Como resultado, se aceptan dos autorías (hablándose de una autoría accesoria): la inmediata del ejecutor y la mediata del de atrás; pero, ¿no basta la presencia de un hecho principal típico y antijurídico para dar cabida a la instigación? Por considerar que el de atrás posee el dominio de la voluntad, se califica su conducta de autoría mediata. De esta forma, la teoría del dominio del hecho se contrapone al principio de accesoriedad limitada que le sirve de base.

Otra falla que notamos en la teoría del dominio del hecho es en el terreno de la coautoría. Roxin toma como requisitos para calificar a una conducta como de coautoría, los siguientes: la decisión común al hecho, la esencialidad de la contribución y la ejecución común del hecho. Sin embargo, el segundo elemento no es acorde con el tercero, porque puede contribuirse de manera esencial en la fase preparatoria del delito, de tal forma que también esa contribución puede provocar el triunfo de la empresa, o bien determinar su fracaso. Con base en esta argumentación, la doctrina alemana dominante acepta la coautoría aun en la fase preparatoria del delito; es decir, aun cuando el sujeto no haya participado en la ejecución del hecho típico. Esta solución, como puede verse, conculca el principio de legalidad. Al sujeto se le considera autor sin haber llevado a cabo la conducta descrita por el tipo penal; es más, sin haber participado en la ejecución del delito. La teoría del dominio del hecho, en este caso, permite fundamentar la autoría más allá del tipo estricto, permite una completa dilatación del tipo. Postula un concepto extensivo de autor; es decir, un concepto amplio de autor; desdibuja el tipo y por consiguiente provoca inseguridad jurídica. Con tales criterios, conductas de complicidad entran como de

autoría, porque como señala Cerezo Mir,⁴¹³ no puede tenerse realmente el dominio del hecho si no se participa en la ejecución.

Otro aspecto en el que la teoría del dominio fracasa es en el terreno de los delitos especiales propios. Esto acontece cuando el ejecutor material es un sujeto *extraneus* y el de atrás es un sujeto *intraneus*. Como el ejecutor no puede ser autor porque le falta la calidad, y el de atrás no puede ser instigador porque le falta una conducta principal, se soluciona este caso del "instrumento doloso no calificado" a través de la figura de la autoría mediata.⁴¹⁴ Esto, a pesar de que el sujeto ejecutor nunca podría ser un instrumento porque es un sujeto plenamente responsable y que actúa con dolo. Ante la crítica, se propone otra construcción para solucionar esta clase de delitos, la misma se denomina "teoría de la infracción del deber". La nueva teoría afirma que lo decisivo en los delitos especiales propios no es el dominio del hecho, sino la infracción de deber, de tal suerte que aun cuando el ejecutor material haya tenido el dominio del hecho, si no tiene la calidad, sólo será cómplice; por el contrario, el de atrás, por el solo hecho de haber infringido el deber, es autor. De esta forma, se sustituye el criterio del dominio del hecho por el de la infracción de deber. Incluso se ha intentado hacer una combinación de ambos criterios, especificando que en estos delitos la ejecución de la acción es igual a la infracción de deber; luego entonces, el dominio del hecho sólo puede tenerlo el sujeto

⁴¹³ Cerezo Mir, José, Conferencia: "Autoría y participación", Congreso Iberoamericano de Derecho Penal. Centro Universitario México. México, D.F., 2 de septiembre de 1998.

⁴¹⁴ Rechazan tal solución: Gimbernat, Autor y cómplice en derecho penal, *op. cit.*, pp. 260 y 261; Rodríguez Mourullo, "El autor mediato en derecho penal español", en Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, Buenos Aires, Pannedille, 1970, p. 570; Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 797; Roxin, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, pp. 279 y 280; Octavio de Toledo y Quintero, ambos citados por López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 187.

calificado. Dicho de otra forma: el dominio del hecho es igual a la infracción de deber. Pero estas soluciones tampoco son convincentes porque violan el principio de legalidad, toda vez que cualquier contribución del cualificado, inclusive la más remota, origina la autoría.⁴¹⁵ Por tanto, se cae en un concepto extensivo de autor, por lo que respecta a la intervención de sujetos cualificados en los delitos de infracción de un deber (delitos especiales propios).

Dentro de los delitos especiales propios también encontramos otra incongruencia, que se origina cuando el ejecutor es *intraneus* y el partícipe es *extraneus*. En este caso, como al partícipe no puede castigársele por otro delito porque no existe un delito común correspondiente, se hace (mal) uso del principio de accesoriidad, y de esta manera se castiga al partícipe por el mismo delito que el cualificado.⁴¹⁶ Esta solución no es acertada, porque el principio de accesoriidad no es equivalente a la unidad del título de imputación; para que el sujeto pudiera responder por el mismo delito que el autor, tendría forzosamente que tratarse de una persona cualificada, de lo contrario su conducta es impune. En este caso, al sujeto se le hace responder por una conducta que no pudo realizar. Esta solución, como puede observarse, es notoriamente violatoria del principio de legalidad y del principio elemental de que cada interviniente debe responder por su propia conducta y por su propia culpabilidad.

⁴¹⁵ En este sentido: Stratenwerth, *op. cit.*, núm. 796; Rodríguez Mourullo, "El autor mediato...", *op. cit.*, p. 574 y 575; Gimbernart, Autor y cómplice..., *op. cit.*, p. 298; Díaz y García Conlledo, *op. cit.*, p. 728, nota núm. 54; Álvarez García, Quintero y Octavio de Toledo, los tres citados por López Barja de Quiroga, *op. cit.*, p. 189.

⁴¹⁶ *Cfr.* Peñaranda Ramos, *op. cit.*, p. 340.

III. OPINIÓN PERSONAL

La corriente penal finalista no tiene un concepto de autor válido para todos los ámbitos, tiene un concepto unitario para el terreno culposo y uno diferenciador para el doloso, el cual, en algunos casos (por ejemplo, la coautoría) se inclina más hacia un concepto extensivo, que hacia un concepto diferenciador de autor de tipo restrictivo. De tal modo que el criterio de la teoría del dominio del hecho genera, a veces, un concepto de autor que no se apega al tipo, sino por el contrario, se desvincula de él. En esta teoría, en algunos casos, pesa más el propósito de punir una conducta que se considera merecedora de castigo, que el principio de legalidad: como si este principio pudiera admitir excepciones (por ejemplo: en el supuesto del partícipe no cualificado al que se le hace responder por el mismo delito especial propio del autor cualificado). Esto provoca inseguridad jurídica.

Como pudimos observar, la teoría del dominio del hecho, en el ámbito de los delitos especiales propios, es incapaz de solucionar los problemas que en ellos se presentan. Artificiosamente crea autores donde no existen (caso de la autoría mediata a través del instrumento doloso no cualificado), y partícipes donde tampoco pueden existir (mismo caso del partícipe no cualificado que responde por el delito especial propio).

Esta teoría, en algunos casos de autoría mediata también viola el principio de accesoriadad limitada (por ejemplo, en el caso del instrumento que actúa bajo un error de prohibición). Por tanto, consideramos que la teoría del dominio del hecho no es una teoría completamente segura. Tiene fallas que provocan la aparición de

otras teorías, cuya finalidad es solucionar las situaciones que ella es incapaz de resolver; tal es el caso de la teoría de los delitos de infracción de deber, también violatoria del principio de legalidad.

CAPÍTULO V

ESTRUCTURA DEL MODELO LÓGICO DEL DERECHO PENAL

I. GENERALIDADES

Para abordar el tema del sujeto activo en el modelo lógico del derecho penal es necesario precisar los puntos fundamentales de esta teoría.

El modelo lógico se estructura con base en la distinción de niveles de lenguaje, mismos que constituyen su punto de partida, a saber: en primer lugar, un nivel fáctico, prejurídico, en el cual se ubican las conductas antisociales relevantes para el legislador. En segundo lugar, un nivel normativo, correspondiente a las normas generales y abstractas elaboradas por el legislador, compuestas por un tipo y una punibilidad, tratándose de sujetos imputables. En tercer lugar, un nivel fáctico en el que se ubican los delitos, que constituyen las mismas acciones u omisiones antisociales que motivaron el nacimiento de las normas, pero ahora relevantes para el derecho precisamente por estar sancionadas en la normatividad penal. En cuarto lugar, un nivel normativo, integrado por las normas penales individuales y concretas, emanadas del juez por medio de las sentencias penales. En quinto y último lugar, un nivel fáctico en el que encontramos las penas, entendidas como ejecución de las

normas penales individuales y concretas, dictadas por el órgano jurisdiccional.

Esta misma distinción de niveles de lenguaje vale, cambiando lo que hay que cambiar, para los imputables.

Las consecuencias de esta nueva estructura son muy fecundas, pues le ha permitido superar incongruencias que caracterizan a la doctrina penal dominante, motivadas, entre otras cosas, por su falta de distinción entre el mundo de la normatividad y el mundo de la facticidad, de tal suerte que, en la teoría del delito, en específico en el elemento tipicidad, se ubica al tipo, lo que provoca como consecuencia una amalgama de normatividad penal general y abstracta (el tipo) y facticidad (el delito). Por el contrario, el modelo lógico no sólo distingue con precisión estos dos rubros, sino que, como ha podido apreciarse, propone cinco niveles de lenguaje, que abarcan las tres instancias de ejercicio del *ius puniendi*, como son, el legislativo, el judicial y el ejecutivo, mismos que se encuentran regidos por cuatro principios fundamentales, tales como el de legitimación, racionalidad, ponderación y legalidad; ello, con la finalidad de evitar la arbitrariedad y la irracionalidad en el ejercicio de ese derecho.

Los avances alcanzados por esta teoría no sólo en el plano estructural, sino también en el conceptual, repercuten en el concepto de autor que propone, tal y como podrá observarse en el capítulo dedicado a su estudio.

II. NIVELES DE LENGUAJE

1. Primer nivel. Conductas antisociales

De acuerdo con el modelo lógico, los seres humanos, frente al mundo que los circunda, pueden intervenir en él a través de sus actividades o abstenerse de intervenir a través de sus inactividades; en este último caso dejan que los acontecimientos ocurran regidos por las leyes de la causalidad. Se afirma que las actividades humanas pueden provocar tres clases de consecuencias sociales: benéficas, perjudiciales o neutras; en tanto que las inactividades no producen beneficios ni perjuicios; sin embargo, el hombre, a través de sus inactividades, no evita los acontecimientos que lo rodean, sean éstos benéficos, perjudiciales o neutros.

Las actividades o inactividades humanas pueden realizarse bajo el control del autor, o sea, de manera intencional o por descuido, o bien, pueden ocurrir sin que el autor ejerza control alguno sobre ellas, es decir, de manera fortuita. Las únicas actividades o inactividades humanas que en el marco del derecho penal interesan son aquellas que intencionalmente o por descuido perjudican a los seres humanos. Por ende, se excluyen del ámbito punitivo las actividades o inactividades benéficas, las neutras y las que perjudican de manera fortuita. Además, la realización de actividades o inactividades humanas que intencionalmente o por descuido se traducen en perjuicios, podrán ser antisociales sólo cuando ataquen bienes individuales o colectivos de índole social objetiva, que son indispensables para hacer posible la convivencia misma de la sociedad o para hacer viable el integral y

democrático desarrollo de los seres humanos y de la sociedad, siempre que este ataque se efectúe sin que exista necesidad.

En este sentido, Olga Islas y Elpidio Ramírez manifiestan:

Conducta antisocial es toda actividad (o inactividad) humana que, en forma intencional o por descuido, lesiona o pone en peligro (o no evita la lesión o la puesta en peligro de) algún bien que es necesario para la subsistencia misma de la sociedad o para hacer soportable la vida en la sociedad o para hacer viable el integral y democrático desarrollo de los seres humanos y de la sociedad, y que no es necesaria porque no va a salvar bien jurídico alguno o porque existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.⁴¹⁷

En toda conducta antisocial existe una actividad o inactividad que de manera intencional o por descuido produce en forma injustificada una lesión o puesta en peligro para los bienes de otra persona individual o colectiva. Es precisamente esta lesión o puesta en peligro injustificada en los intereses de otra persona lo que hace surgir en la colectividad el sentimiento de reprobación de tales conductas. Surge así, la convicción social de que no deben producirse tales conductas calificadas como antisociales.

La misma sociedad demanda la creación de normas penales generales y abstractas cuando existe la necesidad social de ellas debido a la repetición continua de conductas antisociales. Estas conductas antisociales son las que otorgan

⁴¹⁷ Islas Olga, Conferencia pronunciada en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, 19 de mayo de 1995 y Elpidio, Ramírez Hernández, Apuntes de clase. Curso 1994. Maestría de Derecho Penal. División de Estudios de Posgrado. Facultad de Derecho. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP).

legitimación al legislador para emprender la tarea de elaborar dichas normas. Esto significa que el legislador no va a inventar los elementos de la materia de prohibición. El legislador sólo deberá recoger el contenido de las conductas antisociales, tal y como se están llevando a cabo en la vida real.

Para enfrentar de manera eficiente y eficaz a la antisocialidad, es necesario diseñar e implementar un sistema integral de justicia penal⁴¹⁸ que comprenda desde la prevención hasta la ejecución de la pena y que supere la solución simplista y unilateral que generalmente se le da al problema.

Actualmente existen iuspenalistas y criminólogos de vanguardia que rebasan la pobre explicación que sobre la prevención de la antisocialidad y del delito había dominado a lo largo del presente siglo.

Esta nueva postura aborda el tema de la prevención de la antisocialidad, explicándola no sólo a través del derecho punitivo, sino situándose en una perspectiva más amplia, a saber: la explicación de orden social. En este sentido, antisocialidad y prevención son objeto de reflexión de las ciencias sociales.

La prevención que dependía del temor, inherente a las normas penales, se sustrae del mundo de la normatividad y se reubica en el mundo de la implementación de políticas de desarrollo integral de los individuos y de la sociedad.

Así, los criminólogos de avanzada proponen una tesis de prevención de la

⁴¹⁸ Cfr. Islas Olga, "La prevención de la antisocialidad y del delito".

antisocialidad y del delito totalmente separada del, e incluso sin el, derecho punitivo, por considerar que no se trata de aterrorizar a los individuos por medio de las normas penales, sino de cambiar las condiciones sociales que los empujan a la realización de conductas antisociales. En esta tesitura, proponen cambiar el tratamiento de readaptación social para el sujeto sentenciado con pena privativa de libertad, por un tratamiento de la sociedad, en virtud de que representa un verdadero caldo de cultivo para la antisocialidad; y en su lugar, instaurar una sociedad idónea para lograr el desarrollo integral de los seres humanos.

Para Olga Islas, un sistema de justicia penal –no una anárquica existencia de normas penales– es, ante todo, realización de una racional política de prevención de la antisocialidad y del delito, que a su vez forma parte de la total política gubernamental de un Estado. Mejor aún: todo acto de gobierno tiene que ver, en mayor o menor medida, con la política criminal y, por consiguiente, con la prevención de la criminalidad. Difícilmente existe una decisión gubernamental que no tenga repercusiones en la política de prevención de la antisocialidad, ya sea frenándola o, bien, desencadenándola.

En su concepto, un sistema de prevención debe incluir, en primer término, un subsistema de prevención no penal y, en segundo, un subsistema de prevención penal.

La prevención no penal no va dirigida al sujeto, sino va orientada a transformar, en lo posible, la realidad social a través de la implementación de medidas tendientes, primero, a conocer la antisocialidad y los factores que la

propician y, segundo, a combatir esos factores y a inhibir la comisión de las conductas antisociales.

Así, para la citada iuspenalista, ante la real comisión de conductas antisociales, la primera tarea consistirá en identificar y explicitar, de la forma más precisa posible, las distintas clases de acciones u omisiones que se están llevando a cabo en la realidad, así como el sector específico de la sociedad del cual forman parte los sujetos que las realizan. Posteriormente, será necesario clasificarlas, tomando en cuenta su gravedad y trascendencia social.

La siguiente tarea consistirá en investigar los diversos factores que, en cierta forma, propician la comisión de las referidas conductas antisociales, sin dejar de considerar que los factores no determinan, sino únicamente condicionan o propician la antisocialidad. Tampoco se deberá olvidar que los factores varían: a) para sociedades distintas; b) para clases sociales de una misma sociedad; c) para cada individuo; d) para cada edad; e) para cada clase de conductas antisociales, etcétera.

Una vez que se conoce con exactitud lo que está aconteciendo en la realidad y el porqué está aconteciendo, el Estado deberá implementar todas las medidas necesarias para desaparecer, o por lo menos frenar, los factores condicionantes.

Dentro de los factores que condicionan la comisión de conductas antisociales se encuentran los siguientes: bióticos, psíquicos, sociales y ambientales. De ellos, los más significativos son los dos últimos.

Los factores sociales, por ser tan variados y complejos, y por la gran influencia que tienen en la conducta del ser humano, han merecido mayor atención, en el campo teórico y en el práctico. Como ejemplos de los factores sociales más trascendentales se tienen los siguientes: el desempleo, la marginación, la miseria, el ocio, la desintegración familiar, la adopción de patrones culturales provenientes del extranjero, la falta de educación, la inadecuada administración de justicia, la corrupción, el alcoholismo, la drogadicción, etcétera.

En relación con los factores ambientales, son significativos: el clima, las estaciones del año, el día o la noche, las condiciones meteorológicas.

Conocidas las conductas antisociales y los factores que las propician, el siguiente paso a dar será el implementar las medidas coherentemente contextualizadas para eliminar o al menos neutralizar los factores condicionantes. Lógicamente, como se combatirán factores y no conductas, las medidas que se tomen de ningún modo podrán ser de carácter normativo. En el combate a los factores no intervienen las normas jurídicas, y menos las normas penales. Las normas jurídicas, incluyendo las penales, son totalmente inadecuadas para combatir factores.

Elpidio Ramírez señala que en este momento debe diseñarse toda una política de prevención no penal de la antisocialidad, de tal modo que si los factores son variados, las medidas también deberán serlo. Las medidas idóneas para combatir los factores condicionantes de la antisocialidad admiten ser agrupadas en tres categorías, a saber: a) fuentes de trabajo; b) servicios públicos, y c) participación de

la sociedad civil.⁴¹⁹

a) Fuentes de trabajo

Es indiscutible que el desempleo, e incluso el subempleo condicionan fuertemente la comisión de conductas antisociales; por tanto, resulta necesario, para prevenir la criminalidad, la creación de fuentes de trabajo que estén racionalmente distribuidas en todo el país. Con tal medida se frenaría la migración rural, y con ello se evitaría la aglomeración y los cinturones de miseria en las ciudades.

El trabajo bien remunerado posibilita el desarrollo del ser humano en todos los niveles: biológico, cultural, económico, político, etcétera. Este desarrollo integral del individuo fortalece a la familia, y a nivel social se traduce en el desarrollo de la nación.

b) Servicios públicos

Los especialistas sugieren algunas acciones que deben llevarse a cabo dentro del servicio público: mejoramiento de los servicios de salud, fortalecimiento de los valores de la familia, distribución equitativa de la riqueza, vivienda digna para todas las familias, elevación del número de escuelas, combate a la subcultura y a la contracultura, creación de lugares de recreación en general, combate a la corrupción, entre otras.

⁴¹⁹ Ramírez Hernández, Elpidio, Apuntes de clase. Curso 1994. Maestría de Derecho Penal. BUAP.

Los servicios públicos deben ser idóneos y cumplir realmente con la finalidad de su creación, para evitar que se conviertan, por el contrario, en factores condicionantes de la criminalidad.

c) Participación de la sociedad civil

La prevención de la antisocialidad será eficaz en la medida en que la sociedad civil se decida a participar activamente. Esta participación es, además, una exigencia de nuestra forma democrática de gobierno, consagrada en el artículo 40 constitucional. En este sentido, la sociedad civil también debe intervenir junto con la sociedad política, en la toma de decisiones y acciones que van a afectar, de algún modo, a los individuos o a la comunidad.

Todas las medidas que tome el poder público en materia de prevención de la antisocialidad serán insuficientes sin la participación decidida de la sociedad civil. Esta participación debe ser permanente, es decir, anterior y posterior a la creación de las normas penales generales y abstractas.

Si a pesar de las medidas preventivas desplegadas para neutralizar los factores, las conductas antisociales continúan cometiéndose, será el momento oportuno para tratar de inhibirlas, atacándolas directamente por medio de normas, pero siempre pensando en prevención no penal. Pueden ponerse en juego normas de carácter jurídico, moral, religioso, de tal manera que actúen como frenos en la conciencia de los sujetos.⁴²⁰

⁴²⁰ *Idem.*

Ante el fracaso de todas las medidas no penales implementadas para evitar la antisocialidad, deben crearse las normas penales generales y abstractas, pero siempre como el último recurso, como la última medida con la que cuenta el Estado para evitar el caos social.

Es precisamente la política de prevención no penal la que otorga racionalidad a las normas penales generales y abstractas.

El poder público también debe observar otro principio antes de emprender la tarea de elaborar normas penales: el principio de ponderación. De acuerdo con el cual, deben evaluarse las posibles consecuencias que en la vida real propiciarían las normas penales que se van a elaborar; de tal modo que las nuevas normas no deben ocasionar otros problemas adicionales de difícil solución. es decir, no deben ser contraproducentes.

2. Segundo nivel. Normas penales generales y abstractas

El legislador tiene a su cargo la prevención penal general mediante la creación de normas penales generales y abstractas. En esta creación, deben observarse los principios de legitimación, racionalidad, ponderación y legalidad.

El principio de legitimación exige, como requisito indispensable para producir una norma penal general y abstracta, la necesidad social derivada de la real y continua comisión de conductas antisociales de una determinada clase, porque legislar sin encontrarse legitimado para hacerlo representa un verdadero abuso de

poder, que lejos de beneficiar, inferiría graves daños a la comunidad. En este caso, no podría hablarse en realidad de prevención.

El principio de racionalidad postula que antes de crear una norma penal general y abstracta se necesita saber qué está aconteciendo en la sociedad y por qué está aconteciendo, además de diseñar y poner en práctica una política de prevención no penal de la antisocialidad.

El principio de ponderación proclama que, para tomar la decisión política de crear una norma penal general y abstracta, se debe ponderar el cúmulo de variables en pro y en contra para saber si la nueva norma no provocará repercusiones contraproducentes en la realidad social.

El principio de legalidad prescribe que la norma penal general y abstracta debe ser elaborada por el órgano competente y bajo el cumplimiento estricto de las formalidades constitucionales relativas al proceso legislativo. Lo anterior le otorgará legalidad a la norma jurídico penal creada.

Como puede observarse, legitimidad y legalidad no significan lo mismo: "El problema de la legalidad es distinto del problema de la legitimación. La legitimación, dimana de la sociedad, en tanto que la legalidad, emerge de la normatividad jurídica".⁴²¹

⁴²¹ Ramírez Hernández, Elpidio, "Fuentes reales de las normas penales", Revista Mexicana de Justicia, México, núm. 1, vol. I, ene-mar. de 1983, p. 12.

Las conductas antisociales son precisamente las fuentes reales de las normas penales generales y abstractas; por lo tanto, van a determinar su contenido, pero para que esto sea válido tienen que pasar a través de un filtro, que son las fuentes formales. De tal modo que las fuentes reales son necesarias, pero no suficientes; hacen falta, también, las fuentes formales que son el filtro a través del cual se canalizan las fuentes reales para la producción de las normas penales generales y abstractas. La única fuente formal es el proceso legislativo, el cual sólo formaliza, institucionaliza a la fuente real; elabora una norma que rigurosamente ha de referirse a esa conducta antisocial.⁴²²

El legislador no inventa las normas penales; por el contrario, debe describir nítidamente en ellas las conductas antisociales tal y como se producen en la vida real. El legislador, al momento de elaborar las normas penales debe respetar, además de los principios ya expuestos, las de generalización y diferenciación: "La generalización exige que toda norma penal sea lo suficientemente amplia para que ninguna particular y concreta acción u omisión antisocial de la clase descrita quede excluida. A su vez, la diferenciación exige que toda norma penal sea lo suficientemente clara y precisa para que ninguna particular y concreta acción u omisión que no pertenece a esa clase quede incluida".⁴²³ Hacer lo contrario implicaría describir conductas distintas de las que la sociedad desea que se sancionen, y en consecuencia, no se protegerían los intereses individuales o colectivos de índole social en la forma en que la sociedad lo requiere.

⁴²² Ramírez Hernández, Elpidio, Apuntes de clase. Curso 1994. Maestría de Derecho Penal. División de Estudios de Posgrado. Facultad de Derecho. BUAP.

⁴²³ Ramírez Hernández, Elpidio, "Fuentes reales de las normas penales", *op. cit.*, p.14.

La norma penal general y abstracta nace como respuesta a la necesidad social generada por la real comisión de conductas antisociales y cumple con la función de prevención general. Por otro lado, y de acuerdo con las exigencias del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, toda norma penal general y abstracta debe ser anterior a la comisión de los concretos delitos, en tratándose de sujetos imputables, y de los hechos típicos, injustificados y atribuibles; en caso de los sujetos inimputables. De esto se deduce que primero ha de aparecer la norma penal general y abstracta, y en forma posterior el delito o el hecho típico, injustificado y atribuible. Estos últimos pueden no cometerse jamás.

Por estas dos razones apuntadas, las normas penales generales y abstractas ocupan en el modelo lógico el segundo nivel de lenguaje.

El artículo 17 constitucional prevé: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho"./"Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes [...]".⁴²⁴ Con base en dicho numeral, el legislador tiene la obligación de crear todas las normas penales necesarias para proteger a las personas de la comisión de conductas antisociales que afecten bienes jurídicos indispensables para hacer soportable la convivencia social. Para ello, debe considerar las cuatro categorías de sujetos que están en posibilidad de cometer conductas antisociales, y de esta forma elaborar las normas penales respectivas.

⁴²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Estas son las normas:

- a) normas penales para adultos imputables;
- b) normas penales para adultos inimputables;
- c) normas penales para menores imputables;
- d) normas penales para menores inimputables.

Toda norma penal, general y abstracta, ya sea para imputables (adultos o menores), o ya sea para inimputables (adultos o menores), se encuentra integrada por dos elementos: la descripción de una específica conducta antisocial, que da contenido al tipo, y la descripción de una determinada clase de consecuencias penales, que o bien da contenido a la punibilidad, tratándose de normas penales para imputables, o bien da contenido a la descripción legal de medidas de seguridad tratándose de normas penales para inimputables. Esto es, las normas penales para imputables se componen de un tipo y una punibilidad, en tanto que las correspondientes a los inimputables se integran de un tipo y una descripción legal de medidas de seguridad.

Pero las normas penales no son la simple suma de un tipo y una punibilidad o de un tipo y la descripción legal de alguna medida de seguridad, sino que en las normas, el tipo se encuentra estrechamente vinculado con la punibilidad o con la descripción legal de alguna medida de seguridad, de tal suerte que su contenido se encuentra determinado, en buena parte, por alguna de dichas descripciones de consecuencias penales, según se trate de normas penales para imputables o inimputables.

Con apoyo en las nociones de conducta antisocial y de imputabilidad, las normas penales para imputables (adultos o menores) han de ser:

- a) dolosas de lesión (consumación), que pueden ser de acción o de omisión;
- b) culposas de lesión (consumación), que pueden ser de acción o de omisión;
- c) dolosas de puesta en peligro (tentativa), que pueden ser de acción o de omisión.

Olga Islas y Elpidio Ramírez expresan que, en relación con los inimputables, no deben elaborarse normas penales descriptivas de inactividad o de culpa, debido a que tanto la inactividad como la culpa no son sucesos naturales, sino entidades culturales de índole normativa, para las cuales los inimputables carecen de la capacidad de comprensión.

En tal situación, las normas penales para inimputables sólo pueden ser:

- a) dolosas de lesión (consumación), sólo de acción;
- b) dolosas de puesta en peligro (tentativa), sólo de acción.

El modelo lógico, al hablar de las anteriores categorías de normas penales, lo hace con apoyo en la distinción entre lenguaje y mensaje que predicen los teóricos de la comunicación. Las normas penales son el mensaje, y los textos lingüísticos son el lenguaje. De este modo, es dable emitir varias normas penales o mensajes con un único lenguaje, organizado según las reglas de la técnica legislativa.

Esta distinción entre lenguaje y mensaje permite formular la siguiente

definición de norma penal general y abstracta: "Norma penal es un sistema conceptual que, en forma necesaria y suficiente, describe una determinada clase de eventos antisociales y la correspondiente posibilidad de privación o restricción coactiva de bienes del sujeto que realice un evento antisocial de la clase descrita".⁴²⁵

La norma penal tiene las características de ser general y abstracta. Es general, porque se dirige a todos sin excepción y, es abstracta, porque no se refiere a un caso concreto, sino a todos los que puedan realizarse durante su vigencia. Sus componentes: el tipo y la punibilidad, poseen las mismas características.

A. Tipo penal

a. Definición

Funcionalmente, un tipo penal es "una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos".⁴²⁶

De esta definición se desprende lo siguiente:

- a) El tipo es una mera descripción general y abstracta.
- b) Su elaboración corresponde exclusivamente al legislador.

⁴²⁵ Islas Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 3ª. ed., México, Trillas, 1991, p. 22.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 27.

- c) El tipo regula tan sólo eventos que tienen la propiedad de ser antisociales.
- d) El tipo determina que un evento antisocial adquiera relevancia penal.
- e) Para cada clase de eventos antisociales hay un, y sólo un, tipo penal.
- f) Cada tipo penal señala una, y sólo una, clase de eventos antisociales.
- g) La necesidad y la suficiencia especifican la clase de eventos antisociales descrita.
- h) El tipo delimita, con toda precisión, el ámbito de lo punible y, como consecuencia, permite conocer con certeza, lo que no es punible.
- i) El tipo tiene por finalidad la protección de bienes jurídicos.
- j) Sin la existencia previa de un tipo, no hay delito.⁴²⁷

Olga Islas y Elpidio Ramírez especifican, en torno al tipo, lo siguiente: "El tipo penal (mensaje) ha de reconstruirse a partir del texto legal descriptivo de la actividad o inactividad, texto cuyo alcance debe restringirse mediante los textos que se refieren al dolo o a la culpa, a la consumación o a la tentativa, y a las justificantes".⁴²⁸

De acuerdo con el modelo lógico, el contenido del tipo puede reducirse por medio del análisis, a unidades lógico-jurídicas denominadas "elementos". Tales elementos, cuya finalidad radica en proteger uno o más bienes jurídicos, poseen, además, propiedades que permiten organizarlos en grupos a los que se les puede llamar subconjuntos del tipo penal. Estos subconjuntos posibilitan una definición estructural de los tipos.

Estructuralmente, un tipo penal se define a través de los siguientes subconjuntos y

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 23.

⁴²⁸ Islas Olga, Conferencia pronunciada en la División de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, 19 de mayo de 1995. Elpidio Ramírez, Apuntes de clase. Curso 1994. Maestría de Derecho Penal. BUAP.

elementos:

DEBER JURÍDICO PENAL.

Elemento: Deber jurídico penal

BIEN JURÍDICO.

Elemento: Bien Jurídico.

SUJETO ACTIVO.

Elementos: Voluntabilidad.
Imputabilidad.
Calidad de garante.
Calidad específica.
Pluralidad específica.

SUJETO PASIVO.

Elementos: Calidad específica.
Pluralidad específica.

OBJETO MATERIAL

Elemento: Objeto material.

EL HECHO.

Elementos:	Voluntad dolosa.	} Conducta.
	Voluntad culposa.	
	Actividad.	
	Inactividad.	
	Resultado material.	
	Medios.	} Modalidades.
	Referencia temporal.	
	Referencia espacial.	
	Referencia de ocasión	

LESION O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO.

Elementos: Lesión del bien jurídico (consumación).

Puesta en peligro del bien jurídico (tentativa).

VIOLACIÓN DEL DEBER JURÍDICO PENAL.

Elemento: Violación del deber jurídico penal.⁴²⁹

b. Elementos del tipo

– Deber jurídico penal

"Deber jurídico penal es la prohibición o el mandato categóricos contenidos en un tipo penal".⁴³⁰

El deber jurídico puede enunciarse en forma de prohibición o de mandato. Como prohibición, es un deber jurídico de abstenerse; como mandato, es un deber jurídico de actuar. Existe una relación bicondicional entre ambas formas de enunciar el deber, se prohíbe una acción si y sólo si, se ordena una omisión, y se prohíbe una omisión si, y sólo si, se ordena una acción. El deber jurídico es un elemento valorativo del tipo penal.

Al definirse la omisión en términos de la acción omitida, se considera conveniente enunciar el deber como un mandato; en tanto que tratándose de los tipos de acción, es más adecuado enunciarlo en términos de prohibición.

Se enfatiza en esta corriente penal que si no está expresamente regulado el

⁴²⁹ Islas Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 4ª. ed., México, Trillas, 1998, p. 28.

⁴³⁰ Ibidem, 3ª. ed., p. 31.

deber en alguna de las dos formas antes anotadas, la aplicación extensiva de los deberes constituye una franca violación del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, consagrado en los artículos 14 constitucional y 7 del Código Penal federal.

– Bien jurídico

"Bien jurídico es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo penal".⁴³¹

El bien jurídico es un elemento básico en la estructura del tipo penal y precisamente el que justifica la existencia de la norma jurídico penal. La lesión que se le infiere o el peligro a que se le expone provoca, excepto en los casos en que operan aspectos negativos, la concreción de la punibilidad.

A partir del bien jurídico se derivan las conductas idóneas para producir su lesión; del bien jurídico depende la cantidad y clase de elementos que han de incluirse en el tipo penal. La mayor o menor amplitud de la protección que se quiera dar al bien condiciona el número y clase de elementos. Para una protección amplia, una menor cantidad de elementos, y para una protección limitada, un mayor número de ellos.

Como el tipo se formula para proteger un bien, la desvaloración de éste por la comunidad fuerza al legislador a derogar aquél.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 32.

Asimismo, se expresa en esta teoría que el bien jurídico, además de ser elemento rector en la interpretación del tipo penal, también lo es para la fijación de la punibilidad:

El intervalo de la punibilidad depende del valor del bien protegido; es decir, el bien jurídico es un objeto que tiene su imagen en el intervalo de punibilidad. Si el valor del bien es de rango superior, la punibilidad deber ser alta; si el valor del bien es de rango inferior, la punibilidad debe ser baja. De esto se sigue que a una jerarquización de los bienes tutelados, debe corresponder una jerarquización de las punibilidades, en la que cada uno de los intervalos estará determinado por el valor del respectivo bien protegido. Es inobjetable que sin la presencia de un bien no debe crearse una punibilidad.⁴³²

– Sujeto activo

Este elemento, por ser el tema central de la investigación, se estudiará por separado en el siguiente capítulo.

– Sujeto pasivo

"Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo. Es, por ende, el elemento del tipo en el que se singulariza la ofensa inferida a la sociedad".⁴³³

La semántica del sujeto pasivo depende de la semántica del bien tutelado, y en algunos tipos se manifiesta a través de la calidad y pluralidad específica.

⁴³² *Idem.*

⁴³³ *Ibidem*, p. 40.

a) Calidad específica

"Es el conjunto de características delimitadoras del sujeto pasivo, en función de la naturaleza del bien tutelado".⁴³⁴ Sólo quien reúne esas características (calidad específica) exigidas por el tipo, puede ser sujeto pasivo del mismo. Cuando no se señala calidad específica cualquiera puede ser sujeto pasivo

b) Pluralidad específica

Existen tipos penales que describen una cierta pluralidad de personas para la integración del sujeto pasivo; en cambio, otros no requieren esa pluralidad.

Pluralidad específica "es el número de titulares del bien protegido, exigidos en el tipo, necesarios para la lesión del bien".⁴³⁵

– Objeto material

"Objeto material (objeto de la acción) es el ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo".⁴³⁶

⁴³⁴ *Idem.*

⁴³⁵ Islas Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 4ª. ed., México, Trillas. 1998. p. 44

⁴³⁶ Islas Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 3ª. ed., *op. cit.*, p. 41.

– El hecho⁴³⁷

"El hecho es el subconjunto de elementos del tipo necesarios e idóneos para producir o no evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico".⁴³⁸

El hecho es el subconjunto nuclear del tipo, y, a nivel fáctico, es la base para construir el edificio del delito. Es también el medio que conduce a la lesión del bien jurídico, y, por tanto, se integra con aquellos elementos necesarios para producirla.

La necesidad implica que la exclusión de uno solo de tales elementos hace imposible la lesión; por lo mismo, el legislador está obligado a formular el hecho de acuerdo con la necesidad expresada.

Así, en algunos tipos legales la necesidad se satisface con la sola conducta: voluntad dolosa o voluntad culposa, actividad o inactividad.

En otros, la necesidad exige la conducta y un resultado material.

En unos más, es necesaria la conducta y modalidades de medios, referencia temporal, referencia espacial o referencia de ocasión.

⁴³⁷ En la cuarta edición de la obra, Análisis lógico de los delitos contra la vida, la autora cancela el término kernel utilizado en las anteriores ediciones, por considerar que ya cumplió su cometido de puntualizar el contenido del núcleo del tipo, y en su lugar emplea la voz "hecho", en virtud de que esta voz se encuentra ya arraigada en la doctrina penal.

⁴³⁸ Islas Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 4ª. ed., México, Trillas, 1998, p. 44.

Por último, hay tipos en los cuales es necesaria la conducta, el resultado material y alguna modalidad.

Conducta⁴³⁹

"Conducta (acción u omisión) es el proceder finalístico descrito en el tipo".⁴⁴⁰

El concepto jurídico penal de conducta es igual al concepto ontológico de conducta. Si éste se constituye por una voluntad y un hacer algo, o una voluntad y un dejar de hacer algo, aquél se configura con iguales elementos. La voluntad y la actividad causal definen a la acción; la voluntad y el dejar de hacer algo señalado en el tipo, a la omisión.

a) Acción

"Acción es la actividad dolosa o culposamente realizada".⁴⁴¹

⁴³⁹ Cabe puntualizar que, a diferencia del modelo lógico, la doctrina dominante ubica a la conducta fuera y antes del tipo, a pesar de sostener que los tipos son descriptivos de conductas y que la tipicidad es adecuación de la conducta al tipo. De sus propias ideas se deduce que si la conducta no está incluida en el tipo, luego entonces su definición de tipicidad es falsa; si, por el contrario, su definición de tipicidad es verdadera, luego entonces la conducta se encuentra ubicada en el tipo. Pero como la conducta no está ubicada en el tipo, puede afirmarse, además, que la conducta delictiva es metajurídica.

⁴⁴⁰ Islas Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 4ª. ed., México, Trillas, 1998, p. 45. En esta nueva edición la autora enfatiza que el concepto de acción que se sostiene es el propuesto por Welzel; es decir, la acción humana se concibe como ejercicio de actividad "final", y no solamente "causal", en virtud de que la actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, dependiendo del dolo; en cambio, el acontecer causal no se dirige en función del fin, sino –como expresa Welzel– es la resultante causal de la constelación de causas existentes en ese momento. Por ello, la finalidad es vidente y, la causalidad es ciega (El nuevo sistema del derecho penal, *op. cit.*, p. 25).

⁴⁴¹ Islas Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 4ª. ed., p. 46.

- Voluntad dolosa

"Dolo es conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo penal".⁴⁴²

En el modelo lógico los elementos del tipo se clasifican en objetivos y subjetivos; el dolo es uno de los elementos subjetivos del tipo, dirigido a la parte objetiva del tipo. Sin embargo, como el concepto de dolo que se propone alcanzar esta teoría es un dolo neutro, natural, no valorado, dolo entendido como hecho puramente psíquico, por ello se excluye toda referencia a los elementos objetivos valorativos, que son: el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal. En caso contrario se caería en un concepto de dolo valorado, propio de las teorías causalistas, con todas sus incongruencias.

El modelo lógico analiza al dolo en dos niveles conceptuales distintos: en la teoría de las normas penales y en la teoría de los delitos. En la primera, el dolo está inmerso en la conducta general y abstracta descrita en el tipo; por ende, el dolo está incluido en el tipo. En la segunda, el dolo está inserto en la conducta particular y concreta ejecutada por el sujeto; por tanto, el dolo está contenido en el delito.

Olga Islas anota: "[...] si el dolo se construye con fundamento en la parte objetiva no valorativa del tipo, su semántica específica variará en función del tipo correspondiente. Esta situación permite hablar, a nivel fáctico, de un dolo típico".⁴⁴³

⁴⁴² *Ibidem*, 3ª. ed., p. 43.

⁴⁴³ Islas Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 4ª. ed., p. 48.

Lo anterior elimina de la teoría los siguientes seudoproblemas:

a) La doctrina italiana distingue entre dolo genérico y dolo específico. El primero, con apoyo en el artículo 43 de su propia legislación, es conceptualizado como un "querer el resultado"; el segundo, que se desprende de los tipos legales que hacen referencia en forma especial a aspectos subjetivos, lo entienden como dirección específica de la voluntad diferente de la del dolo genérico (por ejemplo, el ánimo de dominio, en el robo).

Al respecto, la teoría alemana considera estas exigencias subjetivas del tipo precisamente como "elementos subjetivos del tipo" o "elementos subjetivos del injusto", independientes del dolo.

Tanto italianos como alemanes incurren en el error de no contemplar la subjetividad en forma unitaria, sino fragmentariamente; lo cual es falso, porque la voluntad recogida por el legislador no es diferente de la que existe en la vida real, y esta última nunca es una voluntad fraccionada. Por otra parte, si tanto el dolo genérico como el específico (doctrina italiana), o el dolo y los elementos subjetivos del tipo (doctrina alemana), aluden al contenido del tipo, resulta absurda la partición de los aspectos subjetivos en sectores.

b) La doctrina tradicional también clasifica al dolo en anterior, concomitante y subsiguiente, sin advertir que un delito es doloso únicamente cuando la actividad o la inactividad son concomitantes con la voluntad.

El dolo directo, el dolo eventual y el dolo de consecuencias necesarias si constituyen modalidades del dolo típico; por tanto, su distinción es indispensable para la explicación integral del dolo.

Dolo eventual es conocer y aceptar la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo penal. El dolo de consecuencias necesarias surge cuando el sujeto quiere su actividad y conoce que con ella va a producir necesariamente consecuencias típicas. Por tanto: dolo de consecuencias necesarias es conocer que con la actividad que se va a realizar se concretizará necesariamente la parte objetiva no valorativa de algún tipo penal.⁴⁴⁴

- Voluntad culposa

Para el modelo lógico "[...] existe culpa cuando no se provee el cuidado posible y adecuado para no producir, o en su caso evitar, la lesión típica, previsible y provisible, se haya o no previsto".⁴⁴⁵

La definición propuesta por los autores de la teoría se apoya en cuatro conceptos racionalmente derivados del tipo: la previsibilidad, la provisiabilidad, la previsión y la provisión.

Previsibilidad quiere decir que el sujeto tiene la posibilidad de prever la lesión del bien jurídico; provisiabilidad significa que el sujeto tiene la posibilidad de poner en juego el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión del bien; previsión es el hecho psíquico real de prever la lesión del bien; y provisión es el poner efectivamente en

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 49.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, 3ª. ed., p. 45.

juego el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión del bien.⁴⁴⁶

De los conceptos anotados, el núcleo de la culpa reside en la no provisión del cuidado posible y adecuado. Cuando el sujeto prevé la concreción del tipo y confía en que el suceso no ocurra, ello es irrelevante si falta la previsibilidad o se pone en juego el cuidado posible y adecuado. En ninguno de los dos casos se integra la culpa. Por tanto, la distinción que la teoría tradicional hace de la culpa en consciente o inconsciente carece de importancia en la conceptualización.

Para el modelo lógico, sólo hay tipos dolosos o culposos, y por lo mismo, delitos dolosos o culposos.

- Actividad

La actividad causal es el elemento material de la conducta activa y consiste en un movimiento corporal, descrito en el tipo, idóneo para producir la lesión del bien jurídico y que, en la consumación, la produce porque no es interferida por ningún factor opuesto a la lesión y, en la tentativa, no la produce (sólo se pone en peligro el bien jurídico), porque si es interferida por alguna causa ajena a la voluntad del sujeto activo.⁴⁴⁷

b) Omisión

"Omisión es la inactividad dolosa o culposamente realizada".⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ *Idem*.

⁴⁴⁷ Islas Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 4ª. ed., p. 50 .

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 51.

- **Voluntad dolosa o culposa**

Todo lo anotado en relación con el dolo y con la culpa como elementos de la acción es aplicable en la omisión.

- **Inactividad**

La inactividad es la no realización del movimiento corporal ordenado en el tipo, idónea para no evitar la lesión del bien y que, en la consumación, no la evita porque no es interferida por ninguna causa opuesta a la lesión y, en la tentativa, no se produce la lesión porque la inactividad sí es interferida por alguna causa ajena a la voluntad del sujeto activo.⁴⁴⁹

En la omisión sin resultado material, el tipo describe expresamente la inactividad en términos de la acción ordenada. En la omisión con resultado material el tipo en forma expresa señala el resultado material, así como la inactividad que el legislador vincula o asocia a ese resultado material.

Resultado material

Olga Islas expresa:

Resultado material es el efecto natural de la actividad, previsto en el tipo. Su presencia en el tipo es eventual, pues depende de su necesidad para la producción de la lesión del bien. El legislador, de entre todos los efectos naturales de la actividad, sólo describe en el

⁴⁴⁹ *Idem.*

tipo el necesario e idóneo para producir la lesión. Necesidad e idoneidad, respecto de la lesión, es lo determinante para la exigencia de un resultado material.⁴⁵⁰

a) Acción y resultado material

La conexión entre estos elementos da origen a la llamada causalidad. El nexo causal sólo debe ser planteado en los tipos de acción con resultado material. La razón estriba en que se trata de una conexión entre sucesos naturales.

En el modelo se afirma:

En la omisión hay una relación de normatividad. La causación es propia de los delitos por acción. En rigor, el nexo causal es una línea de conexión objetiva entre la actividad y el resultado material, en la que no entra en juego la voluntad. Da lo mismo que la actividad sea dolosa, culposa o fortuita. Esta causación, de orden ontológico-naturalístico y no simplemente gnoseológico, es una conexión constante, unívoca y de carácter genético entre acontecimientos naturales. Constante, porque la conexión se produce invariablemente (conexión necesaria). Univoca, por la correspondencia recíproca "uno a uno" entre la causa y el efecto, o sea, que la conexión entre causa y efecto es tal que sólo hay un efecto para cada causa y sólo hay una causa para cada efecto. Genética, porque el efecto no está simplemente acompañado por la causa, sino que es engendrado por ella.⁴⁵¹

Aquí se define a la causa y al nexo causal del siguiente modo:

"Causa", en derecho penal, es la actividad del sujeto activo en adecuación a la semántica

⁴⁵⁰ *Ibidem*, 3ª. ed., p. 47.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 48.

del verbo típico.

"Nexo causal" es el proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la actividad, el último de los cuales es el resultado material.⁴⁵²

b) Omisión y resultado material

En el modelo lógico se considera que la omisión y el resultado material se ligan entre sí, no por la causalidad, sino por la calidad de garante que posee el sujeto activo en relación con el bien. Por ende, se trata de una relación de índole normativa y no de orden natural.

En este sentido, Olga Islas señala: "El resultado material se asocia a la inactividad del garante por el deber que éste tenía de evitarlo; es decir, al garante se le atribuye la autoría en la producción del resultado, no porque lo haya causado, sino por no haberlo evitado". Agrega: "Por tanto, el nexo normativo puede definirse como la relación jurídica que atribuye el resultado material a la inactividad del sujeto activo señalado en el tipo como garante de la evitación de ese resultado".⁴⁵³

Modalidades

Las modalidades son: los medios, la referencia temporal, la referencia espacial y la referencia de ocasión.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 49.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 50.

a) Medios

"Son el instrumento o la actividad distinta de la acción, exigidos en el tipo, empleados para realizar la conducta o producir el resultado".

b) Referencia temporal

"Es la condición de tiempo o lapso, descrita en el tipo, dentro de la cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado".

c) Referencia espacial

"Es la condición de lugar, señalada en el tipo, en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado".

d) Referencia de ocasión

"Es la situación especial, requerida en el tipo, generadora de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado".⁴⁵⁴

⁴⁵⁴*Ibidem*, pp. 50 y 51.

– Lesión o puesta en peligro del bien jurídico

Al respecto, Olga Islas manifiesta: "Lesión del bien jurídico es la destrucción, disminución o compresión del bien, contempladas en el tipo. Peligro de lesión es la medida de probabilidad, señalada en el tipo, asociada a la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico".⁴⁵⁵

La lesión del bien jurídico y la puesta en peligro del mismo son conceptos fundamentales que no tienen relación con la violación del deber jurídico penal (por la teoría tradicional: denominada antijuridicidad) ni con el seudoproblema del llamado resultado formal.

Si el objetivo de las normas jurídico penales es la tutela de los bienes jurídicos respecto de las conductas (específicamente descritas en los tipos) que los lesionan o ponen en peligro, entonces tanto el bien como la lesión o, en su caso, la puesta en peligro, son elementos del tipo.

La lesión del bien jurídico es elemento del tipo de consumación, y la puesta en peligro es elemento del tipo de tentativa. La lesión o puesta en peligro del bien jurídico: a) es el vínculo entre la conducta y la antijuridicidad; b) constituye la razón de existir de la antijuridicidad y, muy especialmente, de las causas de justificación.

El tipo de tentativa se construye con base en el tipo de consumación que se pretende analizar relacionándolo con el artículo 12 del Código Penal.

⁴⁵⁵ *Idem.*

La construcción acontece, primero, sustituyendo en el tipo de consumación y con base en el artículo 12, los elementos discordantes y, segundo, eliminando del mismo tipo de consumación los elementos innecesarios de acuerdo con el propio artículo 12.

Solamente si se procede de esta forma es válido el análisis de cualquier tentativa de delito.

Los elementos del tipo consumado que se mantienen sin modificación al operar con el artículo 12 son:

- a) El deber jurídico penal.
- b) El bien jurídico.
- c) El sujeto activo con todo su contenido.
- d) El sujeto pasivo con todo su contenido.
- e) El objeto material.
- f) El dolo.
- g) Las referencias temporal, espacial y de ocasión señaladas en relación con la conducta.

Los elementos que se sustituyen son:

- a) La lesión del bien jurídico (en su lugar, la puesta en peligro del bien jurídico).
- b) La violación del deber jurídico penal (en su lugar, la violación total del deber en cuanto al dolo y parcial respecto a la actividad y modalidades).

Por último, los elementos que en unos tipos se modifican o se eliminan y en otros se conservan, lo cual depende de la naturaleza del concreto tipo penal consumado, son:

- a) La actividad o la inactividad, que, en la tentativa, a pesar de su idoneidad para la lesión del bien, no lo lesiona debido a la irrupción de causas ajenas a la voluntad del activo.
- b) El resultado material, y, por ende, el nexo causal.
- c) Los medios.

– Violación del deber jurídico penal

Para el modelo lógico: "Violación del deber jurídico penal es oposición, al deber jurídico penal, de la conducta que, al producir o no evitar la lesión o puesta en peligro del bien tutelado en el tipo, no va a salvar bien jurídico alguno o es innecesaria por existir otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva".

"Si el deber jurídico penal es elemento del tipo, la violación de aquél está, necesariamente, determinada por el tipo".⁴⁵⁶

c. Clasificación de los elementos del tipo penal

Para el modelo lógico, los tipos penales no sólo describen acciones y

⁴⁵⁶ Islas, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 4ª. ed., México, Trillas, 1998, p. 58.

omisiones, sino también las valoran. Esta descripción y valoración se refleja en sus elementos, que son de dos clases: valorativos y no valorativos. Los elementos no valorativos constituyen el objeto sobre el cual recae la valoración dada en los propios tipos por el legislador. Los elementos valorativos contienen la valoración sobre aquel objeto. Son elementos valorativos: el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal. Son elementos no valorativos todos los demás.

También clasifica los elementos del tipo en subjetivos y objetivos. Son elementos subjetivos: la voluntabilidad, la imputabilidad, la voluntad dolosa y la voluntad culposa. Son elementos objetivos todos los restantes.

d. Clasificación de los tipos penales

Para el modelo lógico, los tipos legales se clasifican, o bien con base en alguno de sus elementos, o bien con apoyo en el conjunto total de ellos.

Conforme a alguno de sus elementos, los tipos pueden ser:

1. En consideración al bien jurídico: simples o complejos. Tipo simple es el que tutela un solo bien jurídico. Tipo complejo es el que protege dos o más bienes jurídicos.

2. En orden al sujeto activo: a) Por la calidad específica: comunes o especiales; b) por cuanto a la pluralidad específica: monosubjetivos o plurisubjetivos. Tipo común es el que no describe calidad específica alguna y, por

ello, puede ser materializado por cualquier sujeto. Tipo especial es el que sí exige una calidad específica y, por ende, sólo puede ser materializado por quien reúna dicha calidad. Tipo monosubjetivo es el que sólo necesita de una persona para su realización. Tipo plurisubjetivo es el que demanda dos o más sujetos para su realización.

3. En relación con el sujeto pasivo: a) En orden a la calidad específica: impersonales o personales; b) por la pluralidad específica: monosubjetivos o plurisubjetivos. Tipo impersonal es el que no describe calidad específica alguna. Tipo personal es el que sí exige una calidad específica. Tipo monosubjetivo es el que no necesita más de un sujeto pasivo. Tipo plurisubjetivo es el que requiere dos o más sujetos pasivos.

4. En orden al hecho: a) de acción, b) de omisión, c) doblemente activos, d) doblemente omisivos, e) mixtos de acción y omisión, f) dolosos, g) culposos, h) unisubsistentes, para su concreción sólo necesitan de una actividad, i) plurisubsistentes, para su concreción requieren varias actividades, j) unisubsistentes o plurisubsistentes, pueden materializarse a través de una o varias actividades, k) instantáneos, su concreción produce la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico y el agotamiento de éstas, l) instantáneos con efectos permanentes, su concreción produce la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico y el agotamiento de éstas, pero con prolongación de los efectos durante un cierto tiempo, m) permanentes, su concreción produce la lesión del bien jurídico, lesión que se prolonga durante un cierto tiempo, n) de resultado material, o) de mera conducta, p) con modalidades, q) de formulación libre, r) de formulación casuística.

5. En atención a la pluralidad de supuestos en cualquiera de los elementos: conjuntivamente formados o disyuntivamente formados.⁴⁵⁷

Conforme al conjunto total de elementos, los tipos pueden ser: a) fundamentales, b) autónomos, c) especiales (calificados o privilegiados) y d) complementados (calificados o privilegiados).

Para Olga Islas:

Tipo fundamental es el que no deriva de otro tipo y sirve para generar nuevos tipos. Especial es el que nace con vida propia al sustituir, o agregar, uno o varios elementos en el fundamental. Complementado es el que surge con vida subordinada al sustituir, o agregar, uno o varios elementos en el fundamental. Ahora bien, ese tipo especial, o en su caso el complementado, es calificado cuando el nuevo elemento trae como consecuencia un aumento en la punibilidad, y es privilegiado cuando el nuevo elemento da lugar a una disminución en la punibilidad.⁴⁵⁸

e. Funciones del tipo

Para el modelo lógico, el tipo cumple las siguientes funciones:

- "a) Una función de garantía: 'Nullum crimen, nulla poena sine lege'; y
- b) Una función fundamentadora: toda construcción dogmática deberá tener como soporte el tipo".⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Cfr. Islas, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 3ª. ed., p. 55.

⁴⁵⁸ *Idem*.

⁴⁵⁹ Islas, Olga y Elpidio Ramírez, Lógica del tipo en el derecho penal, México, Edit. Jur.

Son los tipos, como puede observarse, los que hacen posible cumplir con el principio de legalidad consagrado en nuestra carta magna en su artículo 14, y precisamente de él se debe dimanar toda construcción dogmática acorde con el Estado de derecho, cuya finalidad radica en la defensa de la sociedad de las arbitrariedades del poder público, por medio de la división formal de poderes y del *principio nullum crimen, nulla poena sine lege*.

B. Punibilidad

Punibilidad (segundo elemento de la norma penal) es: "conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste".⁴⁶⁰

De esta definición se puede desprender lo siguiente:

- a) la punibilidad es una mera descripción general y abstracta;
- b) es elaborada en forma exclusiva por el legislador;
- c) es, tan sólo, conminación de privación o restricción de bienes;
- d) la legitimación del legislador, en orden a la punibilidad, está basada en la necesidad social. Sin necesidad social el legislador carece de legitimación;
- e) la punibilidad está dada sólo para sujetos imputables.
- f) la punibilidad es el medio que determina la inhabilitación de tales sujetos;
- g) la función de la punibilidad es la protección de bienes a través de la prevención general;
- h) la punibilidad debe ser idónea para la prevención general,

Mex., 1970, p. 29.

⁴⁶⁰ Islas, Olga, Análisis lógico..., 3ª. ed., p. 24.

- i) la clase de punibilidad depende de la clase de bien tutelado;
- j) cuantitativamente la punibilidad depende del valor del bien tutelado, o del dolo o de la culpa y de la lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien tutelado;
- k) no hay delito sin la existencia previa de la punibilidad;
- l) la punibilidad es distinta de la punición y de la pena;
- m) la punibilidad es fundamento de la punición y de la pena.⁴⁶¹

Tratándose de sujetos inimputables (adultos o menores), el segundo elemento de la norma penal es la descripción de la medida de seguridad, la cual es el señalamiento de la consecuencia que sobrevendrá a todos los sujetos inimputables (adultos o menores) contemplados por el tipo, que en ningún momento podrá ser superior a la consecuencia señalada en la punibilidad para los sujetos imputables. Su función social es la protección de la sociedad mediante la aplicación de un tratamiento a los inimputables.

3. Tercer nivel. Delito

A. Facticidad

Para el modelo lógico, el delito es un hecho, un acontecimiento histórico, cuyo contenido es rigurosamente fáctico. A diferencia de la norma jurídico penal, que es general y abstracta, el delito es particular y concreto. Particular, porque es obra de sujeto o sujetos individuales; y concreto, porque es un hecho determinado.

Los delitos sólo pueden ser cometidos por sujetos imputables, nunca por

⁴⁶¹ *Idem.*

sujetos inimputables. Estos últimos sólo pueden llevar a cabo hechos típicos, injustificados y atribuibles.

B. Tipicidad

Por exigencia del principio de legalidad, es necesario, para la configuración de un delito, el cumplimiento del requisito de tipicidad. Se entiende por tipicidad, en el modelo lógico, la correspondencia unívoca, uno a uno, entre los elementos del tipo y las porciones de contenido del delito, de tal modo que para cada elemento del tipo tiene que haber una porción de contenido del delito que satisfaga la semántica de aquél, y para cada porción de contenido del delito tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción. Cuando no se satisface este requisito de reciprocidad se está frente a un caso de atipicidad.

C. Estructura

Si se analiza el hecho constitutivo del delito, se observa que una parte del total contenido nace en el momento en que se efectúa la acción u omisión, y otra parte ya existía en el mundo fenoménico antes de la realización de la conducta. La parte preexistente es condición necesaria para que el sujeto activo pueda realizar la conducta típica.

La parte que surge a la vida con la acción u omisión tiene propiedades específicas de las que carece la preexistente, tales como "la conducta es lesiva del bien, violatoria del deber jurídico penal y reprochable a su autor; la lesión del bien

jurídico es una consecuencia de la conducta y precisamente la que otorga sentido a las desvaloraciones propias de la violación del deber jurídico penal; esta violación es una desvaloración que recae sobre la conducta lesiva del bien jurídico".⁴⁶²

A la parte preexistente se le denomina "presupuestos típicos del delito"; a la que surge con la conducta, "elementos típicos del delito".

Además de los presupuestos y elementos típicos se requiere, para la configuración del delito, un grado específico de culpabilidad, determinado por el conocimiento de la violación del deber jurídico penal y por el conjunto de circunstancias biopsicosociales que rodean la comisión del evento delictivo.

Elpidio Ramírez señala que el delito puede definirse con base en la violación del deber jurídico penal y la culpabilidad. De tal suerte que "Delito es la culpable violación de un deber jurídico penal".⁴⁶³ Pero también explica que la violación de un deber jurídico penal implica que hubo lesión o puesta en peligro, y ésta que hubo conducta, y para la existencia de la conducta deben existir los cinco presupuestos típicos (deber jurídico penal, bien jurídico, sujeto activo, sujeto pasivo y objeto material); por tanto, hablar de violación del deber jurídico penal es hablar de tipicidad completa. Siendo esto así: "Delito es la culpable concreción de un tipo penal".⁴⁶⁴

⁴⁶² *Ibidem*, p. 57.

⁴⁶³ Ramírez, Elpidio, Apuntes de clase. Curso 1994. Maestría de Derecho Penal, Facultad de Derecho, BUAP.

⁴⁶⁴ *Idem*.

El análisis del delito incluye el estudio de los presupuestos y elementos típicos y de la culpabilidad, en sus dos aspectos: el aspecto positivo y el negativo.

D. Presupuestos del delito

a. Aspectos positivos

Los presupuestos típicos son antecedentes fácticos del delito, adecuados a un tipo penal y necesarios para llevar a cabo la conducta típica.

Tales presupuestos son:

Deber jurídico penal típico.

Bien jurídico penal típico.

Sujeto activo típico, con su semántica particular:

Voluntabilidad.

Imputabilidad.

Calidad de garante.

Calidad específica

Pluralidad específica.

Sujeto pasivo típico, con su semántica particular:

Calidad específica.

Pluralidad específica.

Objeto material típico.⁴⁶⁵

Puede notarse que los presupuestos del delito se ajustan en su semántica a la

⁴⁶⁵ Islas, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 3ª. ed., p. 58.

de los elementos del tipo pertenecientes a los primeros cinco subconjuntos del tipo penal. Dichos subconjuntos determinan su denominación y su contenido.

b. Aspectos negativos

Las hipótesis de atipicidad, en relación con los presupuestos, son:

Ausencia de deber jurídico penal típico.

Ausencia de bien jurídico típico.

Ausencia de sujeto activo típico.

Ausencia de sujeto pasivo típico.

Ausencia de objeto material típico.

– Ausencia del deber jurídico penal típico

Esto acontece cuando en el caso concreto el sujeto no tiene a su cargo el deber señalado en el tipo.

Se presenta esta situación cuando en el tipo está restringido o limitado el ámbito del sujeto activo, ya sea por la inclusión de calidades específicas, ya por la calidad de garante. Por tanto, el deber jurídico penal no está dirigido a todos, sino únicamente a un grupo determinado, el resto queda excluido.

– Ausencia del bien jurídico típico

Para Olga Islas:

Una de las causas generadoras de esta atipicidad es el consentimiento del titular del bien jurídico. El consentimiento no es una causa de justificación, sino un hecho que, según los efectos que produzca da lugar a alguno de entre cuatro supuestos de atipicidad. En algunos casos extingue al bien jurídico, en otros, al objeto material, en otros más impide la configuración de la conducta típica o, finalmente, sólo excluye la lesión y la puesta en peligro del bien. El consentimiento da lugar, en todo caso, a un delito imposible por atipicidad derivada de la falta del bien jurídico o del objeto material o de la conducta típica o de la lesión y peligro del bien.⁴⁶⁶

– Ausencia del sujeto activo típico

Esta atipicidad se abordará en el próximo capítulo dedicado al sujeto activo en el modelo lógico.

– Ausencia del sujeto pasivo típico

Esta atipicidad se produce al no existir concretamente la calidad específica y/o la pluralidad específica que el tipo penal requiere.

El sujeto pasivo también puede faltar, en el caso concreto, como producto de la ausencia del bien jurídico. Esta afirmación es obvia, pues, siendo el sujeto pasivo

⁴⁶⁶ Islas Olga, Conferencia pronunciada en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. 19 de mayo de 1995.

titular del bien jurídico, ante la no existencia de éste desaparece aquél.⁴⁶⁷

– Ausencia del objeto material típico

En relación con esta atipicidad, Olga Islas afirma: "Ocurre cuando en el ámbito de concreción no existe, frente y al alcance del sujeto activo, el objeto material con todos los requisitos descritos en el tipo. En algunas hipótesis, como ya se dijo, deriva del consentimiento".⁴⁶⁸

E. Elementos del delito

a. Aspectos positivos

Los elementos típicos del delito, según los creadores del modelo, son, en rigor lógico, subconjuntos del delito en los que se concretiza la semántica de los subconjuntos del tipo del mismo nombre, y a los cuales se asocia el subconjunto culpabilidad para constituir el delito.

Los elementos del delito son:

El hecho típico, integrado por:

Voluntad dolosa	}	Conducta
Voluntad culposa		
Actividad		
Inactividad		

⁴⁶⁷ Cfr. Islas, Olga. Análisis lógico de los delitos contra la vida, 3ª. ed., p. 62.

⁴⁶⁸ *Idem.*

Resultado material (y, por tanto, nexo causal o nexo normativo)

Medios de comisión	}	Modalidades
Referencia temporal		
Referencia espacial		
Referencia de ocasión		

Lesión o puesta en peligro del bien jurídico, típica

Lesión del bien jurídico

Puesta en peligro del bien jurídico

Violación del deber jurídico penal, típica

Culpabilidad.⁴⁶⁹

Habrá tipicidad en orden al hecho, a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y a la violación del deber jurídico penal, cuando en el caso concreto cada uno de estos elementos satisfaga con toda exactitud la semántica de las correspondientes descripciones contenidas en el tipo penal.

b. Aspectos negativos

Los aspectos negativos, en relación con los elementos del delito, son:

Atipicidad por ausencia del hecho típico.

Atipicidad por ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, típicas.

Atipicidad por ausencia de violación del deber jurídico penal, típica.

Inculpabilidad.

⁴⁶⁹ Islas, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 4^a. ed., México, Trillas, 1998, p. 65.

– Atipicidad por ausencia del hecho

Opera cuando no se integra:

1. La conducta típica, lo cual acontece siempre que falta la voluntad (dolo o culpa) o la actividad o inactividad típicas.
2. El resultado material típico y, consecuentemente, el nexo causal típico (en las acciones), o bien el nexo normativo (en las omisiones).
3. Las modalidades típicas: medios, referencia temporal, referencia espacial, referencia de ocasión.⁴⁷⁰

En cuanto a la atipicidad por falta de la voluntad dolosa, Olga Islas expresa:

[...] la atipicidad aparece siempre que el sujeto no conoce o no quiere. El conocimiento (elemento intelectual del dolo) se anula en todos los casos de error sobre la tipicidad objetiva no valorativa, es decir, error sobre los presupuestos y elementos del delito adecuados a la parte objetiva no valorativa del tipo penal, error que puede recaer sobre: el bien jurídico: la calidad de garante o la calidad específica o la pluralidad específica del sujeto activo; la calidad específica o la pluralidad específica del sujeto pasivo; el objeto material: la actividad o la inactividad; el resultado material; los medios de comisión o las referencias temporal, espacial o de ocasión; o la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.⁴⁷¹

Si el error es invencible, elimina el dolo y también la culpa. Si es vencible, suprime el dolo, pero queda subsistente la culpa.

⁴⁷⁰ Islas, Olga. Análisis lógico de los delitos contra la vida, 3ª. ed., p. 63.

⁴⁷¹ Islas, Olga. Conferencia pronunciada en la División de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tlaxcala, 19 de mayo de 1995.

En este espacio se tratan los llamados casos límite de error: *aberratio ictus* y *error in objecto*. Se habla de *aberratio ictus* cuando el sujeto dirige su actividad hacia un objeto determinado, y por desviación del curso causal recae esa actividad en un objeto distinto. Como puede observarse, no se trata, en sentido estricto, de un error, sino de una desviación externa de la actividad. La *aberratio ictus* da lugar a un concurso ideal de delitos: una tentativa y un delito culposo.

El *error in objecto* se presenta cuando la actividad que se dirige hacia un objeto determinado recae en dicho objeto, sólo que dicho objeto ha sido confundido con otro. El auténtico *error in objecto* es aquel en el cual los objetos confundidos encuadran en el mismo tipo penal, y por ello son intercambiables entre sí. Por lo mismo, el *error in objecto* es irrelevante.

La *aberratio in delicti* y el *error in personam* no son figuras independientes, porque el primero es un caso particular de la *aberratio ictus*, y el segundo es un caso particular del *error in objecto*.

El elemento volitivo del dolo se afecta en los supuestos de *vis absoluta*, *vis maior*, movimientos reflejos, movimientos inconscientes que ocurren durante el sueño o el sonambulismo o las crisis epilépticas o algunas crisis histéricas o los estados febriles u otros estados de inconsciencia transitoria, tales como los derivados de la ingestión de alcohol, anestesia general, el desmayo, etcétera.

Existe atipicidad, en cuanto a la voluntad culposa, cuando el sujeto provee el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión típica, o cuando ésta

no es previsible o provisible.

La atipicidad, por lo que respecta a la actividad o inactividad, surge por inexistencia de éstas en el caso concreto.

Las restantes atipicidades del hecho operan en los siguientes supuestos:

- a) Cuando, en el caso particular, no se produce el resultado material requerido en el tipo o produciéndose, no está ligado causalmente con la actividad o relacionado normativamente con la inactividad.
- b) Cuando, en la hipótesis concreta, no se dan los medios de comisión y/o la referencia temporal y/o la referencia espacial y/o la referencia de ocasión que el tipo exige.⁴⁷²

– Atipicidad por ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico

No habrá lesión típica, y por tanto, tampoco consumación típica, siempre que la actividad o inactividad idóneas para lesionar el bien sean interferidas por alguna causa que impida la lesión. Esta causa puede provenir de la propia voluntad del sujeto activo; en tal caso, emergen las figuras de desistimiento o de arrepentimiento activo y eficaz, con la consiguiente irrelevancia de la puesta en peligro. También puede ser ajena a la voluntad del activo, configurándose, en este caso, la tentativa.

Tampoco habrá lesión típica frente al consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico.

⁴⁷² Islas. Olga. Análisis lógico de los delitos contra la vida, 3ª. ed., p. 65.

Por lo que respecta a la atipicidad de la puesta en peligro del bien jurídico, ésta se deriva del desistimiento o arrepentimiento activo y eficaz, o del consentimiento.

– Atipicidad por ausencia de violación del deber jurídico penal

La atipicidad por ausencia de violación del deber jurídico penal está determinada por las llamadas causas de licitud.

En torno al tema, Elpidio Ramírez señala: "El sustento de la violación del deber, es la libertad de acción. El sujeto tiene a su alcance tres o más posibilidades de actuación; entre las que existen las dañinas". Y agrega: "El sustento de las justificantes es, la ausencia de libertad de acción; entonces existen dos alternativas, y ambas son dañinas".⁴⁷³

Olga Islas, en torno a las llamadas causas de licitud, hace las siguientes consideraciones:

1. Si los tipos son prohibiciones de conducta que tienen por finalidad proteger bienes jurídicos, entonces la realización de la conducta que lesiona o pone en peligro esos bienes jurídicos es violatoria del deber jurídico penal, excepto cuando tal conducta está ordenada o permitida por una norma jurídica diversa, sea esta penal o extrapenal. En consecuencia, no hay violación del deber jurídico penal cuando el sujeto activo actúa en cumplimiento de un deber (conducta ordenada) o en ejercicio

⁴⁷³ Ramírez, Elpidio, Apuntes de clase. Curso 1994, BUAP.

de un derecho (conducta permitida) y, algo más, no existen causas de justificación fuera de estos rubros.

Son conductas ejecutadas en cumplimiento de un deber las que se realizan con base en obediencia jerárquica, impedimento legítimo y cumplimiento de deberes jurídicos no denominados en forma específica. Son conductas ejecutadas en ejercicio de un derecho las que se realizan con base en legítima defensa, estado de necesidad, temor fundado, actuación del agresor frente a un exceso en la legítima defensa y ejercicio de derechos no denominados en forma específica.

2. Por otro lado, toda causa de justificación se sustenta en la necesidad de salvar un bien jurídico que se encuentra en peligro de ser lesionado. Este requisito, exclusivo de las causas de justificación, permite diferenciar a éstas de las causas de inculpabilidad.

3. Para que una causa de justificación proceda, se necesita, además, que el sujeto, al actuar, no tenga otra alternativa de actuación que dé margen a salvar los dos bienes en conflicto, o que sea menos lesiva.

4. Como conclusión de lo precedente, habrá una causa de licitud siempre que el sujeto, al lesionar o poner en peligro el bien tutelado en el tipo, va a salvar un bien, cualquiera que sea el valor de éste, y no tiene otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. Por tanto, de acuerdo con el artículo 15 del Código Penal federal, son causas de justificación:

- a) La legítima defensa.
- b) El estado de necesidad.
- c) El ejercicio de derechos no denominados en forma específica.
- d) El cumplimiento de deberes jurídicos no denominados en forma específica.

Además, aceptada como causa supralegal de justificación: la actuación del agresor frente a un exceso en la legítima defensa.⁴⁷⁴

F. Culpabilidad: aspectos positivo y negativo

De acuerdo con el modelo lógico: "Culpabilidad es reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva".⁴⁷⁵

En esta teoría, el único aspecto negativo de la culpabilidad es el error invencible sobre la concreción de los elementos objetivos valorativos del tipo penal particular (el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal). El error vencible sobre la concreción de los mismos elementos sólo reduce el grado de reproche.

⁴⁷⁴ Cfr. Islas, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 4ª. ed., México, Trillas, 1998, p. 76.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 78.

Olga Islas anota:

El error sobre el deber se presenta cuando el agente cree o supone que, en el caso particular, no tiene a su cargo dicho deber.

El error sobre la violación del deber jurídico penal opera cuando cree o supone que con su conducta no incurre en la violación, porque considera que o va a salvar un bien jurídico o no tiene otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. Es decir, supone que su conducta está amparada por una causa de justificación. Las hipótesis de esta variante de error dependen, por tanto, de las causas de justificación, por lo que consecuentemente se originan:

- a) La legítima defensa putativa.
- b) El estado de necesidad putativo.
- c) El ejercicio de derechos no denominados en forma específica, putativo.
- d) El cumplimiento de deberes jurídicos no denominados en forma específica, putativo.
- e) La actuación del agresor en la creencia de estar frente a un exceso en la legítima defensa.⁴⁷⁶

En el caso de los inimputables (los cuales, ya señalamos, no cometen delitos), este nivel corresponde a los hechos típicos injustificados y atribuibles. Para que éstos se produzcan debe existir tipicidad respecto de cada uno de sus presupuestos y elementos. Por el contrario, existe atipicidad cuando las exigencias del tipo no se satisfacen.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 79.

4. Cuarto nivel. Punición

Para hablar de punición es preciso que exista previamente una norma, compuesta por un tipo y una punibilidad, en atención al *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

La punición es concreción de la punibilidad. Se ubica en el mundo de la normatividad, porque es una orden del juez, sólo que es normatividad particular y concreta.

Sólo será legítimo que el juez dicte la sentencia penal de condena en la cual elabora esa norma penal, individual y concreta, siempre que el delito esté plenamente probado. La legalidad de la punición dependerá del cumplimiento de los requisitos que la Constitución señala; primero, que sea un juez el que la dicte, y segundo, que se ventile previamente el juicio penal respectivo.

Olga Islas, en torno a la punición, expresa:

es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.

De la definición anterior se deduce lo siguiente:

- a) la punición es un mandato particular y concreto;
- b) es dictada exclusivamente por el órgano jurisdiccional en una sentencia penal

condenatoria:

- c) la punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito;
- d) la legitimación de la punición deriva de la comisión del delito plenamente probado;
- e) la punición se dicta sólo contra sujetos imputables;
- f) la punición debe ser proporcional a la magnitud de la culpabilidad, y, por tanto, el juzgador no debe rebasar el límite que le traza la culpabilidad;
- g) la punición se da en relación a los delitos, nunca en relación a hechos típicos determinados por la peligrosidad del agente (hechos cometidos por inimputables);
- h) la función de la punición es reafirmar la prevención general;
- i) la punición es fundamento de la pena.⁴⁷⁷

Este cuarto nivel corresponde, por lo que respecta a los inimputables, a la aplicación judicial de las medidas de seguridad.

La legitimación de la fijación de la medida de seguridad dependerá de que esté plenamente probado el hecho típico, injustificado y atribuible. La legalidad, del cumplimiento de los requisitos constitucionales existentes al respecto.

La finalidad que se persigue a nivel judicial, con las medidas de seguridad, es la protección social.

5. Quinto nivel. Pena

La pena no es normatividad, sino facticidad. No corresponde al derecho penal.

⁴⁷⁷ Islas, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 3ª. ed., pp. 25 y 26.

El ejercicio del *jus puniendi* ejecutivo que produce hechos también debe regirse por los principios de legitimación y de legalidad.

La legitimación, es la autorización que la sociedad otorga al Poder Ejecutivo para que pueda ejecutar la norma penal individual y concreta, emerge de la necesidad social de la ejecución; es decir, de la subsistencia del delito plenamente probado.

La legalidad, a este nivel, depende del cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 18 constitucional y del acato de las leyes secundarias respectivas.

La pena

es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial. y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.

De aquí se deriva que:

- a) la pena es un hecho particular y concreto;
- b) su instancia jurídica es la ejecutiva;
- c) la pena es real privación o restricción de bienes del autor del delito;
- d) la legitimación de la pena emerge de la existencia del delito, plenamente probado;
- e) la pena es tan sólo para sujetos imputables;
- f) la función de la pena es la prevención especial;
- g) está determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la

repersonalización;

h) no hay pena sin punición.⁴⁷⁸

Para Elpidio Ramírez, una persona, en la medida en que se repersonalice, debe disminuirse la pena, porque en su concepto, para la repersonalización no se requiere de un número excesivo de años de reclusión.⁴⁷⁹

Por lo que respecta a los inimputables, este nivel corresponde a la ejecución de las medidas de seguridad, la cual estará legitimada siempre que subsista el hecho típico, injustificado y atribuible, y será legal, siempre que se cumpla con los requisitos que establece la ley al respecto.

La finalidad de la ejecución de las medidas de seguridad es la real curación o habilitación del sujeto.

⁴⁷⁸ *Idem.*

⁴⁷⁹ Ramírez, Elpidio, Apuntes de clase. Curso 1994, BUAP.

CAPÍTULO SEXTO

SUJETO ACTIVO

I. TEORÍA DEL SUJETO ACTIVO

Para comprender qué es una teoría del sujeto activo, es preciso abordar ideas epistemológicas que nos den la posibilidad de formarnos una idea acerca de lo que es una teoría.

Antes que nada debemos saber qué es un objeto conceptual, toda vez que una teoría es precisamente un "constructo".

Mario Bunge expresa al respecto: "Por 'constructo' u 'objeto conceptual' entendemos una creación mental (cerebral), aunque no un objeto mental o psíquico tal como una percepción, un recuerdo, o una invención. Distinguiremos cuatro clases básicas de constructo: conceptos, proposiciones, contextos y teorías". Acto seguido los define del siguiente modo:

Los conceptos son las unidades con que se construyen las proposiciones: son los átomos conceptuales.

Las proposiciones son los constructos que satisfacen algún cálculo proposicional y que, por añadidura, pueden ser evaluados en lo que respecta a su grado de verdad, aun cuando de hecho no se disponga aún de procedimientos para efectuar tal evaluación en algunos casos.

Un contexto es un conjunto de proposiciones formadas por conceptos con referentes comunes.

Una teoría es un contexto cerrado respecto de las operaciones lógicas. En otras palabras, una teoría es un conjunto de proposiciones enlazadas lógicamente entre sí y que poseen referentes en común.⁴⁸⁰

Como puede observarse, una teoría se compone de conceptos, con los cuales es posible formular proposiciones, mismas que deben referirse a un objeto de conocimiento que funciona como referente, y además deben organizarse por medio de una lógica, tratando de que el conjunto de proposiciones (contexto) quede cerrado.

En relación con lo que es una teoría, Elpidio Ramírez señala: "Una teoría es un conjunto cerrado de proposiciones, estructuradas conforme a una lógica, que tienen un referente o varios referentes comunes".⁴⁸¹ En su concepto, para tener el rango de teoría científica deben satisfacerse además dos requisitos: primero, ser

⁴⁸⁰ Bunge Mario, Epistemología, Barcelona. Ariel, 1985, p. 51.

⁴⁸¹ Ramírez. Elpidio, Apuntes de clase. Curso 1994, Maestría de Derecho Penal. BUAP.

contrastable con los referentes, con los hechos. Y segundo, ser compatible con el resto del conocimiento científico. Esto es, con la física, la biología, la química, etcétera.

Con base en lo expuesto, una teoría del sujeto activo debe incluir al menos los siguientes renglones: ser un conjunto de proposiciones referidas al sujeto activo; estar enlazadas lógicamente entre sí, y formar un conjunto cerrado. Además, para gozar del rango de teoría científica deben ser sus proposiciones verificables, contrastables con el referente y compatibles con el resto del conocimiento científico. Esto es, deben pasar un doble examen: empírico y conceptual.

II. NIVEL NORMATIVO Y SUJETO ACTIVO

I. Autor material

A. Concepto

Para el modelo lógico, sujeto activo es: "toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo penal".⁴⁸²

Con el término "persona" se excluye tanto a los animales como a las cosas como sujetos activos de un delito.

⁴⁸² Islas, Olga, Análisis lógico..., 3ª. ed., p. 32.

En este orden de ideas, solamente pueden cometer un delito las personas. Pero no todas, sólo las personas físicas, no así las morales, porque carecen de la posibilidad de concretizar los elementos del tipo. Esto, porque es imposible que una persona moral realice una conducta: tan sólo son ficciones creadas por el derecho. Finalmente a los que se sanciona son a los socios o representantes de la misma.

El modelo lógico todavía va más allá en sus observaciones, al precisar que únicamente el autor material, unitario o múltiple, puede ser sujeto activo. De tal modo que los denominados "autor mediato", "autor intelectual", "cómplice" y "autor detrás del autor", no tienen la posibilidad normativa de concretizar el contenido semántico de los elementos de los específicos tipos legales, y en consecuencia, no pueden ser sujetos activos.

Para esta teoría, las figuras antes descritas son falsos problemas por el siguiente análisis:

- a) Sólo puede ser delito lo que está descrito en un tipo penal;
- b) Autor material es la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal.

En conclusión, lo único que existe en el código son autores materiales, esto con base en el principio de legalidad; lo demás son sólo ficciones doctrinales.⁴⁸³

⁴⁸³ Ramírez, Elpidio, Apuntes de clase. Curso 1994. Maestría de Derecho Penal. BUAP.

B. Análisis del artículo 13

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 pueda 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.⁴⁸⁴

Este artículo antes de las reformas penales de enero de 1994 iniciaba diciendo: "Son responsables del delito", con lo cual se pretendía precisar a las personas a las cuales se les podría aplicar la punibilidad del correspondiente tipo penal concretizado. Actualmente dicho artículo comienza diciendo: "Son autores o partícipes", de esta forma se pretende determinar quién es autor y quién es partícipe.

⁴⁸⁴ Reforma al artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Diario Oficial de la Federación, México, 10 de enero de 1994.

Fracción I. "Los que acuerden o preparen su realización".

Esta fracción debe desaparecer del Código, ya que se trata de un mal planteamiento. Por un lado, si se acuerda o se prepara un delito sin que después se ejecute, ello no es punible porque violaría el principio de legitimación. Por el otro, si se acuerda o se prepara un delito y posteriormente se realiza, se sancionará al agente, pero no por acordar o preparar el delito, sino precisamente por concretizarlo. Por tal motivo, al no tener aplicación esta fracción se plantea su desaparición.

Fracción II. "Los que lo realicen por sí".

El verbo "realizar" es innecesario, pues la realización ya está prevista en cada tipo penal; realiza el delito quien concretiza el verbo del tipo penal, integrándose de este modo la figura del autor material. En este sentido, dicha fracción, por ser reiterativa, debe desaparecer.

Fracción III. "Los que lo realicen conjuntamente".

Puede hacerse la misma argumentación por lo que compete a esta fracción. Los tipos de la parte especial del Código regulan al autor material tanto si es unitario como si es eventual o necesariamente múltiple. Por tal razón, esta fracción también debe eliminarse del artículo 13.

En suma, las tres primeras fracciones del artículo en análisis deben desaparecer; la primera por contradecir el principio de legitimación y las dos

siguientes por ser reiterativas.

Fracción IV. "Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro".

Esta fracción sí es necesaria. Se refiere a lo que tradicionalmente se conoce como "autoría mediata". Para esta fracción, el artículo 13 no precisa cuál es la punibilidad a aplicar. Se presume que es la correspondiente al tipo especial que concretice el "instrumento"; pero para no dar cabida a presunciones debiera precisarse cuál es su punibilidad.

Fracción V. "Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo".

Esta fracción también es necesaria. Se refiere a lo que tradicionalmente se conoce como "autoría intelectual" o "instigación".

En esta fracción, en vez de utilizar el verbo "determinar", el legislador debió emplear el verbo "instigar" o "inducir", esto, por la siguiente razón: "determinar" implica fijar términos, delimitar. Es un concepto equívoco, puede determinarse a un sujeto no sólo a través de la instigación, sino también por medio de la coacción; de ser esto así, se abarcaría la fracción IV de este artículo, se incluiría uno de los supuestos de la denominada autoría mediata.

En relación con esta fracción también existe un silencio legal por lo que toca a su punibilidad. Se presume que es la misma que le corresponde al autor material; sin embargo, al igual que en la autoría mediata, debiera precisarse la punibilidad a

aplicar, ello por seguridad jurídica.

Fracción VI. "Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión".

Esta fracción también es necesaria, y se refiere a lo que tradicionalmente se conoce como "complicidad".

Para esta conducta el artículo 13 sí especifica la punibilidad a aplicar, es la correspondiente al artículo 64 bis del mismo Código, el cual señala una punibilidad de las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva.

Fracción VII. "Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito".

Esta fracción también es necesaria. Tradicionalmente se considera un supuesto de complicidad.

El artículo 13 también especifica la punibilidad a aplicar para esta fracción; es la misma que la correspondiente a la fracción VI.

Para el modelo lógico, los verbos "servirse", "determinar", "ayudar" y "auxiliar" correspondientes a estas últimas cuatro fracciones sí tienen contenido; por tanto, es necesario que se continúen regulando en el Código.

Fracción VIII. "Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo".

Esta fracción se refiere a la autoría indeterminada: no se sabe quién de todos los participantes cometió el delito, y a todos se les considera autores materiales. El Código restringe este supuesto para el caso en que no exista acuerdo previo.

Olga Islas hace la siguiente observación respecto de esta fracción: "¿Cuál es la punibilidad para la autoría indeterminada cuando si hay acuerdo previo? ¿No hay punibilidad? ¿O se aplicará sin base procesal alguna la punibilidad correspondiente a la autoría plenamente probada? El criterio decisivo debe ser la carencia de pruebas y no el acuerdo previo".⁴⁸⁵

Para la autora antes citada, esta fracción tiene un contenido que no es congruente con el previsto por el artículo 13. Esta fracción no prevé ninguna conducta de autor ni de partícipe; en realidad se trata de un caso de falta de pruebas, y, por tanto, de una regla especial para aplicar la punibilidad. Por tanto, Olga Islas propone su exclusión del mencionado numeral.

Elpidio Ramírez también está de acuerdo en suprimir esta fracción respecto del artículo 13; en primer lugar, porque la misma no describe conductas, y en segundo, porque se incrementa la punibilidad. Así, para el caso previsto en esta fracción se aplica el artículo 64 bis, que establece una punibilidad de las tres cuartas

⁴⁸⁵ Conferencia pronunciada en el Ciclo de Mesas Redondas: "La importancia y perspectivas de las reformas penales". México, D.F., febrero de 1994.

partes del correspondiente delito, esto cuando no se sabe quién de todos cometió el delito. En cambio, cuando sí se sabe quién es el autor material, al autor directo se le aplica la punibilidad del tipo respectivo, y a los demás la punibilidad correspondiente a la tentativa, o sea, las dos terceras partes. Entonces, cuando se sabe quién cometió el delito la sanción es menor para los intervinientes y cuando no se sabe, la sanción es mayor. Por esta razón, en su concepto, el legislador no adelantó respecto de esta fracción.⁴⁸⁶

En suma, para Olga Islas:

el art. 13 no es una norma jurídica accesoria de otras normas jurídicas. Es un artículo que describe cuatro tipos autónomos: a) servirse de otro para llevar a cabo el delito; b) determinar dolosamente a otro a cometer un delito; c) ayudar o auxiliar dolosamente a otro para la comisión del delito; d) auxiliar al delincuente, con posterioridad a la ejecución del delito en cumplimiento de una promesa anterior. Por lo expuesto, al que determina se le sanciona por su propia conducta; igualmente al que se sirve o ayuda o auxilia.⁴⁸⁷

Quien concrete todos los elementos de uno de estos cuatro tipos será autor material del mismo. Por tanto, para el modelo lógico sólo existe como sujeto activo de un delito el autor material y ningún otro.

2. Problemática del sujeto activo

El sujeto activo, a nivel normativo, se encuentra integrado por los siguientes

⁴⁸⁶ Ramírez, Elpidio, Apuntes de clase. Curso 1994. Maestría de Derecho Penal. Facultad de Derecho. BUAP.

⁴⁸⁷ Islas, Olga, Análisis lógico..., 3ª. ed., pp. 35-36.

elementos:

Voluntabilidad.	}	Capacidad psicobiológica de delito. ⁴⁸⁸
Imputabilidad.		
Calidad de garante.		
Calidad específica.		
Pluralidad específica.		

A. Capacidad psicobiológica de delito

La capacidad psicobiológica de delito, por ser una capacidad del autor material, es incluida por el modelo lógico en el elemento correspondiente al sujeto activo. La capacidad psicobiológica se manifiesta en dos aspectos: a) la voluntabilidad y b) la imputabilidad.

La voluntabilidad es una capacidad de voluntad; por tanto, es condición necesaria para que exista dolo o culpa. Al respecto, Olga Islas escribe: "La voluntabilidad es la capacidad de conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del específico tipo penal (en la comisión dolosa), o bien, una capacidad de conocer y querer la actividad o la inactividad que, por descuido, produce la lesión del bien jurídico (en la comisión culposa)".⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Cfr. Islas, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 4ª. ed., México, Trillas, 1998, p. 39. Antes denominada "capacidad psíquica de delito".

⁴⁸⁹ Islas, Olga, Análisis lógico..., 3ª. ed., p. 37

La imputabilidad es una capacidad de culpabilidad; por tanto, es condición necesaria para que exista culpabilidad. Para Elpidio Ramírez, la imputabilidad es la capacidad de comprender la concreta violación del deber jurídico penal y de actuar conforme a esa comprensión.⁴⁹⁰

Para Elpidio Ramírez, la capacidad psíquica reside en la conciencia, entendida ésta en un sentido neurofisiológico. La conciencia en un sentido neurofisiológico implica estar despierto y en posibilidad de darse cuenta de sí mismo y del mundo circundante. Cuando el sujeto es consciente puede entablar relaciones psíquicas con el mundo natural; pero para que el sujeto pueda establecer relaciones psíquicas con el mundo cultural, dentro de él, en específico con el mundo de la normatividad penal, es necesario que esa conciencia esté regida por el juicio crítico, mismo que el sujeto puede alcanzar en el transcurso de su vida.⁴⁹¹

En relación con el elemento capacidad psíquica de delito Elpidio Ramírez da los siguientes:

Supuestos

Primer supuesto. Si el sujeto tiene conciencia regida por el juicio crítico, entonces puede establecer relaciones con los dos mundos: con el natural y con el normativo (cultural). Por tanto, el sujeto tiene voluntabilidad e imputabilidad, es decir, tiene capacidad psíquica.

⁴⁹⁰ Elpidio Ramírez, Apuntes de clase. Curso 1994. BUAP.

⁴⁹¹ *Idem.*

Segundo supuesto. Si el sujeto tiene conciencia, pero no está regida por el juicio crítico, entonces sólo puede relacionarse con el mundo natural, pero no con el mundo normativo (cultural). Por tanto, el sujeto tiene voluntabilidad, pero no imputabilidad, lo que determina la ausencia de capacidad psíquica.

Tercer supuesto. Si el sujeto carece de conciencia, entonces el sujeto no puede establecer relaciones psíquicas ni con el mundo natural ni con el mundo normativo (cultural) dentro del cual se encuentra la normatividad penal. Por tanto, el sujeto no tiene voluntabilidad ni imputabilidad, lo que determina la ausencia de capacidad psíquica.⁴⁹²

De esta forma. Elpidio Ramírez muestra que es distinto saber lo que se hace, a saber la trascendencia normativa de lo que se hace. Para que el sujeto sepa lo que hace basta la conciencia, esto es, ser tan sólo voluntable; pero para que el sujeto sepa la trascendencia normativa de lo que hace falta el juicio crítico, esto es, la imputabilidad.

De acuerdo con lo anterior, se observa que la conciencia es la base sobre la que se construye la voluntabilidad, y el juicio crítico es la base para construir la imputabilidad. Sin voluntabilidad no puede haber imputabilidad, es condición necesaria de ésta, y la imputabilidad es condición suficiente, cuando existe imputabilidad implica que existe voluntabilidad.

⁴⁹² *Idem.*

B. Calidad de garante

Olga Islas expresa: "Calidad de garante es la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien".⁴⁹³

Para el modelo lógico, el problema de la calidad de garante no es un problema de la omisión, sino del sujeto activo, por ser el sujeto activo el garante.

Esta calidad permite, en los tipos de omisión, delimitar al sujeto que tiene el deber de actuar para evitar el resultado material. Por ello, Olga Islas afirma: "[...] la calidad de garante hace posible, por una parte, aprehender espacial y temporalmente la conducta omisiva, y, por la otra, determinar al sujeto que la realizó".⁴⁹⁴

a. Análisis del párrafo segundo del artículo 7º

Artículo 7o.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.⁴⁹⁵

⁴⁹³ Islas Olga, Análisis lógico..., 3ª. ed., p. 38

⁴⁹⁴ *Idem.*

⁴⁹⁵ Reforma al párrafo segundo del artículo 7o. del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, Diario Oficial de la Federación, México, 10 de enero de 1994

Antes de las reformas penales de 1994 no se contemplaba la calidad de garante en ningún código penal de la República mexicana; por tanto, no era posible hablar de los delitos de comisión por omisión sin que implicara una evidente violación del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

La inclusión de la calidad de garante en el artículo 7o., párrafo segundo, del Código Penal, llevada a cabo en enero de 1994, representó un avance legislativo de tal importancia que actualmente puede hablarse de los delitos de comisión por omisión con toda propiedad.

- Formas de regulación

El legislador adoptó como forma de regulación de la comisión por omisión el sistema *numerus apertus*, al establecer en el Libro Primero del Código la fórmula general que permite que todos los tipos de acción con resultado material puedan ser también concretizados a través de una omisión.

Otra opción para regular la comisión por omisión es el sistema *numerus clausus*, el cual implica establecer reglas que estipulen con carácter limitativo el subconjunto, reducido, de tipos de acción con resultado material que van a admitir la comisión por omisión. Estas reglas se pueden plantear en forma específica para cada tipo de acción con resultado material cuya concreción por omisión será típicamente relevante, esto en el Libro Segundo del Código Penal; o bien, se pueden establecer reglas comunes a todos los tipos de acción con resultado material que van a admitir

la comisión por omisión, esto en el Libro Primero del Código Penal.⁴⁹⁶

– Fuentes de la calidad de garante

En relación con la materia de regulación, según Elpidio Ramírez lo aconsejable es regular los fundamentos fácticos y no los fundamentos normativos de la calidad de garante; es decir, regular las situaciones específicas de la vida generadoras de la posición de garantía.⁴⁹⁷ Esto, con la finalidad de que se presenten menos problemas en la aplicación de la calidad de garante.

El legislador señaló expresamente, en el artículo en análisis, tres grandes fuentes de la calidad de garante: la ley (fundamento normativo), el contrato (fundamento normativo) y el actuar precedente (fundamento fáctico).

La ley

La ley como fuente de la calidad de garante es problemática, ya que con tal expresión se hace referencia a cada una de las normas jurídicas generales y abstractas, federales o locales, que conforman el sistema jurídico mexicano. Precisamente por ser esta fuente demasiado extensa, en opinión de Elpidio Ramírez, va a generar en la práctica judicial una inseguridad incontrolable e incompatible con las garantías de legalidad y certidumbre.

⁴⁹⁶ Ramírez, Elpidio, Conferencia: "La reforma penal de 1994". División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. junio de 1994.

⁴⁹⁷ *Idem.*

El contrato

El contrato, como fuente de la calidad de garante, también va a generar graves problemas, toda vez que con la finalidad de evadir o retardar el juicio penal puede el agente del delito, o bien, su defensor, argumentar la inexistencia o nulidad del contrato. De tal suerte que tendría que ventilarse un procedimiento civil, lo cual implicaría lógicamente suspender el enjuiciamiento penal y dejar en inmediata libertad al indiciado hasta que el juez civil resuelva. Así, respecto de esta específica materia, la justicia penal ha quedado sujeta a las contingencias del procedimiento civil.

Para salvar tal situación, los juristas alemanes abandonaron la idea del contrato y se basaron en la aceptación efectiva de la obligación, es decir, en la asunción voluntaria de la obligación, la cual no requiere de los requisitos de existencia y de validez que exige un contrato.

El propio actuar precedente

El propio actuar precedente, concebido legislativamente como fuente de la calidad de garante, en opinión de Elpidio Ramírez, va a constituir una fuente de confusiones entre la comisión por acción y la comisión por omisión. Ello:

porque los iuspenalistas no han logrado establecer la distinción entre la voluntad rectora del actuar precedente (actuar precedente que origina el peligro para algún bien jurídico y, como consecuencia, origina tanto la calidad de garante como el deber de actuar para evitar el resultado material) y la voluntad rectora de la inactividad (posterior) que da contenido a

la omisión definitiva de la comisión por omisión. La distinción de ambas voluntades es imprescindible para saber, en cada caso concreto, si el sujeto ha causado (acción), o no ha evitado (omisión), el resultado material.⁴⁹⁸

Elpidio Ramírez se dio a la tarea de combinar las tres posibles variantes de actuar precedente con las tres posibles variantes de inactividad, resultándole nueve hipótesis:

1. Actuar precedente doloso e inactividad dolosa.
2. Actuar precedente doloso e inactividad culposa.
3. Actuar precedente doloso e inactividad fortuita.
4. Actuar precedente culposo e inactividad dolosa.
5. Actuar precedente culposo e inactividad culposa.
6. Actuar precedente culposo e inactividad fortuita
7. Actuar precedente fortuito e inactividad dolosa.
8. Actuar precedente fortuito e inactividad culposa.
9. Actuar precedente fortuito e inactividad fortuita.⁴⁹⁹

Respecto de estas nueve hipótesis, hace las siguientes consideraciones:

En el primer supuesto, el sujeto quiere la lesión del bien jurídico y con ese fin despliega su actividad. Es imposible la comisión por omisión: la finalidad lesiva impide que la actividad pueda ser considerada como un "actuar precedente" y, en cambio, autoriza a decir que la actividad configura una acción definitiva de la comisión por acción.

Las hipótesis segunda y tercera constituyen, por la misma razón apuntada en la primera

⁴⁹⁸ *Idem.*

⁴⁹⁹ *Idem.*

hipótesis, casos de comisión por acción.

En el cuarto supuesto si hay una comisión por omisión. Razón: el dolo que rige a la posterior inactividad es preponderante sobre la culpa asociada a la actividad precedente y, en consecuencia, esta última viene a ser, en el marco del tipo, un actuar precedente generador de la calidad de garante y del deber de actuar para evitar el resultado material. En rigor ontológico se trata de una lesión del bien jurídico (y, obviamente, de un resultado material) producida por una actividad culposa; pero el rigor ontológico cede, aquí, ante la finalidad protectora que cumple el tipo: la comisión por omisión (dolosa) desplaza a la comisión por acción (culposa).

Las hipótesis quinta y sexta constituyen, en coherencia con el rigor ontológico y con la función protectora que cumple el tipo, casos de comisión por acción.

El séptimo supuesto: actuar precedente fortuito y posterior inactividad dolosa, ¿es posible en la vida real? Más explícitamente: ¿puede un sujeto incurrir en una dolosa comisión por omisión si no tuvo conciencia de que una actividad (precedente) suya lo había convertido (en el marco de un tipo) objetivamente en garante de un bien jurídico? Sí, si es posible. Ejemplo: el sujeto, en el momento de realizar la actividad, no tiene conocimiento de lo que está ocurriendo; pero, posteriormente, alguien le hace saber que su actividad ha generado un peligro para tales y cuales bienes jurídicos y que pueden ocurrir tales y cuales hechos dañinos. En ese instante el sujeto queda situado en una disyunción inevitable; o elimina el riesgo o, en caso de que se produzca el resultado material, incurre en comisión por omisión. Y no ha lugar, en este planteamiento, a la discusión sobre un posible dolo subsecuente.

El octavo supuesto es imposible en la vida real y el noveno da lugar a una fortuita comisión por acción.⁵⁰⁰

⁵⁰⁰ *Idem.*

Como puede observarse, de los nueve supuestos que Elpidio Ramírez obtuvo de combinar las tres posibles variantes de actuar precedente con las tres posibles variantes de inactividad, sólo en dos de ellos puede existir comisión por omisión (cuarto y séptimo), uno es imposible en la vida real (octavo) y los demás son casos de comisión por acción (uno, dos, tres, cinco, seis y nueve). Así, con los resultados obtenidos por Elpidio Ramírez se resuelve en gran parte la problemática del actuar precedente como fuente de la comisión por omisión, porque ya no hay lugar para confusiones entre la comisión por acción y la comisión por omisión. De esta forma se sabe con certeza en qué supuestos procede hacer responder al autor por su inactividad con base en el actuar precedente y en cuáles no existe la necesidad de basarse en éste, porque desde el primer momento el sujeto causó el resultado material.

En suma, para Elpidio Ramírez, el sistema de reglamentación elegido para la comisión por omisión: *numerus apertus*, no fue el más apropiado, ya que es demasiado extenso. En su concepto, la prudencia aconsejaba iniciar la comisión por omisión con un reducido universo, bien definido, de tipos de acción con resultado material: los que tutelan la vida humana, la salud personal, la integridad corporal y (tal vez) alguno de los que protegen el patrimonio de las personas privadas. También considera que debió prevalecer la cautela en relación con el universo de sujetos que por la vía de la calidad de garante serán considerados autores de una comisión por omisión.

b. Propuesta de reforma al párrafo segundo del artículo 7°

Elpidio Ramírez ha elaborado una propuesta de reforma al párrafo segundo del artículo 7o. del Código Penal; propuesta que consideramos bastante acertada y completa, por lo mismo, nos adherimos a ella.

Artículo 7.....

Quien omite evitar un resultado material descrito en un tipo de acción, será considerado autor del mismo sólo si:

I. Era garante del bien jurídico:

- a) Por la efectiva y concreta posición de custodia existencial en que se hallaba frente al descendiente o ascendiente consanguíneo en línea recta o por adopción, cónyuge, concubina o concubinario y hermano o hermana;
- b) Por haber asumido efectivamente la custodia de éste;
- c) Por su concreta y voluntaria participación en una comunidad de peligro, o
- d) Por haberle generado el peligro con una actividad precedente culposa o fortuitamente realizada;

II. Tenía el deber extrapenal de evitar ese resultado;

III. De acuerdo con las circunstancias, podía evitarlo, y

IV. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad descrita en el tipo.⁵⁰¹

⁵⁰¹ Ramírez, Elpidio, "La reforma penal de 1994". Conferencia pronunciada en la Maestría de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, junio de 1994.

C. Calidad específica

Algunos tipos penales exigen determinadas características para la integración del sujeto activo. Como ejemplos tenemos el incesto (ascendiente, descendiente o hermano), el abuso de confianza (poseedor derivado de la cosa mueble ajena), el abuso de autoridad (funcionario público, agente del gobierno o comisionado del gobierno), etcétera. En estos tipos penales sólo puede ser autor material quien reúne la calidad dispuesta, ya que el deber jurídico se dirige no indistintamente a todo sujeto, sino concretamente a los que posean dicha calidad. Por tanto: "la calidad específica es el conjunto de características exigidas en el tipo y delimitadoras de los sujetos a quienes va dirigido el deber".⁵⁰²

D. Pluralidad específica

También existen tipos penales que exigen una cierta pluralidad en el sujeto activo, por ejemplo: la rebelión, la conspiración, etcétera. En estos tipos, el número de personas físicas debe ser el necesario y suficiente para hacer factible la lesión del bien jurídico. Por ello, se habla de una autoría material *necesariamente* múltiple.

Por el contrario, en otros tipos penales no se requiere una pluralidad en el sujeto activo, por ejemplo: el homicidio, el robo, etcétera. Estos tipos se concretizan por una sola persona, aunque pueden presentarse varias en algunos casos específicos. Se dice, entonces, que se trata de una autoría *eventualmente* múltiple.

⁵⁰² Islas Olga, Análisis Lógico..., 3ª. ed., *op. cit.*, p. 40

III. NIVEL FÁCTICO Y SUJETO ACTIVO

La tipicidad en este presupuesto del delito es compleja, por varias razones: por la pluralidad de elementos y por las consecuencias que produce la ausencia de alguno de ellos. Para la confirmación de este presupuesto se requiere que exista tipicidad en torno a la voluntabilidad, la imputabilidad, y si el tipo lo exige, también en relación con la calidad de garante, la calidad específica y la pluralidad específica. En cambio, para la atipicidad del sujeto activo es suficiente la ausencia (atipicidad) de alguno de sus elementos, según lo requiera el tipo.

Habrà tipicidad en la voluntabilidad, de acuerdo con el modelo lógico, cuando el sujeto posea la capacidad de conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo penal, capacidad que descansa en la conciencia del sujeto, entendida como estado de vigilia.

Para Elpidio Ramírez, los casos que eliminan la conciencia y, por tanto, provocan la ausencia de la voluntabilidad, pueden agruparse en dos categorías:

1. Casos que afectan el estar despierto y, por tanto, la conciencia: sueño (algunos casos), desmayo, estado de anestesia general, crisis epilépticas, drogadicción (algunos casos), alcoholismo (algunos casos), *knock-out*, orgasmo (se puede dejar de estar despierto, puede suceder en una mujer fundamentalmente).
2. Casos en los cuales el sujeto se encuentra despierto, pero no puede darse cuenta de sí y del mundo circundante: esquizofrenia, arteriosclerosis cerebral, crisis

históricas (algunos casos), drogadicción (algunos casos), alcoholismo (algunos casos), orgasmo (algunos casos).⁵⁰³

También se precisa que la persona con inconsciencia permanente no es sujeto de derecho penal, es decir, no es destinatario de las sanciones penales.

Por lo que respecta a la imputabilidad, se afirma en el modelo lógico que existe tipicidad cuando en el caso concreto el sujeto tiene la capacidad de comprender la específica violación del deber jurídico penal y de actuar conforme a esa comprensión. Esta capacidad se sustenta en el normal funcionamiento de la conciencia; dicho de otra forma: en la conciencia regida por el juicio crítico.

Para Elpidio Ramírez, la ausencia de imputabilidad se presenta en los siguientes casos, en donde el sujeto conserva la conciencia y sólo tiene anulado el juicio crítico: trastorno mental transitorio, trastorno mental permanente, sordomudez de nacimiento en sujeto no habilitado para vivir en la comunidad, oligofrenia grave o profunda.⁵⁰⁴

Dentro de las causas que generan el trastorno mental transitorio se encuentran: alcohol, droga, orgasmo, miedo, ira, alegría, dolor físico y moral (depresión), hipnosis, acciones a corto circuito (cuando la reacción es inmediata y no da tiempo para que el contraimpulso funcione).⁵⁰⁵

⁵⁰³ Ramírez, Elpidio, Apuntes de clase. Curso 1994. Maestría de Derecho Penal. Facultad de Derecho. BUAP.

⁵⁰⁴ *Idem.*

⁵⁰⁵ *Idem.*

Habr  tipicidad en relaci3n con la calidad de garante, calidad específica y pluralidad específica, siempre que el sujeto se haya colocado en la posici3n de garantía, o reúna la calidad exigida en el tipo. o se satisfaga el número de personas exigidas en el tipo para la realizaci3n de la conducta. Inversamente, operará la atipicidad si no se satisfacen las exigencias antes descritas.

IV. SUJETO ACTIVO EN EL C3DIGO PENAL DE TABASCO

La forma de regulaci3n propuesta por el modelo l3gico en relaci3n con el sujeto activo del delito ha tenido acogida en el C3digo Penal del Estado de Tabasco. En él, las diferentes formas de intervenci3n en la comisi3n de un delito, manejadas tradicionalmente como autoría mediata, instigaci3n y complicidad, fueron incluidas como tipos aut3nomos; por tanto, para el C3digo Penal del Estado de Tabasco s3lo existe como sujeto activo del delito el autor material, el cual puede ser unitario o múltiple.

Estas figuras se encuentran previstas en el Libro Segundo correspondiente a la Parte Especial, en específico en la Secci3n Tercera, relativa a los "Delitos contra la sociedad", en el Título Primero, denominado "Delitos contra la seguridad de los bienes jurídicos". Las mismas comprenden los siguientes capítulos:

Capítulo I

Comisi3n de delito por medio de otra persona.

Artículo 223. Al que lleve a cabo un delito valiéndose de otra persona, se le aplicarán las

sanciones previstas para la comisión dolosa de ese delito.⁵⁰⁶

Si analizamos la estructura sintáctica y semántica de este tipo, observaremos que comprende los siguientes elementos:

- Deber jurídico penal: prohibición de valerse de otra persona para llevar a cabo un delito.
- Bien jurídico: la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito para cuya comisión se han valido de otra persona.
- Sujeto activo: el que se vale de otra persona
- Sujeto pasivo: el titular de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito para cuya comisión se han valido de otra persona.
- Objeto material: el instrumento, la persona de quien se valen para cometer el delito.
- Hecho: valerse de otra persona para llevar a cabo un delito.
- Lesión del bien jurídico: compresión de la seguridad del bien jurídico que va ser lesionado o puesto en peligro por el delito para cuya comisión se han valido de otra persona.
- Violación del deber jurídico penal: violación de la prohibición de valerse de otra persona para llevar a cabo un delito.

El "valerse de otra persona para llevar a cabo un delito" es lo que tradicionalmente se conoce como "autoría mediata". Esta conducta podrá verificarse en presencia de diversas situaciones, a saber: cuando el instrumento actúa coaccionado, siempre que la coacción sea de tal manera que afecte drásticamente su

⁵⁰⁶ Código Penal del Estado de Tabasco.

libertad; cuando actúa bajo un error de tipo invencible o vencible; cuando actúa conforme a derecho; cuando obra siendo inimputable, siempre que su capacidad de culpabilidad se encuentre severamente limitada; cuando actúa sin culpabilidad, o sea, bajo un error invencible sobre el deber jurídico penal o sobre la violación del deber jurídico penal; cuando actúa dentro de un aparato de poder organizado con fines criminales.

Como puede observarse, la punibilidad del que se sirve es la misma que corresponde al delito que cometa el instrumento, porque el fin último del legislador al crear esta norma penal es proteger la seguridad de los bienes jurídicos de la sociedad, de ataques provenientes indirectamente del agente del delito; es decir, de ataques en los cuales se vale de otro sujeto.

Capítulo II

Instigación a cometer delito.

Artículo 224. Al que instigue a otro a cometer un delito, se le impondrá:

- I. Las tres cuartas partes de la sanción aplicable al delito que fue motivo de la instigación, o
- II. La sanción correspondiente al delito instigado, cuando la persona instigada sea un menor o un inimputable o se encuentre bajo los efectos de bebidas embriagantes o de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares.⁵⁰⁷

La estructura sintáctica y semántica del tipo de instigación está dada por los siguientes elementos:

⁵⁰⁷ *Idem.*

- Deber jurídico penal: prohibición de instigar a otro a cometer un delito.
- Bien jurídico: la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito "instigado".
- Sujeto activo: el que instiga.
- Sujeto pasivo: el titular de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito "instigado".
- Objeto material: los órganos de los sentidos del sujeto instigado.
- Hecho: instigar a otro a cometer un delito.
- Lesión del bien jurídico: compresión de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito "instigado".
- Violación del deber jurídico penal: violación de la prohibición de instigar a otro a cometer un delito.

Como puede observarse, la punibilidad prevista para este tipo penal es la correspondiente a las tres cuartas partes de la sanción aplicable al delito que fue motivo de la instigación. La disminución de la punibilidad correspondiente a este tipo obedece a que es menos grave la conducta de instigar que la conducta de servirse de otro para llevar a cabo un delito. Aquí, existe cierto margen de libertad del sujeto instigado para decidir sobre la comisión o no del delito; por el contrario, en el tipo anterior, la persona es utilizada como instrumento; se valen de ella inclusive en contra de su voluntad. De tal manera que sobre la seguridad de los bienes jurídicos de la sociedad se cierne una amenaza mayor con la conducta de servirse que con la conducta de instigar. Estas circunstancias son las que ha tomado en cuenta el legislador al momento de describir la punibilidad aplicable.

En relación con la fracción segunda del artículo en estudio, se considera que las circunstancias especiales en las que se halla el instigado (que deben ser severas por la amenaza penal que se describe) lo ubican mejor en una posición de "instrumento", de tal suerte que más que instigarlo se están valiendo de él para llevar a cabo el delito. Esto, en consideración a que los sujetos descritos (menor, inimputable, alcoholizado, drogado) carecen de juicio crítico, carecen de la capacidad de culpabilidad, y, por tanto, no pueden comprender la concreta violación del deber jurídico penal y actuar conforme a esa comprensión. Además, la punibilidad descrita para este tipo es la misma que la correspondiente a la del tipo de "valerse de otra persona para llevar a cabo un delito". En consecuencia, se estima que esta fracción es un supuesto de la figura descrita en el artículo 223 del mismo cuerpo de normas penales. De tratarse de circunstancias en las cuales el instigado todavía conserve cierto juicio crítico, cierta capacidad de culpabilidad, entonces la punibilidad debe ser la misma de la fracción I del numeral en estudio.

Capítulo III

Ayuda en la comisión de un delito

Artículo 225. Al que ayude a otro a cometer un delito, se le impondrán dos tercios de la sanción aplicable al delito para cuya comisión prestó la ayuda.⁵⁰⁸

La estructura sintáctica y semántica del presente tipo está dada por los siguientes elementos:

- Deber jurídico penal: prohibición de ayudar a otro a cometer un delito.

⁵⁰⁸ *Idem.*

- Bien jurídico: la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito para el cual se "ayuda".
- Sujeto activo: el que ayuda.
- Sujeto pasivo: el titular de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito para el cual se "ayuda".
- Objeto material: puede o no existir dependiendo de la clase de ayuda que se preste a otro para cometer un delito (por ejemplo, si se ayuda proporcionando un arma, el objeto material estribará en el arma).
- Hecho: ayudar a otro a cometer un delito.
- Lesión del bien jurídico: compresión de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito para el cual se "ayuda".
- Violación del deber jurídico penal: violación de la prohibición de ayudar a otro a cometer un delito.

A esta conducta tradicionalmente se le conoce como "complicidad". Para este tipo se prevé una punibilidad menor que la correspondiente al tipo de instigación, esto en razón de que es más grave crear en otro la idea de delinquir, que el mero acto de ayudar; por supuesto, la ayuda no implica ejecutar el verbo nuclear del delito para el cual se colabora. De ser esto así, la sanción correspondiente no sería la del delito de ayuda sino la del delito respectivo.

Como ha podido observarse, las estructuras analizadas con antelación: a) son tipos específicos, pues contienen los elementos necesarios y suficientes para garantizar la protección de su propio bien jurídico; b) son congruentes, en virtud de que todos los elementos de los tipos se relacionan entre sí, tanto en su sintaxis como

en su semántica; c) son autónomas, porque ningún elemento común existe entre los tipos de "valerse de otra persona para llevar a cabo un delito", "instigar a cometer un delito" o "ayudar en la comisión de un delito" y el tipo, verbigracia, de violación, o de fraude, o de lesiones, o de homicidio, etcétera, d) tienen su propio autor: el que se sirve de otro, el que determina y el que ayuda.

Las figuras de servirse, instigar o ayudar tienen, también, sus propias estructuras típicas, congruentes y autónomas.

Para clarificar la aseveración precedente y corroborar su consistencia, valga un ejemplo de un supuesto concreto: la instigación a cometer violación, del cual se van a explicitar únicamente los subconjuntos:

- Deber jurídico penal: prohibición de instigar a otro a cometer violación.
- Bien jurídico: la seguridad de la libertad sexual del futuro pasivo de violación.
- Sujeto activo: el que instiga a otro a cometer violación.
- Sujeto pasivo: el titular de la seguridad de la libertad sexual (futuro pasivo de la violación).
- Objeto material: los órganos de los sentidos del instigado.
- El hecho: instigar a otro a cometer violación. Además, el correspondiente resultado material consistente en la decisión de cometer violación; decisión que toma el instigado, como consecuencia de la acción instigadora realizada por el instigador.
- Lesión del bien jurídico: compresión de la seguridad de la libertad sexual del futuro pasivo de violación, frente al sujeto instigado.
- Violación del deber jurídico penal: violación de la prohibición de instigar a otro a

cometer el delito de violación.

Puede advertirse la consistencia de las relaciones sintácticas y semánticas entre los ocho subconjuntos, consistencia que se conserva inalterada en el momento en que se explicitan todos los elementos del tipo específico de instigación.

De esta manera se observa, como los tipos previstos en los numerales ya transcritos, correspondientes al Código Penal del Estado de Tabasco, en los supuestos concretos, mantienen su propia semántica sin confundirla con la de otro tipo especial, de tal forma que los tipos de "valerse de otra persona para llevar a cabo un delito" o "instigar a cometer un delito" o "ayudar en la comisión de un delito", tienen sus propios elementos, los cuales son totalmente diferentes a los de otros tipos especiales como son el de fraude, robo, violación, etcétera. Así las cosas, los elementos del tipo de instigación no se confunden con los elementos del tipo de violación. No se efectúan amalgamas incongruentes, como puede ocurrir en la legislación penal federal, entre la semántica del artículo 13 y la semántica del tipo específico que entra en juego.

Cabe precisar que los tipos especiales antes analizados también se encuentran sometidos a las reglas de la tentativa, generándose en consecuencia la respectiva disminución en la sanción. En relación con este punto, se considera que la tentativa de instigación sólo debe punirse cuando el delito instigado sea uno de los considerados graves; por ejemplo: homicidio, secuestro, terrorismo, entre otros. Por lo que toca a la tentativa de complicidad, se estima que debe quedar impune por cuestiones de política criminal, porque realmente la gravedad de la conducta es

minima.

Por último, se hace notar que los multicitados tipos sólo pueden cometerse de manera dolosa, en virtud de que el artículo 61 del Código Penal del Estado de Tabasco, que prevé los tipos que pueden concretizarse en forma culposa, los excluye. Esta exclusión responde a cuestiones de política criminal. No sería conveniente para la sociedad ampliar su ámbito de deberes, porque representaría una exigencia cultural mayor.

V. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL SUJETO ACTIVO EN EL MODELO LÓGICO DEL DERECHO PENAL

Como se ha podido observar, el sujeto activo en el modelo lógico del derecho penal representa a nivel normativo un elemento del tipo, y a nivel fáctico un presupuesto del delito. Se encuentra perfectamente bien delimitado; en este elemento se incluyen aspectos que le son propios, como es la voluntabilidad, la imputabilidad, la calidad de garante, la calidad específica y la pluralidad específica.

En relación con la calidad de garante, cabe apuntar que desde 1965 Olga Islas y Elpidio Ramírez venían señalando la carencia de fundamentación legal de la comisión por omisión, esto, porque dicha calidad no se encontraba regulada en el Código Penal. No fue hasta 1994 cuando se prestó atención a dicha demanda y se previó en la segunda parte del artículo 7° del mismo cuerpo de normas penales. Sin embargo, no hubo sensibilidad legislativa al respecto; por ello, el modelo lógico propone una fórmula de regulación alternativa. Esta fórmula regula

preponderantemente los fundamentos fácticos del deber de actuar por sobre los fundamentos normativos. Despeja totalmente la nebulosidad existente respecto al deber de actuar fundamentado en el propio actuar precedente; esto, a través de la distinción entre la voluntad rectora del actuar precedente y la voluntad rectora de la inactividad posterior. En este sentido, deslinda perfectamente bien las situaciones en las cuales el sujeto omitió el deber de actuar de las situaciones en las cuales el sujeto causó el resultado material; con ello logra una nítida distinción entre la comisión por omisión y la comisión por acción. Asimismo, afirma que no basta el deber de actuar para hacer responder a un sujeto por una comisión por omisión, sino también debe atenderse a sus circunstancias, si de acuerdo con ellas el sujeto podía evitar el resultado material. Además, exige que la inactividad sea en su eficacia equivalente a la actividad descrita en el tipo. De esta forma, puede verse cómo la fórmula propuesta en relación con la calidad de garante se caracteriza por ser precisa, clara, práctica y sobre todo segura.

Es evidente que la construcción teórica del modelo lógico respecto al sujeto activo se encuentra basada en el principio de legalidad previsto en el artículo 14 constitucional. En este sentido, sólo puede ser delito lo que se encuentra descrito en un tipo penal, y sólo puede ser sujeto activo de un delito la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal. Por ello, el modelo lógico reconoce tajantemente como único sujeto activo de un delito al autor material, unitario o múltiple, porque sólo él puede concretizar el contenido semántico de los elementos del tipo.

Coherente con sus postulados, el modelo lógico propone la regulación de las conductas conocidas tradicionalmente como autoría mediata, instigación y

complicidad, como tipos especiales; de esta forma se regulan dichas conductas con total apego al principio de legalidad, el cual debe observarse en toda construcción teórica acorde con un Estado democrático de derecho.

Consecuente con la forma de regulación propuesta se rechaza el principio de accesoriedad que caracteriza a los sistemas diferenciadores de autor. Este rechazo obedece a dos razones: primera, no existe en el Código Penal ninguna norma que consagre la subordinación que tal principio implica para las denominadas conductas de participación. Segunda, cada sujeto debe responder únicamente por su conducta, sin importar lo que el otro sujeto haga o deje de hacer. Al concretizar el sujeto, por ejemplo, el tipo penal de "instigación a cometer un delito", el agente ha hecho lo que la sociedad considera antisocial, lo que la sociedad no quiere que el sujeto realice; la conducta del denominado "autor principal" no le agrega nada a la conducta de estos sujetos, su conducta está completa; por tanto, el juez está legitimado a dictar la punición respectiva.

No obstante que para el modelo lógico todos son autores, por reconocer como única forma de intervención en un delito a la autoría material, ello no implica que todos los sujetos intervinientes deban ser sancionados de la misma forma: en este sentido, contempla para la conducta de "valerse de otra persona para llevar a cabo un delito", una punibilidad igual a la prevista para la comisión dolosa de ese delito; para la conducta de "instigar a otro a cometer un delito", una punibilidad de las tres cuartas partes de la sanción aplicable al delito instigado; y para la conducta de "ayudar en la comisión de un delito", una punibilidad de dos tercios de la sanción aplicable al delito para cuya comisión prestó la ayuda. Esta diversa punibilidad

responde a la distinta gravedad de la conducta desplegada por cada sujeto, porque no es lo mismo valerse de una persona como instrumento para matar, que crear la idea de matar, o simplemente ayudar a matar; el autor material de la primera conducta, evidentemente necesita y merece una pena mayor que el de la segunda conducta; lo mismo cabe decir del de la segunda conducta, respecto de la tercera.

Los tipos especiales que el modelo lógico propone en relación con el fenómeno de la participación, como ya se ha precisado en otro espacio, no asumen la forma culposa: ello, por cuestiones de política criminal, porque implicaría ampliar el ámbito de deberes exigibles a nuestra sociedad; se le exigiría una mayor diligencia al actuar, para lo cual podría no estar culturalmente preparada.

Como ha podido observarse, la construcción teórica propuesta por el modelo lógico en relación con el sujeto activo es una construcción coherente, sin contradicciones internas ni tampoco externas, porque es una teoría respetuosa del principio de legalidad, basada en ideas de necesidad y merecimiento de pena, así como en cuestiones de política criminal; garantizadora de que el sujeto activo sólo responderá únicamente por su conducta y de acuerdo con su propia culpabilidad.

VI. SUJETO ACTIVO EN EL MODELO LÓGICO Y LOS DEMÁS CONCEPTOS DE AUTOR (DIFERENCIAS)

1. Sujeto activo en el modelo lógico y los conceptos de autor unitarios

A. Sujeto activo en el modelo lógico y el concepto unitario clásico o formal

Ambos conceptos coinciden en reconocer una sola forma de intervención: la del autor, pero son distintos porque para el modelo lógico sujeto activo de un delito sólo puede ser el autor material, por ser el único capaz de concretizar todos los elementos del tipo; por el contrario, para el concepto unitario clásico, es autor cualquiera que haya colaborado en la producción del resultado. También son diferentes porque el modelo lógico recoge las diferentes formas de intervención a través de tipos autónomos, situación que no ocurre en el concepto unitario clásico, porque no puede hacer distinciones: todas las condiciones productoras del delito son equivalentes. Por tanto, tales conceptos no son iguales, porque su fundamento es distinto; el modelo lógico se basa en el tipo penal, por respeto al principio de legalidad; en tanto que el concepto unitario clásico se basa en la vieja teoría de la equivalencia de las condiciones, por ello propone un concepto amplio de autor.

B. Sujeto activo en el modelo lógico y el concepto unitario funcional

Si se contrastan estos conceptos de autor, podrá observarse que coinciden en estimar tan sólo la existencia del autor; sin embargo, entre ellos existen diferencias; el modelo lógico propone la regulación de otras formas de intervención, pero como tipos especiales, de tal suerte que, todo aquel que los concrete, será autor material del delito respectivo, en cambio, el concepto unitario funcional propone la descripción de otras formas de participación, a las que considera autorías, sólo que las ubica en la parte general, con aplicación a todos los tipos especiales. Por otra parte, en el modelo lógico el sujeto activo debe cumplir con todos los elementos exigidos por el tipo; por el contrario, para el concepto unitario funcional no es necesario, ya que pueden inclusive comunicarse las calidades personales entre los

distintos intervinientes y pueden imputarse las conductas de unos a otros. El modelo lógico se encuentra basado fundamentalmente en el tipo penal; en cambio, el concepto unitario funcional se basa en la vieja teoría de la equivalencia de las condiciones, en cuestiones de política criminal y en otras ideas que no le impiden proponer un concepto amplio de autor.

2. Sujeto activo en el modelo lógico y los conceptos diferenciadores de autor

A. Sujeto activo en el modelo lógico y el concepto extensivo de autor

Son dos conceptos de autor totalmente opuestos. Para el modelo lógico sólo puede ser sujeto activo de un delito el autor material; en cambio, para el concepto extensivo de autor inicialmente todo colaborador en la producción de un delito es autor, pero por exigencias del derecho positivo reconoce también la existencia de partícipes. El modelo lógico parte del tipo y soluciona toda la problemática del sujeto activo con base en él; por el contrario, el concepto extensivo de autor parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y posteriormente se basa en otros criterios, que pueden ser tanto objetivos como subjetivos para hacer la distinción entre autores y partícipes; de esta forma, rechaza su fundamento inicial, cayendo en incongruencias insuperables. En este sentido, al apoyarse el concepto extensivo en teorías subjetivas, propone un concepto de autor basado en el ánimo y no en la conducta del autor; dilata el tipo penal y como consecuencia de esto, la decisión de quién es autor prácticamente se convierte en un juego de azar; y cuando se basa en teorías objetivas, como es la teoría objetiva formal, cae en una absoluta contradicción, porque con su fundamento inicial acepta la existencia de la autoría

mediata, y con el segundo criterio la rechaza.

B. Sujeto activo en el modelo lógico y los concepto restrictivos de autor

Si se compara la teoría del sujeto activo del modelo lógico con el concepto de autor propuesto por la teoría objetiva formal, podrá observarse que son conceptos diferentes; para el modelo lógico sólo existe como sujeto activo del delito el autor material; en cambio, para la teoría objetiva formal existen tanto autores como partícipes. Ambos conceptos de autor parten del tipo, pero el modelo lógico mantiene su fundamento en toda la problemática del sujeto activo; por el contrario, la teoría objetivo formal no pudo hacerlo, ya que su concepto de autor se quiebra en el caso de la autoría mediata.

Por otro lado, si se contrasta la construcción teórica del sujeto activo propuesta por el modelo lógico con el concepto de autor propio de las teorías objetivo materiales, se podrá notar que son conceptos de autor totalmente distintos. El primero sólo reconoce al autor material, esto con base en el tipo; en cambio, las segundas reconocen la existencia de autores y partícipes, basándose en teorías individualizantes de la causalidad para tratar de distinguir entre unos y otros. De esta forma, se alejan del tipo penal por utilizar criterios meramente naturalísticos.

3. Sujeto activo en el modelo lógico y el concepto de autor finalista

Son conceptos de autor diferentes. El modelo lógico sólo reconoce como sujeto activo del delito al autor material; por ello, rechaza el principio de

accesoriedad: por el contrario, la teoría finalista reconoce la existencia tanto de autores como de partícipes, y, en consecuencia, reconoce la existencia del principio de accesoriedad. El modelo lógico, en consideración al principio de legalidad, parte del tipo para su construcción teórica del sujeto activo; en cambio, el finalismo se basa en la teoría del dominio del hecho para distinguir al autor del partícipe. En la teoría finalista el coautor puede contribuir inclusive en la fase preparatoria del delito, siempre que sea de una manera esencial, proponiendo de esta forma un concepto de autor amplio que rebasa el tipo penal.

Ambas teorías en el terreno culposo reconocen sólo una forma de intervención: la del autor, pero para el modelo lógico el autor debe satisfacer todos los elementos del tipo penal respectivo; en cambio, para el concepto finalista basta cualquier contribución para ser autor. En este sentido, para la teoría finalista una simple ayuda puede dar lugar a la autoría; en cambio, para el modelo lógico ello no es suficiente: además de que no opera la autoría material del tipo penal de ayuda, porque este tipo, el de "valerse" y el de "instigar", están excluidos del ámbito culposo. Lo anterior, por cuestiones de política criminal o simplemente porque la naturaleza de dichos tipos no admite esa forma de concreción.

En tratándose de los delitos especiales propios, en el supuesto de que el partícipe sea *extraneus* y el ejecutor *intraneus*, la teoría finalista también incluye la conducta del partícipe en el tipo especial propio, sin importar que no tenga la calidad específica, con lo que violenta el principio de legalidad, ya que se le encuadra en un tipo penal que él no pudo haber concretizado; en este caso sólo se le atenúa la pena. En cambio, para el modelo lógico esta hipótesis no ofrece mayor problema, el

partícipe es autor material del tipo penal de ayuda, y de esta manera se respeta no sólo el principio de legalidad, sino también el de conducta, el de culpabilidad y otros igual de importantes.

De este modo, se ha visto que la construcción teórica del sujeto activo elaborada por el modelo lógico no se parece a ningún otro concepto de autor; es una construcción distinta, con sus propias peculiaridades. Se trata de una teoría del sujeto activo que parte del tipo, y todo lo resuelve fundamentalmente con base en él, además de tomar en cuenta otros criterios, como son las ideas de necesidad y merecimiento de pena, cuestiones de política criminal y demás. Reconoce a un solo autor, pero no por ello cae en un concepto extensivo, ya que respeta los principios de legitimación, legalidad, conducta y culpabilidad, entre otros. También, esta construcción, a diferencia de los demás conceptos de autor, es totalmente congruente, sin fallas, sin quiebras. En pocas palabras, puede decirse que la teoría del sujeto activo propuesta por el modelo lógico es una construcción acorde con un derecho penal propio de un Estado democrático de derecho.

CONCLUSIONES

CAPÍTULO PRIMERO CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR

PRIMERA. El concepto unitario clásico-causal es criticable, porque su fundamento es demasiado amplio, en virtud de que la teoría de la equivalencia de las condiciones es una teoría desmesurada, por considerar a todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico como autor del mismo, aunque no sea quien haya efectuado la acción típica. De tal modo que considera a todos como autores, sin tomar en cuenta la gravedad de su intervención.

Este concepto distorsiona lo que debe entenderse por causalidad en materia penal, porque no se remite al nexo causal típico; además, atenta contra el principio de legalidad, ya que basta intervenir con cualquier contribución para ser autor. Por tanto, este concepto, al desdibujar el tipo penal, atenta también contra el principio básico en materia penal, de que cada sujeto debe responder según su propia conducta y culpabilidad.

SEGUNDA. El concepto unitario funcional observa el resultado delictivo como obra de varias personas y no de unas ayudadas por otras, lo cual les permite poder imputar recíprocamente las acciones de unos sujetos a las de otros; y más aún, les permite incluso imputar los elementos personales entre unos y otros. Finalmente, subsiste la idea del viejo concepto unitario-causal, basta cualquier contribución para ser autor, situación que se observa con claridad en los delitos especiales propios, en donde todos son autores, siempre que en uno ellos exista la calidad exigida por el

tipo. Lo mismo cabe decir de los denominados delitos de propia mano, en los cuales sería suficiente que cualquiera de los participantes ejecutara la conducta típica para considerar a todos como autores de la misma.

Este concepto de autor no ofrece seguridad jurídica, toda vez que es muy amplio, por lo que, a pesar de que los representantes del concepto unitario funcional se han esforzado por lograr que su sistema sea considerado como propio de un derecho penal correspondiente a un Estado democrático de derecho; no obstante, sigue viéndose por algunos tratadistas partidarios del concepto diferenciador como propio de un derecho penal de autor, correspondiente a un Estado fascista, dictatorial, en razón de que, por ser su fundamento demasiado extenso y difuso, sirve mejor a los fines de la intimidación.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTOS DIFERENCIADORES DE AUTOR

PRIMERA. El concepto extensivo de autor es un sistema que juega con dos concepciones: con la unitaria clásica, en cuanto toma como punto de partida a la teoría de la equivalencia de las condiciones, y con la restrictiva, en cuanto acepta la existencia de la participación y, con ello, el principio de accesoriedad. Por esta razón cae en muchas contradicciones; por un lado acepta a la autoría mediata, pero cuando se fundamenta en teorías objetivas para diferenciar al autor del cómplice, la rechaza; por otro lado, para calificar a una conducta primero analiza si es de participación, y posteriormente observa si es de autoría, en lugar de proceder exactamente al revés. Pero sus yerros alcanzan el punto culminante cuando se fundamenta en teorías

subjetivas, porque por encima del tipo coloca al ánimo, de tal suerte que para este concepto importa más la voluntad y el interés con la que procedió el sujeto, que la propia ejecución material del tipo.

Con tales desatinos, el concepto extensivo de autor no puede aceptarse. Este concepto, sobre todo en su modalidad subjetiva, representa una flagrante violación al principio de legalidad, de conducta y de culpabilidad; por ello, debe rechazarse.

SEGUNDA. El mérito de la teoría objetivo formal consiste en apoyarse en el tipo penal para hacer la distinción entre autor y partícipe. Este acierto no puede desconocérsele a pesar de su posterior confusión para definir quién es autor, propiciada por el deseo de encontrar una solución a la problemática de la coautoría y de la autoría mediata. Es a partir de esta teoría que se reconoce el papel trascendental que juega el tipo penal en la construcción del concepto de autor.

TERCERA. Las teorías objetivo materiales, al pretender superar a la teoría objetivo formal en el sentido de dar un criterio material para diferenciar al autor del partícipe, se pierden en el intento; de tal modo que ofrecen criterios totalmente desvinculados del tipo penal. Todos ellos de corte causalista. En consecuencia, pierden la ventaja que la teoría objetivo formal había logrado: remitir el problema de la autoría y la participación al terreno del tipo penal.

CUARTA. La teoría funcionalista es criticable por su concepción única del injusto, de tal forma que a todos pertenece la ejecución del mismo, no obstante que se haya participado con un acto preparatorio. Por ende, un sujeto en este sistema no

responde por su propia aportación, sino también por la aportación ajena, lo cual representa una notable violación al principio según el cual cada partícipe debe responder conforme a su propia conducta y a su propia culpabilidad, principio que debe respetar todo derecho penal propio de un Estado democrático de derecho.

También es criticable su postura en relación con los delitos de infracción de un deber. En ellos, de acuerdo con la teoría funcionalista, para ser autor basta con ser titular del deber, no importando la contribución fáctica que se realiza, con lo cual se cae en un concepto amplio de autor por lo que respecta a esta clase de delitos, porque el sujeto calificado no requiere llevar a cabo la conducta típica, sino cualquier contribución; con ello se viola notoriamente el principio de legalidad.

CAPÍTULO TERCERO

TEORÍA FINALISTA

PRIMERA. En la corriente penal finalista no existe una diferenciación de niveles, no hay una distinción entre el mundo de las normas y el mundo de los delitos. Se efectúa una mescolanza entre objetos conceptuales y objetos materiales. De tal modo que esto provoca un sinnúmero de contradicciones, entre otras, el tipo, mera normatividad, es analizado en la tipicidad, elemento del delito, facticidad pura. La acción, por su parte, se estudia antes del tipo, como acción pretípica, de acuerdo con lo cual pareciera que el tipo no la exige, cuando el tipo debe abarcarla. Incongruencias que también trascienden en el terreno del dolo y del error.

SEGUNDA. En esta teoría, la ubicación sistemática de la imputabilidad no es

adecuada, toda vez que la imputabilidad alude a una cualidad mental existente en el agente del delito; por tanto, no puede ser considerada elemento de la culpabilidad, sino del sujeto activo.

TERCERA. La calidad de garante no debe ser abordada en el espacio correspondiente a la omisión, sino en el del sujeto activo, por existir tal calidad en el agente del delito, por ser precisamente el sujeto activo el garante.

CAPÍTULO CUARTO

CONCEPTO DE AUTOR

PRIMERA. La concepción de la acción como acción con contenido de voluntad, como acción final, juega un papel muy importante en la estructura de la corriente penal finalista, de tal suerte que existe en ella un mayor desarrollo de la dogmática del delito doloso, que del delito culposo. Lo que se aprecia en la construcción de su concepto de autor, en este sentido, el autor se caracteriza por tener un actuar final, un actuar con dirección de la causalidad, un actuar con "dominio del hecho". Es precisamente esta base la que provoca el sostener dos conceptos de autor distintos: uno diferenciador para el ámbito de los delitos dolosos y otro unitario para el ámbito de los delitos culposos.

SEGUNDA. El concepto de autor finalista en el ámbito de los delitos dolosos parte de la idea de que en ellos puede distinguirse entre autores y partícipes, sujetándose de este modo al principio de accesoriedad, haciendo depender la conducta del partícipe de la existencia de la conducta del autor. El grado de accesoriedad que

acepta es el de la accesoriedad limitada. Pero este principio no siempre es respetado. Así acontece en la figura de la autoría mediata, en donde a pesar de existir una conducta típica y antijurídica del ejecutor, que puede servir de base al fenómeno de la participación, se considera existe autoría mediata del sujeto de atrás. Tal acontece en los casos de error de prohibición, de inimputabilidad del ejecutor y otros, en los cuales prepondera el criterio del dominio del hecho sobre el principio de accesoriedad limitada que le sirve de base, lo cual genera contradicciones en su propuesta.

TERCERA. La teoría finalista acepta la existencia de coautoría aun en la fase preparatoria del delito, es decir, aun cuando el sujeto no haya participado en la ejecución del hecho típico. Esta solución, como puede verse, conculca el principio de legalidad, porque al sujeto se le considera autor sin haber llevado a cabo la conducta descrita por el tipo penal; es más, sin haber participado en la ejecución del delito. La teoría del dominio del hecho, en este caso, permite fundamentar la autoría más allá del tipo estricto, permite una completa dilatación del tipo. Postula un concepto amplio de autor; desdibuja el tipo y por consiguiente provoca inseguridad jurídica. Con tales criterios, conductas de complicidad pueden considerarse como de coautoría.

CUARTA. La teoría del dominio del hecho, en el ámbito de los delitos especiales propios, es incapaz de solucionar los problemas que en ellos se presentan. Artificiosamente crea autores donde no existen (caso de la autoría mediata a través del instrumento doloso no cualificado), y partícipes donde tampoco pueden existir (supuesto del partícipe no cualificado que responde por el delito especial propio). De

tal modo que el criterio de la teoría del dominio del hecho genera, en este contexto, un concepto de autor que no se apega al tipo, sino por el contrario, se desvincula de él. En esta teoría, en algunos casos, pesa más el propósito de punir una conducta que se considera merecedora de castigo que el principio de legalidad, de conducta, y de culpabilidad, como si tales principios pudieran admitir excepciones.

QUINTA. La teoría del dominio del hecho no es una teoría completamente segura. Tiene fallas que provocan la aparición de otras teorías, cuya finalidad es solucionar las situaciones que ella es incapaz de resolver; tal es el caso de la teoría de los delitos de infracción de deber, también violatoria del principio de legalidad.

CAPÍTULO QUINTO

ESTRUCTURA DEL MODELO LÓGICO DEL DERECHO PENAL

PRIMERA. La estructura del Modelo lógico se encuentra basada en cinco niveles de lenguaje perfectamente bien delimitados, que le permiten superar incongruencias que caracterizan a la doctrina penal dominante. Los niveles de lenguaje en los que se basa abarcan las tres instancias de ejercicio del *ius puniendi*, como son el legislativo, el judicial y el ejecutivo, mismos que se encuentran regidos por cuatro principios fundamentales, tales como el de legitimación, racionalidad, ponderación y legalidad, ello, con la finalidad de evitar la arbitrariedad y la irracionalidad en el ejercicio de ese derecho.

SEGUNDA. Para el modelo lógico son los tipos los que hacen posible cumplir con el principio de legalidad consagrado en nuestra carta magna en su artículo 14, y

precisamente de él se debe dimanar toda construcción dogmática acorde con el Estado de derecho, cuya finalidad radica en la defensa de la sociedad de las arbitrariedades del poder público, por medio de la división formal de poderes y del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

- CAPÍTULO SEXTO SUJETO ACTIVO

PRIMERA. Con base en el principio de legalidad, únicamente el autor material unitario o múltiple puede ser sujeto activo; ello, por dos razones: la primera, porque sólo puede ser delito lo que está descrito en un tipo penal, y la segunda, porque sólo el autor material puede realizar la conducta descrita en el tipo penal.

SEGUNDA. Debe abandonarse el principio de accesoriedad y no concebirse como un dogma, pues supone hacer depender el castigo, de la conducta de otro o también de su culpabilidad, lo que contradice el principio según el cual, cada sujeto debe responder según su propia conducta y culpabilidad. Además, no existe en el Código Penal federal ninguna norma que consagre la subordinación que tal principio implica para las denominadas conductas de participación.

TERCERA. El artículo 13 no es una norma penal accesoria de otras normas. Es un artículo que describe cuatro tipos autónomos: a) servirse de otro para llevar a cabo un delito; b) determinar dolosamente a otro a cometer un delito; c) ayudar o auxiliar dolosamente a otro para la comisión del delito, y d) auxiliar al delincuente, con posterioridad a la ejecución del delito en cumplimiento de una promesa anterior. Por

ello, al que determina se le sanciona por su propia conducta; igualmente, al que se sirve o ayuda o auxilia. En este sentido, quien concretice los elementos de uno de estos cuatro tipos será autor material del mismo.

CUARTA. No obstante que para el modelo lógico todos los que concreticen los tipos autónomos de referencia son autores, por reconocer como única forma de intervención en un delito a la autoría material, ello no implica que todos los sujetos intervinientes deban ser sancionados de la misma forma. La diversa punibilidad que se propone para cada tipo autónomo responde a la distinta gravedad de la conducta desplegada por cada sujeto.

QUINTA. Los tipos especiales que el modelo lógico propone en relación con el fenómeno de la participación no asumen la forma culposa; ello, por cuestiones de política criminal, porque implicaría ampliar el ámbito de deberes exigibles a nuestra sociedad; se le obligaría a observar una mayor diligencia al actuar, para lo cual podría no estar culturalmente preparada.

SEXTA. La fórmula de regulación propuesta por el modelo lógico para la calidad de garante es precisa, clara, práctica y sobre todo segura, pues evita los problemas que en el terreno práctico pueden provocar las fuentes del deber de garantía previstas en la regulación vigente, así como la confusión que se puede generar por ellas, entre la comisión por omisión y la comisión por acción. Conforme a ella, no basta el deber de actuar para hacer responder a un sujeto por una comisión por omisión, sino también debe atenderse a sus circunstancias, si de acuerdo con ellas el sujeto podía evitar el resultado material. Asimismo, exige que la inactividad sea en su eficacia

equivalente a la actividad descrita en el tipo.

SÉPTIMA. Por lo anterior, la construcción teórica propuesta por el modelo lógico en relación con el sujeto activo, es una construcción coherente, sin contradicciones: ni internas ni externas, porque es una teoría respetuosa del principio de legalidad, basada en ideas de necesidad y merecimiento de pena, así como en cuestiones de política criminal: garantizadora de que el sujeto activo sólo responderá por su conducta y de acuerdo con su propia culpabilidad.

PROPUESTAS

1. AL ARTÍCULO 7º, PÁRRAFO SEGUNDO

Artículo 7.....

Quien omite evitar un resultado material descrito en un tipo de acción, será considerado autor del mismo sólo si:

I. Era garante del bien jurídico:

a) Por la efectiva y concreta posición de custodia existencial en que se hallaba frente al descendiente o ascendiente consanguíneo en línea recta o por adopción, cónyuge, concubina o concubinario y hermano o hermana;

b) Por haber asumido efectivamente la custodia de éste;

c) Por su concreta y voluntaria participación en una comunidad de peligro, o

d) Por haberle generado el peligro con una actividad precedente culposa o fortuitamente realizada;

II. Tenía el deber extrapenal de evitar ese resultado;

III. De acuerdo con las circunstancias, podía evitarlo, y

IV. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad descrita en el tipo.

2. AL ARTÍCULO 13

Se propone la regulación de las figuras de autoría mediata, instigación y complicidad previstas en el artículo 13, del Código Penal federal, como tipos autónomos, que deberán ubicarse en el Libro Segundo correspondiente a la Parte Especial, con el Título denominado "Delitos contra la seguridad de los bienes jurídicos", bajo los siguientes capítulos:

Capítulo I

Comisión de delito por medio de otra persona

..... Al que lleve a cabo un delito **valiéndose** de otra persona, se le aplicarán las **sanciones previstas para la comisión dolosa de ese delito.**

Capítulo II

Instigación a cometer delito

..... Al que **instigue** a otro a cometer un delito, se le impondrán las **tres cuartas partes** de la sanción aplicable al delito que fue motivo de la instigación.

Capítulo III

Ayuda en la comisión de un delito

..... Al que **ayude** a otro a cometer un delito, se le impondrán **dos tercios** de la sanción aplicable al delito para cuya comisión prestó la ayuda.

FUENTES DE CONSULTA

I. BIBLIOGRAFÍA

A. JURÍDICA

ANTOLISEI, Francesco, Manual de derecho penal. Parte general, traducción del italiano por Juan del Rosal y Ángel Torio, Buenos Aires, Uthea, 1960.

ANTÓN, Oneca, Derecho penal. Parte general, tomo I, Madrid, s/e., 1949.

BACIGALUPO, Enrique, Delitos impropios de omisión, Bogotá, Temis, 1983.

Lineamientos de la teoría del delito, Buenos Aires, Depalma, 1978.

Manual de derecho penal, Bogotá, Temis, 1989.

La noción de autor en el Código Penal, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.

BAUMANN, Jürgen, Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema, traducción de la 4ª. ed. alemana de 1972 por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Depalma, 1981.

BELING, Ernest Von, Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo, traducción de Sebastián Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944.

BUSCH, Richard, Modernas transformaciones en la teoría del delito. Monografías jurídicas, Bogotá, Temis, 1980.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Elena Larrauri, La imputación objetiva, Bogotá, Temis, 1989.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, Código penal anotado, 20ª. ed. México, Porrúa, 1997.

Derecho penal mexicano. Parte general, 18ª. ed. México, Porrúa, 1995.

- CASTELLANOS TENA, Fernando**, Lineamientos elementales de derecho penal, 23ª. ed. México, Porrúa, 1986.
- CEREZO MIR, Curso de derecho penal español. Parte general**, 2ª. ed. actualizada, tomo I, Madrid, Tecnos, 1981.
- CÓRDOBA RODA, Juan**, Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, Barcelona, Ariel, 1963.
- DAZA GÓMEZ, Carlos Juan Manuel**, Teoría general del delito, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1997.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel**, La autoría en derecho penal, Barcelona, PPU, 1991.
- FONTAN BALESTRA, Tratado de derecho penal**, 2ª. ed. tomo VII, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.
- GALLAS, Wilhem**, La teoría del delito en su momento actual, traducción de Juan Cordoba Roda, Barcelona, Bosch, 1959.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique**, Autor y cómplice en derecho penal, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1966.
Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, Reus, 1966.
Estudios de derecho penal, 2ª. ed. Madrid, Civitas, 1981.
Introducción a la parte general del derecho penal español, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1979.
- GOLDSCHMIDT, James**, La concepción normativa de la culpabilidad, Buenos Aires, Depalma, 1943.
- GRAF ZU DHONA, Alexander**, La estructura de la teoría del delito, 4ª. ed., traducción de Carlos Fontan Balestra, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958.

ISLAS, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, 3ª. ed. México, Trillas, 1991.

Análisis lógico de los delitos contra la vida, 4ª. ed. México, Trillas, 1998.

"Perspectiva de la ciencia penal y de la política criminal", La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI (coloquio internacional), México, INACIPE, 1996.

"Reflexiones sobre la omisión", Liber ad honorem Sergio García Ramírez, tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., 1998.

ISLAS, Olga y Elpidio Ramírez, Lógica del tipo en el derecho penal, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1970.

JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en derecho penal, traducción de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich, Reforma del derecho penal en Alemania. Parte general, Buenos Aires, Depalma, 1976.

Tratado de derecho penal, tomos I y II, traducción y adiciones de derecho penal español de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981.

Tratado de derecho penal. Parte general, 4ª. ed., traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Principios de derecho penal. La ley y el delito, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989.

Tratado de derecho penal, tomo III, El delito, 3ª. ed., Buenos Aires, Lozada, 1965.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho penal mexicano, tomo I, Introducción al estudio de las figuras típicas, 4ª. ed., México, Porrúa, 1983.

LISZT, Franz Von, Tratado de derecho penal, 2ª. ed., tomos II y III, traducción de la 20ª. ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Madrid, Reus, 1929.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Autoría y participación, Madrid, Akal, 1996.

- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo**, Teoría del delito, 2ª. ed., México, Porrúa, 1995.
- MAGGIORE, Giuseppe**, Derecho penal, traducción de José Ortega Torres, reimpresión de la 2ª. ed., vol. I y II, Bogotá-Colombia, 1989.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael**, El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., 1992.
- MAURACH, Reinhart**, Tratado de derecho penal, tomos I y II, traducción de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962.
- MEZGER, Edmund**, Derecho penal. Parte general, 2ª. ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990.
Tratado de derecho penal, 2ª. ed., tomos I y II, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1946.
- MIR PUIG, Santiago**, Introducción a las bases del derecho penal, Barcelona, Bosch, 1976.
Derecho penal. Parte general, 4ª. ed. Barcelona, 1996.
- MONTERROSO SALVATIERRA, Jorge Efraín**, Culpa y omisión en la teoría del delito, México, Porrúa, 1993.
- MUÑOZ CONDE, Francisco**, Introducción al derecho penal, Barcelona, Bosch, 1975.
- NOVOA MONREAL, Eduardo**, Causalismo y finalismo en derecho penal, San José de Costa Rica, Juricentro, 1980.
- ORELLANA WIARCO, Octavio**, Teoría del delito. Sistemas causalista y finalista, México, Porrúa, 1994.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco**, Manual de derecho penal mexicano. Parte general, 5ª. ed. México, Porrúa, 1982.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique**, La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Madrid, Tecnos, 1990.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la parte general de derecho penal, 5ª. ed., tomo I, México, Porrúa, 1980.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, Derecho penal español. Parte general, 14ª. ed. Madrid, Dykinson, 1991.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Derecho penal. Parte general, Madrid, Civitas, 1978.

"El autor mediato en derecho penal español", Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, Buenos Aires, Pannedille, 1970.

ROXIN, Claus. "Sobre la autoría y la participación en el derecho penal", traducción del alemán de Enrique Bacigalupo, Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, Buenos Aires, Pannedille, 1970.

Problemas básicos del derecho penal, traducción de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, Reus, 1976.

Derecho penal. Parte general, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

Iniciación al derecho penal de hoy, traducción de Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981.

Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 6ª. ed., traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1998.

STRATENWERTH, Günter, Derecho penal. Parte general I, traducción de la 2ª. ed., alemana de 1976 por Gladys Romero, Madrid, Edersa, 1982.

WELZEL, Hans, El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducción de José Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964.

Derecho penal alemán. Parte general, 11ª. ed., 2ª. ed. castellana, traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1976.

Derecho penal alemán. Parte general, 4ª. ed. castellana, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1993.

WESSELS, Johannes, Derecho penal. Parte general, traducción de la 6ª. ed., alemana de 1976 por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Depalma, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal. Parte general, 2ª. ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991.

B. FILOSÓFICA

ABBAGNANO, Nicola, Diccionario de filosofía, 2ª. ed. en español, 1974, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

BAGUE GARRIGA, Enrique y otros, Enciclopedia, 3ª. ed., tomo IX, Barcelona-Madrid-México, Labor, 1972.

BUNGE, Mario, Epistemología, Barcelona, Ariel 1985.

FERRATER MORA, José, Diccionario de filosofía, 5ª. ed. de 1965, tomo I, A-K, Buenos Aires, Sudamérica, 1971.

FOULQUIE, Paul, Diccionario del lenguaje filosófico, traducción de César Armando Gómez, Barcelona-Madrid-México, Labor, 1967.

GARCÍA MORENTE, Manuel, Lecciones preliminares de filosofía, 14ª. ed., México, Época, sin fecha.

HESSEN, Teoría del conocimiento, México, Época, sin fecha.

SELSAM, Howard, Ética y progreso, traducción de Joaquin Sempere de la 1ª. ed., inglesa, México, Grijalbo, Colección 70, 1968.

VERNEAUX, Epistemología general o crítica del conocimiento, 8ª. ed., Barcelona, Herder, 1989.

BRUGGER, Walter, Diccionario de filosofía, traducción de José María Velez Cantarell, 9ª. ed., Barcelona, Herder, 1978.

2. HEMEROGRAFÍA

CUERDA RIEZU, Antonio, "Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en el derecho penal español", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, tomo XLV, núm. 2, mayo-agosto, 1992.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Concurso de leyes, error y participación en el delito". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, tomo XLV, núm. 3, septiembre-diciembre, 1992.

GONZÁLEZ SALAS, Campos, "Autoría y participación", Criminalia, México, año LIX, núm. 1, enero-abril de 1993.

"El tipo de autor y el tipo de participación", Criminalia, México, año LXIV, núm. 1, enero-abril, 1998.

ISLAS, Olga, "La omisión impropia o comisión por omisión", Revista Mexicana de Derecho Penal, México, cuarta época, núm. 12, abril-junio, 1974.

"El dolo", Jus Semper, Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, núm. 7.

"La prevención de la antisocialidad y del delito", sin editar.

MAURACH, Reinhart, "Los problemas de la autoría" y "Los problemas de la participación", Revista de Derecho Penal Contemporáneo, México, núm. 14, mayo-junio, 1966.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, "Reformas Penales", Criminalia, México, 1994.

RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, "Fuentes reales de las normas penales", Revista Mexicana de Justicia, México, núm 1, vol. I, enero-marzo, 1983.

"Autoría y participación", Revista Mexicana de Justicia, México, núm. 2, vol. III, abril-junio, 1985.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, "Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, tomo VI, núm. 2, mayo- agosto, 1953.

ROXIN, Claus, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", traducción de Enrique Anarte Borrallo, Revista Penal, Barcelona, núm. 2, julio, 1998.

SOLER, Sebastián y otros, "Autoría y participación", Revista de Derecho Penal Contemporáneo, México, núm 10, noviembre, 1995.

WELZEL, Hans, "Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal", Revista Mexicana de Ciencias Penales, traducción de Moisés Moreno Hernández, México, año 1, núm. 1, enero-junio, 1978.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "La imputabilidad penal problema de siempre". Revista de Derecho Penal Contemporáneo, México, núm. 9, octubre . 1965.

"La capacidad psíquica de delito", Revista de Derecho Penal Contemporáneo, México, núm. 31, marzo-abril, 1969.

3. LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tabasco.