

326709



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL
INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

CLAVE DE INCORPORACIÓN A LA UNAM 3267

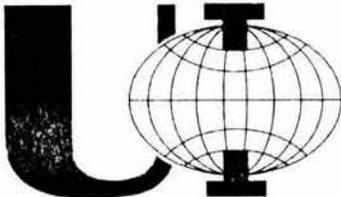
"ANÁLISIS TEORICO-JURÍDICO RELATIVO A LA
DESCRIPCIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA"

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

ERIC ADRIÁN SERRANO SÁNCHEZ

DIRECTORA DE TESIS:
LIC. LAURA MEZA SAUCEDO



MÉXICO, D.F. 2005

m. 340901



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.



UNIVERSIDAD INTERNANCIONAL
INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO
CLAVE DE INCORPORACIÓN A LA UNAM 3267

“ANÁLISIS TEÓRICO-JURÍDICO RELATIVO A LA DESCRIPCIÓN DE LA
AUTORÍA MEDIATA”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

ERIC ADRIÁN SERRANO SÁNCHEZ

ASESORA: LIC. LAURA MEZA SAUCEDO

DICTAMINADOR: LIC. MIGUEL ÁNGEL GUERRERO HERNÁNDEZ

DIRECCIÓN TÉCNICA: LIC. LAURA MEZA SAUCEDO



GRACIAS AL TODO PODEROSO, POR SU INFINITA
BONDAD, POR SU AMOR Y COMPRENSIÓN,
GRACIAS POR DEJARME LOGRAR UNA META
MÁS, POR HABERME GUIADO EN EL CAMINO
DEL ENTENDIMIENTO, POR TODO LO QUE HA
HECHO DE MI Y LO QUE HACE PARA MI.

GRACIAS

DEDICATORIAS

A mis padres
ROBERTO SERRANO RAMÍREZ Y
JOSÉFINA SÁNCHEZ MUÑOZ

Por darme su apoyo y comprensión, por enseñarme el camino a seguir, porque en esos momentos de flaqueza siempre me tendieron la mano, por todo eso que quisiera decir y que las palabras no pueden expresar pero que saben llevamos en el corazón, les dedico este estudio, sabiendo que con ello no los honro de la manera que debiera ser, pero es una forma de agradecerle sus sacrificios.

A mi hermano
CRISTIÁN ALEXANDER SERRANO SÁNCHEZ

Más que una dedicatoria es un agradecimiento, por confiar siempre en mí, por tu compañía incondicional, por los momentos que desde niños pasamos juntos, y por tu gran apoyo sin el cual este trabajo no tendría vida, gracias por siempre "HERMANO".

A mi esposa
LEONOR MORALES AGUILAR

A ti te dedico este estudio, por los momentos de comprensión y apoyo que me has dado, por tu confianza siempre y por los momentos que hemos pasado juntos y los que faltan por vivir.

**A mi hija
LEILANI SERRANO MORALES**

Te dedico especialmente a ti este trabajo, porque desde que llegaste a mi vida me diste el mejor motivo para superarme, para luchar y vencer las adversidades, porque te amo y todo lo que hago y haga será pensando en ti.

A la licenciada LAURA MEZA SAUCEDO

Por su brillante asesoría y dirección en la elaboración de este trabajo, por ser una excelente catedrática, pero sobre todo por ser un gran ser humano gracias.

A la Universidad Internacional

Le agradezco por haberme abierto las aulas del saber, ya que sin ellas ni hubiera sido posible cursar una carrera profesional, por su calidez y por su calidad en la educación.

A mis profesores

A todos y cada uno de mis profesores que contribuyeron a mi formación académica y profesional



**Para alguien muy especial con quien quiero
compartir este logro profesional:**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

1.- GENERALIDADES DE LA AUTORÍA

1.1 CLASES DE AUTORÍA

1.1.1 LA AUTORÍA EN LA COMISIÓN DE UN DELITO Y CONCEPTO DE AUTOR -----	1
1.1.1.1 TIPOS DE AUTORÍA -----	4
1.1.2 RESTRICCIONES DE LA AUTORÍA Y CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN -----	4
1.1.2.1 TIPOS DE PARTICIPACIÓN -----	8

1.2 EL AUTOR COMO CONCEPTO UNITARIO

1.2.1 CONCEPTO UNITARIO FUNCIONAL -----	8
1.2.2 CRITICAS AL CONCEPTO UNITARIO -----	13

1.3 TEORÍAS SUBJETIVAS Y CONCEPTO AMPLIO DE AUTOR

1.3.1 GENERALIDADES -----	17
1.3.2 TEORÍAS SUBJETIVAS -----	19
1.3.2.1 TEORÍA DEL DOLO -----	19
1.3.2.2 TEORÍA DEL INTERÉS -----	21
1.3.2.3 CRITICA A LAS TEORIAS SUBJETIVAS -----	22

1.4 TEORÍAS OBJETIVAS Y CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

1.4.1 TEORÍA OBJETIVO FORMAL -----	26
1.4.1.1 LA SUBSUNCIÓN EN EL TIPO -----	29
1.4.1.2 CRITICAS A LA TEORÍA OBJETIVO FORMAL -----	30
1.4.2 TEORÍA OBJETIVO MATERIAL -----	32

1.4.2.1	TEORÍA DE LA NECESIDAD DE LA APORTACIÓN CAUSAL	33
1.4.2.2	TEORÍA DE LA COOPERACIÓN ANTERIOR Y SIMULTÁNEA AL HECHO (“TEORÍA DE LA SIMULTANEIDAD”)	34
1.4.2.3	CAUSALIDAD FÍSICA Y CAUSALIDAD PSÍQUICA	35
1.4.2.4	TEORÍA DE LA SUPREMACÍA DEL AUTOR (TEORÍA DE LA SUPREMACÍA)	37
1.5	TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO	
1.5.1	EL DOMINIO DEL HECHO Y LAS FORMAS DE AUTORÍA	38

CAPÍTULO SEGUNDO

2.- MARCO CONCEPTUAL DE LA AUTORÍA MEDIATA

2.1	CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA	49
2.2	ELEMENTOS DE LA AUTORÍA MEDIATA	54
2.2.1	ELEMENTOS PERSONALES	54
2.2.1.1	SUJETO DE ATRÁS O AUTOR MEDIATO	54
2.2.1.2	EL INSTRUMENTO	57
2.2.2	LA CULPABILIDAD EN EL SUJETO DE ATRÁS	61
2.2.3	EL ITER CRIMINIS	61
2.3	LA AUTORÍA MEDIATA EN EL DERECHO PENAL	62
2.4	NATURALEZA JURÍDICA DE LA AUTORÍA MEDIATA	66
2.5	FIN TEORICO PRÁCTICO DE LA AUTORÍA MEDIATA	72
2.6	FUNDAMENTO DE LA AUTORÍA MEDIATA	73

CAPÍTULO TERCERO

3.- DIFERENCIAS ENTRE COAUTORÍA, TENTATIVA E INDUCCIÓN

CON LA AUTORÍA MEDIATA

3.1 AUTORÍA MEDIATA Y COAUTORÍA

3.1.1 CONCEPTO DE COAUTORÍA ----- 76

3.1.1.1 CODOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO ----- 78

3.1.2 SEMEJANZAS ENTRE LA AUTORÍA MEDIATA

Y LA COAUTORÍA ----- 83

3.1.3 DIFERENCIA ENTRE LA AUTORÍA MEDIATA

Y LA COAUTORÍA ----- 84

3.2 LA TENTATIVA EN LOS DELITOS COMETIDOS POR

AUTORÍA MEDIATA

3.2.1 CONCEPTO DE TENTATIVA ----- 88

3.2.2 PROBLEMÁTICA DE LA TENTATIVA Y LA AUTORÍA

MEDIATA ----- 88

3.2.2.1 ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS EJECUTIVOS ----- 89

3.2.3 TENTATIVA EN EL DELITO COMETIDO POR AUTORÍA

MEDIATA Y TENTATIVA EN LA AUTORÍA MEDIATA ----- 95

3.2.4 EL DESISTIMIENTO Y EL ARREPENTIMIENTO ----- 98

3.3 LA AUTORÍA MEDIATA Y LA INDUCCIÓN

3.3.1 CONCEPTO DE INDUCCIÓN ----- 99

3.3.2 SEMEJANZAS ENTRE LA AUTORÍA MEDIATA Y

LA INDUCCIÓN -----	107
3.3.3 DIFERENCIAS ENTRE LA AUTORÍA MEDIATA Y LA INDUCCIÓN -----	108
3.3.4 INDUCCIÓN MEDIATA -----	110

CAPÍTULO CUARTO

4.- PROBLEMÁTICA DE LA AUTORÍA MEDIATA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

4.1 AUTORÍA MEDIATA E INIMPUTABILIDAD

4.1.1 CONCEPTO DE INIMPUTABILIDAD -----	111
4.1.2 CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD -----	112
4.1.3 PROBLEMÁTICA DE LA INIMPUTABILIDAD Y LA AUTORÍA MEDIATA -----	115

4.2. AUTORÍA MEDIATA Y EL ERROR

4.2.1 CONCEPTO DE ERROR -----	118
4.2.1.1 TIPOS DE ERROR -----	119
4.2.2 PRESUPUESTOS DE ERROR EN LA AUTORÍA MEDIATA -----	120

4.3. AUTORÍA MEDIATA Y OMISIÓN

4.3.1 CONCEPTO DE OMISIÓN -----	129
4.3.2 TIPOS DE OMISIÓN -----	130

4.3.3 PROBLEMÁTICA DE LA OMISIÓN Y LA AUTORÍA MEDIATA - - - - -	131
4.4. AUTORÍA MEDIATA Y DELITO CULPOSO	
4.4.1 CONCEPTO DE DOLO - - - - -	137
4.4.2 CONCEPTO DE CULPA - - - - -	138
4.4.3 PROBLEMÁTICA DE LA CULPA Y LA AUTORÍA MEDIATA - - - - -	140
4.5 AUTORÍA MEDIATA Y COACCIÓN	
4.5.1 CONCEPTO DE COACCIÓN - - - - -	145
4.5.2 REQUISITOS DE LA COACCIÓN - - - - -	146
4.5.3 PROBLEMÁTICA DE LA COACCIÓN Y LA AUTORÍA MEDIATA - - - - -	147
4.6 CONSIDERACIÓN DE PROPUESTA PARA LA HOMOLOGACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN QUE DE AUTORÍA MEDIATA HACE EL CÓDIGO PENAL FEDERAL, A LA DEFINICIÓN QUE HACE EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	
4.6.1 HOMOLOGACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN DE LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 13 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, A LA DEFINICIÓN DE LA FRACCIÓN III DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL - - - - -	152

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Dentro de la dogmática penal, y le legislación sustantiva de dicha materia, se ha hecho una distinción de los sujetos que intervienen en el delito, haciendo una división entre los que son considerados autores y los que únicamente son partícipes, encontrándose en dicha diferenciación la autoría mediata.

La autoría mediata es una forma de autoría, que surge del derecho penal sustantivo, sin embargo, a pesar de que se cuenta con una doctrina inabarcable y de numerosas teorías, hasta el día de hoy, el tema de la autoría mediata se encuentra perdido o quizá olvidado, esto en el mejor de los casos, ya que en otros, dicha figura jurídica se llega a confundir con algunas concepciones más, tales como la coautoría, la inducción, etc.

Razones las anteriores, por las que en el presente trabajo de investigación se hará un análisis teórico-jurídico de la figura jurídica de la autoría mediata, estudio en el que se establecerá, con suma exactitud los elementos que la conforman y que permiten darle vida jurídica.

De igual forma, se hará un análisis que permitirá hacer una distinción, entre la autoría mediata y otras figuras jurídicas, que dará lugar a establecer con claridad cuáles son los puntos o elementos que hacen distintas a dichas figuras, con la autoría mediata.

Con todo lo anterior, se pretende que el lector de este trabajo de investigación, tenga conocimiento de la existencia de la autoría mediata, y una vez que ocurra esto, conozca cuales son sus elementos por los cuales es considerada una forma de autoría y así mismo, se pretende que una vez que conozca la citada figura jurídica, se pueda diferenciar a la misma con precisión de otras concepciones, con las cuales se le suele confundir.

El objetivo de la presente tesis, es sacar a la luz una forma de autoría poco conocida y que se distinga a la misma de otras formas de intervención, amén de que se pretende homologar la descripción que de la autoría mediata hace el Código Penal Federal, con la definición que de la misma hace el ordenamiento sustantivo del Distrito Federal, esto a efecto de encontrar una mayor certidumbre jurídica en la aplicación de la ley.

En la presente tesis se emplearán diversos métodos, en busca de información necesaria que sirva de herramienta para el sustento del presente trabajo y para su elaboración, dichos métodos son en primer lugar el histórico, ya que se estudiarán las diversas teorías que han dado origen al concepto de autor, así se analizarán los múltiples conceptos que a lo largo del tiempo se han desarrollado en torno a nuestro tema.

De igual forma, se recurrirá al método documental, en virtud de que se hará acopio de diversas fuentes bibliográficas, que permitan motivar con mayor amplitud el tema de la autoría mediata.

Bajo este mismo orden de ideas, también se recurrirá al método deductivo, es decir que se analizará la información partiendo de lo general a lo particular, logrando que, en base al análisis de toda la información se llegue al objetivo de la presente tesis, que es el análisis teórico-jurídico de la autoría mediata, así como la homologación del Código Penal Federal, en lo relativo a la descripción que el mismo hace de la cita autoría mediata, al Código Penal vigente para el Distrito Federal.

La hipótesis en este trabajo de investigación, consiste en que en el derecho penal mexicano, no se cuenta con un estudio científico del tema de la autoría mediata que permita establecer el conocimiento y la postura sobre el tema, así como en las diversas descripciones legales se establecen conceptos de autor mediato, incluyendo o excluyendo elementos en sus términos, por lo que pretendemos en primer lugar poner sobre la mesa los elementos que conforman la figura en cuestión,

así como que por medio de dichos elementos se distinga a la autoría mediata de otro tipo de figuras jurídicas, y en segundo lugar proponemos una homologación entre el Código Penal Federal en su numeral relativo a la autoría mediata, con el Código Penal de esta ciudad, ya que la descripción que hace el ordenamiento local es más estrecha y por tal motivo más exacta.

Ahora bien para llevar a cabo el estudio del tema, y con ello comprobar la hipótesis antes presentada, se expone a continuación el contenido de cada uno de los capítulos que integran el presente trabajo de investigación profesional.

En el primer capítulo, denominado "GENERALIDADES DE LA AUTORÍA", se estudiará en principio el concepto de autor, y los diversos tipos de autoría que existen en nuestra legislación penal; siguiendo una prelación lógica se asentará el concepto de participación, la distinción de ésta con la autoría, y las diversas formas que existen de participar en un delito, asimismo se asentarán las diversas teorías existentes relativas a la autoría, para terminar estableciendo cual de estas teorías es la que encuentra aplicación en el momento histórico que vivimos.

En el capítulo segundo denominado "MARCO CONCEPTUAL DE LA AUTORÍA MEDIATA", se establecerá, el concepto de la autoría mediata, sus elementos; cuál es la ubicación que encuentra en el derecho penal; se determinará su naturaleza jurídica; el fin teórico práctico que tiene y por último se señalará su fundamento.

Por lo que hace al capítulo tercero que se denomina "DIFERENCIA ENTRE COAUTORÍA, TENTATIVA, E INDUCCIÓN CON LA AUTORÍA MEDIATA", en el mismo se establecerán los elementos que integran a dichas figuras, las semejanzas que las mismas tienen con la autoría medita, y especialmente los puntos de distinción entre las mismas y nuestra figura a estudio.

Por último en el capítulo cuarto, intitulado "PROBLEMÁTICA DE LA AUTORÍA MEDIATA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO", se estudiarán los diversos problemas que existen entra la multicitada autoría mediata y la inimputabilidad, el error, la omisión, los delitos culposos y la coacción, citándose en último lugar la problemática de la autoría mediata y el Código Penal Federal, y la ley sustantiva para esta ciudad respectivamente, en el cual se expondrá la propuestas de homologación del artículo 13 fracción IV del primer ordenamiento, con el artículo 22 fracción III del Código sustantivo local.

Esta propuesta tiene como objetivo, que exista una mayor seguridad jurídica en los gobernados, y una mejor y exacta aplicación de la ley penal.

CAPÍTULO PRIMERO

1.1 CLASES DE AUTORÍA

1.1.1 La autoría en la comisión de un delito y concepto de autor

La relevancia significativa del tema de la autoría cobra vigencia cuando se trata de determinar ante un hecho delictivo quién o quiénes han sido su autor o autores e incluso quién o quiénes, de todas las personas que intervienen en él, son partícipes. Cuando hablamos de autor nos referimos al sujeto o sujetos, en su caso, a quién se le pueda imputar el hecho como suyo.

En su acepción más común autor es, la persona que es causa de algo, aquella que da origen a algo. Así pues, en un rápido ajuste, para los efectos de nuestro estudio, podríamos dar una definición muy primitiva diciendo que, aquél que con su conducta, ya sea de acción u omisión, origina un hecho considerado delictivo, debe ser considerado autor.

En cada uno de los tipos penales, normalmente, se alude a un sujeto singular como autor de la conducta típica, excepción hecha de algunos delitos denominados plurisubjetivos, donde se prevé por su naturaleza la intervención de varias personas, como por ejemplo, en los delitos de motín (artículo 131 del Código Penal Federal) o el de rebelión (artículo 132 del mismo Código).

En algunos casos la individualización del actor es muy fácil, por ejemplo si un sujeto apuñala y con ello ocasiona la muerte a su enemigo, nadie dudará en imputarle el homicidio a título de autor. CEREZO MIR afirma en este sentido que “es autor, en primer lugar, el que realiza el hecho por sí sólo”.¹ Este caso es lo que se puede llamar un concepto restringido u objetivo formal de autor.

¹ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 211.

Sin embargo la situación se complica cuando el hecho delictivo es resultado de la intervención de varias personas que realizan distintos aportes. Frecuentemente el delito no es obra de una sola persona, de la misma manera que sucede en cualquier otro orden de la vida, se dan supuestos en que concurren varias personas en un mismo acontecimiento. Estos supuestos implican mucha mayor dificultad y la determinación de quién o quiénes serán autores se hace mucho más compleja e incluso de quiénes participan y no son autores. Ello nos hace recurrir inevitablemente a la dogmática penal para encontrar el verdadero concepto de autor.

Nos dice DONNA que en la discusión, quizás clave en la dogmática penal, debe hacerse mención a la idea que sostiene que hay categorías previas al legislador. Una de ellas es el concepto de autoría y participación.² JESCHECK, en sentido similar, dice que la clasificación de las manifestaciones de la intervención en la acción punible no es cosa que quede al libre criterio del legislador o del juzgador. Se trata, por el contrario, de la descripción de procesos vitales que a través de su sentido social se encuentran también cumplidamente determinados para el enjuiciamiento jurídico.³ Por lo que rechazamos abiertamente el criterio de que la ley es soberana para determinar el concepto de autor sin limitación alguna.

Que varias personas concurren en un mismo evento no es excepcional ni se trata de un fenómeno que solamente se dé en el Derecho Penal, lo que nos demuestra y evidencia, que los conceptos de autor, partícipe, instigador, cómplice no son creados por el Derecho Penal, sino que son tomados de la vida cotidiana, de la realidad, del mundo del ser. Por lo que estos conceptos no son creaciones conceptuales del mundo jurídico penal, sino que, el legislador y el doctrinario, se limitan a adoptar los conceptos tal como vienen dados de lo óntico, es decir, que respeta la estructura lógico-objetiva que le une a lo óntico en estos aspectos.⁴

² DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2ª Edición, Argentina, 2002, p. 11.

³ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Trad. José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, 4ª edición, Granada, 1993, p. 386.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal parte general*, Cárdenas Editor Distribuidor, 2ª edición, México, 1998, p. 602.

Señala MAURACH que, tanto material como formalmente existen dos caminos básicamente diferentes para la determinación de la autoría: desde la perspectiva material, puede en principio ser considerado autor toda persona que de algún modo ha cooperado a la realización de un acontecer típico: en tanto sobre la base de diferenciación de fondo de los diversos aportes de autoría, es asimismo posible castigar como autor sólo a la respectiva figura central. A ello corresponden dos posibilidades sistemáticas: un sistema unitario, orientado exclusivamente al autor, y otro que distingue entre autor y quienes han cooperado a la perpetración del hecho. En esta materia son imaginables, las superposiciones y las combinaciones de diversa naturaleza, las cuales también pueden constatarse en todo ordenamiento jurídico.⁵

Si en un sistema jurídico-penal sólo se condena al autor, y en tal medida, trata en forma igualitaria a todos aquellos que han cooperado a la realización de un acontecimiento típico se dice que tal sistema sigue el principio de la unidad de la autoría. Por el contrario si distingue entre autores de un acontecer típico y aquellos que colaboran en él, entonces necesariamente debe distinguirse entre el acto de colaboración del autor y los actos de colaboración de los restantes cooperadores.⁶

Sin embargo más allá de estas posturas, que pueden seguirse o no, se debe afirmar de manera contundente, que autor, es aquel que por medio de una conducta de acción u omisión, perpetra un hecho contrario a la norma, siendo de esta forma la figura central del acontecer delictivo, ya que es al autor a quien se le realiza la imputación subjetiva más grave, por haber decidido libremente la realización del tipo delictivo, que atenta contra el bien jurídico.

⁵ MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Derecho Penal, Parte General*, Trad. Jorge Bofill Genzch, Ed. Astrea, 7ª edición, Buenos Aires, 1995. p. 285.

⁶*Ibidem.* p. 285, 286.

1.1.1.1 Tipos de autoría

Nuestras legislaciones penales tanto federal como local, distinguen en sus artículos 13 y 22 respectivamente, tres clases de autoría básica, que son las siguientes:

1.- Autoría material o directa, misma a la cual las leyes penales se refieren de la siguiente forma "*...los que lo realicen por sí...*", dirigiéndose está al sujeto que tiene en sus manos la posibilidad de efectuar el acto y el proceso causal del acontecimiento, es decir quien tiene el dominio del hecho.

2.- Coautoría, de la cual en el tercer capítulo de este trabajo de investigación profesional analizaremos más ampliamente, sin embargo cabe citar que en relación a la misma nuestra legislación penal se refiere de esta manera "*...los que lo realicen conjuntamente...*", y consiste en la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente.

3.- Autoría mediata, la cual da génesis a este análisis descriptivo, y de la que los ordenamientos penales señalan "*...los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro...*", y de la cual en el desarrollo del presente trabajo, se analizara detalladamente.

1.1.2 Restricciones de la autoría y concepto de participación

En la modernidad del Derecho Penal la intervención y sanción correspondiente en el delito se establecen no sólo para quien es autor, sino, también debe tocar a quienes le hayan prestado ayuda o concurran con este en la realización del delito. De esta manera se establecen diversas formas según las cuales se interviene en la comisión de un delito.

Señala JIMÉNEZ DE ASÚA, que autor es quien ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito *in species*. Por eso la participación es una causa de extensión de la pena, pues el Código penal define cada delito en vista de la consumación por el autor.⁷

Podemos afirmar que desde el punto de vista jurídico penal, la distinción entre autoría y participación es fundamental y necesaria. Entre ellos se puede dar una relación entre lo principal y lo accesorio, entre la esencial y lo concurrente, lo necesario y lo accidental. Así es como se puede conceptualizar la relación entre autoría y participación.

La participación en sí misma no es nada, sin un concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor en función del cual se tipifica el hecho cometido. La participación, no es autoría, pues requiere de que a alguien se le pueda imputar a título de autoría la comisión de un ilícito. La participación en su definición más usual es la cooperación dolosa de un delito ajeno. Es un concepto de referencia, ya que supone la existencia de un hecho ajeno, a cuya realización el partícipe contribuye. No es un concepto autónomo sino dependiente del concepto de autor y sólo en base a éste puede enjuiciarse la conducta del partícipe. Es decir, el delito por el que pueden ser enjuiciados los distintos intervinientes en su realización es el mismo para todos, pero la responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor. Si no existe por lo menos un hecho típico y antijurídico, cometido por alguien como autor, no puede hablarse de participación, ya que no hay por qué castigar a alguien que se limita a participar en un hecho penalmente irrelevante o lícito para su autor.⁸

Si en la descripción típica no se precisa como necesaria la concurrencia de dos o más personas, el delito será unisubjetivo aun cuando en forma contingente

⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 501

⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo blanch, 2ª edición, Valencia, 1996. p. 457.

intervengan varios sujetos, sus requisitos son, la unidad en el delito y la pluralidad de personas. En los delitos unisubjetivos es dable, la concurrencia de varios agentes y entonces se presenta el problema de determinar la autoría o participación de cada uno de ellos y se da lo que se conoce como el concurso eventual de personas en la comisión de un ilícito penal. Sin embargo, si la estructura del tipo penal requiere de dos o más sujetos para su comisión, se integra el concurso necesario y entonces no se presenta el problema de la diferenciación o determinación, porque el mismo tipo les da la calidad de autores a cada uno de ellos, pues dicha pluralidad es un presupuesto para que el delito exista.⁹

En la determinación de autoría y participación expone JAKOBS, se trata de comprobar en que relación se encuentran las responsabilidades de varios intervinientes en un suceso delictivo.

En algunos delitos sólo cabe fundamentar la responsabilidad de la pena, es decir, en concepto de autor, mediante la lesión de un deber asegurado institucionalmente, responsabilidad que también está fundamentada siempre mediante la lesión de ese deber. Tales afectan sólo al titular de un determinado estatus: las personas no obligadas por sí mismas pueden ser a lo sumo partícipes.

No obstante en la mayoría de los delitos, la responsabilidad no se vincula a un deber especial, sino a los actos organizativos del titular de un ámbito de organización (la organización en cuestión se suele denominar dominio del hecho y por ello se llaman delitos de dominio). Existen las siguientes regulaciones de la responsabilidad en virtud de la organización en los delitos de dominio:

- a) Puede haber sólo una persona que organice el delito: ésta es siempre responsable, es decir, autor, y realiza la ejecución del hecho siempre por sí mismo, es decir actúa de propia mano.

⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal, (parte general)*, Ed. Porrúa, 44ª edición, México, 2003, p. 292, 293. (El autor sólo hace mención de la participación abarcando en ella la autoría y la participación, y se apaga a la teoría de la causalidad eficiente para determinar el concepto de autor.)

b) Puede haber varios que tomen parte, coordinando mutuamente sus ámbitos de organización de tal modo que organizan conjuntamente un delito. Si ocurre esto –de un modo aún por concretar- mediante actos organizativos de la misma importancia, se tratará de una coautoría; si su organización presenta grados distintos, los que contribuyen con menor importancia se llaman partícipes. De todos modos, en este grupo los actos de organización de distintas personas se unen en un hecho. Los que toman parte responden del mismo modo, si bien posiblemente por distintas cuotas. Ello conduce a una dependencia recíproca (accesoriedad) de las fases del hecho ya realizadas y de las aún por realizar, tanto desde el punto de vista cuantitativo, como cualitativo.

A pesar de corresponder la organización a varias personas, sólo hay un comportamiento típico de ejecución que constituye delito. La colaboración común en el ámbito previo a la realización del tipo no determina por sí misma, a falta de exteriorización, una perturbación social, sino sólo es el fundamento para atribuir el comportamiento de una ejecución a cada uno de los que tomen parte.

Se discute la conveniencia de la distinción entre la ejecución de un hecho propio y la cooperación en un hecho común. En el núcleo de la polémica sobre si hay que distinguir entre los que toman parte y sobre si la distinción reporta algo más que una graduación, con arreglo a la cantidad, del comportamiento delictivo, se encuentra la accesoriedad.¹⁰

Sin embargo se ha de desechar el concepto secundario de autor. En él se trata de intentar obtener al autor dada la cooperación de varios mediante un procedimiento de “*sustracción*”: “Autor es aquel que no es partícipe.”¹¹

¹⁰ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos teoría de la imputación*, Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 718, 719.

¹¹ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, 6ª edición, Madrid-Barcelona, 1998, p. 44, 45.

1.1.2.1 Tipos de participación

El corpus sustantivo penal federal y el local para el Distrito Federal, distinguen cuatro tipos de participación y que son:

1.- Instigación, la cual con detalle analizaremos en el tercer capítulo de este trabajo, y de la que los Códigos Penales citados con antelación señalan que es aquella *"...en la que se determina dolosamente a otro a cometerlo..."*.

2.- Complicidad, misma que se refiere a quien otorga un auxilio, un apoyo o ayuda a quien lleva a cabo el delito, o sea al autor, pero que no realiza él mismo el hecho, pues no tiene el dominio sobre aquel, a este modo de participación nuestra legislación penal se refiere de la siguiente forma *"...los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión..."*.

3.- Auxiliador, consiste en la cooperación que se presta a quien llevó a cabo el hecho, de acuerdo a una promesa anterior a la realización de este. Y al que la ley penal establece de esa forma *"... los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito..."*.

4.- Complicidad correspectiva, y a la cual el Código penal se refiere *"...los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se puede precisar el resultado que cada quien produjo..."*.

1.2 EL AUTOR COMO CONCEPTO UNITARIO

1.2.1 Concepto unitario funcional.

El concepto unitario de autor niega en absoluto la trascendencia de la accesoriedad. Todo aquel que toma parte ha de considerarse autor de un hecho antijurídico y culpable, sin tener en cuenta las cualidades delictivas de la contribución

de los que toman parte (dolosa, culposa, inevitable, inculpable), y sin más que un vínculo causal con el estado de desarrollo de las aportaciones de otro (previa, tentativa, consumación).¹²

Así es evidente que dentro del concepto unitario de autor, no cabe la distinción formulada entre el autor y el partícipe. Según este concepto todo interviniente en el hecho típico responde como autor del mismo, cualquiera que haya sido la magnitud de su contribución. Toda intervención en el hecho que, con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, constituya un factor causal del resultado fundamenta por sí misma la autoría, resultando indiferentes para apreciar ésta, tanto el rol que desempeña el sujeto en la causación del hecho, como que su contribución no se realice completamente la descripción típica. Todas las aportaciones causales de los sujetos, que individualmente constituyen la esencia de la autoría, fundamentan globalmente el hecho típico, sin que entre la intervención de uno de ellos y la del resto exista relación de dependencia; esto es, no hay formas accesorias de participación al ser todas las contribuciones al hecho plenamente autónomas y por ello situadas en un mismo plano de igualdad valorativa, por lo que es lógico que el marco penal sea el mismo para todos los intervinientes-autores del delito. Este concepto unitario de autor animado principalmente por el postulado político-criminal de igualdad de punición para todos los intervinientes del hecho típico y fundamentado en la idea de causalidad de las intervenciones y su autonomía, ha encontrado eco en algunos sistemas jurídicos de nuestro entorno.¹³

La teoría de la equivalencia de las condiciones o *condictio sine qua non* en la cual se fundamenta el concepto unitario de autor, resulta del concepto de causa en la que todo aquel que, poniendo una condición para el resultado sobrevenido ha contribuido a su producción, ha causado el resultado. Esta teoría fue desarrollada en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX por VON BURI quien tenía un concepto de Derecho Penal basado en la prevención especial y en la peligrosidad.

¹² JAKOBS, Günther, *Op.cit.* p. 719.

¹³ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *La autoría mediata en el derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 1996, p. 5.

Un segundo fundamento de la teoría analizada está en la idea, que se acerca más a una opción político-criminal, que parte de la contemplación del delito como obra en común de todos los que contribuyen a él y estima conveniente, en principio, castigar por igual o todos ellos, y especialmente sin que el castigo de unos (participes) dependa de lo que haga otro (el autor).¹⁴

La idea básica es abandonar los criterios de distinción entre el autor y los partícipes y reemplazarlos por una correcta medición de la pena. Es decir, el juez no debe analizar si el sujeto fue autor o partícipe del hecho sino que simplemente debe medir la pena en base a la importancia y significación de cada interviniente.¹⁵

Esta cuestión sólo ofrece interés en la medición de la pena y allí debe ser resuelta, al margen de toda distinción dogmática de la teoría de la participación, atendiendo exclusivamente al sentido y fin de la pena. En consecuencia la causalidad constituye el único criterio de la relevancia jurídicopenal de un comportamiento, y el concepto de accesoriedad resulta superfluo. Al juez se le confía el castigo de cada cooperador de acuerdo con la intensidad de su voluntad delictiva y la importancia de su contribución al hecho.

Frente al concepto unitario de autor se alzan fuertes reservas, por mucho que a primera vista puede parecer sencillo y práctico. De un lado el específico injusto de la acción de cada tipo se pierde con la reinterpretación que incluye todas las contribuciones al hecho en la causación de lesiones a los bienes jurídicos.¹⁶

Recientemente han aparecido modernas construcciones de la autoría unitaria que intentan abandonar la idea de causalidad para apoyarse en principios como el de merecimiento y necesidad de la pena o el de realización del tipo. KIENAPFEL a partir de su obra *Der Einheitstäter im Strafrecht* (1971), se ha convertido en el máximo

¹⁴ DONNA, Edgardo Alberto, *Op.cit.* p. 15.

¹⁵ *Ibidem*, p. 14.

¹⁶ JESCHIECK, Hans-Heinrich, *Op.cit.*, p. 586.

impulsor del concepto unitario de autor, pretendiendo evidenciar, en primer lugar, los perjuicios que subyacen en las críticas al concepto unitario. Al lado del concepto tradicional concepto unitario, al que este denomina *formal*, que no reconoce conceptualmente las diversas formas o categorías dogmáticas de intervención en el delito, defiende un concepto unitario de autor *funcional* en el que sí se pueden establecer y admitir diversas clases de autoría. Bajo la premisa de que todo interviniente responde exclusivamente por su propio injusto y por su propia responsabilidad –rechazando así el principio de accesoriedad–, la idea de este autor a la que subyacen fundamentalmente consideraciones político-criminales, gira en torno a la denominada por la “*doble naturaleza de la codelinuencia*”. Según su planteamiento, en la autoría debe distinguirse entre el plano formal (dogmático-conceptual) y el plano valorativo (según merecimiento y necesidad de la pena).¹⁷

KIENAPFEL se pregunta: ¿Es acaso necesario contar con los “cristales conceptuales dogmáticos” de diferenciación entre el autor y el cómplice, para ponderar el ilícito y la culpabilidad de cada colaborador y determinar la pena justa que corresponde a cada uno? Según él, la figura jurídica de autoría aprehende “toda forma imaginable de la colaboración de un acontecer típico, sin distinción alguna; la respectiva forma de colaboración sólo puede encontrar su expresión en la medición judicial individual de la pena.”¹⁸

Esta distinción conceptual entre clases de autoría, no tiene una misión instrumental consistente en ofrecer mayores garantías en la concreción del marco típico externo de las conductas punibles, pero ni siquiera tal diferenciación constituye el núcleo esencial en el que deba el legislador concretar sus esfuerzos. Mucho más hay que poner de relieve y valorar la importancia de esa participación o intervención en el delito, que debe dilucidarse, no en el plano típico, sino en la individualización concreta de la responsabilidad del autor, en la medición de la pena, teniendo presente el merecimiento y necesidad de la pena. Para ello, y partiendo de que todos

¹⁷ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 7, 8.

¹⁸ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op. cit.*, p. 287.

los autores se encuentran sujetos a un marco penal igualitario, se tienen en cuenta las circunstancias que han concurrido a la ejecución del delito, en virtud de las cuales podrá agravarse o atenuarse la responsabilidad específica de cada autor.¹⁹

Además de los diversos trabajos de KIENAPFEL, una revisión actual del concepto unitario de autor ha sido llevada a cabo por varios autores, destacando la de BLOY en Alemania, y las de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y PEÑARANDA RAMOS en España. Estos autores se adhieren a la opinión de KIENAPFEL y coinciden en la apreciación de que las críticas formuladas al concepto de autor no son del todo merecidas, más bien son producto de una incorrecta comprensión del concepto unitario de autor que ya no se basa únicamente en la pura causalidad de las intervenciones, hasta el punto que, tales críticas, afirman, en los términos en que se han vertido, valen tanto para un concepto unitario de autor como para un concepto restrictivo.²⁰

En definitiva el concepto unitario funcional, a diferencia del formal, no hace depender la tipicidad del comportamiento exclusivamente de la causalidad, pues toda aportación causal debe subsumirse en los tipos penales correspondientes a través de alguna de las categorías de autoría reconocidas en el plano dogmático, teniendo en cuenta la descripción de los tipos penales, y luego, en el marco de la mediación de la pena, ya se valorará de forma completa la aportación del sujeto al hecho, agravando o atenuando su responsabilidad penal. Es decir, que el concepto unitario funcional esta operando con la categoría de causalidad como un mero presupuesto, pero no como el fundamento de los juicios de tipicidad y por lo tanto, de autoría, pues el verdadero fundamento de la autoría unitaria funcional se encuentra en los principios de necesidad y merecimiento de la pena, que permiten justificar y considerar autores a todos los intervinientes en el hecho. Esto, por una parte, no significa que a todos los autores se les imponga una misma pena, sino que la responsabilidad penal puede graduarse en función de las características objetivas y

¹⁹ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op.cit.*, p. 8, 9.

²⁰ *Ibidem*, p. 9.

subjetivas concurrentes en los comportamientos de cada sujeto y que se examinaran en un marco distinto al de la tipicidad.²¹

1.2.2 Críticas al concepto unitario

El concepto unitario de autor está sometido a fuertes reservas en la doctrina en cuanto conduce a consecuencias insatisfactorias: así en los delitos especiales debe considerarse autor al extraño que realiza un aporte causal al hecho, aunque no se encuentre cualificado como autor. También en los delitos de propia mano, es considerado autor quien no realiza el hecho de propia mano. Además, al suprimir la posibilidad de aplicar un marco penal atenuado a las clases de participación conduce a la aplicación de penas que no se sujetan a la gravedad de la culpabilidad.²²

El concepto unitario de autor es cualitativamente demasiado amplio o demasiado estrecho. Un causante que no ostenta por sí mismo las cualidades necesarias de un autor sólo puede llegar a ser autor a través de la accesoriedad con respecto del injusto ajeno.

Otra consecuencia de esta teoría es que la participación de los extraños en el daño de bienes jurídicos propios sería punible, debido a que el partícipe lesiona bienes jurídicos ajenos para él; mientras que según el principio de accesoriedad, se llegaría a la impunidad como consecuencia de la falta de un hecho principal.²³

Una objeción más, deriva de nuestro Código Penal Federal. El artículo 13 expresamente distingue entre autores y partícipes. Más allá de la forma en que hace la distinción, el hecho es que la hace y éste no es un dato menor. A esto se suma la distinta penalidad que reciben los autores y los partícipes y la penalidad atenuada que reciben estos últimos de conformidad con el artículo 64 bis. Esto sólo nos lleva a concluir que dicha teoría es incompatible con nuestra legislación punitiva.

²¹ *Ibidem*, p. 10.

²² CALDERON CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Derecho Penal Tomo I*, Ed Bosch, 1ª edición, Barcelona, 1999, p. 358.

²³ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 17.

Sostiene JESCHECK, dentro de las objeciones, que el abandono del principio de accesoriadad "difuminaría los contornos del tipo" ya que el específico injusto de la acción de cada tipo se perdería con la reinterpretación que incluyen todas las contribuciones al hecho en la causación de lesiones a los bienes jurídicos. Se afectaría de esta manera la función de garantía de los tipos penales y por lo tanto el principio de legalidad.²⁴

Según ROXIN se nivelan las diferencias de significado previas a favor de un contexto de sentido lógico abstracto; en base a esta idea el autor que era figura central del suceso en forma de acción, se convierte en un mero causante de lesiones típicas de bienes jurídicos.²⁵

Asimismo, el concepto unitario de autor amplía la punibilidad por tentativa en todo el ámbito del fomento de un delito en definitiva no realizado, sin que se ponga en evidencia su necesidad político criminal. En el período de la preparación, nadie considera la posibilidad de castigar en general las acciones de preparación que han quedado aisladas en tanto que una sola persona deba ejecutar por sí sola todo lo necesario para el delito. Si se divide el trabajo (el primero que toma parte se ocupa de la preparación, el segundo de llevar el hecho a tentativa o consumación), según el concepto unitario de autor, la acción preparatoria, sin embargo se convierte en una aportación concluida al delito, que, sin exigencia de la accesoriadad, tendría que ser punible como tentativa de delito, aun cuando después no ocurra nada más. Así pues, se transforman los actos preparatorios en tentativas. Por eso la solución del autor unitario llega cuantitativamente demasiado lejos.²⁶

El concepto unitario de autor no sólo se opone a la actual configuración de los delitos de la Parte Especial, sino que desconoce la distinción entre la ejecución de un hecho y la influencia en la ejecución de otro interviniente. En lugar de referir las

²⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op.cit.*, p. 587

²⁵ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 46.

²⁶ JAKOBS, Günther, *Op. cit.*, p. 719,720.

aportaciones a la ejecución y determinar el injusto de la participación a partir del injusto de la ejecución del hecho, atomiza las causalidades que por sí solas no constituyen el comportamiento punible; la teoría del autor unitario no conoce una intervención común, sino sólo aislada. Esta falta en la determinación del alcance del tipo sólo muy imperfectamente cabe compensarla en la determinación de la pena.²⁷

Es criticable utilizar la idea de causalidad como la única vía que conduce directamente a la autoría y, sobre todo, automáticamente a la tipicidad de la conducta, al menos en la versión tradicional del concepto unitario. Reconoce DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que para la mayoría de los defensores del concepto unitario de autor todos los sujetos que intervienen en el hecho no son autores porque cada uno sea causa del resultado, sino más bien porque tal distinción no es necesaria hacerla en un primer momento (en el tipo concretamente), sino en uno posterior (la determinación de la pena), lo que permite mayor flexibilidad. Mas aun cuando se gradué en la medición de la pena la responsabilidad específica de cada uno de los intervinientes, la cualidad de autor se ostenta desde el primer momento en que el sujeto contribuya a la producción del hecho típico. Pero además no exige que esa contribución consista siempre en la ejecución de propia mano de todos los elementos que caracterizan al delito, como tampoco se exige en el sistema de participación, pero en este, cuando menos se utilizan diversos criterios para imputar la autoría de un hecho a una persona mientras que el sistema unitario no aporta específicamente ninguno que no sea el de la causalidad. Por eso, tampoco es conveniente ir más allá de las propias palabras de los defensores del concepto unitario, que no se refieren más que a una contribución causal, y la medición de la pena no es precisamente el marco más adecuado para resolver la cuestión de quien es autor de un delito. Implicaría valorar las circunstancias que rodean un hecho en el que ha intervenido una persona, pero imputándole privativamente el hecho.²⁸

²⁷ *Ibidem*, p. 720.

²⁸ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 11, 12.

Con respecto al concepto unitario funcional de KIENAPFEL, para él lo decisivo no es averiguar cuales son los rasgos característicos y diferenciadores entre sí de cada una de estas categorías de autoría, delimitando las posibilidades de intervención en un hecho delictivo al estar todas ellas sujetas a un marco penal, sino que, lo esencial, es delimitar el marco externo de esas categorías. Esto, que difícilmente puede hacerse de forma que no se delimite a través del marco interno, va a depender principalmente del contenido de los tipos de la parte especial; pero además, ninguna importancia tendría la premisa del concepto unitario funcional de diferenciar conceptualmente dos criterios de autoría si de aquella no cabe extraer consecuencia jurídica alguna; la única parece ser para KIENAPFEL, la mayor concreción de los tipos, pero ello no se consigue únicamente mediante una declaración formal de las clases de autoría si a ellas no se les denota de un contenido específico, pues de éste, en última instancia se deriva la mayor garantía para la plena vigencia del principio de determinación de los tipos, por cuanto existirán tipos de la parte especial que no admitirán ambas formas de autoría. Pero incluso esta diferenciación interna tiene la simple utilidad de ayudar en el plano valorativo a graduar la responsabilidad de cada interviniente en el hecho conforme al merecimiento y necesidad de la pena, que es lo que al fin y al cabo pretende conseguir este penalista.²⁹

Por ello como apunta PEÑARANDA RAMOS, el concepto funcional se vería necesitado siempre de un complemento, de un concepto restrictivo de autoría que se desprende de los tipos de la parte especial, para luego extenderlo al considerar autores también a los sujetos que de alguna forma que no sea la realización completa del tipo contribuyan a realizar el hecho. Ello presupone, además que se adopte un criterio para fundamentar el cuando se ha ejecutado un hecho, y ese criterio lo puede aportar únicamente un concepto restrictivo de autor –aunque sin el principio de accesoriedad-. Lo que tendría que ofrecer un concepto de autor es un criterio de determinación de la autoría, y no centrarse en si todos son autores y deben responder por su propio injusto y culpabilidad. La autoría, en el plano dogmático, no representa un problema de penalidad, que depende más de una

²⁹ *Ibidem*, p. 12.

valoración político-criminal. Y político-criminalmente puede ser necesario considerar a todos los intervinientes, pero eso no es en todo, hay que delinear, en el plano dogmático, el criterio en virtud del cual todos son autores.³⁰

Advierte, no obstante, KIENAPFEL que, en realidad, no se trata de un concepto de autor sino de un sistema unitario de autor. Ello implica el rechazo del principio de accesoriadad, cobrando importancia que se considere intervinientes a todos los intervinientes que contribuyan a realizar el tipo a través de alguna forma de autoría reconocida, debiéndoseles imponer la misma pena. Si ello no es así, no es de extrañar que entre el concepto unitario y el restrictivo no se llegue a diferencias sustanciales en materia de autoría y que las críticas de uno sirvan al otro, pero, verdaderamente, lo que estamos manejando no es un único concepto restrictivo y si ello es así, será que el unitario no está ofreciendo algo distinto, obviando cuestiones de penalidad.

1.3 TEORÍAS SUBJETIVAS Y CONCEPTO AMPLIO DE AUTOR.

1.3.1 Generalidades

Ante la dificultad de encontrar mediante criterios objetivos el concepto, se pretendió acudir a criterios subjetivos del autor, como punto de diferenciación. Considerando así, que la distinción entre autor y partícipe depende exclusivamente de la actitud personal frente al hecho. Si el sujeto quiere el hecho como propio, debe ser considerado como autor, cualquiera que sea la especie y la extensión de su aportación. Por el contrario si quiere el hecho como ajeno, debe ser tratado como partícipe.³¹

Esta posición surge, según CHOCLAN Y CALDERON, de la teoría de la equivalencia de las condiciones del resultado por ello, desde un punto de vista objetivo sería autor

³⁰ *Ibidem*, p. 13.

³¹ MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 1998, p. 489

todo aquél que ha contribuido a causar el resultado típico, es decir, es autor todo el que interviene en el hecho con una aportación causal. Sin embargo a diferencia de los seguidores del concepto unitario de autor consideran que la distinción entre el autor y el partícipe es necesaria y viene impuesto por la ley. En consecuencia la distinción entre autores y partícipes, sólo puede establecerse desde un criterio subjetivo. Así todo depende para la distinción de la voluntad de autor (*animus auctoris*) para realizar una aportación causal al hecho o en caso contrario de la voluntad de partícipe (*animus socii*) del sujeto.³²

Como señala GIMBERNAT ORDEIG, el fundamento de la teoría es muy sencillo. Se parte de la teoría causal de la condición y, en base a ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del partícipe: ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y a una condición no es posible distinguirla de otra condición. El razonamiento a que entonces se acude es éste: la ley positiva distingue entre el autor y partícipe (cómplice en ordenamiento nacional del autor) no se distinguen objetivamente; luego la distinción ha de hallarse en el terreno subjetivo.³³

Así, como dice ROXIN, la determinación entre autoría y participación, no es según criterios objetivos situados en el mundo exterior, sino sólo intrapsíquicos, como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los participantes.³⁴

Si el aspecto objetivo del delito sólo se determina mediante la causalidad del resultado, desde el punto de vista subjetivo, entonces, sólo cabe definir un dolo que no abarque más que la causalidad del resultado. Pero si se requiere que un delito en concepto de autor sea algo más que causalidad más dolo, la limitación de este algo más habría que fundamentarla sólo en un elemento subjetivo.³⁵

³² CALDERON CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Op. cit.*, p. 358.

³³ DONNA, Edgardo Alberto, *Op.cit.*, p. 18.

³⁴ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 69.

³⁵ JAKOBS, Günther, *Op. cit.*, p. 736.

Así pues la teoría subjetiva tiene también otra raíz; el dato psíquico (y en esta medida subjetivo, pero sólo en esta medida) de que en la participación de varias personas, algunos intervinientes ponen su aporte a disposición de los demás intervinientes, y estos otros, por su parte, adoptan la decisión sobre si disponen de ellas o no. El cómplice tiene una voluntad dependiente de la del autor, es decir, subordina su voluntad a la del autor, de modo que deja al criterio de éste la decisión sobre si el hecho llegará o no a la consumación.³⁶

Atendiendo de este modo, dice JAKOBS, a la superposición de las distintas motivaciones, consigue esta variante de la teoría subjetiva establecer una jerarquía de los intervinientes, pero una jerarquía que puede tener su contrapartida en las ejecuciones de la acción por parte de sus intervinientes. Quién determina el curso de los acontecimientos tal como se desarrollan no depende sólo de la voluntad, sino también de la ejecución: pues un partícipe con *animus auctoris* que no configure activamente el delito tiene de menos precisamente el elemento de la autoría que un interviniente con *animus socii*, si configura activamente el delito, tiene de más para ser partícipe.³⁷

1.3.2 Teorías subjetivas

Vamos a seguir la clasificación tradicional en los dos grandes grupos formados por las teorías del dolo y del interés. Las primeras distinguen en función de la clase de voluntad; las segundas, con arreglo a si el hecho se cometió con interés propio o ajeno.

1.3.2.1. Teorías del dolo

Estas se remontan a principios del siglo XIX. Todas ellas distinguen entre la voluntad del autor y la voluntad del partícipe, de naturaleza heterogénea. Con todo,

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

la mayor parte de ellas renuncian a profundizar en la diferencia entre las voluntades, de manera que no queda claro qué resultados prácticos lleva esta delimitación. Destacan, en tanto que perfiladas hasta cierto punto, las teorías que –en infinidad de variantes– atribuyen al partícipe, en contraposición al autor, una voluntad dependiente, subordinada; parten de que el partícipe se hace dependiente del autor al dejar la ejecución del hecho al criterio de éste.³⁸

En este sentido, diferenció ya WATCHER en función de la intención del sujeto actuante: querer directamente el propio delito, frente a los casos en que uno quiere simplemente apoyar el delito de otro, siéndole menos indiferente si el autor ejecuta o no. Análogamente, HALSCHNER estima que el partícipe se propone su actividad auxiliar sólo dando por sentado que el autor cometerá el delito por propia decisión y libre.³⁹

También en época posterior siguieron encontrando defensores estas teorías, mas el representante con mayor importancia en la teoría del dolo fue VON BURI. que en numerosas monografías enseñó: Lo distinto del autor con respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad de autor y la dependencia de la del partícipe. El partícipe quiere el resultado sólo si el autor lo quiere y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de si el resultado se va a producir o no debe, después, dejarla al criterio del autor.⁴⁰

La teoría del dolo. En esta forma, ha pervivido hasta hoy, BOCKELMANN, su defensor más importante de la actualidad, considera que el criterio decisivo para la delimitación reside, en un hecho psíquico concreto: la subordinación del dolo concebido por el partícipe con respecto al del autor principal.⁴¹

En realidad la teoría del dolo facilita una aportación extraordinariamente importante para resolver la problemática de la autoría. Es absolutamente inmerecida

³⁸ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 69, 70.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 71.

⁴¹ *Idem.*

la mala fama que siempre ha padecido, como todas las autorías subjetivas. Así ha conseguido abarcar distintos puntos de partida de las teorías objetivas, significativas y susceptibles de desarrollo, bajo la fórmula vuelto hacia lo subjetivo, del dejar a criterio, sin poner en peligro la concreción y practicabilidad de las soluciones. Lo que caracteriza al que ejecuta el hecho en calidad de autor es que este no reconoce una voluntad superior a la suya, mientras que el partícipe deja a criterio del autor si el hecho ha de llevarse o no a la consumación. La figura dominante del autor y el fenómeno –de el dependiente– del partícipe encuentran aquí una forma gráfica de expresión.⁴²

1.3.2.2 Teorías del interés

La distinción entre autores y partícipes en función del interés en el resultado desempeño, ya tempranamente, importante papel junto a las teorías del dolo e imbricada de diversas formas con ellas. Este enfoque aparece ya en FEUERBACH, se vuelve a encontrar en HENKE, KOSTLIN y GEIB, e incluso VON BURI atendiendo en ocasiones –en parte conectado con la teoría del dolo– a que el partícipe no puede tener interés independiente alguno en la causación del delito. Con posterioridad no consiguió más partidarios, habiendo podido considerarla BIRKMEYER en 1907 como científicamente superada. Sólo mucho después resucitó en la jurisprudencia alemana.⁴³

Así pues el autor persigue un interés propio en el hecho y partícipe no tiene interés independiente alguno en la causación del delito, sino que actúa en interés ajeno.

En realidad la fórmula del interés no va más allá en su significado que la teoría del dolo. Su valor reside en proporcionar un indicio tangible de la subordinación de la voluntad requerida por la teoría del dolo, previniendo el

⁴² *Ibidem*, p. 72.

⁴³ *Ibidem*, p. 73, 74.

deslizarse en curvas formales. Si alguien carece de todo interés propio en la ejecución de un hecho cabe suponer que deja su realización a criterio del otro en cuanto auténtico interesado. A esta estrecha relación obedece que la teoría del interés haya aparecido en ocasiones a lo largo de su evolución imbricada casi indisolublemente con la teoría del dolo.⁴⁴

1.3.2.3 Críticas a las teorías subjetivas

Los puntos de vista de las teorías subjetivas impuestas jurisprudencialmente durante décadas merecieron críticas vehementes de autores antiguos como MAX E. MAYER, quien tildó este enfoque de "*tergiversación sofisticada de la ley imposible de superar*", o de BELING, quien la calificó de "*puro producto de la fantasía, situada al margen de la ley y que en sus resultados conduce a menudo a la fuerza*". También los rechazan categóricamente penalistas actuales como MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, JAKOBS, JESCHECK, ROXIN, en realidad esos criterios han sido ya superados en nuestra dogmática, y el amplio desarrollo que alcanzaron en Alemania tiene su explicación en la por mucho tiempo dominante jurisprudencia del Tribunal Supremo influida por VON BURI. Aunque según se lamentan MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, el alborozo producido entre los penalistas en 1956 por el abandono de esa doctrina fue pasajero, porque su "*fórmula mágica*" se sigue aplicando en numerosos casos.⁴⁵

La vaguedad de la posición subjetiva genera un concepto extensivo de autor, toda vez que no reconoce la fundamental función garantizadora de la ley penal y permite una interpretación que prescindiendo del tipo legal, lleva la teoría del autor fuera del tipo o tipo autor, hoy afortunadamente rechazada.⁴⁶

La voluntad del autor trae importantes puntos de vista, pero aún no remarca lo decisivo. ¿A qué se llama querer "*como*" propio el hecho? ¿Depende en algo el

⁴⁴ *Ibidem*, p. 74.

⁴⁵ FIERRO, Guillermo Julio, *Teoría de la Participación Criminal*, Ed. Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, 2001, p. 310.

⁴⁶ MALO CAMACHO, Op.cit., p. 489

deseo subjetivo de alguien de querer el hecho "como" propio o "como" ajeno? ¿Puede alguien apropiarse de cualquier acto a través de su mera voluntad, sea mediante su consentimiento, su aceptación, o algo semejante, o puede él a través de una correspondiente voluntad querer el hecho "como" "ajeno" y rechazarlo? ¿Puede alguien a través de la "voluntad del autor" proclamarse como autor de cualquier hecho?⁴⁷

Lógicamente, esto es imposible. El hecho debe ser realmente una obra objetiva del autor. La voluntad de realizar el hecho como "propio" requiere que el hecho sea "realmente" una obra "propia" del autor, y es totalmente superfluo entonces en él una especial "voluntad" como conciencia particular: "este hecho es mío". La "voluntad de autor" no es práctica, según las dos direcciones, como criterio de autoría: en primer lugar, ella no expresa cuándo el hecho es la propia obra del autor y, en segundo lugar, aun cuando se quiera adoptar aquélla como una parte especial de la conciencia de autor, como mediación o reflexión del ejecutor: "yo quiero ser también el autor de este hecho", ello resulta completamente superfluo.⁴⁸

Estas teorías pueden conducir a consecuencias insatisfactorias desde un punto de vista político criminal, sobre todo porque permite que quien realiza el hecho de propia mano puede que sea considerado sólo como partícipe sino lo ejecuta como hecho propio.

Los partidarios de estas teorías, incurren en una contradicción lógica. Para ellos la acción se agota en una mera causación del resultado, sin considerar la dirección de la voluntad del autor, deduciéndose de la causa la verdadera autoría. Sin embargo, la finalidad del sujeto, hasta ahora declarada irrelevante en la estructura de la acción, es utilizada tardíamente como un elemento corrector de este concepto de autor demasiado extenso. En lugar de servir como piedra fundamental de la acción y con ello de la autoría como fundamento del hecho punible, a partir de

⁴⁷ WEIZEL, Hans, *Estudios de derecho penal*, Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, Editorial B de f. Montevideo- Buenos Aires, 2003, p. 86, 87.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 87.

la cual la participación será deducida posteriormente como fenómeno accesorio, la voluntad de la acción, luego de afirmada la verdadera autoría, se utiliza como una forma de ajuste a la ley.⁴⁹

GIMBERNAT ORDEIG afirma que la teoría subjetiva no explica por qué desde el punto de vista objetivo las actividades del autor y cómplice han de ser consideradas únicamente como condiciones.⁵⁰

Además las teorías subjetivas, afirma, MEZGER⁵¹, fracasan pues olvidan que existen tipos penales que quieren castigar como autor precisamente a quién actúa en interés ajeno, como podría ser el caso del suicidio asistido.⁵²

Desde el punto de vista práctico se dice que la fórmula subjetiva no introduce ningún elemento comprobable, pues en muchos casos es imposible investigar la voluntad real de los sujetos, Así muchas veces se decide intuitivamente quién es el autor y quién es el partícipe, y luego, para fundamentar lo averiguado irracionalmente, afirma de quien se ha considerado autor que ha querido el hecho como propio.⁵³

Las teorías subjetivas pugnan con el principio estructural del Derecho Penal vigente, que se manifiesta en tipos descritos y delimitados preferentemente de modo objetivo. Los preceptos penales se disolverían en la práctica con la extensión de la punibilidad a toda aportación causal y culpable del hecho. A esto se añade que la fórmula del ánimo no proporciona para la distinción ningún elemento comprobable

⁴⁹ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op.cit.*, p. 299.

⁵⁰ DONNA, Edgardo Alberto, *Op.cit.*, p. 22.

⁵¹ Esta autor se apega a los criterios subjetivos y en particular a la teoría del dolo, a pesar de que el clasifica su posición como mixta entre lo objetivo y lo subjetivo, sin embargo en su definición de autor hace expresa referencia a la "voluntad de autor". Cfr. MEZGER, Edmund, *Derecho Penal, parte general*, Ed. Cárdenas, 6ª edición, México, 1957, p. 301, 302, 305.

⁵² *Ibidem*, p. 306.

⁵³ DONNA, Edgardo Alberto, *Op.cit.*, p. 22.

racionalmente, sino que convierte el problema de la delimitación en cuestión de individualización de la pena.⁵⁴

Con respecto a las teorías subjetivas del dolo, dicen MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, que esta claro que esta teoría no tiene en cuenta que el dolo del responsable de un delito (autor o partícipe) no tiene nada que ver con la circunstancia de que se quiera el hecho como propio o como ajeno, sino que es la conciencia y voluntad de intervenir en la realización de un delito, cualesquiera que sean las razones o motivos por los que lo haga.⁵⁵

La mayor flaqueza, según ROXIN, de las teorías del dolo consiste en que traza los límites de modo exclusivamente subjetivo, lo que históricamente explica –al menos desde VON BURI– por el punto de partida causal. Las distinciones subjetivas convencen en tanto que el suceso que tiene lugar en el mundo físico se corresponden con la voluntad de los partícipes; sólo cabe preguntarse por qué esta teoría en tales casos formula subjetivamente lo que también se puede distinguir objetivamente. Pero en tanto que los sucesos externos y la dirección de la voluntad interna de los partícipes no puedan reducirse a un común denominador, el enjuiciamiento puramente subjetivo conduce a soluciones peregrinas.⁵⁶

Con respecto a la teoría subjetiva del interés, si se independiza desde este punto de vista y, a pesar de faltar la subordinación, se pretende negarle a alguien la cualidad de autor sólo porque actúa en provecho de otro, la delimitación deviene sin más incorrecta; por una parte, debido a que es imposible que el legislador haya querido que el autor único quede impune sólo porque haya actuado en interés de otro. O bien, porque ni la importancia de la aportación al hecho ni la posición del autor en la ejecución del hecho concreto se ven influidos por sus motivos, pues para la realización del tipo y el enjuiciamiento de la autoría son irrelevantes⁵⁷

⁵⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op.cit.*, p. 592.

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Op.cit.*, p. 450.

⁵⁶ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 72.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 74.

Ahora bien, como bien señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, no se explica bien cómo es posible que alguien intervenga en un delito sin tener ningún tipo de interés propio en él, pues lo hará al menos con el interés de hacer un favor a un tercero con un fin de gratitud o, al revés, de pura inquina hacia la víctima del delito, aunque el sujeto que actúa no se beneficie para nada.⁵⁸

Haciendo gala de un gran sentido común esto ha sido criticado por WELZEL, señalando que se trata de una pura ficción y no de una realidad psíquica. Por lo general en el mundo de la criminalidad no ocurre que un delincuente reflexione sobre la calificación del aporte que brinde al hecho principal, ni menos que se plantee siquiera el hecho como propio o como ajeno, y en caso de que ello ocurriera, esa reflexión carecería de toda significación jurídica, pues la mera reserva mental de no querer el hecho como propio y no obstante ello, matar a la víctima, en nada debiera modificar su situación de derecho.⁵⁹

1.4 TEORÍAS OBJETIVAS Y CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR.

1.4.1 Teoría objetivo formal

En el marco de la teoría objetiva del autor tradicionalmente la doctrina ha manejado dos conceptos acerca de la figura del autor, una restrictiva y otra extensiva. El concepto extensivo de autor considera como tal a quien causa el resultado típico. El concepto restrictivo del autor se refiere a quien realiza la acción típica. Las consecuencias de esta diferencia, se concentran en la teoría jurídico penal de acción, de cuya interpretación deriva el alcance de la autoría.⁶⁰

⁵⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, La autoría en derecho penal, PPU, 1ª edición, Barcelona, 1991, p. 324.

⁵⁹ FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 307, 308.

⁶⁰ MALO CAMACHO, Gustavo, *Op. cit.*, p. 488.

Según la teoría objetiva formal sólo es autor quien realiza el tipo de propia mano al menos en parte. El objeto de esta teoría es una sujeción (exacta, propia del Estado de Derecho) de la autoría a las descripciones típicas de la Parte especial.

Esta teoría recibe su nombre de BIRKMEYER pero es más antigua, a tal punto que los autores afirman que ya en el siglo XIX contaba con defensores. Su vigencia alcanzó varias décadas. Fue ganando terreno hasta convertirse en doctrina dominante entre 1915 y 1933. Le dieron renombre los grandes dogmáticos BELING, Max Ernst MAYER y LISZT. En torno a 1930 le siguieron los tratados entonces más trascendentes, los de SCHMIDT, MEZGER, HIPPEL, FINGER y ALLFELD, los compendios de Paul MERKEL y VAN CALKER, así como lo propugnaron numerosos penalistas como WEGNER, ZIMMERL, HEGLER, ROSENFELD. Pero entonces ya había superado su punto culminante, mientras que sigue prevaleciendo en Austria, Francia y en el espacio jurídico Anglo-americano.⁶¹ Por su parte en la doctrina española contemporánea se muestran partidarios de ella GIMBERNAT ORDEIG, RODRÍGUEZ MOURULLO, QUINTEROS OLIVARES, RODRÍGUEZ DEVEAS, COBO-VIVIES, y, entre los argentinos, SOLER, JIMÉNEZ DE ASÚA, NÚÑEZ, FONTAN BALESTRA, FIERRO, entre los principales autores.⁶²

A pesar de este declive vinculado al surgimiento de la teoría del dominio del hecho, la teoría objetivo-formal presenta también para el observador actual ventajas muy notables. No sólo evita los defectos del planteamiento causal, sino que exclusivamente se mantiene felizmente en el medio entre el modo de considerar exclusivamente valorativo y el simple captador del sentido. Al mismo tiempo hay razones fundadas para que esta teoría resalte una diferencia de significado estimada determinante para el legislador, pues las descripciones típicas abarcan en primer lugar a aquel que ejecuta por sí mismo las acciones ahí descritas una evidencia que casi se impone y a la que las teorías defendidas en la actualidad deben de tener en cuenta.⁶³

⁶¹ ROXIN, Claus, *Op.cit.*, p. 52.

⁶² FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 314

⁶³ *Ibidem*, p. 53.

En el caso de que el delito sea plurisubjetivo, será autor el que realice aunque sea alguno de los elementos típicos. Desde este punto de vista sólo se tiene en cuenta si el sujeto realiza de propia mano el verbo típico.⁶⁴

Se atiende estrictamente al tenor literal. Prescindiendo de la importancia de la contribución efectiva en el marco de la totalidad del suceso, considerando autor a todo aquel cuyo comportamiento entre en el círculo que el tipo pretende abarcar.⁶⁵

Los seguidores de esta teoría han dado distintos fundamentos para justificarla. Algunos consideran que el hecho de ejecutar el delito revela mayor peligrosidad y reprochabilidad que el cometer un acto preparatorio o de mera colaboración. En este sentido sostiene FINGER que está en consonancia con nuestra sensibilidad castigar más duramente, entre varias personas que cometen conjuntamente un asesinato, aquellos que han atentado contra la vida de la víctima que aquellos otros que, por ejemplo, sólo han actuado como vigilantes. En el mismo sentido WEGENER destaca que la realización de la acción ejecutiva es para nosotros un indicio máximo del grado de energía criminal.⁶⁶

Otros autores, en cambio, consideran que el fundamento de esta teoría es respetar el tenor literal de los preceptos penales. En este sentido BELING argumentaba que el lenguaje de la vida divide rigurosamente, dentro del sector de la "muerte de una persona", aquel comportamiento que, a pesar de hallarse internamente vinculado a aquélla, se encuentra antes o junto de la muerte.⁶⁷

La teoría objetivo-formal de la autoría se atiene a la descripción legal de los tipos penales y prescinde de la importancia de la contribución objetiva del interviniente a la realización del tipo. Pero dentro de esa concepción cabe distinguir aquellas posiciones que definen al autor como aquél que realiza un acto ejecutivo, de

⁶⁴ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 24, 25.

⁶⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op. cit.*, p. 390.

⁶⁶ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 26.

⁶⁷ *Idem.*

aquellas otras, más restringidas, que limitan el concepto de autor a quien realiza los actos nucleares del tipo, esto es, la acción expresada en el verbo típico.⁶⁸

Conforme a la primera posición, la que considera autor a quién realiza actos ejecutivos, la participación se delimitará así de la autoría en que aquélla queda reservada para quien interviene en el hecho llevando a cabo una acción preparatoria o colabora durante la ejecución con una actividad meramente auxiliadora. La segunda posición es más restrictiva porque realizar actos ejecutivos es un criterio más amplio que el de realización de un elemento del tipo y con ello se reputa autor al que realiza directa o mediata todos o algún elemento del tipo, autor es aquél cuya conducta es subsumible sin más en el tipo de la parte especial. Con ello se pretenden salvar las objeciones que se formulan a la clásica teoría objetivo-formal respecto de la autoría mediata y salva problemas derivados del principio de legalidad en algunos tipos específicos.⁶⁹

1.4.1.1. La subsunción en el tipo

Esta variante de la teoría objetivo-formal tiene un cuño netamente español. Esta concepción de la autoría cuya base se perfila a partir de la idea de ejecución del tipo pone el acento no tanto en la calidad, ejecutiva o no de la acción que realiza un sujeto, sino en la incardinación de esa conducta a la esfera de las normas penales; es decir, para que la conducta sea de autoría es preciso que sea subsumida directamente en el tipo penal correspondiente. Sus impulsores son GIMBERNET ORDEIG y RODRÍGUEZ MOURULLO, a los que se han adherido otros autores.⁷⁰

Para GIMBERNET ORDEIG autor en sentido estricto sólo puede ser aquel cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial. Esta tarea de la subsunción, advierte, no pertenece a la parte general sino a la parte especial del Derecho Penal, pero, por otro lado, adelanta que es demasiado difícil en los delitos

⁶⁸ CALDERON CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Op. cit.*, p. 360

⁶⁹ *Ibidem*, p. 360, 361, 362.

⁷⁰ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 25, 26.

cuya tipicidad requiere determinada actividad o en los delitos de resultado con modalidades tipificadas de acción, aunque si resulta quizá más compleja en los delitos que sólo prohíben la causación de una lesión al bien jurídico sin especificar la actividad, lo cual no se identifica tampoco con colocar cualquier condición para producir el resultado. Precisamente, y a la inversa, de los delitos de resultado es posible, con relativa facilidad subsumir directamente en el tipo la conducta del autor mediato, ya que no existen impedimentos para considerar que el autor mediato ha realizado el tipo, aunque tal subsunción se lleva a cabo cuando el autor mediato para ejecutar el delito se ha servido de otra persona, mientras que la cuestión se complica cuando se trata de delitos de actividad tipificada. Vemos ya que la realización y ejecución del tipo no son sinónimos de autoría, sino que se puede prescindir de la segunda para la acotación de la primera. Para GIMBERNET ORDEIG, como para la mayoría de los autores, el principal problema que se enfrenta la teoría formal-objetiva lo constituye la autoría mediata, dado que el autor mediato no ejecuta. Esto se resuelve –según él-, subsumiendo directamente la conducta en el tipo.⁷¹

1.4.1.2 Crítica a la teoría objetivo formal

La posibilidad de sustraerse a la realización del tipo de propia mano conduciendo a otro arteramente a ejecutar el tipo no dolosamente o –mediante coerción- dolosamente, obliga a recurrir con ello completamente a la autoría mediata y con ello abandonar el principio. Su defecto más claro consiste en la incapacidad para explicar el fenómeno de la autoría mediata, por esta vía se convertiría en una manifestación de genuina autoría en forma de participación.⁷²

Además esta solución, en caso de realización parcial del tipo, debido a la equiparación de todos los elementos típicos, conduce a una expansión del comportamiento fundamentador de la autoría incluso hasta internarse en el período de los actos preparatorios.⁷³

⁷¹ *Ibidem.*, p. 26, 27

⁷² JAKOBS, Günther, *Op. cit.*, p. 734.

⁷³ *Idem.*

Se le reprocha, además, la excesiva indeterminación del concepto de acción ejecutiva. Dice BACIGALUPO que no fórmula un concepto de acto de ejecución y ese déficit conceptual causa una inmensa inseguridad, pues existen tantas variantes como conceptos de acción ejecutiva se formulen. Y es que en esta teoría, el problema de la autoría y participación se convierte en problema de la distinción entre preparación y tentativa.⁷⁴

Debe añadirse que esta concepción se denomina “objetiva” sin razón; precisamente tiene en cuenta del modo más amplio el elemento subjetivo-final, después tan acentuado. También en una época en la que nadie pensaba aún en considerar al dolo como elemento del tipo, sin embargo los defensores de la teoría objetivo-formal al pretender distinguir al coautor del cómplice, sólo han considerado autor, en el delito doloso, a aquel que realiza la acción típica de modo final. Además esta teoría puede tener en cuenta incluso las intenciones, actitudes y tendencias especiales del autor, en la medida en que el legislador las ha declarado relevantes al incorporarlas en la descripción del delito. En tanto que consigue captar acciones vivas en lugar de pálidas abstracciones, se revela como precursora inmediata de la teoría del dominio del hecho.⁷⁵

Pero aún más, desde la regulación legal, no se puede aceptar que el legislador pretenda valorar de manera distinta a quienes han realizado una obra en conjunto. De forma que no se puede exigir para la autoría que cada interviniente realice todo el tipo penal⁷⁶

Con respecto a la variante de la subsunción del tipo, sigue el camino formado por la teoría objetivo-formal, pero no ofrece más ventajas puesto que no nos dice como hemos de subsumir directamente en el tipo una conducta, nos dice la tarea que hay que realizar, pero no nos dice como realizarla, y además señala que este no

⁷⁴ CALDERON CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Op. cit.*, p. 358.

⁷⁵ ROXIN, Claus, p. 53.

⁷⁶ *Idem.*

es un problema de la parte general del Derecho Penal al depender la subsunción en el tipo de la concreta conducta que se haya tipificado como delictiva. Lo que nos da un criterio poco operativo para alcanzar el concepto de autor. Además existen reparos de índole legal para reconocer la autoría mediata en los tipos cuando no existe un criterio legal que diga expresamente en que tipos es subsumible la conducta del autor mediato.⁷⁷

1.4.2 Teoría objetivo material

Las teorías objetivo-materiales analizan la distinción entre autor y partícipe, buscando ya no en el ámbito subjetivo de los partícipes al hecho, sino un carácter material, ya que no se conforman con la remisión a los tipos de delito.

La difícil tarea que se suponía para la teoría objetivo formal de precisar cuáles eran las acciones ejecutivas del tipo, determinando así quién es autor del delito, hizo que en el intento por obviar estos impedimentos formales, y sin perderse la característica objetiva en el modo de determinación de la autoría se recurriera a argumentos materiales. Y en estas concepciones renace la idea de causalidad, aunque acudiendo a las teorías individualizadoras que distinguen entre causa y condición para trasladar este binomio al de autoría y participación.⁷⁸

Bajo esta denominación no sólo se reúnen, las teorías basadas en las diferencias causales, sino también aquellas otras orientadas en lo material predominantemente a criterios objetivos.

En la actualidad no les da ningún cobijo la moderna ciencia del Derecho Penal. Esta concepción pierde las indudables ventajas que para un concepto restrictivo de autor aportó la teoría objetivo formal, puesto que en el sobreesfuerzo

⁷⁷ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 27

⁷⁸ *Ibidem*, p. 30

por determinar la aportación material al hecho más relevante se produce una relajación de las fronteras de lo típico.⁷⁹

Para la exposición de estas teorías hemos de seguir de manera integral, la que realiza el maestro Claus ROXIN. Por ser él quien las trata con detenimiento y profundidad.⁸⁰

1.4.2.1 Teoría de la necesidad de la aportación causal

Se trata de una idea muy antigua, nunca olvidada del todo y que sigue apareciendo una y otra vez hasta la actualidad, de aquel que realiza una aportación imprescindible al hecho, sin la cual éste no se habría podido ejecutar hay que equipararlo al que ejecuta el hecho de propia mano.

Esta distinción era en antaño muy común y se impuso en numerosas codificaciones nacionales y extranjeras. Asimismo, afirmó su posición durante mucho tiempo en los tratados procedentes de mediados del siglo XIX. De entonces acá la teoría del cómplice principal no ha desempeñado ningún papel importante: sólo VON BAR la asumió una vez más en 1907 situándola en el centro de su delimitación. Sin embargo ninguno de los autores subsiguientes volvieron a enlazarla con ella expresamente, no obstante ha seguido ejerciendo influencia soterrada y reapareciendo de vez en cuando bajo distintas variantes.

De hecho estas ideas tienen incluso para el observador moderno una importancia no subestimable, pues cuando alguien aporta una condición sin la que el delito no se habría producido, en él reside la decisión sobre si el hecho va a tener lugar o no; tiene en sus manos si la realiza o no. También coincide ampliamente con los criterios preeminentes para la doctrina del dominio del hecho hoy dominante. El

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ El Maestro DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, hace también un buen análisis, pero no de la originalidad de ROXIN, al que continuamente cita Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *Op. cit.*, p. 535 a 544.

punto de partida obtenido de esta manera seguirá siendo esencial para nuestra concepción.

Sin embargo la teoría de la necesidad resulta inútil como criterio general de delimitación debido a su punto de partida causal, metodológicamente incorrecto, pues será pura casualidad que coincidan en todos los supuestos la existencia o ausencia de causalidad necesaria, en el sentido de esta teoría, con las diferencias de significado jurídicamente determinantes, de ningún modo vinculadas a la categoría de la causalidad.

Por último, también el ámbito de aplicación de esta teoría se limita a la distinción entre coautoría y complicidad, no sirviendo para distinguir entre la autoría, autoría mediata y la inducción. Así el alcance de esta teoría se revela a fin de cuentas insuficiente

1.4.2.2. Teoría de la cooperación anterior y simultánea al hecho (“teoría de la simultaneidad”)

La distinción entre *concursum antecedens*, *concomitans* y *subsequens*, esto es, entre participación previa, simultánea y posterior, fue ya puesta de relieve por los juristas italianos del medioevo y aplicada excesivamente en el derecho común junto a otros criterios de distinción. La participación posterior hoy ya no reconocida como tal participación, queda descartada para nuestro estudio. Lo importante es que se consideraba a la cooperación durante el hecho como una forma de participación especial, comparable a la actual coautoría, mientras que la cooperación previa la ejecución coincidía aproximadamente con el concepto moderno de complicidad.

Distinciones en tal sentido se encuentran con mucha frecuencia hasta la primera mitad del siglo XIX. Esta teoría de la simultaneidad apenas halló más partidarios con posterioridad, hasta que en 1908, sobre la base de sus estudios comparatistas BIRKMEYER la retomó e incluyó en su propuesta legislativa. Aún impera

hasta hoy en el Derecho angloamericano, donde pervive la clasificación en auxilio previo, simultáneo y posterior al hecho.

El valor de esta teoría reside en que puede asumir los principios fructíferos de las teorías objetivo-formal y de la necesidad sin incurrir en su unilateralidad. La teoría objetivo formal coincide en que sitúa en el centro de la delimitación a los partícipes directos en la ejecución del hecho, pero no se ata al criterio puramente formal de tener que realizar un hecho típico sino que entiende el concepto de la ejecución conjunta de una manera que da cuenta mucho mejor de su significado que la cooperación simultánea y acorde en la comisión del hecho.

Pero también da cuenta esta teoría del núcleo acertado de la teoría de la necesidad, pues la ejecución es totalmente independiente de la voluntad del partícipe; a pesar de su actividad anterior al hecho, pues al final únicamente depende de la voluntad del autor que el delito se cometa, que la lesión del bien jurídico se produzca o no. Por lo general sólo el partícipe directo de la ejecución tiene en sus manos el suceso.

Por otra parte la teoría de la simultaneidad es demasiado esquemática. Su poder de convicción se basa sólo en que sobre el que coopera activamente en la ejecución del hecho por lo general recae la posición central que hace aparecer al hecho como obra común. Y donde no es así se convierte en absurda. Así como carece de utilidad para explicar en general la autoría mediata, pues el autor mediato no va a actuar por lo general en el momento de la ejecución del hecho.

1.4.2.3. Causalidad física y causalidad psíquica

Una teoría que sigue apareciendo con múltiples variantes en la historia de las teorías de la participación distinguen entre autores y partícipes en función de que la cadena causal puesta en marcha haya conducido al resultado directamente o sólo a

través de la acción independiente de otro. En el primer caso se da la autoría; en el segundo, la participación.

Una distinción así se encuentra ya en FEUERBACH, que distingue entre eficiencia directa e indirecta de la acción y señala: la acción surte efectos directamente cuando la lesión del bien jurídico es el objeto inmediato de su eficiencia, cuando es a la propia lesión del bien jurídico inmediatamente a la que se dirigen todas sus manifestaciones. Surte efectos indirectamente cuando el objeto inmediato de la eficacia no es la propia lesión del bien jurídico, sino el favorecimiento de la eficacia directa de otro para la lesión del bien jurídico. Distinciones en tal sentido entre causalidad directa e indirecta aparecen con cierta frecuencia en la ciencia penal del siglo XIX.

Arnold HORN diverge al hablar de una ampliación del concepto de causalidad natural por efecto de la voluntad. Enseña que la imagen causal se modifica por medio de una intervención rectora de la psique, en tanto que de ese modo la aportación de una mera condición se convierte en *dominium causae*, en dominio sobre el curso causal. La causalidad natural sería pues, la sierva de la voluntad; obedeciendo a ésta, a la *domina causae*, debe desplegar su efecto en el lugar prescrito y en el modo asignado. Además no sólo considera autor al causante natural, sino también al *dominus causae*, atribuyendo el dominio sobre el curso causal también a aquel que para la ejecución del hecho se sirve de otro que actúa con voluntad no libre o sufriendo un error. Por el contrario rechaza expresamente el *dominium causae* y, por tanto, la autoría tercia la libre voluntad de un tercero. Somos conscientes de que no controlamos la espontaneidad de nuestra voluntad, de que no podemos tener en cuenta sus futuras decisiones como el modo de operar una fuerza de la naturaleza.

El partícipe, por otra parte, actúa con la conciencia de no poner directamente una causa (*naturale*) y de no ser *dominus causae*, sino de dejar al arbitrio de otro la relación causal y el *dominium causae*. Deja al criterio de otro la decisión de si el

resultado va a producirse. Pero este contenido de voluntad suyo no está formado arbitrariamente, sino que se deriva de la situación fáctica objetiva, y así un partícipe que objetivamente dadas las circunstancias, sólo aporta una actividad de partícipe, no puede convertirse en coautor por su meros pensamientos, intereses y motivos, al igual que una persona por el mero tinte subjetivo de su *dolus* tampoco puede verse degradada del papel de coautor al de cómplice.

La que más conocida ha llegado a ser es la teoría de FRANK, asimismo perteneciente a este entorno, que distingue entre causalidad física y causalidad psíquica. La autoría pertenece al ámbito de la causalidad física; la participación, al de la psíquica.

Así dentro de estas teorías el punto de vista esencial para delimitar la autoría y participación es que, entre la acción y el resultado medie o no la voluntad del otro. El que decide si el hecho conduce al resultado, asume la posición central, desplazando a la periferia a los demás, que sólo a través de él pueden influir en el resultado.

Por otra parte esta distinción presenta puntos flacos difíciles de soslayar, en que se refleja la asepsia valorativa del planteamiento causal. No cabe explicar la autoría mediata a través de la distinción entre causalidad directa e indirecta, física o psíquica. Pero también al determinar la coautoría fracasa en muchos casos esta distinción, pues la limita a cursos causales independientes entre sí, modo de proceder que conduce a un aislamiento de los actos individuales semejante al de la teoría objetivo formal.

1.4.2.4, Teoría de la supremacía del autor (teoría de la supremacía)

Con independencia uno de otro, pero del mismo modo en lo esencial en cuanto al contenido, DAHM Y Richard SCHMIDT han desarrollado la concepción de que la coautoría y la complicidad han de distinguirse con arreglo a sí, considerando las

circunstancias del caso concreto, se da una relación de equivalencia (coordinación) o de subordinación o supremacía.

Define DAHM: Quien Toma parte con otro en la lesión de un bien jurídico es coautor si su comportamiento, con arreglo a la situación objetiva completa, verificable valorando todas las circunstancias del caso en particular, se presenta como equivalente (coordinado) al otro comportamiento, con vistas a la lesión del bien jurídico; cómplice en las mismas circunstancias si su comportamiento aparece como subordinado.

Esta teoría ofrece evidentes ventajas frente a las debatidas. Evita los defectos de una concepción formal, generalizadora y que, por tanto, no puede dejar de ser unilateral. El punto de vista de la supremacía y la subordinación ofrece un baremo sumamente elástico que deja amplio margen para la individualización. Por otro lado tampoco incurre en el riesgo de la completa vaguedad, que convierte en inidóneos para la delimitación a conceptos puramente normativos como el de peligrosidad. El que se de relación de equivalencia o subordinación no es cuestión de enjuiciamiento subjetivo, sino que resulta susceptible de concreción con auxilio de puntos de vista subjetivos. Es teoría precursora directa de la del dominio del hecho. Pero conceptualmente hay numerosos supuestos críticos en los que precisamente es dudoso si se da una relación de supremacía o subordinación. Una teoría así para ser llevada a la práctica debería elaborar al menos los baremos rectores sobre los cuales se fundamentaría la delimitación en los supuestos concretos.⁸¹

1.5. TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

1.5.1 El dominio del hecho y las formas de autoría

Es ante la insuficiencia y el riesgo de las teorías estudiadas para determinar la figura de autor, que ha resultado decisivo tener en cuenta el criterio objetivo de la

⁸¹ Cfr. ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 56 a 69.

producción del hecho típico, que respeta la legalidad, pero asimismo, atendiendo al concepto de la acción en un sentido final. Es decir, para definir quién es autor es indispensable tener presente la real aportación al hecho de quién interviene en la comisión y, en este sentido, reconocer que autor es quien tiene el dominio del acto.

82

Quizá el primero que utilizó la expresión del dominio del hecho fue HEGLER en 1915, en una monografía sobre "*Los elementos del delito*", aunque sin tener el significado que tiene hoy día.⁸³ Esta teoría es iniciada por LOBE (1933), es desarrollada por WELZEL (1939) e impulsada esencialmente por ROXIN (1963). Para WELZEL el dominio final sobre el hecho es la característica general de la autoría, por lo que considera que autor es sólo aquel que mediante la dirección consciente del curso causal hacia la producción del resultado típico tiene el dominio de la realización del tipo.⁸⁴

A partir de WELZEL el concepto del dominio del hecho se cuenta entre los activos sólidos de la dogmática penal. De ahora en adelante su destino ya no forma parte de la historia, sino del estado evolutivo actual. El inicio de su avance hasta convertirse en la concepción hoy casi dominante se remonta a WELZEL, pero las características del concepto proceden de HEGLER, y su contenido material puede rastrearse hasta los comienzos de las teorías de la participación que albergan determinados elementos de la idea del dominio del hecho, si bien sólo de forma velada. Todas ellas integran los cimientos de la teoría del dominio del hecho, que aparece como síntesis afortunada de los puntos de partida hasta entonces inconexos y como coronación de una larga evolución dogmática.⁸⁵

Sin embargo hay una teoría a la que no se le ha prestado atención: la concepción de LOBE, que no se presenta como precursora sino como primera

⁸² MALO CAMACHO, Gustavo, *Op. cit.*, p. 489.

⁸³ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 30.

⁸⁴ CALDERON CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Op. cit.*, p. 362.

⁸⁵ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 83, 84.

formulación cabal de la idea del dominio del hecho. LOBE parte de una crítica a la doctrina del *animus auctoris*, enlazando a ésta la siguiente reflexión: Lo esencial de la autoría no es sólo la existencia de una voluntad con el contenido de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de manera que el hecho se ejecute bajo su dominio; que la voluntad también domine y dirija la ejecución tendiente a su realización. Quien es autor se determina por tanto con arreglo a estos dos elementos subjetivo-objetivos. Se posibilita así también una delimitación suficiente de la participación con respecto a la autoría. En la participación falta el dominio de la acción ejecutiva, encaminada a realizar el resultado, siendo esta acción más bien desencadenada y dominada por la voluntad de otro. En este contexto habla LOBE del *animus domini* en conexión con el correspondiente *dominare* al ejecutar como criterio de la autoría. Aquí aparecen expuestas concisamente las ideas básicas, aún válidas, de la teoría del dominio del hecho. No obstante se suele considerar como fundador de la teoría del dominio del hecho a WELZEL y no a LOBE, lo cual obedece a razones históricas y es que fue WELZEL fue el primero en otorgar efectividad a esta teoría coadyuvando a que finalmente se impusiera, mientras que la aportación de LOBE, en su tiempo no llegó a ejercer influencia alguna.⁸⁶

Indica GALLAS, que la diferenciación entre autoría y participación no hay que hacerla partiendo del principio de que los tipos penales describen meros procesos causales, estableciendo las diversas clases de responsables en atención a una determinada relación con esa causalidad, sino que debe hacerse sobre la base de una unidad de sentido final-causal.⁸⁷

Desde la teoría final de la acción, que no es sólo una teoría más sobre la autoría y participación, sino que es parte fundamental de un sistema penal, y como consecuencia de la ubicación sistemática del dolo en el tipo, el elemento que caracteriza la autoría es, precisamente, el dominio del hecho. Si la acción humana se

⁸⁶ *Ibidem*. p. 84, 85.

⁸⁷ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 30.

entiende como un suceso finalmente dominado por la voluntad, la cuestión de quien ha realizado el hecho, esto es, la acción adecuada al supuesto típico, y por tanto, quien es autor de la misma, debe resolverse en el sentido de aquél que ha tenido el dominio final del suceso.⁸⁸

Basado en un concepto personal de lo injusto y a diferencia de los otros planteamientos, el dominio del hecho opera directamente sobre la teoría de lo injusto, donde el tipo y sus límites son decisivos para la determinación del concepto de autor. No se trata de un criterio de autoría que se concentre en la ontología de la acción para precisar su dominabilidad, ni tampoco de un criterio deducido directamente de los tipos penales, sino que el dominio del hecho responde a un reflejo de la teoría finalista de la acción que debe proyectarse sobre las acciones tal y como las configura el legislador en los tipos penales. El contenido ético-social del hecho resulta decisivo para determinar el objeto del dominio de hecho y por eso acuñó WELZEL la expresión "*dominio social del hecho*".⁸⁹

Así se ha observado, con razón, que autor es quién tiene el dominio final del hecho; es quien manifiesta tener "*el señorío sobre el acto*", con lo que se superan las inconveniencias que plantea el conceptuar al autor a partir de la casualidad. El autor final es señor y dueño de su decisión y ejecución y con esto es dueño y señor de su hecho al cual le da forma conscientemente en su existencia y en su forma. Autor es el señor sobre el hecho, en cuanto él tiene el dominio sobre la decisión y la ejecución.⁹⁰

Si autor es únicamente quien causa un ilícito, conforme a la equivalencia de las condiciones, naturalmente la participación implica una forma de autoría, por lo que no hay armonía cuando de acuerdo con la ley se previene la disminución en la penalidad, para la participación; en cambio, cuando con más precisión, se observa que el autor de un injusto doloso, más que ser el que causa el resultado, es quien

⁸⁸ CALDERON CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Op. cit.*, p. 363.

⁸⁹ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 31, 32.

⁹⁰ WELZEL, Hans, *Op. Cit.*, p. 82, 83.

tiene el dominio del hecho, se superan las dificultades. En el injusto doloso la autoría se limita por la finalidad que da el dominio del hecho, en tanto que en la autoría culposa se determina por causalidad, a su vez limitada por las normas que individualizan el deber de cuidado. Esta orientación aparece reconocida como teoría final objetiva.⁹¹

Esta teoría de la intervención criminal catalogada por la doctrina penal como una parte de la teoría del tipo, se dirige a explicar las circunstancias necesarias para determinar que alguien es autor de una conducta típica, así como aquellas establecientes de que la punibilidad se prolongue a otras acciones de otros agentes que no han obrado con dominio del hecho en la ejecución material del evento punible, pero que de alguna forma han colaborado a su realización. Desde luego, en esta teoría objetiva, autor es quien con dominio del hecho realiza por su propia persona todos los elementos del tipo objetivo; el dominio del hecho se produce únicamente cuando hay dolo en la actuación del autor, y como quiera que no existe participación sin autoría tampoco habrá participación sin un hecho principal de autor sin dolo. Por lo mismo, el autor adquiere un papel preeminente en la consumación del delito, aunque, aclarando, que ya la idea de autor actualmente no se constriñe al concepto de autoría individual de propia mano.⁹²

El dominio del hecho lo ostenta quien retiene en sus manos el curso, el “*si*” y el “*como*” del hecho, pudiendo decidir preponderantemente al respecto; es el que tiene el poder sobre la configuración central del hecho. Este criterio exige siempre una valoración que debe concretarse frente a cada tipo y a cada forma concreta de materializar una conducta típica. No puede fundarse en criterios puramente objetivos ni puramente subjetivos, sino que abarca ambos aspectos y requiere una concretización en el caso efectivamente dado. El criterio del dominio del hecho se rige por aspectos tanto objetivos como subjetivos, puesto que el señorío del autor sobre el curso del hecho lo proporciona tanto la forma en que se desarrolla en cada

⁹¹ MALO CAMACHO, Gustavo, *Op. cit.*, p. 489, 490.

⁹² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código Penal Para el Distrito Federal Comentado*, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 2001, p. 42.

caso la causalidad como la dirección que a la misma se le imprime, no debiendo confundirse con el dolo, porque dolo hay también en la participación (el cómplice y el instigador actúan con dolo), sin tener dominio del hecho.⁹³

El punto de partida es el concepto restrictivo de autor con su vinculación al tipo legal. De esta forma la autoría no se puede basar en cualquier contribución a la causación del resultado, sino sólo en principio, en la realización de una acción típica. Sin embargo la acción típica no se entiende únicamente con una actuación con determinada actitud procesal, o como mero acaecer del mundo exterior, sino como unidad objetivo-subjetiva. El hecho aparece así como obra de una voluntad que dirige el suceso. Pero no sólo es determinante para la autoría la dirección de la voluntad, sino el peso objetivo de la parte del hecho asumida por cada interviniente. De ahí que sólo puede ser autor quien, según la importancia de su contribución objetiva, comparte el dominio del curso del hecho.⁹⁴

WELZEL estructura su teoría sobre el dominio del hecho en base a la separación entre ser y valor y, por ende, en su giro hacia lo ontológico se puede hacer un primer esbozo de la teoría de la siguiente manera: En materia de delitos imprudentes, al existir la teoría de la equivalencia de las condiciones, todas las causas son iguales, luego rige un concepto extensivo de autor. En cambio en los delitos dolosos, autor es quien tiene el dominio del hecho. Señor del hecho es aquel que, consciente del fin, lo configura en su existencia y forma de ser. En síntesis se da la autoría cuando concurren; el dominio final del hecho, los requisitos objetivos del autor y los requisitos subjetivos del mismo y en su caso, los requisitos de los delitos de propia mano.⁹⁵

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 607.

⁹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op. cit.*, p. 594.

⁹⁵ WELZEL, Hans, *Op. Cit.*, p. 88. 89.

Sin embargo había fijado un límite en su teoría, ya que no aceptaba que el sujeto de atrás llegaría a ser autor, decía que en estos casos no se trata de un autor mediato, sino de un inductor.⁹⁶

No cabe dejar de advertir que de este modo WELZEL, con su teoría del dominio del hecho, se aproxima a la teoría del dolo, pues su exigencia de que el autor ha de tener "*la voluntad incondicionada de realización*" equivale materialmente a las formulaciones de los partidarios de la teoría del dolo de que el autor "no reconoce otra voluntad superior a la suya" o de que "*llegado el caso, emprendería la acción personalmente*". También la caracterización que la autoría del dolo descubre para el partícipe de que "*deja a criterio del autor la ejecución del hecho*" no significa sino que al partícipe le falta la "*voluntad incondicionada de realización*". Por su contenido material, la teoría del dominio del hecho de WELZEL se presenta, como una evolución ulterior de la teoría del dolo, lo que ha reconocido el mismo al llamar al principio a su concepción "*teoría subjetiva ampliada*".⁹⁷

MAURACH y GÖSSEL dicen que autor es quien tiene en sus manos, abarcado por el dolo, el curso causal del hecho típico. Por lo tanto el dominio del hecho lo tiene todo aquel que puede impedir o hacer avanzar el hecho a su albedrío, el hecho hasta su resultado final.⁹⁸ Por ello se dice que han sido los más consecuentes sostenedores de la teoría del dominio del hecho, llegando a afirmar que basta un dominio intelectual sobre el hecho en cuestión.⁹⁹

Para precisar qué debe entenderse por dominio del hecho es preciso señalar que al igual que la acción típica y antijurídica, también la autoría se compone de elementos subjetivos y objetivos. Desde el punto de vista objetivo, consiste en tener en las manos el curso del acontecer típico, en la posibilidad fáctica de dirigir en todo momento la configuración típica. Por ello, además, subjetivamente es necesario que

⁹⁶ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 31, 32.

⁹⁷ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 87, 88.

⁹⁸ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op. cit.*, p. 517.

⁹⁹ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 89.

el autor tenga dolo de autor, esto es, la voluntad del dominio fáctico del hecho. Quien actúa y no sabe que tiene el dominio del hecho no es autor en este sentido.¹⁰⁰

Claus ROXIN, en su extraordinario libro de "Autoría y Dominio del hecho" de 1963, aborda la autoría en toda clase de delitos desde dos principios fundamentales:

- a) En primer lugar el autor aparece como figura central del acontecimiento típico. Esto es un concepto metodológico más que prejudicial.
- b) Y en segundo lugar, el dominio del hecho se configura como un concepto abierto.

El dominio del hecho en este caso, se manifiesta en el dominio de la propia acción típica, que no se pierde ni por la coacción ni por las circunstancias que excluyen la culpabilidad, ni en los casos de instrumentalización de un tercero, ya sea por coacción, error o incapacidad de culpabilidad. También hay dominio del hecho en los casos de autoría funcional.¹⁰¹

El dominio del hecho se manifiesta en tres formas diferentes: el dominio de la acción (*Handlungsherrschaft*); el dominio de la voluntad y la decisión (*Willensherrschaft*), para definir la autoría mediata, apareciendo el hecho como obra rectora de quien actúa sobre el instrumento; por último, el dominio funcional del hecho (*funktionales tatherrschaft*) como elemento esencial de la coautoría en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo. En cualquier caso el dominio del hecho requiere como presupuesto que el actor actúe con dolo, con voluntad final de realización del delito, y en segundo término, que su aportación tenga lugar en la fase de ejecución del delito pues no puede dominarse el hecho con una actuación en fase de preparación del delito.¹⁰²

¹⁰⁰ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op. cit.*, p. 316.

¹⁰¹ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 35.

¹⁰² CALDERON CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Op. cit.*, p. 363.

JAKOBS, a partir de una dogmática funcionalista normativo, ha elaborado la idea del dominio, para los delitos de dominio, de un modo similar. Así, distingue entre un *dominio del hecho formal*, en el caso del autor único que decide sobre el hecho y lo ejecuta de propia mano, *el dominio del hecho material como dominio de la decisión*, para la autoría mediata, y *el dominio del hecho material como dominio de la configuración*, para la coautoría. Así las múltiples variantes que se derivan de las posibilidades de dominio y división del trabajo no pueden darles solución o formulas que se orienten a modelos únicos. La autoría hay que definirla más bien como dominio en al menos uno de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución de hecho, no siendo relevante el dominio del hecho *per se*, sino en tanto que fundamenta una plena responsabilidad del hecho. Por eso, con la distribución de dominio diferentes en su contenido no es que se reúnan elementos heterogéneos ni siquiera nominalmente, sino que todos los elementos heterogéneos en un aspecto: Son los actos de organización que fundamenta plena responsabilidad.¹⁰³

Sin embargo como pone manifiesto ROXIN el dominio del hecho no es una característica general de la autoría sino solamente de los delitos que llama *delitos de dominio* que se distinguen de los *delitos de lesión de un deber específico*. En estos delitos la figura central del tipo no se define por el dominio del hecho y es autor, no quien domina el hecho, sino quién lesiona el deber específico de que se trate. Así, en los delitos especiales propios y en los delitos de omisión es autor quien infringe el deber específico cualquiera que sea su aporte objetivo al hecho, esto es, aunque objetivamente su contribución a la de participe, siempre que concurren los demás elementos de la autoría. Cuando quien tiene el deber especial no tiene el dominio del hecho, sino que lo tiene el *extraneus*, la teoría ofrece la solución de la autoría mediata, pues la participación no es posible ya que quien tiene el dominio del hecho no puede ser autor por no tener la cualificación requerida en el tipo.¹⁰⁴

¹⁰³ JAKOBS, Günther, *Op. Cit.*, p. 741,742.

¹⁰⁴ CALDERON CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Op. cit.*, p. 363, 364.

Sin embargo tampoco faltan voces escépticas. Así por ejemplo, opina ENGISCH que el concepto del dominio del hecho nos lleva significativamente más allá de otras ideas afines, más antiguas; BAUMANN dice que no se ha hallado en el dominio del hecho un criterio novedoso y autónomo; HARDWING considera que el concepto del dominio del hecho no es "*el punto final de la agudeza teórica*" y SCHWALM entiende que la sustitución de la "*voluntad del autor*" por el "*dominio del hecho*" supone simplemente un cambio entre conceptos iguales carentes de contenido.¹⁰⁵

En este sentido, son fuertes las críticas de GARRIDO MONT, que dice que esta teoría no resuelve los problemas de la autoría, por ser "*el dominio del hecho*" una noción vaga e imprecisa que podría servir para todo. Por lo demás, dice, se reconoce que no es posible dar una definición general del dominio del hecho y que en cada caso concreto hay que determinarlo, lo que demuestra que se trata de un criterio valorativo poco aprehensible; esto es se reconoce bajo diversos subterfugios, tales como el de que es "*un principio ejecutivo*" con carácter de "*concepto abierto*", el que en todo caso hay que complementar con las características especiales de autor, como son los denominados elementos de la autoría y los elementos subjetivos del tipo.¹⁰⁶

Por su parte ÑÚÑEZ, en sus críticas a esta teoría, pone de manifiesto que, el reconocimiento de la calidad de autor por fuera o más allá de lo que surge de la realización del hecho típico supone un peligroso abandono del principio de legalidad, ya que la autoría y el consecuente castigo no han de quedar supeditadas a que el imputado haya trasgredido la ley previa y, por tanto, puede ser castigado como autor quien no ejecutó la acción punible.¹⁰⁷

A pesar de la críticas que hemos señalado, no se puede negar la influencia y la vigencia que esta teoría tiene en la dogmática, la legislación y la jurisprudencia

¹⁰⁵ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁶ GARRIDO MONT, Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Editorial jurídica de Chile, 1ª edición, Chile, 1992, p. 300.

¹⁰⁷ FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 335, 336.

actual, tanto en nuestro país, como en todos los países de tradición jurídica romano-germánica.

Por último cabe hacer mención, que una vez que fueron citadas las diversas teorías que han estudiado el concepto de autor a lo largo de la doctrina penal, así como haber hecho las correspondientes precisiones y críticas en torno a ellas, como ya se dijo en el cuerpo del presente trabajo de investigación profesional, la teoría que tiene una aplicación más apegada al devenir histórico que vivimos, ya que da una mayor claridad al concepto de autor, y que por consiguiente para el desarrollo de este trabajo tendrá aplicación, es la Teoría del Dominio del Hecho.

CAPÍTULO SEGUNDO

2.1. CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA

Para abordar de forma precisa nuestra exposición hemos de puntualizar, de inicio, las distinciones semánticas necesarias.

Al referirnos a la palabra "*definición*" hemos de distinguirla del término "*concepto*", según el Diccionario de la Lengua Española, definir es "*fixar con claridad, exactitud y precisión la significación de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa*", mientras que concepto "*es la idea que concibe o forma el entendimiento, es el pensamiento expresado con palabras*".¹⁰⁸

La noción de autor mediato responde de un concepto natural de autor, es decir, a una realidad sustancial, pues, sucede a menudo, que los hombres realizamos diversos hechos a través de otras personas que actúan como instrumentos. La mediatez con que se produce el resultado no impide que atribuyamos como su obra a aquél que actuó detrás del instrumento.

El autor mediato viene en contraste o complemento al concepto de autor inmediato. Según es generalmente sabido –pero no siempre aceptado– el autor del hecho punible puede ser tanto mediato como inmediato.

Es autor inmediato aquél que ejecuta por sí mismo el delito. En la literatura alemana se le describe como quien lo hace de propia mano (*eigenhandige*). Esto último es aceptable, siempre que se le entienda en su sentido metafórico y no literalmente – como si el autor sólo fuera inmediato cuando actúa a "*mano limpia*"– pues el autor, en efecto, sigue siéndolo de propia mano cuando para la realización del hecho se vale de un instrumento propiamente como tal, como un revólver, una

¹⁰⁸ Cfr. *Diccionario de la Lengua Española, tomo I*, Ed. Espasa. 21ª edición, España 2001, p. 738 y 611.

maquina, un perro, o en ciertos casos incluso un hombre, el cual emplea como un verdadero objeto sin voluntad. El autor mediato es el que se sirve de la conducta de otro para la ejecución del delito, de conformidad con ella, presupone, por lo menos, la realización de una conducta, ya que cuando, por el contrario, se le maneja como a un puro cuerpo físico que se mueve sin intervención de su voluntad, el que lo hace así es, en realidad autor inmediato. Ejemplo: autoría inmediata cuando se causan daños, en la hipótesis de que una persona empuja a otro, haciéndolo caer sobre la vitrina de un establecimiento comercial para quebrarla.¹⁰⁹

Una vez, precisado lo anterior, partiendo de los conceptos, hemos de llegar así a las definiciones que han propuesto diversos y destacados autores.

Dentro de nuestro derecho positivo, encontramos en el Código Penal Federal en su artículo 13 fracción IV, lo que evidentemente se define como autoría mediata pues hace referencia a los que lleven a cabo el delito sirviéndose de otro. Esta forma de autoría fue incluida en el Código Penal, por reformas el 30 de diciembre de 1983, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984 y entró en vigor 90 días después.¹¹⁰ Antes sólo se consideraba, en la segunda fracción del mismo artículo, el compelimiento como única forma de autoría mediata. En el Código Penal para el Distrito Federal encontramos la descripción correspondiente en el numeral 22 fracción III.

Dice SOLER que autor mediato es *"el que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es culpable, o no es imputable; pero es autor."*¹¹¹ Este autor excluye la preeminencia de la teoría del dominio del hecho y adopta una posición apegada a la noción causalista de la teoría del delito. Por ello aquí se debe entender la culpabilidad como el nexo intelectual y volitivo que une al sujeto con su hecho y la

¹⁰⁹ CURY URZÚA, Enrique, *Homenaje al Profesor Jorge Frias Caballero*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata, Argentina, 1998, 147

¹¹⁰ RUIZ HARRELL, Rafael, *Código Penal Histórico*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002, p. 18.

¹¹¹ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Tomo II*, Ed TEA, 10ª reimpresión, Buenos Aires, 1992, p. 287.

imputabilidad, como presupuesto de la culpabilidad, se interpreta como la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal.

Según MALO CAMACHO, será autor mediato el que se vale "*de un tercero para la comisión de su conducta o hecho injusto.*"¹¹² Aquí el autor, perteneciente a la misma corriente que el anterior (aunque con algunas reservas), reitera el elemento principal de la autoría mediata que es la comisión del ilícito penal por medio de un tercero sin hacer ninguna aportación y sólo distingue, desde el punto de vista de la doctrina causalista italiana, entre los delitos de resultado formal que se colman con la simple conducta y los delitos de resultado material que se cumplen con un hecho.

El maestro PAVÓN VASCONCELOS define al autor mediato como "*al que para realizar el delito se vale, como ejecutor material, de una persona exenta de responsabilidad, bien por ausencia de conducta, por error o por ser inimputable.*"¹¹³ Interesante nos resulta pues, el maestro precisa que la persona que ejecuta el delito está exenta de responsabilidad, persona la cual no responderá por el delito cometido, ya que quien será responsable del actuar ilícito y responderá por el mismo es la persona que se vale de la persona exenta de responsabilidad.

MEZGER define al autor mediato como "*el que admite que otra persona, de la que se sirve como instrumento, realiza para él mismo, total o parcialmente, el tipo de un hecho punible.*"¹¹⁴ No estamos de acuerdo cuando MEZGER nos dice que el autor mediato "admite" que la otra persona realice la conducta típica, semántica y jurídicamente al emplear esa palabra considera que el autor mediato "acepta" o "permite" la actuación del ejecutor y no puede ser eso, sino que, como diría ROXIN, domina su voluntad y su decisión, así pues, no se puede entender que se trata de una concesión que el autor mediato hace de aceptar la conducta del ejecutor, pues como el mismo precisa (cuestión que es de resaltar en esta definición, ajeno a la

¹¹² MALO CAMACHO, Gustavo, *Op. cit.*, p. 490.

¹¹³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, 12ª edición, México, 1995, p. 541.

¹¹⁴ MEZGER, Edmund, *Op. cit.*, p. 309.

posible contradicción que ella represente), el autor mediato utiliza a otro en calidad de "instrumento" y además nos dice que este "instrumento" puede ejecutar total o parcialmente el hecho típico, situación que aparece como novedad.

Por su parte, MAURACH nos dice que es autor mediato "*quien para la ejecución de un hecho punible que se puede cometer con dolo, se sirve de otro ser humano como instrumento.*"¹¹⁵

BACIGALUPO, propone considerar autor mediato al 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."¹¹⁶ Así es muy claro que se presupone ya (como en la mayoría de los autores actuales) en virtud de la tendencia actual, el dominio del hecho (de la voluntad y de la decisión) y además precisa que para ser autor mediato se debe de cumplir, como en los demás casos de autoría con las condiciones generales y específicas que se exigen a la persona que ha de responder por el delito a título de autor

Así, después de hacer un breve recorrido por algunas de las definiciones más representativas y más útiles, y una vez hecho un breve análisis de las mismas hemos encontrado ya los rasgos esenciales y característicos de la autoría mediata; veamos ahora la definición que nos proporciona el Código Penal para el Distrito Federal que nos parece muy acertada, por ser escueta, precisa y descriptiva de dicho concepto en su esencia, pues dicho ordenamiento legal en su artículo 22 fracción III señala: "... Son responsables del delito, quienes...lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento...".

Si queremos una definición más amplia y descriptiva, pero no por ello menos clara, distintiva y precisa, adoptamos la definición del célebre maestro Ignacio VILLALOBOS, que con brillantez describe al autor mediato como "el que realiza el delito

¹¹⁵ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op. cit.*, p. 328

¹¹⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 1987. p. 325.

a través de una persona exenta de responsabilidad que, por lo mismo, no es partícipe (autor) en el delito sino simplemente en el acto material, como instrumento físico y no como sujeto de la infracción penal."¹¹⁷

Así, dentro de la doctrina jurídico penal existe gran acuerdo con esta definición (con pequeñas reservas o variaciones), por lo que estamos autorizados a decir que la definición de autor mediato es uniforme y ello facilita su manejo, comprensión y estudio.

Por el momento, para no adelantarnos al desarrollo de nuestro tema, nos conformaremos con precisar que para nosotros autor mediato es "*el que realiza el delito valiéndose de otro que actúa como instrumento*". Entonces, no consideramos necesario hacer más descripciones, pues estimamos que ello es suficiente para destacar los rasgos esenciales y primarios de la autoría mediata.

Por último, cabe resaltar el empeño que algunos han puesto en combatir esta denominación de "*autores mediatos*", suponiendo que sólo tiene sentido dentro de la teoría de la accesoriedad. No cabe duda sobre que, en sentido lógico y gramatical, el irresponsable que materialmente ejecuta cualquier acto de los que para un sujeto normal se califican como delitos, participa en los hechos; pero en el concepto jurídico-valorativo que hace referencia a la participación en el delito como tal y en la responsabilidad, el incapaz seguirá siendo excluido y sólo contará con quien lo forzó, quien lo indujo o quien lo engañó. De allí precisamente el nombre de autores mediatos; no porque se considere indispensable la presencia de un autor material, inmediato, del cual sean satélites o accesorios los demás responsables, sino precisamente porque, si en uno de los delitos hay esos ejecutores responsables, o autores materiales, en otros no hay y no queda más que un autor que ha ejecutado el delito a través de esa persona irresponsable, lo que pone en su acción esta nota característica de no actuar en concurso sino valiéndose de un instrumento, aunque

¹¹⁷ VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano Parte General*, Ed. Porrúa, 5ª edición, México, 1990, p. 485.

instrumento humano; en otras palabras, de no ser coautor con otro sino *autor a través* de otro que no puede considerarse como sujeto del delito.¹¹⁸

2. 2 ELEMENTOS DE LA AUTORÍA MEDIATA

Una vez que ha quedado definido de forma por demás clara el término de autoría mediata, se desprende que los elementos que integran la misma son los siguientes:

- 1.- Elementos personales;
- 2.- La culpabilidad en el sujeto de atrás;
- 3.- El iter criminis.

2.2.1 Elementos personales

La autoría mediata exige la presencia de al menos dos personas las cuales son denominadas sujeto de atrás o autor mediato e instrumento, los cuales concurren a la comisión del tipo penal, y como mínimo, una de ellas ha de estar instrumentalizada en relación con la otra.¹¹⁹

2.2.1.1 Sujeto de atrás o autor mediato

El vocablo mediato, denota lo que esta próximo en tiempo, lugar o grado a algo y deriva del latín *mediatus* que es el pasado participio de *mediare*, que significa en castellano mediar.¹²⁰

El autor mediato toma parte directa e inmediata en la ejecución del hecho, empleando un instrumento humano su forma de cometer el hecho es recurrir a otra

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 487.

¹¹⁹ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 81.

¹²⁰ Cfr. *Diccionario de la Lengua Española, tomo I, Op. cit.*, p. 1476.

persona para que se consume su designio, de igual modo que si empleara un artefacto o un animal, aunque el símil sea antipático.¹²¹

Dice CUELLO CALÓN, que el hecho punible no lo realiza el agente de manera personal acudiendo a fuerzas vitales extrañas a su persona que emplea a modo de instrumento, para su perpetración.¹²²

Lo característico de la autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor en virtud del dominio superior de la decisión, dice JAKOBS. Superior en el dominio de la decisión quiere decir: Al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputación, y de este dificultar es responsable el autor mediato. La autoría mediata no es posible en la actuación plenamente delictiva (dolosa y culpable) del ejecutor.. Pero el autor mediato no siempre tiene que obrar de modo plenamente delictivo.¹²³

El autor mediato no realiza el hecho delictivo por sí mismo en cada una de sus fases, no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino por medio de otro, lo que da lugar a la situación que puede entenderse como el "*hombre de atrás*" que se sirve de otra persona que es instrumento para realizar el hecho, de tal forma que el suceso aparece como obra de la voluntad del autor mediato. En cualquier caso, el instrumento debe realizar una acción en sentido jurídico penal. Por ello son casos de autoría directa aquellos en que el autor ejerce fuerza física irresistible. Visto desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho quien realiza la acción adecuada al supuesto de hecho no tiene el dominio del hecho.¹²⁴

El autor mediato debe reunir todas las características especiales de la autoría requeridas para el autor inmediato, tanto objetivas entendiéndose estas como los requisitos materiales que exige el tipo al sujeto activo, así como las subjetivas que se

¹²¹ GARRIDO MONT, Mario, *Op. cit.*, p. 308.

¹²² CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal Tomo I Parte General*, Ed. Bosch, 16 edición, Barcelona, 1971, p. 630.

¹²³ JAKOBS, Günther, *Op. Cit.*, p. 761, 762.

¹²⁴ CALDERON CEREZO, A y CHIOCLAN MONTALVO, J.A., *Op. cit.*, p. 367.

conciben como la intención o sentido que exige el tipo al autor, por ejemplo el ánimo de dominio en el delito de fraude, por lo que deben concurrir así mismo los eventuales elementos típicos especiales descriptivos del sujeto por los delitos de propia mano y especiales, así como en los hechos punibles por omisión. Así, el autor mediato se debe encontrar plenamente calificado para cometer el hecho.¹²⁵

Su autoría se funda en el dominio del hecho que en ningún caso puede entenderse como un dominio sobre un proceso causal ciego; de lo contrario, no sería posible una distinción entre autoría y participación. Por otra parte, la imputación objetiva, considerada necesaria, sólo es posible por la existencia del dominio del hecho, entendido como un dominio de la acción final de otro ser humano, es decir, del intermediario. Este dominio justifica la imputación de la conducta del intermediario al "*hombre de atrás*" como una conducta propia de éste. Por dicha razón el dominio del hecho no puede ser determinado por reglas preestablecidas, como ocurre en los casos de utilización de objetos sin vida, mecánicos; cuando se recurre a un intermediario humano, en mayor o menor medida responsable, el dominio del hecho debe de ser investigado según la configuración concreta del caso particular, contexto dentro del cual ciertas constelaciones de casos en alguna medida típicas pueden servir de indicio para establecer el dominio del hecho del "*hombre de tras*", empero, sin que ello ocurra necesariamente y sin excepciones.¹²⁶

Se debe de precisar que, el autor mediato no causa o colabora en un hecho ajeno, sino que realiza por sí mismo el hecho propio, aunque mediante la incorporación de otro ser humano como un sujeto en sí idóneo para la comisión responsable del hecho. El autor mediato es siempre autor y no participe, independientemente de quién sea el instrumento.¹²⁷

Ahora bien, así como se acepta que el hombre puede efectuar determinadas obras predisponiendo y sirviéndose de animales o de aparatos mecánicos, hay que

¹²⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Op. cit.*, p. 327.

¹²⁶ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op. cit.*, p. 336.

¹²⁷ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 46.

admitir igualmente que puede realizar ciertos hechos a través de otras personas que obran como instrumentos. Así el Tribunal Superior de España (en 1967) califica a estas personas de "*maquina humana que los artifices del delito manejan para la ejecución de este*". Y en la Exposición de Motivos del proyecto oficial alemán de 1962, se asegura que no es posible hacer distinción entre los casos en los que el sujeto se vale, para cometer un hecho delictivo, de cosas y aquellos en los que se sirve de un hombre, y se pone de relieve que resulta apropiado, y correspondiente con la concepción popular, dispensar el mismo tratamiento al autor mediato y al inmediato.¹²⁸

La actividad que convierte al sujeto de atrás en autor mediato de un delito, utilizando a otra persona para ello, puede tener lugar bien actuando directamente sobre ésta para que ejecute una determinada acción o bien ejerciendo una influencia indirecta, es decir, sobre la situación fáctica en la que actúa el instrumento. En este segundo caso, el desenvolvimiento de la actividad del instrumento, en esa situación creada o configurada por el sujeto de atrás, determina la producción del delito¹²⁹

2.2.1.2 Instrumento

El aspecto central de la autoría mediata radica en la degradación de un ser humano a la categoría de un medio material no libre para la obtención de fines delictivos, en el abuso de una persona en cuanto instrumento. Sólo quien posee el dominio del hecho está en situación de abusar de otra persona para su ejecución. En oposición al inductor, cuyo rol se agota luego de la provocación del deseo maligno y se somete a la voluntad del autor principal, el autor mediato mantiene, desde un comienzo y hasta el final, el control del desarrollo de los acontecimientos. Aún en las escasas situaciones en las que el instrumento actúa de forma plenamente delictiva para su persona, el "*hombre de atrás*" mantiene una reserva de fuerzas que le permite utilizar al actuante directo como un mero instrumento. Sin embargo, en la

¹²⁸ LUZÓN CUESTA, José María, Compendio de Derecho Penal Parte General, Ed. Dykinson, 9ª edición, Madrid, 1997, p. 209.

¹²⁹ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 118.

gran mayoría de los casos, el abuso del que es objeto el instrumento no sólo es reconocible psicológicamente (como en el caso de la sujeción del autor, en sí mismo capaz de culpabilidad), sino también en forma indiciaria del delito; en la autoría mediata prevalecen los casos en los cuales a la acción del intermediario le falta un elemento esencial del delito.¹³⁰

El autor emplea a otro sujeto como "*medio*" de ejecución, de modo que este sujeto ignore lo que realmente está realizando o va a realizar. Actúa engañado en cuanto a la naturaleza de su quehacer, o carece de la capacidad para comprenderlo, por sus condiciones personales o circunstanciales (usar a un incapaz, o a un menor). En estos casos excepcionales puede darse la hipótesis de un instrumento doloso, pero si bien el instrumento actúa con dolo, su voluntad no está dirigida al objetivo verdadero del proceso causal en que actúa, y que sí lo sabe y persigue el autor mediato, de modo instrumentalizado siempre está en la ignorancia del verdadero sentido de su actuar.¹³¹

Sólo es posible la autoría mediata donde el hecho es realizado típicamente bajo la utilización de un instrumento, y tales instrumentos, después de las influencia final del autor, pueden continuar realizando por sí mismos –sea accionando de modo puramente mecánico o en cierto ámbito intencional- y provocar así el resultado dirigido. Tales tipos forman básicamente todos los delitos de resultado (lesión de bien jurídico).¹³²

En todo caso conviene puntualizar: primero que el concepto de instrumento en la autoría mediata, ha de reservarse a una persona humana y nunca a cosas o animales; segundo que el mismo no ha de actuar libremente pues en tal caso no habría autoría mediata, sino inducción u otra forma de participación o autoría.¹³³

¹³⁰ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op. cit.*, p. 332.

¹³¹ GARRIDO MONT, Mario, *Op. cit.*, p. 308.

¹³² WELZEL, Hans, *Op. cit.*, p. 93.

¹³³ LUZÓN CUESTA, José María, *Op. cit.*, p. 209.

Sin embargo no se han dejado de formular críticas al "*instrumento*", así las que formula CURY URZÚA, pues nos dice que, se tiene que convenir que hay casos en que el ejecutor material se ha transformado, por obra de la maquinación del hombre de atrás, en un puro objeto del que éste se sirve como podría hacerlo con una pistola o una daga. Pero con esto aun no se solucionarán algunas de las dificultades más complicadas que provocan la autoría mediata. Porqué, ¿hasta dónde llegaremos con esa asimilación entre ser humano y objeto?. Cuando "*JUAN*" ataca a "*PEDRO*" con una pistola o un puñal, éste es decir "*PEDRO*" puede repeler la agresión destruyendo esos instrumentos, sin detenerse a considerar medios de evitarla –como la fuga o la persuasión- porque de acuerdo con la opinión completamente predominante la legítima defensa no es subsidiaria, salvo excepciones impuestas por la consideración social, no se está obligado a retroceder ante el injusto. Pero, ¿estarán dispuestos a aceptar la misma solución cuando el instrumento de que se sirve el atacante es alguien que obra sin dolo?. Se objetará, quizás, que en este caso se encuentran en juego un bien jurídico de un tercero inocente, por lo que no se debe resolver con arreglo a las normas que regulan la legítima defensa, sino a las que rigen el estado de necesidad. Pero para comenzar ¿se trata de un tercero inocente o es, como se pretende, un puro instrumento agresivo semejante a una daga o a un revolver?. Pues, que se sepa, los puñales o las pistolas no son titulares idóneos de bienes jurídicos. Además, aun sorteando estos inconvenientes, el resultado de la posición expuesta es sumamente insatisfactorio. Porque en tal caso, si para evitar la agresión, el agredido no tiene otra alternativa que matar al "*instrumento*", el agredido no podrá invocar el estado de necesidad, puesto que el bien jurídico sacrificado no es la propiedad ajena y tampoco de menor valor que el que se trata de salvar, de manera que sólo tendrá para defenderse en el juicio una causal de exculpación suprallegal que de ninguna manera es aceptada generalmente

Cabe decir que existen posiciones claras, como la de Günther JAKOBS. que dicen, que también el instrumento es –supuestos el dolo y los elementos de la autoría específicos del delito- autor, por lo general mediante dominio de la acción, y casi siempre también mediante dominio de la configuración. La autoría se deduce,

también en la autoría mediata, de la realización del tipo. El que, entre otros extremos, la exculpación del instrumento pueda ser condición de la autoría del autor mediato no impide la relación individual respectiva de la autoría.¹³⁴

Por último sólo queremos decir, que se suele utilizar en la doctrina indistintamente los términos de instrumento, intermediario y ejecutor, para designar al "otro" por medio del cual comete el delito el autor mediato. En primer lugar instrumento es aquello de que nos servimos para hacer algo (del que nos servimos para cometer el delito), el intermediario es el que media entre dos o más personas (por lo que se puede entender que es el que media entre el autor mediato y la comisión del delito) y ejecutor es el que ejecuta o hace algo (es el que realiza el delito). Así podemos decir, que en general los tres términos se pueden utilizar para designar a la persona utilizada por el autor mediato, pero nos parece más correcto semánticamente y jurídicamente la palabra de instrumento, pues la palabra de intermediario tiene su uso más común en materia de comercio (el que media entre el productor y el consumidor de géneros y mercancías) y la palabra ejecutor puede dar lugar a confusión y creer mediante su uso que no es el autor mediato el que "ejecuta o hace" el delito como efectivamente sucede, aunque lo haga a través de un instrumento humano. Por lo que hemos de concluir que si bien los tres términos se utilizan indistintamente en la doctrina, nosotros preferiremos designar a este elemento de la autoría mediata como "*instrumento*" y además descartamos por completo la utilización de las palabras herramienta o arma, pues en ninguna de sus connotaciones tienen una referencia al actuar humano.

Una vez que en los párrafos precedentes, se ha establecido lo que se entiende por instrumento, de acuerdo a los fines que se persiguen con el presente trabajo, cabe citar a pesar de que en el cuarto capítulo se abundara más en ello, que como instrumento el sujeto de atrás o autor mediato, utilizara a una persona con la calidad de inimputable, o bien se aprovechara del error de un sujeto, a efecto de que perpetre la conducta contraria a la norma, por lo que debe entenderse como

¹³⁴ JAKOBS, Günther, *Op. Cit.*, p. 764.

inimputable aquel sujeto que al momento de realizar el hecho típico, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo a esa comprensión; mientras que por error se concebirá una falsa apreciación de la realidad.

2.2.2 La culpabilidad en el sujeto de atrás

Previo al estudio de este elemento de la autoría mediata, cabe citar que debemos entender a la culpabilidad desde la teoría finalista hasta la dogmática penal predominante en nuestros días, como un elemento subjetivo del tipo, por lo que culpabilidad es el nexo subjetivo que une al sujeto con su resultado.

De este elemento subjetivo, se desprende que el sujeto de atrás o el autor mediato, perpetra su acontecer delictual de forma dolosa (a pesar de que también lo puede realizar culposamente), y si bien es cierto tocaremos este punto cuando arribemos al cuarto capítulo que integre este trabajo, cabe citar que debemos entender que obra dolosamente el que conoce y quiere todos los elementos del tipo objetivo.

2.2.3 El iter criminis

El iter criminis se interpreta como el camino del delito y se refiere a las fases que sigue el delito desde su ideación hasta su agotamiento.

Esté para su estudio se divide básicamente en dos partes, la primera es la fase interna o subjetiva y la segunda es la etapa externa o de igual forma denominada objetiva.

La fase subjetiva toma vida cuando el delito no ha sido exteriorizado, es decir que únicamente se encuentra en la mente del autor, esta etapa a su vez se divide en:

1.- Ideación, que es en sí la idea primaria del delito, pues la misma es la primer idea que tiene el sujeto de cometer un delito.

2.- Deliberación, esta surge una vez que se ha ideado el hecho contrario a derecho, y es el desarrollo psíquico de lucha entre la idea criminosa y los factores que pugnan contra ella, como lo serian los de carácter moral.

3.- Resolución, la cual tiene lugar cuando en el individuo persiste la idea de delinquir después de terminado el proceso psíquico de deliberación.

La fase interna no tiene trascendencia penal toda vez que no lesiona ningún interés jurídicamente protegido ya que no se materializa la idea delictual, pues solo existe en la mente.

Por otra parte la etapa externa u objetiva, tiene lugar cuando la resolución criminal se exterioriza por medio de actos materiales, que permiten su consumación.

2.3. LA AUTORÍA MEDIATA EN EL DERECHO PENAL

La teoría del autor mediato fue elaborándose por la doctrina penal italiana, a partir de la Edad Media, sobre la base de la figura del "*Mandal*". El primer concepto de autoría mediata lo encontramos con STÜBEL, en su obra publicada en 1828 como reemplazo del "*causante intelectual*". La fundamentación moderna del concepto de autoría mediata comienza con los hegelianos LUDEN, KÖSTLIN, BERNER, HÄLSCHNER.¹³⁵

En gran medida la teoría se desarrolló como consecuencia de la accesoriadad extrema, que requería en el autor inmediato también el requisito de la culpabilidad, por lo tanto, los que instigaban a autores inculpables al no tener estos dicha

¹³⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Op. cit.*, p. 325.

exigencia de culpabilidad, resultaban impunes. Precisamente para evitar esta laguna de punibilidad se forjó la teoría del autor mediato en la doctrina y la jurisprudencia alemana.

El estrecho concepto de autor llevo a los dogmáticos alemanes a construir la noción del autor mediato, el origen de la figura, afirma REYES ECHANDÍA, se encuentra en la legislación penal alemana en la que la responsabilidad del instigador estaba supeditada a la del instigado.¹³⁶

En la práctica sin embargo esta construcción era defectuosa y pudo ser objeto de numerosas críticas. La doctrina y la jurisprudencia alemana eran conscientes de estas dificultades y, por eso, consideraban que recurrir a la autoría mediata para cerrar las lagunas abiertas por la accesoriadad máxima constituía una solución incorrecta y debía superarse mediante una reforma de la ley. Esto fue provocando una distorsión de las opiniones. Muchos autores alemanes antiguos consideraban que si se consagraba en el Código Penal un sistema de accesoriadad media, esto es, si sólo se hacía depender la punibilidad de los partícipes en sentido estricto de que el hecho principal se hubiera ejecutado antijurídicamente, el concepto de autor mediato se volvería inútil, porque todos los casos en los cuales se le empleaba podrían adscribirse a la inducción o a la complicidad. Por eso, a la autoría mediata la calificaron como a un concepto "*tapa agujeros*", del cual era posible deshacerse en el futuro.¹³⁷

Esta última concepción era errónea. Porque la autoría mediata no era un mero subproducto de la accesoriadad máxima y ni siquiera una creación de la ciencia y la jurisprudencia alemanas determinada por la regulación defectuosa de la participación en su Código Penal, estas sólo la bautizaron con un nombre que la popularizó y al emplearla para superar las dificultades opuestas por el sistema de accesoriadad máxima, acrecentaron el conocimiento que se tenía de su estructura y problemática,

¹³⁶ REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Obras Completas Tomo I*, Ed. Temis, 1ª edición, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1998, p. 487.

¹³⁷ CURY URZÚA, Enrique, *Op. cit.*, p. 153..

pero también abusaron de ella deformándola y dándole una apariencia de concepto artificial, complicado y generado en una equivocación de la ley positiva.

En efecto aunque no la designaron con ese nombre la idea de autoría mediata era familiar a los clásicos italianos y españoles, para los cuales no podía constituir de ninguna manera un concepto "*tapa agujeros*", porque las leyes respectivas no lo requerían.

Así CARRARA afirma que "*cuando el hecho material no puede atribuirse a la voluntad libre e inteligente de quien lo ejecuta, como su causa moral inmediata, el hecho no es de éste, pues que éste es el instrumento, la mano postiza de quien se valió de su brazo como un puro instrumento material. A éste, por tanto, se le debe llamar con razón autor*"; (por ejemplo en el caso de que un sujeto "LUIS" pretenda romper la ventana de una casa, y avienta a una persona "PEDRO" contra la misma, quien fue actuado y no agente, en este caso el responsable será "LUIS", toda vez que únicamente utilizó a "PEDRO" como un objeto es decir lo forzó para lograr sus fines, por lo que "PEDRO" tenía ausencia de conducta). Dicho autor de igual forma asevera que quien actuó con ignorancia, coaccionado o de alguna otra manera irresponsable que en su conducta "*no concurre el hombre interno*" y, por ello, "*será autor del hecho pero no es autor del delito, ya que a su respecto ese hecho no es delito*" (con lo que el maestro CARRARA concibe de esta forma la idea del autor mediato, al citar que quien realiza el hecho bajo alguna de las circunstancias en cita no es responsable del delito sino del hecho que cometa), mientras del "*forzado*" sostiene que fue actuado, no agente, pues por su parte no concurre al hecho ni el hombre interno ni el extremo. De manera que CARRARA no sólo fijaba la noción del autor mediato, sino que incluso diferenciaba sus formas auténticas de los casos en los cuales no existe un intermediario real, porque al que ocuparía esa situación se le ha transformado, mediante el empleo de violencia en un simple objeto en manos del agente. Es cierto que CARRARA no dedica mucho espacio al estudio de esta situación porque, a diferencia de lo que ocurriría con los alemanes, no percibe todas las dificultades que genera. Aún así, vio con claridad la mayor parte de los casos en los

cuales tenía que apreciarse una autoría mediata con prescindencia del nivel de accesoriedad exigido por la ley para la punibilidad de la participación en sentido estricto; e incluso, destacó que en algunos de ellos era posible tanto una calificación como autor o como partícipe, la que en definitiva dependía del grado de libertad con que obraba el ejecutor.¹³⁸

Todo esto quedó demostrado con la derogación, en 1943 de los párrafos del antiguo Código Penal alemán que motivaron la creación de la autoría medita (47, 48, 49, 50), que fueron sustituidos por el actual párrafo 25 (que introduce la accesoriedad limitada, donde el hecho principal debe ser típico y antijurídico, siendo la culpabilidad individual de cada partícipe) en cuyo primer apartado, viene a referirse al autor mediato al mencionarse que “*será castigado como autor quien realice el hecho punible por sí mismo o a través de otro*”, lo que no ha impedido la fundamentación de la autoría mediata, ya que el acogimiento de la doctrina objetivo-formal de distinción entre autor y partícipe, impedía el castigo del autor mediato al no realizar por sí mismo ningún acto ejecutivo. Precisamente para evitarlo se viene a acoger en la actual doctrina alemana la teoría del dominio del hecho, que servirá acertadamente para señalar los límites y el contenido del concepto de autoría mediata; eliminándose, como pretendía la doctrina formal-objetiva, el ensanchamiento del ámbito de aplicación de la inducción a costa de la autoría mediata: ya que la autoría mediata es una modalidad de la autoría que tiene preferencia frente a la participación.¹³⁹ Por tal razón, en caso de darse el dominio del hecho, debe apreciarse la autoría medita del “*hombre de atrás*”, incluso cuando la inducción fuera en sí estructuralmente posible por la limitación de la accesoriedad.¹⁴⁰

En muchas de las legislaciones modernas la autoría mediata ha obtenido un reconocimiento expreso. Por eso, aunque en los casos en que deba apreciársela suelen seguir siendo problemáticos, cuando menos existe consenso sobre el

¹³⁸ *Ibidem.*, p. 154.

¹³⁹ MORENO Y BRAVO, Emilio, *Autoría en la doctrina del tribunal supremo*, Ed. Dykinson, 1ª edición, Madrid, 1997, p. 69.

¹⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op.cit.*, p. 604.

carácter principal de autor mediato, sobre las diferencias que presenta con el inmediato y sobre la necesidad de abordar separadamente las dificultades técnicas que genera su presencia en la ejecución del hecho.¹⁴¹

La teoría del dominio del hecho ha extendido grandemente los casos de autoría mediata, aunque mejor dicho, lo adecuado sería sostener que los ha variado, porque si bien considera la existencia de la figura en alguna hipótesis novedosas, la ha quitado en lagunas tradicionales. Ello es lógico, puesto que casos de autoría mediata sólo pueden presentarse en esa teoría, cuando el autor mediato no deja de dominar el hecho con relación a su instrumento.¹⁴²

2.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA AUTORÍA MEDIATA

En la actualidad goza de reconocimiento general el hecho de que la autoría mediata, como forma de autoría, no puede ser deducida por la vía de un procedimiento de eliminación a partir de la también causante participación. El principio *quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur* es tratado como fundamento básico de la teoría del autor, con prioridad frente a la teoría de la participación, y no solamente por parte de las concepciones que adoptan una postura crítica frente a la doctrina que considera al delito como un acontecimiento causal, sino también en forma general por la teoría tradicional.¹⁴³

Cuando se califica la autoría como "*mediata*", tal expresión presupone, por oposición a la autoría inmediata, que cabe la realización de un delito aun cuando no se ejecute de propia mano el tipo por el autor. La mediatez de la autoría exige, pues, la no ejecución personal del tipo, como característica negativa, aunque se ha hablado también de una ejecución mediata del tipo.¹⁴⁴

¹⁴¹ CURY URZÚA, Enrique. *Op. cit.*

¹⁴² CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Ed. Astrea, 4ª edición, Buenos Aires, 1999, p. 391.

¹⁴³ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op. cit.*, p. 331.

¹⁴⁴ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luís, *Op. cit.*, p. 99.

Al autor mediato corresponde la misma pena que al autor de propia mano y la clase y grado de su responsabilidad son por completo independientes de la del agente.¹⁴⁵

No se puede hablar, de participación, porque la persona, instrumento de la que se sirve el autor mediato, a veces ni siquiera actúa típicamente. La expresión "*autoría mediata*" indica autoría mediante ejecución de otro, pero no "*autor mediante otro autor*" porque frecuentemente el ejecutor no es autor.¹⁴⁶

La mera circunstancia de que en las hipótesis de autoría mediata haya una pluralidad de sujetos, no es razón suficiente para catalogar a esa situación como participación, pues la carencia de los requisitos básicos exigidos por algunos principios rectores de la participación (convergencia subjetiva, etc.) impiden que, al igual que ocurre en otros supuestos similares en los que también hay una pluralidad de agentes, se los considere como integrantes de la teoría de la participación delictiva.¹⁴⁷

Tampoco se puede hablar de coautoría, pues en tal caso se perdería lo específico de la autoría mediata: la posición de inferioridad del instrumento en la decisión sobre el hecho, con la consecuencia de que el hecho es propio del autor mediato.¹⁴⁸

No hay que confundir, la autoría mediata con aquellos casos en que falta una acción del intermediario, como, por ejemplo, la utilización del hombre sometido a fuerza física irresistible. Pues en tal caso, como ya mencionamos, se trata de una autoría inmediata.¹⁴⁹

¹⁴⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Op.cit.*, p. 630.

¹⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 609.

¹⁴⁷ FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 352.

¹⁴⁸ JAKOBS, Günther, *Op. Cit.*, p. 764.

¹⁴⁹ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 45.

La autoría en su modalidad de autoría mediata tiene preferencia frente a la participación y por tal razón, en caso de darse el dominio del hecho, debe apreciarse la autoría mediata del "*hombre de atrás*".¹⁵⁰

La posibilidad de la autoría mediata se encuentra sujeta a determinadas limitaciones:

a) La posibilidad de autoría mediata termina allí donde el instrumento mismo es un autor plenamente responsable, pues la ley penal parte de que en ese caso quien actúa directamente debe cargar personalmente con el hecho, como autor, de modo que sólo cabe considerar la intervención del "*hombre de atrás*" en la forma de "participación en el dominio del hecho" (coautoría), o como inducción o complicidad.¹⁵¹

b) No es posible la autoría mediata en los casos en que el tipo requiere la realización corporal o personal de la acción por parte del autor, esto es en el caso de los delitos de propia mano.

Desde BINDING se reconoce por la teoría, aunque sometida a crítica en su fundamentación dogmática y político criminal, una categoría de delitos denominados "*de propia mano*", en estos delitos el tipo presupone un acto de ejecución corporal, o al menos personal, que debe realizar el propio autor, porque en otro caso, faltaría el específico injusto de la acción de la correspondiente clase de delito.¹⁵²

Por tanto la calificación de un delito como de propia mano tiene como consecuencia la exclusión de la autoría mediata ;

c) Tampoco cabe la autoría mediata cuando falta en el "*hombre de atrás*" la cualificación requerida en el tipo en los delitos especiales propios, pues la

¹⁵⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op.cit.*, p. 604.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 605.

¹⁵² CALDERON CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Op. cit.*, p. 371.

autoría mediata es auténtica autoría y requiere que se den en el hombre de atrás todos los supuestos que exige el tipo penal.

- d) Según opinión mayoritaria, *no* cabe la autoría mediata imprudente o culposa porque no hay, desde una posición finalista, una voluntad final dirigida al resultado y no es posible por ello el dominio del hecho, por lo que en el caso de que quien infrinja el deber de cuidado contribuya al resultado será considerado autor paralelo (por lo que hace a este punto en el capítulo cuarto se hará un estudio del tema y se fijara nuestra postura);
- e) Cada vez está más extendida la opinión de que no cabe la autoría mediata por omisión, porque cuando el garante infringe el deber de impedir el deber que un incapaz de culpabilidad, por ejemplo, produzca el resultado debe apreciarse autoría directa por omisión. Así, si el padre no impide voluntariamente que el hijo menor produzca un daño a un bien ajeno, responde por delito de daños como autor ¹⁵³ (por lo que hace a este punto en el capítulo cuarto se hará un estudio del tema y se fijara nuestra postura).

Para que haya dominio del hecho por parte del autor mediato, se precisa, que, frente a éste, el instrumento se encuentre en una posición subordinada. Todos los presupuestos de púnibilidad deben concurrir, en la persona del "*hombre de atrás*". La subordinación puede responder a coacción, error, incapacidad de culpabilidad o a la razón exclusiva de que el hecho, al que el instrumento ha sido incitado por el "*hombre de atrás*", no puede ni siquiera ser realizado por este último como delito, dado que le falte la cualificación requerida o la intención. La cuestión de cuándo exista en cada caso dicha posición subordinada puede, resultar dudosa. Sin embargo, la autoría mediata no exige siempre que el hombre de atrás haya determinado al instrumento a cometer el hecho. También en una cooperación que se manifieste externamente como complicidad cabe apreciar autoría mediata si del comportamiento del hombre de atrás depende en definitiva que se cometa

¹⁵³ *Ibidem.*, p. 370

el hecho (el sobrino, por ejemplo, vierte veneno en la taza de café sin ser visto, y la enfermera se la lleva, a la tía adinerada sin sospechar nada). Además, en los delitos de resultado habrá que estimar suficiente la cooperación externamente accidental en un papel secundario siempre que no haya dolo de quien actúa de forma directa, porque entonces sólo el "*hombre de atrás*" aprecia las conexiones (alguien, por ejemplo, se sirve de otro, a petición de éste, un vaso de agua para disolver una medicina, pero se da cuenta de que el otro ha cogido por error un veneno mortal). En cambio, se llega a la frontera de la autoría mediata si la ley valora como hecho doloso plenamente delictivo el comportamiento de quien actúa de manera directa, porque en tal caso ya no cabe jurídicamente el dominio del autor mediato.¹⁵⁴

Como en toda forma de autoría, también el autor mediato puede quedar excluido por causas de justificación. Ejemplo: Quien obliga a un instrumento a llevar a cabo una lesión al agresor, justificada por la legítima defensa de terceros, es autor mediato de esta lesión, pero justificado, aún cuando la coacción al instrumento, a su vez, no esté justificada. El injusto del dominio del instrumento ha de separarse del injusto del hecho determinado mediante el dominio.¹⁵⁵

2.5 FIN TEÓRICO PRÁCTICO DE LA AUTORÍA MEDIATA

La determinación estructural de la autoría mediata ha planteado considerables dificultades para la ciencia jurídica y la jurisprudencia. Ello se ha debido en primer lugar a que, desde una perspectiva externa, la autoría mediata se presenta como un campo límite difícil de fijar entre la autoría individual y la participación. Con la autoría tiene en común que el autor mediato no causa o colabora en un hecho ajeno, sino que realiza por sí mismo el hecho propio, aunque mediante la incorporación de otro ser humano como un sujeto en sí idóneo para la comisión responsable del hecho.

¹⁵⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op.cit.*, p. 605, 606.

¹⁵⁵ JAKOBS, Günther, *Op. Cit.*, p. 764.

Por otra parte, la autoría mediata y la inducción tiene en común que ambas formas delictivas causan el resultado típico, mediante la motivación de una persona para la consecución del resultado.¹⁵⁶

Era inevitable que la inseguridad de la ubicación de la autoría mediata entre autoría individual y participación resultara acrecentada por una teoría de la acción y del delito referidas a la causa, así como por la fundamentación positivista de la teoría de la autoría; si la esencia de la acción radica en la causación del resultado típico, en definitiva una distinción entre inducción y autoría mediata resulta prescindible; la unidad de autoría y el concepto extensivo, único compatible con aquella, allanan así las diferencias entre autoría mediata y participación.¹⁵⁷

La concentración en la autoría mediata de la idea de la realización del hecho a través de otro partió originariamente de la necesidad de castigar a aquellos sujetos que se valían de personas irresponsables para cometer un delito. En realidad pudo cerrarse el paso al nacimiento de la autoría mediata, al menos temporalmente, si el Derecho positivo hubiera contenido alguna previsión al respecto. Pero lo que ya se estaba impregnando a la esencia autoría mediata era la instrumentalización del sujeto de delante, deduciendo de su naturaleza una equiparación con un instrumento inanimado y caracterizado por ser una persona sin capacidad de imputación al actuar siempre de forma irresponsable. Este punto de mira permanece todavía hoy.¹⁵⁸

Teniendo en cuenta que el antiguo derecho contenía una regulación jurídico-positiva sólo para la inducción y la complicidad, no así para la autoría mediata, era grande la tentación por aferrarse a la ley y clasificar, dentro de lo posible, la totalidad de los casos en los cuales un "*hombre de atrás*" motiva a otro al hecho de la inducción, dejando para la autoría mediata sólo aquellas categorías que, aun desde una perspectiva generosa, no podían ser consideradas como inducción, o bien atribuyendo a la autoría mediata al ámbito de la participación.

¹⁵⁶ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op. cit.*, p. 330.

¹⁵⁷ *Idem.*

¹⁵⁸ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 118.

Es frecuente que se identifique impropiaamente al autor mediato con el instigador o con el proponente de un delito.

También son discutidos los casos en que, sólo existe un autor mediato y un ejecutor, pues se discute si nos encontramos ante un caso de autoría múltiple o única, según se considere autor al ejecutor o que el ejecutor es instrumento y sólo se puede apreciar como autoría al hombre de atrás, respectivamente.

Sea como fuere, la existencia de estas dificultades justifica que la mayoría de la doctrina otorgue a la autoría mediata una situación autónoma, distinguiéndola, por consiguiente, como categoría diferenciada de autor.¹⁵⁹

Con un criterio objetivo formal es difícil fundamentar este tipo de autoría y, sin embargo, es evidente que cuando alguien se sirve, como instrumento de realización de otra persona que, generalmente sin saberlo, lo ejecuta, hay que buscar un criterio que permita castigar al autor real y no a su instrumento. Este criterio no puede ser otro que el del dominio del hecho, pues está claro que el autor mediato es quien domina el hecho.¹⁶⁰

2.6 FUNDAMENTO DE LA AUTORÍA MEDIATA

El fundamento en materia penal, es la previsión legal de la situación concreta que se pretende sancionar, es decir que para sancionar determinada conducta, esta debe estar prevista en una ley vigente.

¹⁵⁹ CURY URZÚA, Enrique. *Op. cit.*, p. 148.

¹⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Op. cit.*, p. 452.

Más aún, la fundamentación legal es una garantía individual prevista a nivel constitucional en el artículo 16 y 14, esto como dice el maestro BURGOA, es una derivación directa del principio de legalidad que indica que la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le permite.¹⁶¹

El artículo 16 Constitucional en su primer párrafo dice: *“nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.”*

En materia penal, la aplicación de la ley es estricta, así como la exigencia de fundamentación, pues queda prohibido rotundamente imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Lo anterior se desprende del artículo 14 constitucional, en su párrafo tercero.

Pues bien, la autoría mediata se encuentra expresamente prevista en los Códigos Penales nacionales y ahí es donde encuentra su estricta fundamentación. Todos los casos que escapen al rigor de la descripción hecha no podrán ser considerados bajo ninguna condición para hacer valer las consecuencias jurídicas que se desprenden de la misma, tal vez, según el caso, podrán caer bajo otras hipótesis de autoría o participación, pero si no es el caso, son conductas no sancionadas por las normas penales.

A nivel federal el fundamento de la autoría mediata se encuentra en el artículo 13 fracción IV del Código Penal Federal, perteneciente al Capítulo III que hace referencia a las *“personas responsables de los delitos”* y a la letra dice:

“Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

...

¹⁶¹ BURGOA O. Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Ed. Porrúa, 29ª edición, México, 1997, p. 602

IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro."

En el fuero común el fundamento se encuentra en el artículo 22 fracción III, incluido en el Capítulo III el cual regula la "autoría y participación", del Código Penal para el Distrito Federal, que a continuación citamos:

"Artículo 22.- (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

...

III. Lo lleven a cabo sirviendo se de otro como instrumento."

Será pues esta la descripción que se ha de usar como fundamento para aplicar las hipótesis de autoría mediata y ninguna otra, ni siquiera una muy similar, además como vemos existe pleno acuerdo y coincidencia en las descripciones, respecto del señalamiento de los rasgos esenciales y característicos de la autoría mediata, sólo en la legislación local agrega que "el otro" es un "instrumento", más ello no afecta ni contradice la legislación federal, sino que sólo la precisa. Inclusive en la denominación de los capítulos en los que se incluyen estos artículos es similar, pues su fin es el mismo, determinar con precisión a las personas que responden por la comisión de un ilícito penal, ya sea que se trate de verdaderos autores del delito o de partícipes en el mismo.

Por último cabe citar que una vez que en el cuerpo del presente capítulo, se ha establecido el concepto de autoría mediata, los elementos de ésta, su ubicación en el derecho penal mexicano, el fin teórico práctico que tiene, así como su fundamento, y para efecto de ilustrar nuestro tema, se asienta el siguiente ejemplo: un traficante de cocaína que vive en Guadalajara, quiera trasladar dicha droga al Distrito Federal, razón por la cual engaña a un amigo suyo mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales, pidiéndole que lleve un maletín que contiene medicamentos para su tío, pero el mismo cuenta con un trasfondo en el que se encuentra depositada

la droga, por lo que su amigo al creer que el maletín de referencia contiene medicinas accede a trasladarlo a la Ciudad de México y entregarlo a su destinatario.

CAPÍTULO TERCERO

3.1 AUTORÍA MEDIATA Y COAUTORÍA

3.1.1 Concepto de coautoría

La coautoría, como la definen nuestros códigos penales y múltiples tratadistas, es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente.

El coautor no es más que un autor que coopera con otro u otros autores. Todos los coautores son, en verdad, autores. En modo alguno se trata de un autor mediato, porque todos ellos responden como autor. Adviértase que en el coautor no hay accesoriedad. Su responsabilidad no depende de la del otro coautor. Si suprimiéramos la existencia de los otros colaboradores, seguiría siendo autor, porque realizó actos típicos y consumativos.¹⁶²

La coautoría representa la intervención de varios sujetos que, con codominio funcional del hecho, dividiéndose el trabajo delictivo y mediante un plan común (acordado antes o durante la perpetración del suceso), concurren a la realización del hecho punible y por tanto responsables en igualdad del delito.¹⁶³

El acuerdo de los intervinientes generalmente se produce antes de la iniciación del hecho, pero antes de su terminación, cuando ya ha comenzado a ejecutarse por otro u otros, puede incorporarse un coautor sumando su voluntad a la de los demás (caso de coautoría sucesiva). En este caso se debe de limitar la responsabilidad del coautor sucesivo a lo que acontezca tras su intervención. De otro lado también un coautor puede decidir desistir del hecho antes de su consumación, pudiendo abstenerse de realizar su aporte, pero si ya lo hubiere realizado conforme

¹⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Op. cit.*, p. 507.

¹⁶³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Op. cit.*, p. 46.

al plan establecido requiere, para que el desistimiento sea eficaz que impida o intente impedir, seria, firme y decididamente la consumación, esto es, que intente impedir seriamente que los demás realicen el aporte que llevaría a la realización del hecho.¹⁶⁴

La forma más común del reparto de trabajo entre los coautores es quizás la que separa las funciones intelectuales de planeación, dirección y coordinación, de las funciones materiales de ejecución o realización inmediata, *minus* de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compensado con el *plus* de coparticipación especial en el planteamiento del delito. Pero también es posible que a unos corresponda la fase preparatoria y a otros la ejecutiva del hecho punible, y todavía a otros más la de aseguramiento del botín o la de procuración de impunidad para el grupo.¹⁶⁵

Del elemento subjetivo del acuerdo previo, se puede distinguir también la coautoría de la autoría accesoria que consiste en la concurrencia de autorías individuales misma que se da cuando varias personas producen conjuntamente el resultado típico sin estar vinculadas por una resolución común, por lo que no se da el fenómeno de la imputación recíproca, respondiendo cada uno sólo por su parte (así, si queriendo matar ambos a LUIS, JUAN Y PEDRO, sin acuerdo entre ellos, le proporcionan dosis de veneno insuficientes por sí solas pero que sumadas ambas producen la muerte de LUIS, sólo responderán JUAN Y PEDRO cada una por tentativa de homicidio).¹⁶⁶

La decisión común del hecho es el acuerdo expreso o concluyente sobre la distribución de las aportaciones singulares del hecho. Se distingue del acuerdo de voluntades propio de la participación por su contenido (versa sobre aportaciones en

¹⁶⁴ CALDERON CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Op. cit.*, p. 366, 367.

¹⁶⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Ed. Temis, 2ª edición, Bogota-Colombia, 1989, p. 399

¹⁶⁶ CALDERON CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Op. cit.*, p. 365.

plano de igualdad) y –según la doctrina usual- por su reciprocidad: Todo interviniente debe saber que otros cooperan dolosamente.¹⁶⁷

Hemos de decir que el acuerdo previo no es la razón de ser de la coautoría, por lo que no nos filiamos a la teoría del "*acuerdo previo*", ni a la posición de sus exponentes, consideramos tal acuerdo sólo como un elemento de la coautoría a la cual se deben de sumar otros, principalmente el aporte esencial al delito y en tanto, el codominio funcional del hecho.

La coautoría no se trata sólo de una simple división del trabajo, la cual tiene probablemente bastante valor, pero no es suficiente, pues en la mayoría de los casos de codelinuencia, tal división del trabajo se da entre todos los intervinientes y, por tanto, en la práctica, conduciría a un concepto unitario de autor.¹⁶⁸

Dentro de la coautoría ejecutiva puede diferenciarse la directa, en la que todos los autores realizan todos los actos ejecutivos, y la parcial, en la que se produce en reparto en las tareas ejecutivas. Además de las formas de coautoría ejecutiva es posible apreciar también la coautoría en los casos que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes de la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de la ejecución. Por eso se hace necesario recurrir a un criterio material que supere una visión estrictamente formal de la coautoría. Y este criterio es el del dominio del hecho.¹⁶⁹

3.1.1.1 Codominio Funcional

En los casos de coautoría, rige también el dominio del hecho, pero se trata aquí de un codominio funcional, pues todos los intervinientes en el suceso delictivo,

¹⁶⁷ JAKOBS, Günther, *Op. Cit.*, p. 746.

¹⁶⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *Op. cit.*, p. 652.

¹⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Op.cit.*, p. 454.

para ser considerados como coautores, deben tener la posibilidad de concretar, interrumpir o prolongar el resultado así como su proceso causal; sin embargo, aquí, en el codominio funcional del hecho debe también considerarse que el coautor "*pueda producir el desbaratamiento del plan total*" si no realiza la parte correspondiente a su función que le toca.¹⁷⁰

Se le llama autoría funcional porque con ello se quiere decir que los agentes intervienen en el evento criminal mediante funciones esenciales o necesarias que aportan, para la realización en común de la acción típica, implicando esto, precisamente, la parcial colaboración de varias personas en la comisión del delito; sin embargo, una aportación segmentada, adecuada y esencial al hecho puede bastar para ser considerada y penada como coautoría, aunque formalmente no sea parte de la acción típica, habida cuenta aquella se refiere no únicamente a una ejecución compartida de actos que se realizan, en sentido objetivo-formal, como porciones pertenecientes a la acción típica, sino, a que varios agentes reparten entre sí el dominio del hecho en la etapa de su realización, por lo cual la doctrina Penal ha llamado a esta intervención compartida en la coautoría, como codominio funcional del hecho. Es decir, si bien es cierto que por un lado no todas las funciones efectuadas en el campo de la división del trabajo ubica al agente como coautor, habida cuenta no toda actividad ejecutada le permite el codominio funcional del hecho, también lo es, por el otro, que esa actuación funcional, para convertir al agente en coautor, debe ser necesaria para la realización del hecho, eso es, no de manera accidental, sino, que habrá de ser esencial por posibilitar dicha realización del resultado o por disminuirse el riesgo de su producción.¹⁷¹

Cada coautor responde del delito o delitos, siempre que éste permanezca en el ámbito de la decisión común acordada. Esta sociedad delictiva puede ser transitoria, no requiere de su total permanencia, pero siempre para que sea tal debe existir acuerdo ya sea expreso o tácito. La coautoría produce el efecto de la recíproca imputación de las distintas contribuciones parciales, esto es, cada autor es

¹⁷⁰ DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 46, 47.

responsable de la totalidad del suceso y no sólo de la parte asumida en la ejecución del plan. Por ello cualquier tipo de exceso en el acuerdo de uno de los coautores repercutirá en la forma de imputación subjetiva del resultado que se haya cometido por exceso; así unos pueden responder a título de dolo y otros a título de imprudencia o no responder en absoluto por el exceso.¹⁷²

En primer lugar el acuerdo en la coautoría permite hacer responder a cada uno de los coautores por lo que hacen los demás, pero ello sólo supone frente a la participación, que la "imputación" que en el caso de la participación es unilateral (de autor a partícipe, pero no viceversa), en la coautoría es recíproca (de cada coautor a los demás). Pero la importancia esencial el acuerdo en la coautoría, lo hace que este sea posible, pero no imprescindible en la participación en estricto sentido e imprescindible en la coautoría es precisamente que el acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales; cuando esos actos parciales no serían suficientes por sí solos para determinar positiva y objetivamente el hecho, pero sí la conjunción de ellos, para poderse hablar de una acción determinante es necesario que la misma presente una conexión, que se explica estructuralmente por la existencia de un acuerdo con reparto de funciones o suma de esfuerzos.¹⁷³

Cada uno de los coautores debe de tener aptitud jurídica para realizar por sí sólo la conducta típica, por tanto debe de cumplir con todos los requisitos que exigen los tipos en particular para ser considerado autor. Así los delitos de propia mano requieren la realización personal de la acción típica de todos los coautores.

En los delitos especiales o propios, y en los de comisión por omisión, sólo el *intrañeus* (sujeto calificado) puede ser autor o coautor, en tanto que el *extraneus* o no

¹⁷² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Op.cit.*, p. 456.

¹⁷³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *Op. cit.*, p. 656.

calificado sólo puede ser partícipe. En estos delitos, el extraneus ni siquiera puede ser autor mediato (pues este es un autor).¹⁷⁴

De las reglas de la coautoría se descartan los tipos plurisubjetivos, en los cuales según la descripción legal, sólo pueden realizarse con el concurso necesario de varios sujetos, como ejemplo de ello es el delito de motín contemplado en el artículo 131 del Código Penal Federal, que exige para su comisión la concurrencia necesaria de una pluralidad de sujetos (reunión tumultuaria). Se descartan también los llamados casos de "coautoría accesoría" o "concomitante", en la que varios sujetos actúan con dolo o culpa pero independientes los unos de los otros y sin acuerdo alguno, reúnen cada cual la calidad de autor, como es el caso de la convergencia de culpas o la convergencia de dolos.¹⁷⁵

Desde el punto de vista de la teoría del autor, la posibilidad de la coautoría se limita a los hechos dolosos. Sólo un tipo delictivo posible de ser cometido con dolo puede constituir el fundamento de la coautoría, entendida ésta como la concurrencia querida, consciente y con división del trabajo de varios autores, con el fin de obtener el resultado típico.¹⁷⁶

En los presupuestos para determinar la existencia de coautoría, no influye bajo ningún rubro, la posición interna del sujeto, que él se considere o no parte esencial, o socio con igualdad de derechos, etc: lo mismo no influirá para nada en su carácter de coautor. Dar relevancia a tal posición interna, sería recaer en los supuestos de las teorías subjetivas, ya descartadas.¹⁷⁷ Es absolutamente irrelevante para determinar la coautoría que el interviniente se subordine internamente al otro, en el sentido de la teoría del dolo y "dejen a su criterio" la ejecución. Aun cuando

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. *Op. cit.*, p. 399

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 399

¹⁷⁶ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 43.

¹⁷⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *Op. cit.*, p. 657.

fuera el caso, sin embargo, siempre que obren libremente y sin coacción, dominan en la misma medida que los demás, siendo por tanto coautores.¹⁷⁸

Los supuestos de coautoría se deben de juzgar sobre los hechos concretos y teniendo en cuenta el plan mismo, para delimitar con toda precisión cuando estamos en presencia de una coautoría de un hecho delictivo o sólo de una participación dentro del mismo. El chofer del automóvil será coautor cuando se trate de un robo que se opera por sorpresa y es menester desaparecer antes de que la gente reaccione y cunda la alarma, o cuando se hurta algo que no es posible transportar a mano, o bien cuando el transporte de otra manera (es decir que no sea un automotor) hubiese impedido la consumación porque se descubriría de inmediato el hecho: el chofer del camión de transporte que carga el ganado es coautor si de habérselo arriado hubiese podido seguirse de inmediato la huella y detener a los autores (de estos supuestos se desprende que el coautor tiene esta característica toda vez que la parte que toma en el hecho ilícito es fundamental). En lugar, el chofer será un mero partícipe si sólo acude por comodidad de los autores o del autor, si se limita a facilitarles la empresa delictiva que bien podía desarrollarse sin su cooperación.¹⁷⁹

Por lo que se propone como fórmula sencilla y general para determinar los casos de auténtica coautoría, la supresión mental de la conducta del sujeto y si ello da como resultado la imposibilidad de ejecución del delito, estamos ante un caso de verdadera coautoría y si, a pesar de la supresión de su aporte, el delito se perpetra, estamos ante un caso de participación.

Así tenemos que, después de analizado en lo esencial la naturaleza, las características y el fin de la coautoría -aun desde un punto de vista general- hemos de usar lo expuesto para fijar nuestra atención en la parte medular de este apartado,

¹⁷⁸ RONIN, Claus, *Op. cit.*, p. 307.

¹⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 611, 612.

que es, determinar las similitudes y principalmente las diferencias relevantes que existen entre la coautoría y la autoría mediata.

3.1.2 Semejanzas entre la autoría mediata y la coautoría

- a) Se trata, en ambas figuras, de tipos o clases de autoría. Por lo que en género existe igualdad y cada una de ellas constituye una especie independiente una de otra. Son pues, cada una, formas de comisión de un delito.
- b) Son clases de autoría tipificadas en nuestros Códigos Penales. Ambas se encuentran reconocidas en el artículo 13 de nuestro Código Penal Federal. La coautoría se encuentra reconocida en la fracción tercera del mencionado precepto y la autoría mediata en la fracción cuarta. Ambas figuras fueron incluidas expresamente, en el ordenamiento punitivo federal por las reformas de 30 de diciembre de 1983, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984 y entradas en vigor 90 días después.
- c) Como se desprende del encabezado del propio capítulo tercero, título primero, del libro primero de la citada codificación. Se trata, en ambos casos, de personas responsables de los delitos que hayan cometido. Tanto al autor mediato, como al coautor, se les puede imputar y reprochar la comisión de una conducta típica antijurídica y culpable y por tal han de responder, sujetándoseles a la pena correspondiente o la medida de seguridad, o a ambas, según sea el caso.
- d) En ambas hipótesis de autoría concurren necesariamente dos o más sujetos para que se puedan configurar. En la Autoría mediata han de coincidir las personas del estricto autor mediato, es decir del "*sujeto de atrás*" y la persona que es utilizada como instrumento. En tanto que, en la coautoría evidente resulta, que requiere la presencia de cuando menos dos sujetos, pues en caso de presentarse un sujeto único que desarrollara todo el *iter criminis* hasta la

consumación del delito, se estaría ante la presencia clara de un autor directo, inmediato, único, individual.

- e) Para ambas clases de autoría, rige para determinar quién posee la autoría del delito, el criterio dominante del dominio del hecho, aunque como veremos sólo en genero, pues para cada una se desarrolla una construcción doctrinal específica, aunque derivada del concepto del dominio del hecho en general. Por lo que en ambos casos sólo serán autores las personas que incurriendo en sus supuestos, tengan el dominio del hecho
- f) Por último, encontramos como semejanza, que para ser considerados autores, en ambas clases de autoría, en el autor mediato y los coautores, han de recaer todos los requisitos que le imponen los tipos penales en particular, si en ellas no concurren, no se pueden considerar por tanto autores de tales ilícitos

3.1.3 Diferencias entre la autoría mediata y la coautoría

- a) Dentro de las principales distinciones entre ambos tipos de autoría se encuentra que, en la coautoría todos los sujetos que intervienen ejecutan conjuntamente el delito, en tanto que no se puede decir lo mismo en el caso de la autoría mediata, pues el autor mediato no ejecuta junto con el instrumento el delito, sino que ejecuta la conducta delictiva *a través* de la persona que utiliza como instrumento.
- b) Ligado al punto anterior tenemos que, en la coautoría todos los sujetos intervienen consciente, voluntariamente e intencionalmente, en tanto que en la autoría mediata, la intervención de la persona que lleva a cabo el delito "*se deriva de la falta de libertad, la ceguera o la fungibilidad del instrumento.*" O dado el caso de que ejecute "*voluntariamente*" lo hace por estar bajo un error o engaño que determinan su voluntad.

- c) En los supuesto de coautoría el dominio del hecho lo tienen varias personas, es un requisito para que exista tal, en tanto que en la autoría mediata el dominio del hecho lo tiene en exclusiva el autor mediato y nunca el instrumento, aún más se puede decir claramente que el autor mediato como único dueño del dominio del hecho, tiene dominio incluso y por tanto, de la actuación del instrumento, pues como veremos en el siguiente inciso, se trata de un dominio de la voluntad y de la decisión.
- d) Mencionamos reiteradamente, el criterio del dominio del hecho como rector para determinar la autoría en ambos supuestos en estudio. Pues bien, cada tipo de autoría ha merecido una fundamentación exclusiva dentro de dicha teoría y así tenemos que, para determinar los casos de coautoría se recurre al "*codominio funcional del hecho*", en tanto todos los coautores realizan un aporte esencial al hecho y tienen en su poder, suprimiendo dicho aporte, eliminar también la consumación del delito, en tanto que para determinar los casos de autoría mediata se recurre al "*dominio de la voluntad y la decisión*" que debe de tener el autor mediato respecto de la persona que sólo obra como instrumento para la realización del delito.
- e) Para el caso de la coautoría, todos los coautores son responsables en igual medida (siempre dentro de los cauces establecidos del acuerdo de voluntades) de las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un delito. Mientras que en caso de la autoría mediata es una de sus características preponderantes, que sólo es responsable por la comisión del ilícito, el autor mediato y nunca el sujeto que fue utilizado como un mero instrumento para lograr los fines delictivos.
- f) En la coautoría es característica el reparto del trabajo en la comisión del delito, en los casos de autoría mediata no se puede hablar nunca de un reparto del trabajo, pues para que tal existiera, se tendría que desnaturalizar

hasta lo aberrante la esencia de aquel que sólo es un mero instrumento en la comisión del ilícito, no se puede decir que entre el autor mediato y el instrumento medie un acuerdo, al que en seguida nos referiremos, para que ambos cometan dolosamente un delito y que en función de tal sumen sus conductas para perpetrarlo, la actuación del instrumento nunca se suma a la del autor mediato, pues es solo él quien comete el delito, aunque para materializarlo utilice a tal persona como instrumento, pero más aún, incluso pudo haber utilizado a otra persona en las mismas circunstancias y el resultado no hubiera variado en nada, pues como vimos, sólo el tiene enteramente el dominio del hecho.

- g) Por último, sin perder relación con todos los puntos expuestos y para complementarlos, hemos de decir que, no existe nunca entre el autor mediato y el instrumento un acuerdo previo en el sentido que se entiende dentro de la coautoría pues, no se puede hablar del concierto de libres voluntades encaminadas a la realización conjunta de un delito. Para la coautoría y sólo para ella, existe un nexo subjetivo entre los actuantes, un plan común.

El acuerdo con división del trabajo, es para la coautoría lo mismo que la existencia de coacción o error, para la autoría mediata, siendo estos criterios en los que se fundamenta la posibilidad estructural de realizar una acción a través de otro; en la coautoría, el acuerdo con división del trabajo o suma de esfuerzos explica la posibilidad estructural de realizar una acción entre varios.¹⁸⁰

De los párrafos antes citados, en los que hemos buscado las diferencias y semejanzas que existen entre ambos tipos de autoría, hemos de concluir que si bien, como es natural por desprenderse del mismo género, dichas figuras tienen puntos de contacto evidentes e ineludibles, cada una tiene características propias y autónomas

¹⁸⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *Op. cit.*, p. 656.

que permiten con toda claridad distinguir una de otra y que les dan vida y aplicación independientes.

Por último, se advierte una fuerte tendencia a pensar las hipótesis de autoría mediata dando por sentado que el autor es uno sólo. Sin embargo pueden ser dos o más. Por ejemplo: supongamos que un grupo de amigos concierten la comisión de un delito, el que planean perpetrar a través de otro a quien proyectan inducir a engaño; pero dada su naturaleza desconfiada, será menester la acción combinada de todos ellos, única forma de persuadirlo para que actué sin sospechar nada.

En tal caso, resulta obvio que los autores mediatos que han utilizado como instrumento al amigo inocente, son todos aquellos que se concertaron para hacerlo. Esta hipótesis es perfectamente admitida en el Derecho Penal Inglés.¹⁸¹

Sin embargo en el ejemplo anterior hemos de aclarar, que rechazamos contundentemente, la pretensión de denominar a tal supuesto, y a otros ejemplos similares, como una "*coautoría mediata*", es indiscutible que se trata de claros ejemplos de autoría mediata, aunque en ella concurren más de un sujeto, como es lo cotidiano, intentar acuñar dicha denominación y aceptarla sería un error y una contradicción dogmática imperdonable, pues es claro que dichas figuras jurídicas (autoría mediata y coautoría), si bien tienen puntos de contacto, son tipos de autoría con diferencias muy marcadas (las cuales aquí hemos revisado y a ellas nos remitimos), de forma tal que no se pueden conjuntar las dos bajo un mismo supuesto de hecho, pues entonces se desperdiciaría y se menospreciaría sin razón, todos los esfuerzos doctrinales para darle a cada tipo de autoría su esencia para la aplicación en el mundo fáctico. Se trataría al proponer y afirmar la existencia de una coautoría en el caso analizado de pensar que la sola cooperación de varios sujetos para perpetrar un hecho delictivo suponen ya una coautoría, cuando ya hemos fijado todos los requisitos para que esta exista, en la que si bien la sólo concurrencia de sujetos es un requisito primario, a él se le tienen que sumar otros de tipo subjetivo

¹⁸¹ FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 377.

(acuerdo) y de tipo objetivo (aportación esencial que determine un codominio funcional del hecho).

3.2 LA TENTATIVA EN LOS DELITOS COMETIDOS POR AUTORÍA MEDIATA

3.2.1 Concepto de tentativa

Es una afirmación generalmente aceptada que los delitos cometidos por autoría mediata pueden darse en forma de tentativa, es decir, que se puede dar el caso de que el autor mediato exteriorice su resolución de cometer un delito realizando en parte o totalmente, como dice el artículo 12 del Código Penal Federal, los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del autor mediato.

Esto es, que se puede presentar, según el caso, la tentativa inacabada, cuando se realiza sólo una parte de los actos ejecutivos sin poder llevar a cabo todos, por causas ajenas a su voluntad y en razón de ello no se logra la consumación del ilícito, o la tentativa acabada cuando se realizan todos los actos ejecutivos y sin embargo por motivos ajenos al actor el delito no se consuma.

3.2.2 Problemática de la tentativa y la autoría mediata

Así pues, lo que se discute es, en qué momento comienza el estadio de la tentativa en el sentido del artículo 12 del Código Penal Federal y el correlativo artículo 20 del Código Penal para el Distrito Federal.

La problemática y todas las discusiones y posiciones se concentran en, si la tentativa nace en el momento que:

- a) El autor mediato comienza a actuar sobre el instrumento.

b) El instrumento comienza a ejecutar el delito.

Ya planteado el problema, como bien dice el maestro DONNA, el tema no es menor, porque no sólo se trata de definir el comienzo de la ejecución de la autoría mediata, sino que, en consecuencia, tiene relación con la *actio libera in causa*¹⁸², si se aplica la autoría mediata a esa institución, tal como lo hace la mayoría de la doctrina.¹⁸³

En el caso de la autoría mediata se plantean problemas especiales con respecto al momento de la ejecución del hecho. Se han propuesto varias soluciones sobre este punto y parece que la doctrina no se pondrá de acuerdo sobre el tema. Y sólo será solucionando este punto, como hemos de dar respuesta correcta el tema de la tentativa.

3.2.2.1 Actos preparatorios y actos ejecutivos

Para poder apreciar el momento en que da comienzo la tentativa en los delitos cometidos por autoría mediata, no podemos perder de vista, el también muy discutido tema, de cuándo estamos en presencia ya de actos ejecutivos y cuándo la conducta del autor constituyen sólo actos preparatorios para la comisión del delito y esto no se trata de un tema menor pues los actos preparatorios carecen de consecuencia jurídica alguna, en tanto los actos ejecutivos son merecedores de sanción penal.

Múltiples son los criterios de distinción, resumiendo y conectando los mismos, se podría decir que son actos ejecutivos aquellos inequívocos, aptos e idóneos para cometer el delito y que los que carezcan de estas características son, por tanto, actos preparatorios. Sin embargo nosotros consideramos que estos criterios no

¹⁸² Recordemos sólo que, la expresión "*actio libera in causa*" hace directa referencia a ciertas acciones que, ejecutadas por un sujeto en estado de inimputabilidad, son estimadas, sin embargo, por el Derecho, como manifestaciones de una voluntad libre y consciente en su origen. Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Op.cit.*, p. 416 y siguientes.

¹⁸³ DONNA, Edgardo Alberto. *Op. cit.*, p. 84.

desentrañan desde un punto de vista ontológico el criterio para conocer cuando estamos en presencia de dichos actos, por lo que estimamos, para abordar el tema de la tentativa, que para el inicio de la ejecución de una acción u omisión constitutiva de delito hemos de estar atentos al peligro que dichos actos pueden infligir a los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal particular en que recaiga dicha conducta. La peligrosidad es la base de la tentativa y es el fundamento de su punibilidad, la misma desempeña igual función que el daño en el delito. Por lo que para considerar cuando estamos en presencia de actos ejecutivos constitutivos ya de una tentativa de delito, hemos de considerar si con los mismos se esta creando una situación de peligro real al bien jurídico protegido, es decir, si con dicha conducta se esta creando una situación de riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal. Mientras ello no ocurra no se puede constituir la fase ejecutiva del delito y por tanto no se puede hablar de tentativa y estaremos en presencia de actos preparatorios que, por tanto, son impunes. Así hemos de considerar cada caso en particular tomando en cuenta dicho principio y, atendido a ello, determinar con precisión el momento de la tentativa.¹⁸⁴

STRATENWERTH ha dado un panorama sobre este punto: Una primera solución se apoya sobre el propio comportamiento, de ahí que la tentativa comienza con el despliegue de la acción dirigida al instrumento (BAUMANN). La idea es que existe tentativa cuando el autor mediato ejerce o intenta ejercer el influjo sobre el instrumento, porque la acción punible consiste en poner en marcha el instrumento ejecutor del hecho delictivo.¹⁸⁵

La solución global que pone el acento sobre la "*acción global*", está compuesta por la acción de influencia en conexión con los aportes dejados al intermediario. Se atiende al desarrollo del hecho en su conjunto: para algunos serán relevantes las

¹⁸⁴ Para un estudio más amplio del tema Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, *Breve ensayo sobre la tentativa*, Ed. Porrúa, 5ª edición, México, 1998, p. 47 a 83.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p.85, 86.

representaciones subjetivas acerca del estado del hecho en su conjunto, por parte del hombre de atrás, y para otros han de ser las de intermediario.¹⁸⁶

Dentro de esta idea, un sector desplaza la cuestión al momento en que el autor mediato traslada el suceso a manos de otro (ROXIN). Un tercer grupo sólo admite la tentativa en los casos de mala fe del instrumento a partir del momento en que éste se pone a la ejecución (SCHÖNKE, SCHRÖDER y ESER, WELZEL.) Y finalmente otra posición, sin tomar en cuenta la buena o mala fe del instrumento, recorre sólo a la acción total (FRANK, HIPPEL).¹⁸⁷

JAKOBS, al hablar de las consecuencias de la autoría mediata, afirma que mediante el instrumento el autor comete un hecho propio. La acción del hecho concluye al acabar la influencia sobre el instrumento. Por eso, afirma, "*en el supuesto normal –a diferencia de la coautoría (acesoria)–, al terminar de influir sobre el instrumento hay ya tentativa acabada del autor mediato*".¹⁸⁸

En la posición opuesta MAURACH y GÖSSEL afirman que el delito representa ante todo, una lesión de bienes jurídicos, típica y contraria a las normas, por ende la relación del autor con un perjuicio concreto al bien jurídico es un elemento esencial fundante de la punibilidad. De allí que con apoyo en KÜPPER afirmen que se hace imposible considerar los aportes de cada uno de los intervinientes como meros factores causales autónomos y por ende sólo una solución global parece ser la correcta, de esto se deduce que la mera influencia sobre el intermediario jamás puede constituir una acción de autoría. Y concluyen que lo decisivo no es determinar en qué medida el hombre de atrás ejerció influencia sobre el instrumento, sino el ejercicio de una agresión contra un bien jurídico, bajo el dominio del hecho del hombre de atrás, es decir que dicha agresión anteceda inmediatamente a la realización típica. Y es por idénticas razones, que tampoco puede ser determinante si el autor mediato ha concluido su influjo sobre el intermediario. Si se atendiera a la

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 86.

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ *Idem*.

conclusión de la influencia del autor mediato sobre el instrumento, entonces la conducta de aquel se desligaría de tal manera de la concreta lesión del bien jurídico, que el núcleo de su conducta sólo sería la influencia ejercida sobre dicho instrumento y tal extensión de la punibilidad requiere una disposición legal que no existe.¹⁸⁹

Para RUDOLPHI habrá tentativa cuando el autor hubiere efectuado, según su convicción, todo aquello que resultaba necesario para lograr el resultado típico, ya que el suceso sale de las manos del autor mediato.¹⁹⁰

SRATENWERTH afirma que la decisión se deberá efectuar en función de la acción del autor mediato que comete el hecho. Lo decisivo solamente puede ser la acción humana dominada por el autor mediato, sin considerar en qué medida se ha servido de su propio cuerpo y en qué medida lo ha hecho de la herramienta. El comportamiento del autor mediato y del instrumento se debe ver, por tanto, como una unidad, como una acción total: el autor mediato ejecuta mediante la persona del instrumento, es decir, no antes de ésta (FRANK). Y agrega que cuando se habla de propia acción del autor mediato (SCHILLING) no se considera que en ese concepto debe tenerse en cuenta que se abarca la del instrumento.¹⁹¹

ROXIN, afirma que la justa solución del problema ésta en que debe existir una tentativa acabada por parte del autor mediato, en cuanto tan pronto el hombre de atrás ha entregado de sus manos el hecho y que según las reglas de la delimitación de actos preparatorios y tentativa, en ese momento existe tentativa punible.¹⁹²

MIR PUIG es de la opinión de que la tentativa debe empezar siempre cuando el autor mediato pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el instrumento. Y pone el siguiente ejemplo sacado de ROXIN, con la solución que él ha dado: La mujer que ha echado veneno en la sopa del marido puede hacer dos cosas:

¹⁸⁹ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op. cit.*, p. 361

¹⁹⁰ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 87.

¹⁹¹ *Idem.*

¹⁹² *Idem.*

o bien marcharse y esperar a que el marido tome la sopa, o bien quedarse vigilando – aunque no haga más- en espera de que la tome; en el primer caso la tentativa empezaría al servir la sopa, pero en el segundo habría que esperar hasta que el marido (el instrumento) se la tome. En cambio para MIR PUIG la tentativa debe empezar siempre cuando el autor mediato pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el instrumento. En el ejemplo dado, la tentativa comienza cuando la mujer sirve la sopa, con independencia de si se queda o se retira del lugar. La pérdida de control de la que habla ROXIN, según MIR PUIG, no es convincente, habida cuenta de que la mera posibilidad de intervenir no implica realización de actos ejecutivos, sino sólo su posibilidad. En el caso dado, sólo el marido realiza actos ejecutivos.¹⁹³

Un sector doctrinal, según señala JESCHECK, hace la distinción entre el instrumento de buena fe y el de mala fe. Tratándose de instrumento de buena fe, la tentativa empezaría ya con la intervención del “*hombre de atrás*”, porque el caso deberá resolverse igual que si se pusiera en marcha una cadena causal. Por el contrario, en el caso del instrumento de mala fe, la tentativa se iniciará hasta la acción ejecutiva del instrumento.¹⁹⁴

Sin embargo, para JESCHECK, tampoco la diferenciación entre el instrumento de buena fe y el de mala fe tiene aquí su fundamento. La tentativa requiere que el autor realiza actos ejecutivos que deberían de producir el resultado. Esto se aplica igualmente a la autoría mediata y por tanto, hay tentativa siempre que el mediador dé comienzo a la ejecución del delito. De otro lado, cabe estimar ya la tentativa en la fase anterior si el autor mediato pierde el dominio del hecho, sin que importe entonces que el instrumento actúe o no dolosamente, según criterio del Tribunal Supremo Alemán.¹⁹⁵

¹⁹³ *Ibidem*, p. 87, 88.

¹⁹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op.ci.*, p. 612 y 613.

¹⁹⁵ *Idem*.

Nos dice Guillermo Julio FIERRO que, debemos de recordar que la autoría mediata es una forma de autoría y no de participación, y por ende no abarcada por el principio de accesoriadad, en tanto el concepto de tentativa sí está comprendido por el mencionado principio, ya que no existe el delito de tentativa a secas, sino la tentativa *en un robo, en un homicidio, etcétera*. Frente a ello se sostiene – erróneamente según el juicio del penalista argentino- tal como lo hace RODRÍGUEZ MOURULLO, que para el autor mediato el comienzo de la ejecución del hecho se retrotrae a cuando él inicia sus maniobras sobre el sujeto del cual se valdrá como instrumento; mientras que el criterio opuesto, otorgándole prevalencia a la accesoriadad propia de la tentativa y a la doctrina elaborada alrededor de los actos preparatorios, afirma que lo que en realidad interesa establecer es cuándo se inicia la ejecución del hecho principal. Esa solución nos conduce a considerar que habrá tentativa punible recién cuando el autor inmediato (instrumento) comienza la ejecución de la infracción poniendo en peligro el bien jurídico tutelado.¹⁹⁶

Así pues la discusión es ardua y, al respecto, cabe que nos preguntemos si debe considerarse respondiendo a criterios de una determinada política criminal, que persigue que el autor mediato no resulte impune en aquellos supuestos en que él ha agotado su actuación encaminada a que el instrumento lleve a cabo la acción encomendada, pero ésta por alguna razón no se concreta. Esta tesis postula que lo que cuenta para establecer el comienzo de la ejecución es el momento en que el autor mediato inició las acciones tendientes a dominar la voluntad del instrumento. En sentido opuesto, otro sector de la doctrina distingue si el instrumento actúa como tal, siendo una mera herramienta o lo hace dolosamente, mientras que el enfoque que consideramos más acertado se pronuncia por computar a los fines de establecer la existencia de una tentativa, aquellos actos con los que el autor inmediato comienza la ejecución del hecho principal. Las maniobras de dominación que el autor mediato puede realizar para controlar a su instrumento pueden ser muy distantes del hecho

¹⁹⁶ FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 372.

principal e incluso llevar un tiempo prolongado por lo que no pueden ser catalogadas como tentativa.¹⁹⁷

Después de analizado el estado de la discusión y de abordar las ideas y los exponentes principales, hemos de decir que tomamos posición y sin reservas adhiriéndonos a las opiniones aquí expuestas por Guillermo Julio FIERRO y por Reinhart MAURACH, considerando pues, que la tentativa de los delitos cometidos por autoría mediata tiene lugar, sólo cuando el instrumento comienza a realizar los actos ejecutivos que han de dar lugar a la lesión o puesta en peligro de los bienes tutelados por los delitos en particular y nunca en el momento en el que el autor mediato empieza a actuar sobre el instrumento.

Las razones ya expuestas, principalmente por esos dos autores nos parecen por demás contundentes e irrefutables, atendiendo al principio de accesoriedad de la tentativa y sobre todo al principio de que se ha de agredir un bien jurídico para que se constituya delito.

3.2.3 Tentativa en el delito cometido por autoría mediata y tentativa en la autoría mediata

Ahora bien, nos parece que es necesario hacer una precisión para aclarar cuestiones que pueden dar lugar a confusión y que pueden provocar un error en los puntos de partida para esta discusión. Una cosa es la tentativa de delito cometido por autoría mediata y otra cosa es la "tentativa" de autoría mediata, ahora pasamos a exponer el punto.

Pues sí, una cosa es saber en que momento un delito se presenta en grado de tentativa (en términos del primer párrafo del artículo 12 del Código Penal Federal) cuando es cometido por medio de otro, esto es por autoría mediata y cuestión distinta es, determinar cuando se comienza a *intentar* cometer un delito por medio de otro, es

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 372, 373.

decir cuando estamos ante una "*tentativa*" de autoría mediata. Así creemos que de aquí pueden partir muchas discusiones y errores que nos llevan a resultados muy distintos sobre lo que nos parece un tema muy claro.

En primer lugar diremos que el término correcto para el tratamiento de nuestro tema es "*la tentativa en los delitos cometidos por autoría mediata*" y nunca el término de "*tentativa de autoría mediata*", pues este término es equivoco e inaceptable en absoluto por lo que respecta a lo que ley, la doctrina y la jurisprudencia entienden por tentativa, pues ésta por el principio de accesoriedad sólo puede tener lugar cuando se le liga a un delito y nunca en referencia a una forma de autoría.

Así pues el término "*tentativa*" sólo se puede emplear en este caso (tentativa de autoría mediata) en un sentido semántico en su acepción de "*intentar algo*", en este supuesto, cometer el delito por medio de otro. Y será únicamente en este sentido, carente de relevancia jurídica, que se puede considerar que existe el "*intento*" de cometer el delito por medio de otro, desde el momento en que se empieza a actuar sobre el instrumento, como pretende gran parte de la doctrina que debe ocurrir para determinar el momento en que es factible la tentativa en los delitos cometidos por autoría mediata. Aquí es, donde creemos encontrar uno de los errores fundamentales de esa posición.

Una vez aclarado lo anterior reiteramos, que para nosotros es indudable que la tentativa en los delitos cometidos por autoría mediata sólo tiene lugar cuando el instrumento empieza a ejecutar los actos que han de agredir (o se abstenga de realizar los actos que eviten dicha agresión) el bien jurídico protegido por las normas penales primarias, poniéndolo en peligro y a las razones ya dadas sumamos para concluir lo siguiente.

La descripción legal de la tentativa en nuestros códigos penales, está, sin duda, referida al principio de la ejecución del hecho principal y no a los manejos previos que hubiera de realizar el autor mediato, en tanto no sean punibles en sí

mismos, en cuyo caso estamos en presencia de un proceso ejecutivo autónomo en relación al delito final.¹⁹⁸

Si JUAN apunta con un arma a la cabeza de PEDRO para obligarlo a que abra la puerta del tesoro de un banco, esa acción es ya punible con independencia de que PEDRO acceda a la imperativa demanda y JUAN logre su propósito final de apoderarse de los fondos depositados en el banco.¹⁹⁹

Por el contrario, eso no ocurre en este ejemplo: una persona con el propósito de eliminar a uno de los actores de la representación teatral que se realiza diariamente, cambia las balas por otras auténticas en el arma que utilizará la actriz, que ignora dicho cambio; pero el intento se frustra por haberse descubierto la maniobra a tiempo. Aplicando las reglas de la tentativa no llegó a haber un comienzo de ejecución del delito, pues la actriz elegida para actuar como instrumento ni siquiera llegó a empuñar el arma; por tanto son aplicables aquí todos los conceptos propios de los actos preparatorios.²⁰⁰

Algo parecido sucede en aquellas situaciones en las que se persuade a un inimputable para que cometa una determinada acción delictiva. Esa persuasión resulta impune hasta en tanto el inimputable comience con la ejecución del hecho principal, pues cabe preguntarse ¿qué ocurre si el inimputable, por las razones que fueren, no lleva a cabo la acción delictiva? La solución, en este último supuesto debe ser similar a la que se daría en un caso de instigación incumplida, en la cual la tentativa de participación resulta impune. Por otra parte la situación del autor mediato no tiene por qué ser diferente del simple autor directo que actúa aisladamente;²⁰¹ lo anterior es así toda vez que como se ha sostenido en los párrafos que preceden la tentativa tiene vigencia cuando se comienza a ejecutar el acto.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 373.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 374.

²⁰⁰ *Idem*.

²⁰¹ *Idem*.

3.2.4 El desistimiento y arrepentimiento

Una vez establecido, sin lugar a dudas, que se puede presentar la tentativa en los delitos ejecutados por autoría mediata y precisado también, el momento en el que da inicio la misma, abordaremos el tema relativo al desistimiento y el arrepentimiento.

La primera se da cuando cesa voluntariamente la ejecución del delito y la segunda se da cuando se impide la consumación del delito, según se desprende del segundo párrafo del citado artículo 12 de Código Penal Federal. Siendo temas estos de gran importancia pues, cuando estamos en presencia del desistimiento o el arrepentimiento eficaz no se impone ni pena ni medida de seguridad al sujeto.

Respecto de la autoría mediata nada impide que rijan los principios elaborados por la doctrina respecto del desistimiento voluntario.

Habrá que considerar, de acuerdo al grado de dominio que ejerza el hombre de atrás sobre el instrumento, si para llevar a cabo el desistimiento eficaz es suficiente el mero dejar de hacer por parte del autor mediato o si, por el contrario, ello requiere una conducta positiva que desactive el proceso desencadenado, siempre teniendo en miras el comienzo de la ejecución del hecho punible, cuya tentativa debe haberse iniciado, y no el proceso de dominación del instrumento que no se toma en consideración a los fines del reproche penal.²⁰²

La conducta del intermediario pertenece al actuar del autor mediato, en virtud del dominio de la voluntad y la decisión que éste tiene sobre la conducta de aquél. Según ello, el desistimiento de la tentativa de autoría mediata con respecto a un delito, sólo es posible mediante la evitación de su consumación, a partir del momento en que el autor de atrás parte de la base de que su conducta y la del ejecutor harían posible la producción del daño perseguido del bien jurídico. Entonces, el abandono necesario para el desistimiento, en el caso de la autoría mediata, debe considerar

²⁰² *Ibidem*, p. 374, 375.

también la conducta del instrumento humano; el mero no seguir actuando del hombre de atrás no puede ser suficiente atendiendo a la conducta del intermediario.²⁰³

De ahí que el abandono en la ejecución de hecho exija del "*hombre de atrás*" un no seguir actuando dirigido del intermediario; por lo general, esta dirección requerirá de un hacer activo del autor mediato, pudiendo bastar un mero no seguir actuando por parte del intermediario, que hubiese sido motivado en el dominio del hecho por parte del "*hombre de atrás*".²⁰⁴

En igual sentido, se ha sostenido que solamente habrá que tener en cuenta si el autor mediato ha puesto ya todas las condiciones que el mismo debe realizar para la producción del resultado, a pesar de la actividad del instrumento. Hasta ese momento será suficiente con la renuncia a la continuación de las acciones delictivas para evitar el resultado, Más tarde será necesario una intervención activa.²⁰⁵

Por lo que respecta al arrepentimiento eficaz, que consiste en evitar la consumación del delito cometido por autoría mediata una vez llevados a cabo todos los actos ejecutivos que deberían producir el resultado dañoso, debe tratarse del mismo modo que el desistimiento; el "*hombre de atrás*", es decir, el autor mediato es el que debe evitar la consumación del delito y nunca corresponderá tal función al instrumento humano.

3.3 LA AUTORÍA MEDIATA Y LA INDUCCIÓN

3.3.1 Concepto de inducción

Ahora nos corresponde abordar el tema de la inducción y su conexión y diferencias con la autoría mediata, para ello será necesario en primer término,

²⁰³ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 89.

²⁰⁴ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op. cit.*, p. 365.

²⁰⁵ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 89.

estudiar la inducción en sus rasgos esenciales, para después poder hacer nuestro estudio en referencia con la autoría mediata y a ello procederemos a continuación.

Dentro de la doctrina penal, se ha usado indistintamente la denominación de inducir e instigar para determinar los casos en los que una persona determina a otra para cometer un delito. Por nuestra parte no negamos que estas palabras son sinónimos y por tanto se pueden usar una u otra para denotar la misma situación, pues tiene el mismo significado. Sin embargo se ha generalizado mayormente el término de inducción y este es el que utilizaremos nosotros, sin reñir con la aceptación de otras palabras sinónimas a la misma.

La inducción se encuentra contemplada en nuestros ordenamientos penales en el artículo 13 fracción V y en el 22 fracción IV del Códigos Penal Federal y del ordenamiento para el Distrito Federal respectivamente. En ambos se considera responsables del delito a quienes determinen dolosamente al autor a cometerlo, configurándose con ello la inducción. De esta descripción se deduce que se trata de una forma de participación y no de autoría, rasgo distintivo de esta figura. Esta forma de responsabilidad en la comisión de un delito fue incluida desde la versión original del Código Penal vigente desde 1931.

La inducción es una forma de extensión de tipo y de pena y una forma de participación. Es requisito *sine qua non* de este tipo ampliado, la determinación. La inducción sin éxito no es punible. La actividad del instigador consiste en determinar, es decir, en mover la voluntad de otro.²⁰⁶

La inducción, es una forma de participación criminal *strictu sensu*, según la cual, conforme a su naturaleza, únicamente cabe en un delito doloso. La instigación es una figura accesoria, dependiente del hecho principal a que se instiga.²⁰⁷

²⁰⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Op. cit.*, p. 507, 508.

²⁰⁷ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Op. cit.*, p. 48.

La inducción es dolosa pero como se trata de una tipicidad accesoria, el dolo del instigador está necesariamente referido al dolo del autor, aunque se distinga del mismo: el dolo del inductor es el querer que otro realice dolosamente el tipo.²⁰⁸ Por lo que se puede presuponer el llamado doble dolo; en primer lugar respecto de la propia conducta y, segundo, en relación con el hecho doloso del inducido.²⁰⁹

El dolo del inductor debe abarcar, en primer lugar, el hecho principal, es decir, sus elementos objetivos y subjetivos (del delito), razón por la cual la naturaleza jurídica del hecho principal debe ser conforme a la representación del inductor. El dolo del inductor se debe concretar sobre un objeto personal de la acción de inducción; es decir, tener en vista a quién habrá de cometer el hecho. Toda inducción exige un destinatario. Sin embargo, ello no significa que el inductor deba conocer personalmente al autor, ni tampoco que su exhortación haya de apuntar a un círculo delimitado de personas. De ahí que exista inducción cuando, mediante una carta secreta, un presidiario motive a su desconocido vecino de celda a intentar una huida violenta y, asimismo, cuando alguien no sólo retóricamente, sino con voluntad de consumación) exhorte a quienes le rodean a resistir a la policía que se acerca. Sólo un círculo de personas no individualmente determinables (los lectores de un periódico, quienes transiten por una calle, etc.) debe ser descartado para la aceptación de la inducción, a falta de posibilidad de concretar el sujeto del hecho.²¹⁰

Evidentemente no cabe la inducción por imprudencia, ni tampoco por omisión. De opinión contraria es MAURACH, pues afirma que es posible que la inducción sea cometida por omisión en la forma de la "*no evitación de la adopción de la resolución por parte del autor por parte del garante*."²¹¹ Nosotros nos afiliamos a la opinión mayoritaria y desconocemos los supuestos de omisión. Quien sólo se abstiene de impedir una determinada conducta, aún cuando conozca el posible alcance de su omisión, no ha creado la puesta en escena, ni ha armado la situación

²⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 634.

²⁰⁹ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIFF, Heinz, *Op. cit.*, p. 441.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 441, 442.

²¹¹ *Ibidem*, p. 440.

deliberadamente con el propósito de inducir, ni ha fomentado las tendencias criminales del instigado.²¹²

El límite mínimo de la inducción lo constituye su diferencia con la simple recomendación o consejo del autor del delito.

Se estima que sólo puede ser determinado quien sea susceptible de reflexionar, dado que, únicamente en este caso podrá observarse después de valorar las ventajas e inconvenientes del ilícito, que está decidido a ejecutar el hecho, aunque tal decisión sea resultado de la instigación de otro.²¹³

Así pues, el elemento objetivo determinante de la inducción es la determinación. Según el sentido literal, determinar presupone ejercer una influencia sobre la dirección del comportamiento de otra persona; esta otra persona debe de orientar su conducta a la meta mencionada por el inductor, consistente en la lesión típica de un bien jurídico. Por lo mismo, determinar exige la influencia dirigente sobre la dirección de la conducta, que proporciona a quien aún no se encuentra resuelto a cometer aún el hecho, precisamente, la decisión de hacerlo bajo su propia responsabilidad, es decir, para actuar con el dominio del hecho.²¹⁴

Además, el determinar presupone la concreción del hecho: es preciso que se induzca a una determinada lesión típica de un bien jurídico. La exhortación genérica a cometer hechos punibles de cualquier naturaleza no es suficiente, como tampoco lo es la mera apelación a los instintos criminales, ni el llamado a "*cuidar su propio beneficio*". Al contrario la exigencia de concreción del hecho es satisfecha cuando el inductor describe el delito a cometer en sus rasgos generales, conforme a la lesión del bien jurídico, el restante contenido del ilícito y la dirección concreta de la lesión, al igual que el concreto objeto de ella. No es necesario una descripción jurídica precisa del delito, si bien las instrucciones formuladas por el inductor deben dejar entrever

²¹² FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 443.

²¹³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Op. cit.*, p. 48.

²¹⁴ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op. cit.*, p. 436.

una caracterización del hecho. No se opone la determinación del hecho de la inducción a una pluralidad abierta de delitos o a una acción continuada.²¹⁵

La inducción debe tener como resultado haber determinado al autor para cometer el delito. La contribución que se hace cuando el autor ya está decidido aportando ideas para la realización, es complicidad pero no instigación. Puede darse el caso de que un mismo sujeto determine a otro y también le aporte ideas para la ejecución. En tal caso habrá un concurso de dos formas de participación, instigación y complicidad en que la más grave (instigación) absorbe a la más leve (complicidad).²¹⁶

Es menester distinguir entre la "*idea del delito*" y la "*decisión*" del delito. Un sujeto puede tener la idea de realizar un delito desde mucho tiempo atrás, sin haberse decidido a ello: el aporte del instigador es la decisión, no la idea. Lo que a los efectos de la instigación se pena es el "*decidir*", no dar la "*idea*", que bien pudo haber sido dada por otro a partir del propio autor.²¹⁷

Por otra parte, la instigación no es aún punible cuando ha decidido al sujeto (autor) a cometer el delito, sino que requiere que el autor lo haya intentado, como consecuencia de la accesoriedad de la participación, de que la instigación no pasa de ser una de sus formas. Si la instigación no da como resultado decidir al autor a la ejecución y que la misma tenga un comienzo efectivo, la instigación quedará atípica, debido a la general atipicidad de la tentativa de instigación en nuestro derecho positivo.²¹⁸

La acción de inducción no necesita "*haber sido la única condición para la resolución del autor*", ni tampoco presupone que la acción de inducción se debe ejercer exitosamente sobre un autor originalmente indiferente al hecho o incluso contrario a éste. Objeto idóneo de la acción de inducción es también aquel que en un

²¹⁵ *Ibidem*, p. 437, 438.

²¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 633.

²¹⁷ *Idem*.

²¹⁸ *Idem*.

principio se encontraba propenso al hecho y que sólo esperaba el impulso decisivo; por tanto existe inducción cuando aquel que de por sí se ofrecía para ejecutar el hecho recibe la promesa de la recompensa exigida, puesto que sólo en ese momento se determina la tendencia latente a la resolución delictiva.²¹⁹

Al contrario, no es un objeto idóneo de la inducción aquel autor que, incluso antes de la aparición del inductor, se encontraba decidido a causar la lesión típica concreta al bien jurídico (*omni modo facturus est*), con todos sus elementos objetivos y subjetivos.²²⁰

El instigador, incita a un hecho ajeno, no sólo porque lo quiere para el instigado o para un tercero, sino porque él no interviene en las fases externas y materiales del *iter criminis* del delito que emprenda el instigado, pues si lo hace se convierte en autor, en todo caso en coautor, y asume el hecho como propio.²²¹

Con respecto a los medios para realizar la inducción no consideramos propicio hacer una enumeración de los mismos, pues dependería del análisis del caso concreto y no podríamos evitar caer en omisiones o deficiencias de generalización, sin embargo descartamos como medio para inducir a alguien a cometer un delito a la amenaza, la violencia y la provocación de un error, pues en tal caso estamos en presencia de una autoría mediata y nunca de una inducción. Por lo dicho es posible considerar como idóneo a cualquier medio, en virtud del cual se ejerza una influencia decisiva sobre la voluntad del sujeto a inducir: cualquier exhortación concluyente a la comisión del hecho.²²²

Con respecto a los casos de exceso del autor principal, de la accesoriedad de la inducción se sigue que la responsabilidad penal del inductor no puede llegar tan lejos como alcance la acción típica del autor principal. La responsabilidad del inductor

²¹⁹ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op. cit.*, p. 438.

²²⁰ *Idem.*

²²¹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. *Op. cit.*, p. 405.

²²² *Ibidem*, p. 440.

está sujeta a un límite máximo vinculatorio. El inductor responde por el acontecer sólo en el marco de su propio dolo, de manera que, al menos en principio, no debe ser recargado con el exceso.²²³

Lo que define al autor o sujeto inducido es la libertad, de manera que la decisión tomada por el propio autor elimina, la posibilidad de otro autor detrás de él.²²⁴

La inducción es para ejecutar un hecho típico antijurídico, de modo que no hay inducción de inducción, y siempre es para cometer un delito, o sea se dirige al autor, no hay inducción para la complicidad. Además hay que insistir que el instigador y el instigado nunca son coautores; sistemáticamente el instigado es el único autor.²²⁵

Mas no hay ningún impedimento para que la acción instigante sea desplegada por varias personas que se combinan entre sí, y de tal modo ejercer mayor influencia sobre el instigado y aumentar las posibilidades de convencerlo. En tal caso, todos deberán responder como instigadores. Esa instigación conjunta puede o no responder a un acuerdo previo entre los diferentes instigadores o ser resultado de sucesivos aportes desconectados entre sí, pero animados de un propósito que es común.²²⁶

Distinta es la situación en la llamada "*inducción accesoria*" o "*simultánea*" pues aquí las acciones instigantes de los diferentes sujetos no están conectadas entre sí, y es la suma de esos esfuerzos la que termina por convencer, no las acciones individuales. Las diferentes aportaciones se adicionan y logran persuadir al destinatario, motivo por el cual deben ser considerados instigadores, pues todos agregaron una contribución eficaz.²²⁷

²²³ *Ibidem*, p. 447.

²²⁴ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 125

²²⁵ GARRIDO MONT, Mario, *Op. cit.*, p. 310, 311.

²²⁶ FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 435, 436.

²²⁷ *Ibidem*, p. 436, 437.

El instigador en un delito sólo intentado, en la que por causas ajenas a la voluntad del autor no llega a su consumación, sí responde por la tentativa, en virtud de una extensión del tipo (por punibilidad de la tentativa y responsabilidad por participación) siempre en el mismo grado que el autor principal. Así también el instigador puede provocar el desistimiento si impide la consumación del hecho principal, o bien ha neutralizado su aportación de tal forma que haya perdido toda eficacia para el hecho realizado, a pesar del desistimiento o bien puede invocar el arrepentimiento en el caso de que el hecho se haya consumado, pero evite el resultado dañoso. Por último, en relación a la tentativa, hemos de aclarar, como lo hicimos a propósito de la autoría mediata, que jurídicamente no existe tentativa de instigación, sino, instigación a un delito que es cometido en grado de tentativa, en virtud de la no conclusión de todo el *iter criminis* y nunca de la no conclusión de la instigación.

Problemática específica plantea la figura de "*agente provocador*" (el que induce a cometer un delito, para detener al autor al momento de su ejecución) y los delitos en particular que castigan la figura del inductor, por ejemplo la inducción al suicidio (artículo 142 párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal), como un tipo específico de delito, aunque estructuralmente deben reflejar los elementos conceptuales de la inducción.

Se hace también referencia, a que el autor mediato se encuentra en una relación jerárquica superior con el subordinado ejecutor, que estaría obligado a cumplir la orden que recibe de realizar la conducta típica ilícita; pero aquí no siempre se trata de una autoría mediata, generalmente hay un realizador doloso y un inductor. Este problema puede vincularse con la obediencia debida en algunas alternativas.²²⁸

Una vez que realizado el estudio respectivo, tocante al tema de la inducción, y para encontrar una mayor claridad en el mismo es pertinente citar el siguiente

²²⁸ GARRIDO MONT, Mario, *Op. cit.*, p. 309.

ejemplo: Una mujer, en pleno uso de sus facultades mentales, que se encuentra con un normal y sano embarazo, asiste al médico a una consulta de control prenatal, en la misma consulta, el médico la determina a que se practique un aborto sin engañarla ni coaccionarla simplemente convenciéndola de que expulse al feto, razón por la que la madre accede a cometer el ilícito.

3.3.2 Semejanzas entre la autoría mediata y la inducción

- a) Se trata en el caso de la autoría mediata, de formas de intervención en el delito tipificadas legalmente, como se desprende del artículo 13 fracciones IV y V respectivamente del Código Penal Federal y del artículo 22 fracciones III y IV en el ordenamiento punitivo aplicable al Distrito Federal.
- b) En ambos casos, tanto el inductor como el autor mediato, son responsables de los delitos cometidos ya sean consumados o en grado de tentativa.
- c) En el supuesto de la autoría mediata, así como en la inducción, la idea criminosa se debe de materializar, no basta con la sola intención de determinar o utilizar, al inducido o al instrumento, sino que estos deben dar por lo menos comienzo a la ejecución del hecho ilícito.
- d) Ambos supuestos presuponen la existencia de dos personas, sin ser casos de coautoría. La inducción presupone una persona, el inductor, que determina a otro para cometer un delito y, el inducido, que ejecuta materialmente el delito a título de autor. La autoría mediata presupone una persona, el autor mediato, que es el autor del delito por tener el dominio del hecho y otra, el instrumento, que es el que ejecuta materialmente el delito.
- e) En ambos casos, el autor mediato y el instigador, llevan a cabo una acción dolosa (aunque como veremos en el capítulo siguiente la autoría mediata puede ser culposa) sobre un sujeto para conseguir un fin delictuoso.

- f) Tanto para el autor mediato, como para el inductor, la ejecución del delito sale de su esfera material, esto es, la ejecución del delito la realizan ya sea el “*instrumento*” o el “*inducido*”.

3.3.3 Diferencias entre la autoría mediata y la inducción

- a) Según MAURACH, la inducción es la *corrupción* del hombre libre y por tanto responsable de lo que hace, mientras que la autoría mediata se caracteriza esencialmente por el *abuso* del hombre no libre, quien en la emergencia actúa como un instrumento en manos de quien sí tiene pleno dominio del hecho. El instigador se dirige a una persona imputable que ha de actuar en principio con plena culpabilidad, dolosa y libremente.²²⁹
- b) El inductor quiere que otra persona cometa un delito determinado, y para ello realiza acciones tendientes a convencerlo de que adopte la resolución de cometerlo. En la autoría mediata, el autor mediato también quiere que otro realice el delito y entonces lo engaña al otro o lo induce al error o se aprovecha del mismo o ejerce coacción o cualquier otro supuesto que descarta la libre determinación del sujeto.
- c) La inducción sólo puede ser realizada por medios psíquicos, dado que, quien haga uso de la violencia será autor mediato y no inductor. Más aun, dichos medios psíquicos nunca deben ser compulsivos, pues el empleo de estos, también produciría autoría mediata; por esta razón la determinación no se produciría si el instigado no estuviera decidido ya por sí mismo con antelación a realizar el tipo por su cuenta.²³⁰

²²⁹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. *Op. cit.*, p. 406.

²³⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Op. cit.*, p. 48.

- d) El inductor no tiene el dominio del hecho, siendo el inducido autor plenamente responsable, mientras que la autoría mediata se caracteriza por la situación de que quien realiza la acción adecuada al supuesto de hecho no tiene el dominio del hecho, es decir el instrumento nunca es responsable jurídicamente de la comisión del delito, sino lo será el autor mediato que es quien en verdad tienen el dominio del hecho mediante el dominio de la voluntad y la decisión del instrumento que ejecuta el delito.
- e) El dolo de la inducción debe abarcar lo doloso del hecho principal. Si el "hombre de atrás" quiere motivar al autor principal a la comisión de una lesión típica culposa de un bien jurídico, sólo cabe pensar en la autoría mediata, debiéndose descartar la inducción.²³¹ El inducido actúa siempre con dolo y plena culpabilidad.
- f) El inductor no tiene interés en cometer el mismo el delito, ni pretende tener intervención en su ejecución. El autor mediato perpetra el mismo el delito a través de otro, que sólo es un instrumento para ejecutar el mismo.
- g) El inducido, sabe con toda certeza que en caso de ejecutar la conducta típica, esta realizando un delito y sin embargo se decide a ejecutarlo y en esa virtud es plenamente responsable, en tanto que el "instrumento" no sabe que está cometiendo un delito o simplemente no tiene discernimiento para comprender la trascendencia de su acto, por lo que carece de responsabilidad.²³²
- h) La inducción es un tipo de participación *stricto sensu*, pues la responsabilidad del inductor depende del autor principal (el inducido), ya que es partícipe del delito cometido por el autor principal. En tanto la

²³¹ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op. cit.*, p. 442.

²³² GARRIDO MONT, Mario. *Op. cit.*, p. 312.

responsabilidad del autor mediato es a título de autor y no depende de este principio de accesoriedad respecto de la conducta del instrumento, se trata pues de un auténtico caso de autoría.

3.3.4 Inducción mediata

Por último, abordaremos un tema que se puede discutir mucho, pero que ha sido muy escasamente tratado en la doctrina. JESCHECK, citando a GALLAS, señala que es posible una inducción mediata, y entiende por ello el caso del sujeto que se vale de otro como "*instrumento*" para instigar a otro.²³³

Pues bien, dicha hipótesis aunque complicada e inusual es posible en el mundo fáctico y por tanto merece atención. Estimamos que se trata de un caso de inducción, en el que el inductor utiliza a otra persona sólo como instrumento para que realice la determinación a la que hace referencia la hipótesis de la inducción y que por tanto esta carece de cualquier responsabilidad y sólo será responsable el "*hombre de atrás*" a título de inducción, pero nunca podrá ser considerado autor mediato, pues no utiliza al instrumento para perpetrar materialmente el delito, sino para determinar a otro para que lo cometa. Ni tampoco aceptamos que se le considere autor mediato de inducción, pues la autoría mediata sólo es una forma de comisión de delitos y nunca de formas de autoría o participación, pues sería en este caso tanto como decir, que se trata de un supuesto de "*autoría de participación*".

²³³ FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 430.

CAPÍTULO CUARTO

4.1 Autoría mediata e inimputabilidad

4.1.1 Concepto de Inimputabilidad

El artículo 15 fracción VII del Código Penal Federal y su correlativo artículo 29 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal, es el fundamento de la inimputabilidad, pues dice, que el delito se excluye cuando; *"al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere preordenado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o fuere previsible (acciones libres en causa)."*

La inimputabilidad es una categoría jurídica de las personas que carecen de suficientes facultades mentales y de la capacidad de motivación al momento de realizar la conducta típica, y que le impide comprender su acción u omisión en los términos establecidos por la ley penal; por este motivo se le considera carente de culpabilidad en sus actos.²³⁴

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad parte primeramente de la edad; antes de alcanzar la madurez biológica derivada por la edad no es posible formular un reproche de culpabilidad si antes no se constata que el autor o partícipe ha alcanzado el grado necesario de desarrollo intelectual, de madurez moral y de fuerza de voluntad, que es lo que finalmente permite medir la actitud hacia el derecho. Sin embargo tal capacidad de culpabilidad se encuentra también en relación con la salud

²³⁴ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Op. cit.*, p. 72.

psíquico mental del agente, la cual no existirá en casos donde existan graves manifestaciones de disminución de la misma.²³⁵

4.1.2 Causas de inimputabilidad

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o de neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad. Tratándose de la inimputabilidad son admisibles tanto las excluyentes legales como las llamadas supraleales.²³⁶

Respecto de nuestra base legal, las expresiones "*trastorno mental*" y "*desarrollo intelectual retardado*" por su latitud abarcan, la primera toda clase trastornos mentales, en tanto la segunda comprende los casos en, que si bien no existe propiamente un trastorno mental, el sujeto por su desarrollo intelectual retardado o incompleto no se encuentra, como ocurre igualmente en el trastorno mental, en posibilidad de comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, como sucede en algunos casos tratándose de los ciegos o sordomudos, cuando éstos carecen totalmente de instrucción.²³⁷

La capacidad para motivarse o para conocer la antijuridicidad de la conducta (imputabilidad), debe existir en el sujeto en el momento mismo de la comisión, pues únicamente en tal ocasión tiene relevancia apreciar tal aptitud requerida para ser culpable.²³⁸

²³⁵ *Ibidem*, p. 72, 73

²³⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando, *Op. cit.*, p 205

²³⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Op. cit.*, p. 411, 412.

²³⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Op. cit.*, p. 74.

Los sujetos que actúan bajo trastorno mental pueden ser objeto del tratamiento que en cada caso corresponda de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 67, 68, 69 y 69 bis del Código Penal Federal, pues si bien y dado su carácter de inimputables no son responsables penalmente, pueden ser sujetos a simples medidas de seguridad, cuando ésta se estime procedente a juicio del juzgador.

En cuanto al instrumento inimputable se sigue reconociendo con unanimidad como caso de autoría mediata, siempre y cuando se pueda afirmar que el instrumento careció del dominio del hecho; si esto no ocurre se plantea como una hipótesis de inducción a partir del principio de accesoriedad limitada de la participación.²³⁹

Si el autor, en el instante del hecho típico, no tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel, es decir, en los casos de plena inimputabilidad, el tercero que lo entrevé tiene el dominio del hecho, sea de la suerte que sea su cooperación. Al respecto ha de partirse de que la falta de comprensión en el autor debe referirse siempre, al injusto material, es decir, a la desvalorización social de su conducta. El que alguien sepa con exactitud que comete injusto, pero a pesar de ello, como consecuencia de un defecto mental, no está en condiciones de advertir que la antijuridicidad formal ocurrirá muy pocas veces.²⁴⁰

Así pues, si se da en estos casos el requisito de que el autor directo no tenga claro que hace algo materialmente injusto, bien es cierto que posee el dolo en el sentido de la teoría de la culpabilidad y que con él el dominio del hecho de primer grado, de manera que puede ser considerado autor (aunque disculpado); pero el sujeto de atrás, tanto si sólo ha determinado el hecho como si lo ha apoyado, en tanto que señor del hecho de segundo grado, es capaz de dirigir con sentido el curso del hecho y es, por tanto, autor mediato. Naturalmente puede que el defecto mental del ejecutor sea tan agudo que ni siquiera esté en condiciones de concebir dolo en

²³⁹ CREUS, Carlos, *Op. cit.*, p. 392.

²⁴⁰ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 259.

sentido natural; entonces el sujeto de detrás tendrá el dominio del hecho con mayor razón.²⁴¹

De manera distinta ocurre únicamente cuando el no ejecutor es imputable, pero sufre igualmente un error sobre el injusto material del hecho. Aún cuando sepa que el ejecutor del hecho es inimputable, sólo existe aquí participación (punible si es evitable el error), y es que falta cualquier supradeterminación del acontecer, porque tampoco el sujeto de detrás ha aportado la comprensión de sentido necesaria para el segundo grado de dominio del hecho. Ciertamente puede que para él, a diferencia de para el sujeto de delante, el error sea reprochable, pero ello nada cambia en que *in concreto* no tiene el dominio del hecho.²⁴²

Más difícil es responder la cuestión del dominio del hecho cuando el inimputable tiene claro lo no permitido de su conducta, pero no posee la capacidad de "*conducirse de acuerdo con esa comprensión*". Aquí hay que estimar autoría mediata en principio cuando el sujeto de detrás ha sugerido el plan del delito del autor directo, esto es, cuando de haber sido imputable, se habría dado inducción. En efecto el inimputable obra aquí dolosamente y con plena comprensión del sentido; puede incluso proceder en la ejecución del delito independiente y cuidadosamente. Pero como le falta toda capacidad de inhibición, no se le puede imputar la decisión del hecho como obra suya. Más bien es no libre en esa medida y (dado que no ha podido resistir el impulso) ha sido dominado, en la formación de la voluntad, por el sujeto de atrás.²⁴³

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

²⁴¹ *Idem.*

²⁴² *Idem.*

²⁴³ *Ibidem*, p. 260.

configura el acontecer, porque el ejecutor no puede adoptar una resolución jurídicamente relevante. Por el contrario, no importa nada que el inimputable, al realizar la decisión una vez tomada, pueda conducirse muy final y resueltamente. Más bien, el que determina es siempre autor mediato.²⁴⁴

4.1.3 Problemática de la inimputabilidad y la autoría mediata

En función de otros puntos de vista hay que decidir cuando el inimputable ya ha adoptado la decisión del hecho y el no ejecutor simplemente le auxilia en la realización. Aquí se abren dos posibilidades:

En primer lugar, la cooperación puede ser de suerte que sin ella el hecho no sería posible. Entonces el sujeto de atrás es autor mediato, pues como la realización del delito depende de él y entre su aportación al hecho y el resultado no existe ninguna otra voluntad responsable, únicamente él tiene el dominio de la voluntad y avanza, junto con el sujeto agente, al centro del acontecer delictivo.

Por el contrario, cuando el auxilio no posibilita el hecho sino que sólo lo favorece o lo modifica en su configuración concreta, la cooperación encuadra en el ámbito de la participación. El sujeto de atrás no tiene el dominio del hecho en sus manos porque la ejecución dependa de su aportación, el dominio del hecho en tales casos sólo podría basarse en que la formación de la voluntad en el agente, como consecuencia del impulso proveniente del sujeto de atrás, se presentase como obra de éste. Pero éste precisamente no es el caso cuando el inimputable, independientemente, se ha decidido al hecho. Así pues, sólo ha de estimarse complicidad allí donde alguien le entrega un arma a un enfermo mental, a instancia de éste, para que ataque.²⁴⁵

²⁴⁴ *Idem.*

²⁴⁵ *Ibidem.*, p. 261.

El dominio del hecho por parte del "hombre de atrás" concurre con seguridad si éste ha originado intencionalmente el estado inimputabilidad del instrumento, por ejemplo, merced a la embriaguez, para hacerle dócil su propósito. Pero también ha de apreciarse autoría mediata cuando hay mero conocimiento de la inimputabilidad y aprovechamiento de tal estado en relación con el hecho. Mas si, por el contrario, el niño o el enfermo mental son excepcionalmente capaces de adoptar una decisión propia, existe sólo inducción.²⁴⁶

En los casos de actuación de un inimputable cabe examinar, en primer lugar, la autoría mediata y sólo ante su inaplicabilidad examinaremos los supuestos de la participación. Precisamente en los casos de incapacidad de culpabilidad del intermediario, sea que ella se deba a la ausencia de capacidad de dirección o la falta de capacidad de comprensión se encontrará frecuentemente el abuso del incapaz de culpabilidad, elemento característico de la autoría mediata.²⁴⁷

La distinción en estos supuestos, de utilización de un inimputable, entre la autoría mediata y la coacción, es trascendente. La importancia doctrinaria de la distinción reside en que al autor mediato no le son aplicables las reservas impuestas para las acciones de participación accesoria, dependientes de una principal, que es la realizada por el verdadero autor.²⁴⁸

El sujeto del cual el autor mediato se sirve puede no ser un tercero sino el mismo lesionado, toda vez que en éste falte capacidad de determinación en sentido jurídico. He aquí una importante consecuencia de diferenciar esta figura de la de instigación, pues el que acepta una instigación en su propio perjuicio, en la esfera de sus derechos disponibles, no realiza una acción ilícita, y el instigador queda impune

²⁴⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op.cit.*, p. 608, 609.

²⁴⁷ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz, *Op. cit.*, p. 352, 353.

²⁴⁸ SOLER, Sebastián, *Op. cit.*, p. 288.

en virtud del consentimiento del ofendido, pues el instigador quiere, y es capaz de querer en forma jurídicamente relevante; mientras que el inimputable no.²⁴⁹

Dice JAKOBS que, quien domina en posición de superioridad la inculpabilidad del ejecutor del hecho, no sólo es partícipe del hecho, sino que comete un hecho propio, mediata, a través de su dominio superior.²⁵⁰

Claro está, que para el caso de la autoría mediata por medio de los inimputables, habrá que considerar las posibilidades fácticas de que el hecho se pueda llevar a cabo, pues resultaría muy improbable que alguien se pueda valer de un oligofrénico para cometer un complejo fraude a un banco, pero en definitiva ésta es una cuestión de hecho que necesitará el pertinente examen en el caso concreto.²⁵¹

A FIERRO le parece un tanto equivoco el planteamiento en sí: o estamos ante un sujeto inimputable o no lo estamos. En definitiva estamos en presencia de una cuestión probatoria respecto de la capacidad real del autor inmediato para comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones en el caso concreto en función de esa comprensión, pero debemos prevenirnos para no incurrir en la confusión. Lo decisivo no reside en determinar si el instrumento padece o no de "*trastorno mental o desarrollo intelectual retardado*", sino si dichos padecimientos lo convierten o no en un inimputable en el supuesto a juzgar.²⁵²

Se parte del punto de vista que el instrumento carece de libertad, luego se daría la autoría mediata, en el caso del inimputable, salvo en dos casos: a) en aquellos supuestos en los que el autor inmediato se considera inimputable en virtud de una previsión legal abstracta, que no corresponde a una efectiva incapacidad

²⁴⁹ *Idem.*

²⁵⁰ JAKOBS, Günther, *Op. Cit.*, p. 777.

²⁵¹ FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 380.

²⁵² *Ibidem.* p. 380, 391.

cognoscitiva, b) en los casos en que el hombre de atrás no conoce la efectiva carencia de capacidad cognoscitiva del autor inmediato.²⁵³

Podemos concluir este tema diciendo que, quien siendo imputable, actuando con el dolo requerido y conociendo o provocando el estado de inimputabilidad de otra persona, se sirve de ella dominando su voluntad para que cometa un delito, es autor mediato del hecho punible llevado a cabo por el ejecutor inimputable.²⁵⁴

Por último, para que no quede indebidamente implícito, hay que señalar con claridad que esa autoría mediata supone que el hombre de atrás sepa, conozca (si no la provoca él) la falencia mental del instrumento y se valga de ella para concretar sus fines delictivos. Si así no fuera, estaríamos en presencia de una instigación, puesto que nadie ha sido utilizado como instrumento.²⁵⁵

A la inversa, también es posible que el manipulador crea está utilizando a un inimputable, cuando en realidad no se presenta tal supuesto, ya que ambos están capacitados para responder legalmente por sus actos. El error del pretendido autor mediato, según FIERRO, no es relevante para poder cambiar la situación real, y se tratará de un supuesto de inducción.²⁵⁶

4.2 Autoría mediata y el error

4.2.1 Concepto de error

El error es una falsa apreciación de la realidad, es un conocimiento incorrecto de la verdad (no es igual a la ignorancia, pues ésta supone un desconocimiento). Es

²⁵³ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 58.

²⁵⁴ FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 380.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 381.

²⁵⁶ *Idem*.

un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste en la realidad.²⁵⁷

4.2.1.1 Tipos de error

Habrá que dejar muy clara la distinción entre error de tipo y error de prohibición.²⁵⁸ En el primero, el sujeto que comete el hecho desconoce uno o varios elementos esenciales del tipo penal y por tanto no actúa dolosamente, porque desaparece la finalidad típica. En el segundo, el sujeto conoce todas las circunstancias del hecho y actúa por tanto dolosamente, no obstante desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma (error de prohibición directo) o considera permitido -no antijurídico-, su hecho (error de prohibición indirecto) y únicamente en caso de ser invencible excluye la culpabilidad y con ello la punibilidad.

Así el artículo 15 del Código Penal Federal en su fracción VIII (artículo 29 fracción VIII del Código Penal para el Distrito Federal), nos dice lo siguiente:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:...

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o*
- b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta."*

De igual forma recordemos que dentro de nuestro sistema penal, únicamente es causa de inculpabilidad y por tanto excluyente de punibilidad, el error invencible, es decir, aquel humanamente imposible de superar. El vencible, no es causa de

²⁵⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op. cit.*, p 232

²⁵⁸ Respecto al tratamiento del error nos apegaremos por completo a la doctrina alemana, por ser la dominante y ser la que acogen nuestros ordenamientos punitivos, tanto federal como locales, y dejaremos de lado la vieja distinción entre, error de hecho y error de derecho, que aún sigue imperando en una parte de la doctrina dominante nacional.

inculpabilidad como nos lo indica el artículo 66 del mencionado Código Penal Federal (artículo 83 del Código Penal para el Distrito Federal). Siendo vencible el error de prohibición, según dicho artículo, la pena será de hasta una tercera parte del delito. Sin embargo el propio artículo 66 (artículo 83 del Código Penal para el Distrito Federal) nos dice que en el caso de que el error de tipo sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trate admite esa forma de realización.

Para determinar cuándo estamos en presencia, o ausencia, de un error vencible, no es posible dar respuestas que sean útiles en los casos límite, puesto que la exigibilidad de comprensión, o sea, la vencibilidad del error, es cuestión que deberá determinarse en cada caso, teniendo en cuenta las características personales, profesionales, el grado de instrucción, el medio cultural, la oscuridad de la ley, las contradicciones de las resoluciones judiciales o administrativas al respecto, etc. Como en cualquier límite de culpabilidad, no es posible sentar reglas que pasen por alto las particularidades individuales.²⁵⁹

4.2.2. Presupuestos de error en la autoría mediata

Aclarado lo anterior procedemos a analizar los supuesto en los que se conjugan real a aparentemente la autoría mediata y los supuestos de error, así como explicar los criterios mediante los cuales se ha de solucionar dicha problemática.

En el marco de la teoría del dominio del hecho, la expresión "*dominio mediante error*" –*Irrtumsherrschaft*- engloba, en primer lugar, los casos en que la autoría mediata se presenta, desde la perspectiva del instrumento, cuando el sujeto de atrás utiliza a otra persona que actúa en virtud de error; en segundo lugar, se menciona

²⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 582.

también a la causa del error, refiriéndose al instrumento que obra por engaño del sujeto de atrás; y por último, la fórmula tradicional alude al instrumento que actúa sin dolo.²⁶⁰

Pues bien, a la expresión "*dominio en virtud de error*" se le ha tildado de imprecisa, debido a que no es el error del sujeto de delante sino el superior o mayor conocimiento del sujeto de atrás lo que fundamenta el dominio del hecho. Sin embargo esto no es enteramente cierto, pues, por una parte, también se utiliza la expresión "*superior conocimiento*", más como criterio constitutivo o constructivo que descriptivo –a lo que seguramente responde la otra expresión– de la autoría mediata; y por otra parte, debe tenerse en cuenta que si bien el sólo error del sujeto de delante no funda el dominio del hecho, tampoco lo fundamenta únicamente el superior dominio del sujeto de atrás. No obstante la expresión "*dominio de la voluntad a través de error*" si resulta totalmente inadecuada, e incluso induce a confusión por cuanto el propio ROXIN afirma, que en los supuestos en que el dominio del hecho se sigue a través de error del instrumento no hace falta que tal dominio recaiga sobre el sujeto de delante, quien actúa completamente libre.²⁶¹

Las constelaciones de los casos de error posibilitan la comisión de un hecho a través de otro se caracterizan, según ROXIN, porque el dominio del hecho se origina por un superior conocimiento por parte del sujeto de atrás. Se explica este dominio en virtud del error del instrumento porque el sujeto de atrás, gracias a su superior conocimiento, comprende de forma más profunda el valor del sentido social del acontecimiento y conforme a ello es capaz de configurarlo, pues la libre voluntad del ejecutor directo no puede oponerse autónomamente a ello dado que no es accesible a su conocimiento. La naturaleza de ese superior conocimiento implica para ROXIN un escalonamiento del dominio del hecho que alcanza hasta cuatro grados, según el error excluya el dolo, y por tanto la tipicidad de la acción del instrumento, o afecte la

²⁶⁰ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 167.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 167, 168.

antijuridicidad de su conducta, o verse sobre los requisitos de las causas de exculpación o finalmente sobre el propio significado de su actuación, aunque haya procedido de forma dolosa, antijurídica y culpable.²⁶²

Asimismo se entiende que puede faltar la relación psíquica entre el autor mediato y el instrumento. Ciertamente en el plan delictivo del sujeto de atrás se desliza cierta inseguridad en tanto que el instrumento que yerra obra libremente con respecto al resultado extratípico que él persigue. Pero tal inseguridad no es principio mayor que aquella que está ligada en general al empleo de factores causales. Puesto que el ejecutor no sabe lo que hace, le falta toda inhibición, y el desenlace a menudo no es menos predecible que en el empleo de instrumentos "inertes", cuyo funcionamiento también puede depender de circunstancias imprevisibles diversas.²⁶³

En los supuesto de error de prohibición, suele reconocerse la autoría mediata del "hombre de atrás" cuando creó, o conoció y aprovechó, un estado de error invencible sobre la prohibición del instrumento; considerándose irresponsable penalmente el autor inmediato por incapacidad de culpabilidad. Se estima que el instrumento actuó dolosamente, pero sin culpabilidad, porque no tuvo la normal valoración de los elementos fácticos, respecto de la existencia de una causa de justificación.²⁶⁴

Si el error de prohibición es evitable, puede darse la autoría mediata, al existir un super-dominio del hecho sobre el instrumento. Sin embargo, podría defenderse en estos actos que el instrumento-autor inmediato no sólo realiza el hecho típico antijurídico sino que actúa con culpabilidad (aunque probablemente disminuida), pero con plena responsabilidad jurídico penal. Por eso se considera que el que domina el hecho es, en este caso, precisamente, el ejecutor directo, y no el hombre de atrás, del

²⁶² ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 170, 232.

²⁶³ *Ibidem*, p. 195.

²⁶⁴ MORENO Y BRAVO, Emilio, *Op. cit.*, p. 76.

que no puede decirse que el hecho aparezca como obra suya, es decir como obra de su voluntad y no de la del ejecutor directo. El hombre de atrás sólo aparece aquí, como partícipe inductor si creó el estado de error evitable o como partícipe cómplice si sólo se aprovechó del mismo. Ahora bien, lo cierto es que, incluso en este caso, queda patente que nos encontramos ante un supuesto de autoría mediata.²⁶⁵

Un ejemplo de lo anterior lo proporciona la doctrina germana con base a los principios establecidos por el Supremo Tribunal Alemán y es el siguiente; Cuando el soldado comete un delito grave o menos grave cumpliendo ordenes, su culpabilidad desaparece si no advirtió la antijuridicidad del hecho ni tuvo por qué advertirla. El superior es entonces autor mediato. Si, en cambio, el inferior actúa culpablemente, él es el autor, aunque pueda existir culpabilidad disminuida. En tal supuesto, al superior se le castiga como inductor.²⁶⁶

Dice JAKOBS que, el superior dominio sobre la decisión no puede sólo consistir en que al instrumento se le recorten alternativas fácticamente, sino que basta que el instrumento, para la elección entre las posibilidades de acción existentes, pueda remitirse a la responsabilidad predominante del autor mediato, es decir, cuando por su parte ya no elige responsablemente.²⁶⁷

En el caso de error de tipo, el instrumento desconoce uno o varios de los elementos esenciales que integran el tipo penal, porque el autor mediato así lo ha causado o se ha aprovechado de ello. Como es el caso de que JUAN sale de cacería en un campo para ello destinado junto con LUIS, a lo lejos JUAN distingue a su enemigo PEDRO e informando a LUIS que hay un "animal" detrás de los arbustos LUIS dispara creyendo matar al animal, desconociendo que realiza el núcleo del tipo de homicidio.

²⁶⁵ *Ibidem.* P. 76, 77.

²⁶⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op.cit.*, p. 609.

²⁶⁷ JAKOBS, Günther, *Op. Cit.*, p. 779.

Este caso se da cuando el autor inmediato, por su falta de dolo, no puede ver los hechos tal como son y, debido a ello, tampoco puede oponer resistencia al autor de atrás que maneja maliciosamente los hechos. La tercera persona es una herramienta ciega del autor, un instrumento de la voluntad de aquél, debido al error de tipo. El dominio de la voluntad se funda en el mayor conocimiento que tiene el autor de las circunstancias del tipo con respecto al instrumento, ya que cuando ambos conocen las circunstancias en igual medida no hay posibilidad de dominio de la voluntad del otro. Ejemplo; PEDRO incita a JUAN a que pruebe su habilidad quitando un cigarrillo de la boca de LUIS –que está de acuerdo en la prueba- con un disparo de revólver. JUAN acepta con la idea de ganar la apuesta. Dispara y mata a LUIS. Por lo menos ha obrado con culpa y, en su caso, con dolo eventual. Pero de todos modos, JUAN ha tenido el dominio del hecho: PEDRO no es autor mediato.²⁶⁸

Si se trata de un error de tipo aparece como doctrina común la consideración de esos casos como autoría mediata. El instrumento actúa sin dolo, dándose las circunstancias sobre el hecho del hombre de atrás. Así, el cartero que entrega la carta de la que desconoce que en su interior lleva una bomba. Mas si el instrumento actuó con error de tipo vencible y el delito admite la comisión imprudente, se dará un caso de autoría accesoria, concurriendo la autoría imprudente y la autoría mediata dolosa (por ejemplo, cuando el cartero incumplió el deber de realizar los necesarios controles de seguridad).²⁶⁹

El dolo del instrumento faltará siempre que obre con error sobre las circunstancias del tipo. En estos casos el dominio de la voluntad se funda en el mayor conocimiento que tiene el autor mediato de las circunstancias del tipo con respecto al instrumento.²⁷⁰

²⁶⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, citado en DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 52, 53.

²⁶⁹ CALDERON CEREZO, A y CHOCUAN MONTALVO, J.A., *Op. cit.*, p. 367.

²⁷⁰ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Op. cit.*, p. 328.

La ausencia de dolo, deviene en una inculpabilidad según las teorías causalistas o en una atipicidad según se considera desde la teoría finalista de la acción hasta hoy.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, después de un amplio estudio del tema, aporta criterios importantes para determinar cuando estamos en presencia de una autoría mediata cuando existe error y cuando recaerá el hecho en otros supuesto de autoría y participación, los cuales a continuación exponemos;

- a) El superior conocimiento junto con un acto de complicidad en la acción del sujeto que actúa sin dolo deriva en un caso de autoría mediata.
- b) El superior conocimiento respecto de la acción peligrosa de un sujeto que actúa sin dolo deriva en omisión pura, si se dan los demás requisitos.
- c) El superior conocimiento respecto de la antijuridicidad de la conducta que realiza el sujeto dolosamente más el acto de complicidad derivan en participación.
- d) No cabe la comisión por omisión.
- e) Es insuficiente la solución de la omisión pura cuando el sujeto participa activamente.²⁷¹

²⁷¹ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 186.

De igual forma aporta los criterios que han de regir el dominio del hecho en los supuestos en estudio y son los siguientes;

1. El dominio del hecho aparece mediante la provocación de un error que impulsa a actuar lesivamente al instrumento, desconociendo éste el carácter lesivo-material de su conducta; es el caso más claro, porque concurre un conocimiento especial y porque el impulso de la actividad del sujeto de delante parte del sujeto de atrás directamente producido por el error. Con ello se descarta la autoría mediata en los casos de *error in personam*,²⁷² dado que sólo domina la cualidad del objeto de la acción, pero no el acontecimiento a través de la acción del sujeto de delante. Del mismo modo, la autoría mediata debe descartarse en los supuestos en que el error recaer sobre otras cualidades de la acción, en concreto en todas aquellas constelaciones basadas en el "*dominio sobre el sentido de la acción*", cuando aquél no excluya la lesividad de la acción. El error sobre la punibilidad de una conducta, por ejemplo, si versa sobre el carácter del delito o de la falta, o si tiene una pena mayor o menor, o distinta pena, no otorga pues el dominio sobre la cualidad lesiva de la acción.

2. El error sobre las causas de exculpación produce instrumentalización, pero no tiene como factor decisivo el error sino la propia situación en la que actúa erróneamente.

3. Si se manipula la situación fáctica, donde la inserción de la actividad del instrumento hace que se potencie y se desencadene hasta el resultado la lesividad que porta, el dominio lo da su directa acción sobre los hechos y la inclusión en su esfera de la acción del instrumento. Con ello se puede fundamentar el dominio de la

²⁷² El *error in persona* o *aberratio in persona*, es cuando el error versa sobre la persona objeto del delito. Ejemplo: Julio, quiere disparar sobre Rafael, pero por la oscuridad de la noche confunde a éste y priva de la vida a Sergio, a quien nunca se propuso matar.

cualidad lesiva de la acción del instrumento a pesar de que no existe ningún dominio sobre él.

4. Si el sujeto de delante ya sufre el error, y conociéndolo el sujeto de atrás se aprovecha para determinarle a realizar un hecho, únicamente se ha librado éste de una fase de instrumentalización que consiste en la provocación del error, pero llega a dominar el hecho en virtud de lo anteriormente dicho.

5. Si conociendo la acción que va a realizar erróneamente el sujeto de delante, le presta la colaboración que solicita que objetivamente no consista en realizar los hechos típicos, el sujeto de atrás domina la cualidad lesiva de la acción del instrumento. Y ello no sólo por su superior conocimiento, sino también porque con su contribución al hecho –que en modo alguno tiene que ser de autoría, pues sería entonces autor directo-, interviene entonces en un proceso causal que deriva hacia la lesión de un bien jurídico sabiendo que aquél está impulsado por un sujeto autoinstrumentalizado.

6. La clase de error del sujeto de delante es irrelevante, lo esencial es que lo lleve a desconocer el carácter lesivo de su comportamiento; esto ocurre siempre en el error de tipo, sea vencible o invencible, porque en ambos casos, el conocimiento actual del sujeto, el que decide sobre su comportamiento, es idéntico. El carácter lesivo del comportamiento se revela en los casos de error de prohibición porque el sujeto desconoce la dañosidad social, relevante jurídicamente.²⁷³

Ahora bien, JESCHECK distingue otros casos de "error" relacionados con la autoría mediata, que si bien escapan de los tratados en el error de tipo o error de prohibición, sin embargo también representan cierto interés y por tanto los hemos incluido en nuestro estudio, y son los siguientes:

²⁷³ *Ibidem.* p. 211, 212.

1. El "*hombre de atrás*" supone erróneamente que el ejecutor directo actúa con dolo o, en su caso, es capaz de culpabilidad, mientras que en realidad obra sin dolo o es incapaz de culpabilidad.

Ejemplos: El guarda forestal infiel vende a su propio nombre la madera del bosque y deja que la retire con un vehículo el conductor a quien erróneamente considera de mala fe. Alguien contrata a un delincuente para cometer asesinato, siendo así, que se trata de un deficiente mental difícilmente reconocible.

En ambos supuestos, el "*hombre de atrás*" cree realizar una inducción al robo o, en su caso, un asesinato, pero actúa objetivamente como autor mediato, sin advertir, con todo, su dominio del hecho, de manera que tampoco puede ser castigado por autoría mediata. En el supuesto del autor que no parece ser enfermo mental, lo correcto es castigar por inducción consumada, puesto que concurren en el autor tanto, objetivamente, la autoría directa consumada y, subjetivamente, el dolo de inducción. Obviamente, si en el autor faltara el dolo, como en el caso del pretendido robo de madera, sólo cabría tomar en consideración la inducción intentada.

2. El caso contrario, en el que quien actúa directamente es responsable pleno, mientras que el hombre de atrás cree equivocadamente que faltaban el dolo o la capacidad de culpabilidad, dicho "*hombre de atrás*" piensa por error que tiene el dominio del hecho, cuando en verdad sólo realiza una inducción. También aquí procede estimar, en definitiva, inducción consumada, porque el dolo de inducción se encuentra incluido en la conciencia de dominio del hecho. Lo mismo cabe decir en el supuesto de que el "*hombre de atrás*" creyese erróneamente que el instrumento para el robo actuaría sin ánimo de apropiación.

3. En el tercer caso, el instrumento padece un error en el objeto. Aquí un sector doctrinal atiende a que el mediador del hecho actué o no dolosamente. En el supuesto de actuación dolosa, el error en el objeto no debe de beneficiar al “*hombre de atrás*”, a no ser que él mismo hubiese actuado directamente. Sólo cuando el instrumento actúe sin dolo se apreciará, por el contrario, un caso de *aberratio ictus*.²⁷⁴ La opinión opuesta pretende equiparar por completo el instrumento humano y el mecánico, y, en consecuencia, trata ambos supuestos según las reglas de la *aberratio ictus*, como si un arma fallase su meta. Este segundo criterio es el correcto, porque el dolo del autor directo, como el dolo del inductor, debe comprender el resultado del hecho, y por eso el error en el objeto por parte del instrumento aparece en el autor directo como *aberratio ictus*.

Ejemplos: JUAN determina a LUIS, bajo amenaza de muerte, para que mate a tiros a su enemigo PEDRO; pero LUIS, debido a una confusión en la persona mata a CARLOS. ROSA hace que la doméstica ALMA, que nada sospecha, prepare a RITA una taza de café envenenado que, en definitiva, recibe KARLA, al que aquella confunde con RITA. En ambos supuestos, JUA Y ROSA sólo puede ser castigado por tentativa de homicidio.²⁷⁵

4.3 Autoría mediata y omisión

4.3.1 Concepto de omisión

La omisión semánticamente en su significado más amplio es, la abstención de hacer o decir, y en su significado más propio de lo jurídico es, haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o no haberla ejecutado.²⁷⁶

²⁷⁴ La *aberratio ictus*, es el error en el golpe, es decir, cuando el resultado producido no es que se quería obtener, aunque a él sea equivalente.

²⁷⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op.cit.*, p. 612, 613.

²⁷⁶ Cfr. *Diccionario de la Lengua Española, tomo II. Op. cit.*, p. 1620.

Es claro que la conducta humana que sancionan las leyes penales se pueden cometer por acción u omisión, pudiendo ser esta última una omisión simple o una comisión por omisión, así se desprende también de la interpretación legal al artículo 7 del Código Penal Federal, en su primer párrafo y al artículo 15 del Código penal para el Distrito Federal.

El derecho penal no sólo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión pueden producir resultados socialmente nocivos. La infracción de estas normas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión. Lo que el legislador castiga en éstos es la no realización de una acción.²⁷⁷

4.3.2 Tipos de omisión

Según la naturaleza del delito y los tipos penales en particular puede existir omisión simple o comisión por omisión.

Será omisión simple, propia o pura, cuando con la sola inactividad del sujeto se concretan todos los elementos objetivos del tipo penal, es decir cuando estamos ante un delito de mera conducta, que se constituye por la simple infracción al deber de actuar, ejemplo de ello es la omisión de auxilio.

Mientras que, existirá comisión por omisión u omisión impropia, apegados al artículo 16 del reciente Código Penal local y 7 párrafo segundo del Código Federal, cuando en los delitos de resultado material se pueda atribuir el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

- I. Es garante del bien jurídico;

²⁷⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Op.cit.*, p. 251.

- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
- III. Su inactividad es, en su eficiencia, equivalente a la actividad prohibida por el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia;
- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o
- d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o la integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

4.3.3 Problemática de la omisión y la autoría mediata

En la autoría mediata por omisión, al igual que muchos otros temas de la autoría mediata, la doctrina se encuentra dividida en sus apreciaciones, y lo que dificulta en mayor medida la admisión es la propia estructura de la omisión, que sólo permitiría el no actuar directo y no por interpósita persona, de esta opinión son entre otros WELZEL, ROXIN, SCHROEDER, HERZBERG, STRATENWERTH, JESCHECK, SAMSON, BACIGALUPO, JAEN VALLEJO. Sin embargo otros lo consideran posible especialmente en los delitos de comisión por omisión o impropios de omisión, entre ellos MEZGER, SCHÜNEMANN, SCHMIDHÄUSER, JAKOBS, MAURACH, MIR PUIG, DIEZ RIPOLLES y es por tanto en este ámbito donde se encuentra planteado el debate.²⁷⁸

La problemática de la omisión en la autoría mediata no constituye una preocupación reciente, pues nace prácticamente desde que se comienzan a perfilar

²⁷⁸ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 344

los contornos de este tipo de autoría. A finales del siglo XIX, se aceptaba la posibilidad de la autoría mediata al contemplar la omisión como una relación de causalidad natural; la autoría mediata se justificó ya que el autor ponía una condición para que el omitente no actuara. Cuando de la mano de Armin KAUFMANN, se sientan las bases de la moderna dogmática de los delitos de omisión, se rechaza en estos la autoría mediata, pues el que no realiza la actividad ordenada es autor directo, sin más, de la omisión.²⁷⁹

ROXIN, que rechaza la posibilidad de su aceptación, sostiene que toda autoría mediata presupone que esta clase de autor se sirve del instrumento mediante un hacer activo, sea dirigiendo el suceso o impulsándolo hacia el fin propuesto, y ese impulso falta por definición en la omisión y si se quiere renunciar a ese requisito habría que aceptar la autoría mediata en los casos en que un garante no interviene para contrarrestar el delito de un tercero, posibilidad que rechaza por irrazonable.²⁸⁰

Por otra parte, según lo muestra JESCHECK la no evitación del resultado importa ya la plena responsabilidad por la omisión como autor directo. Este penalista da como ejemplo el caso del enfermero que omite voluntariamente impedir que un enfermo mental a su cuidado agrede a otro paciente del hospital: "*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*".²⁸¹

Por último también se argumenta en contra que, donde no existe diferencia entre las fuerzas de la naturaleza y el factor humano, la autoría mediata pierde su justificación.²⁸²

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 344, 355.

²⁸⁰ FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 376.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 377.

²⁸² PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 345.

Por el contrario, la tesis opuesta afirma que quien no evita que un tercero actúe puniblemente, ello por sí sólo lo convierte en autor mediato del delito de comisión por omisión.²⁸³

El maestro español, PLASCENCIA HERNÁNDEZ²⁸⁴ trata el tema extensa y acertadamente y a su exposición a continuación nos remitimos.

Es conveniente descender también aquí a la estructura del delito de omisión para entender la posibilidad de realización de la omisión a través de otro. En un delito de acción cometido en autoría mediata, salvo que el instrumento sea a la vez víctima del delito, tanto el sujeto de atrás como el de delante están sujetos a la prohibición penal de actuar lesionando el bien jurídico. La construcción de la autoría mediata parte, del hacer causal del instrumento potencialmente lesivo para bienes jurídicos. El delito de omisión, por el contrario, construido sobre la base de un mandato, impone el deber de actuar ante una situación de peligro para un bien jurídico, pero tiene un ámbito más restringido, pues si bien se dirige indistintamente a cualquier individuo no todos ellos están en posición de omitir. Hipotéticamente podría parecer la autoría mediata en variadas formas; obligar a otro a que omita una acción ordenada, omitir una acción ordenada para que a su vez otro omita otra acción o no impedir la evitación de un resultado que otro causa. Si la autoría es realización del tipo, debemos fijarnos en los elementos y estructura del delito de omisión para decidir correctamente la cuestión de si en él cabe la autoría mediata. El punto de partida viene dado ya por las diferencias estructurales que existen entre la acción y la omisión, a pesar de que en la comisión por omisión sea precisa una relación de equivalencia o identidad entre ambas; y dentro de los delitos de omisión, según concurren uno u otros elementos estaremos ante distinta clase de omisión.

²⁸³ FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 376.

²⁸⁴ Crf. PLASCENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 344 a 350.

Tal como señala la doctrina mayoritaria, los elementos objetivos del tipo de la omisión pura son la situación típica, la no realización de la acción ordenada y la capacidad individual de realizar la acción. Hay que advertir que en estos delitos tanto el resultado, si se produce, como la relación de causalidad son irrelevantes para el Derecho penal. Lo esencial estriba en la no realización de la actividad ordenada por la ley. Si la omisión se produce ya desde que el sujeto lleva a cabo una conducta distinta a la ordenada por la ley, resulta difícil imaginar casos en que un sujeto pueda realizar un tipo omisivo a través de otro impidiendo actuar, mediante omisión, a un sujeto obligado a ello. Si, por ejemplo, alguien impide que otro realice una acción de salvamento, además de que muy probablemente se encontrará ante el mismo deber de actuar, no estaría omitiendo a través de otro sino actuando. Si alguien omite porque otro le hizo creer que no tenía la obligación de actuar, estamos ante la misma situación porque generalmente tendrá capacidad individual de acción.

Ahora bien, a los elementos típicos anteriores de la omisión pura, en la comisión por omisión debe añadirse la posición de garante. En la actualidad esta categoría jurídico penal está sometida a una crítica al no superar satisfactoriamente los principios dogmáticos en que se asienta el moderno Derecho penal. Tan es así que, recientemente, se ha visto sometida a una fuerte restricción de su ámbito punible, de forma que la sola posición de garante resulta insuficiente para fundamentar la responsabilidad por omisión, reclamándose algún acto de vinculación con respecto a la protección del bien jurídico en peligro o la creación o aumento mediante la omisión de un peligro ya existente. Se trata de exigir no equivalencia de la omisión con la acción, sino una total identidad estructural y material. Ello significa que no basta con una determinada posición del sujeto que posibilite la evitación del resultado, sino un acto personal de asunción de dicha responsabilidad: si la conducta consiste en no intervenir, no actuar frente a un peligro ya existente, de origen diverso a la propia omisión (procedente de causas naturales, de actuaciones de terceros o incluso de una actuación no dolosa del propio sujeto) y cronológicamente anterior a la misma, dejando que el peligro siga su curso natural y desemboque en una lesión del bien jurídico, esa omisión no equivale sin más a producir la lesión –creando el

peligro- por el simple hecho de que el sujeto tenga un específico deber de garantía (de evitar el resultado) respecto del bien jurídico. Es preciso, según algunos autores, que el sujeto haya adoptado el compromiso específico y efectivo de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados. Tal compromiso material se adquiere mediante la realización de actos inequívocos de contención del riesgo o riesgos de que se trate, un acto personal de asunción del dominio sobre esa situación, o que con independencia de que haya posición de garante la misma omisión crea, desencadena o aumenta el peligro de lesión o creación o aumento de peligro atribuible a su autor y que tal peligro determine una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto del causante. En resumen, para algunos el peligro debe ser causado por fuerzas de la naturaleza o por terceras personas y el que omite su evitación es autor por comisión por omisión, o el peligro relevante típicamente surge de la propia omisión del sujeto al hacer surgir el riesgo o al no contener uno ya existente mediante su omisión.

Pues bien, la autoría mediata trata de proyectarse, en la comisión por omisión, en los supuestos en que el deber del autor consiste en evitar los resultados de las acciones peligrosas de otro sujeto. Si el sujeto omite la acción que evitaría el resultado, podría entenderse que éste, si bien no activamente, lo ha conseguido a través de la acción de otro, pues al omitente se le imputa precisamente el resultado que causa el tercero: el enfermero de un psiquiátrico que no evita el ataque de un paciente a otro, se dice, es autor de un delito de comisión por omisión, y el resultado se ha producido por la acción de otro sujeto.

Para analizar la autoría en la comisión por omisión, intentando alcanzar la equivalencia o identidad con la acción, la admisión de la autoría mediata debería circunscribirse a los casos en que el omitente no realiza por sí mismo todos los elementos del tipo. En los delitos de acción la autoría mediata se presenta, como hemos dicho, cuando se utiliza la causación de otro sujeto para lesionar el bien jurídico; en correspondencia con ellos, en los delitos de omisión la autoría mediata se

debería producir cuando se utiliza la acción u omisión de otro sujeto para lesionar - omitiendo- el bien jurídico. En definitiva, si la autoría mediata consiste en la realización de los elementos del tipo a través de otro, en la comisión por omisión ello podría tener lugar, en principio, en la creación de peligro o la producción de la lesión del bien jurídico del que actúa por delante, cuando el omitente tiene el deber de evitarla.

La cuestión se centra, en la comisión por omisión, concretamente en la constelación de casos en que el autor debe controlar una serie de fuentes de peligro provenientes de las acciones de un tercero. De entre los elementos del tipo de comisión por omisión, el único que pudiera realizarse por otra persona es el de la creación de la situación típica. Aquí se presentan dos situaciones, según el sentido que se le otorgue a este elemento. En primer lugar, para aquéllos que consideran que la comisión por omisión se asienta exclusivamente sobre la posición de garante, debe tenerse en cuenta que el deber de actuar surge, por tanto, cuando se produce la situación de peligro que produce el sujeto de delante, es decir la creación de la situación típica. Pero debe observarse que tal elemento, el de la creación de peligro, no es un elemento del tipo realizable por el omitente, por el autor, sino que normativamente se construye como realizable por otro sujeto y de ello deriva el deber de actuar del autor. La esencia de acción del omitente es siempre la misma. En consecuencia, no se puede decir que en este caso que se realiza el hecho a través de otro, porque el hecho realizable por el autor, sea directo o mediato, es siempre el mismo. La creación de la situación de peligro no es un elemento típico realizable por el autor, pues de lo contrario sería autor por acción; esos elementos típicos son realizables necesariamente por otro sujeto. En definitiva, la realización a través de otro está tipificada formalmente, luego no constituye un supuesto de autoría mediata sino de autoría directa, pues el omitente realiza por sí mismo los elementos que le exige el tipo, al autor.

Ahora bien, en segundo lugar, para aquélla otra concepción de la comisión por omisión que entiende que ésta es típica sólo cuando ella misma es la que crea, desencadena o aumenta el peligro para el bien jurídico, la realización del hecho omisivo a través de otro sólo puede provenir de que el autor, mediante una omisión, determine que otro sujeto cause una lesión a un bien jurídico. En los delitos de comisión por omisión, sin embargo, si la omisión es la que crea la situación típica de peligro, entonces el omitente es autor directo puesto que realiza todos los elementos del tipo. De manera que, en la propia esencia de la omisión está que el deber de actuar surja después, y no antes, de que otro realice una acción peligrosa y, además, este peligro es insuficiente, pues la omisión del autor debe desencadenarlo o aumentarlo, convirtiéndose entonces en típico. Y si la única forma de convertir en típico un peligro es mediante la propia omisión, ello significa que actúa por sí mismo realizando los elementos típicos.

De otra parte, y por si no fuera suficiente lo anterior, la realización de un hecho omisivo a través de otro, para que constituya autoría mediata, debe producir en el que actúa delante una instrumentalización a través de la coacción o el error. La coacción a través de la omisión es ciertamente difícil, aunque el error algo menos. Los supuestos en que el sujeto actúa para que otro omita deben ser considerados como casos de acción. Si un sujeto coacciona a otro impidiéndole la salvación de su hijo, no comete un delito de comisión por omisión, puesto que no tenía la posición de garante, o si creó o incrementó con su acción el peligro, ya no se trataría de una omisión.

4.4 Autoría mediata y delitos culposos

4.4.1 Concepto de dolo

Es expresión común, el manifestar que la acción u omisión delictiva, puede ser cometida únicamente, por dolo o por culpa, ya sea entendidas éstas, desde la vieja

teoría causalista, como formas de culpabilidad, o desde el punto de vista del finalismo y funcionalismo, como elementos subjetivos del tipo penal y por tanto analizados a nivel de tipicidad.

El dolo entendido desde la moderna dogmática penal es conocer y querer todos los elementos del tipo objetivo. El dolo es una conjugación intelectual y volitiva. Es averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas y, a su vez, tener la voluntad o determinación de ejecutar algo, todo en relación a una figura delictiva, a un resultado dañoso.

Desde nuestra definición legal, según se desprende del artículo 9 primer párrafo del Código Penal Federal (artículo 18 segundo párrafo del Código Penal para el Distrito Federal), existe una actuación dolosa cuando, *"conociendo los elementos del tipo penal (dolo directo), o previendo como posible el resultado típico (dolo indirecto), quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley."*

Así pues, puede ser el caso de que exista una causa excluyente de dolo (error de tipo) o que se actúe culposamente. Ya sea con culpa consciente o inconsciente.

4.4.2 Concepto de culpa

Respecto a la culpa nuestro Código Penal Federal en su artículo 9 párrafo segundo (artículo 18 párrafo tercero del Código penal para el Distrito Federal), refiero lo siguiente: *"Obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible (culpa inconsciente) o previó confiando en que no se produciría (culpa consciente), en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."*

El tratamiento del instrumento que actúa sin dolo responde, sobre todo, según JESCHECK, al sentimiento jurídico, pues nadie dudaría de que quien intencionalmente coloca al actuante en un error de tipo, o se aprovecha del ya existente, posee el dominio del hecho y por ello, puede ser castigado asimismo como autor. De igual modo, en la actuación imprudente inconsciente por parte del ejecutor, el "*hombre de atrás*" ostenta el dominio del hecho si conoce que aquél infringe su deber de cuidado.²⁸⁵

Ejemplos: Quien hace que atraviese la frontera con mercancías sujetas a tributación una persona de buena fe, comete como autor mediato un delito de contrabando. Quien, carente de legitimación deja que el comprador de buena fe se lleve del terreno del ferrocarril las traviesas, es autor mediato de robo.²⁸⁶

En estos casos sólo el hombre de atrás actúa dolosamente y por eso mismo sólo él puede ser poseedor del dominio del hecho. Desde este punto de vista, los datos psíquicos (sólo el dolo da dominio) prevalece sobre la determinación de responsabilidades.²⁸⁷

Es de afirmación automática en la doctrina que es admisible que el autor mediato utilice como instrumento a un autor culposo, el cual viola un deber de cuidado, ya sea por no prever el resultado típico o por preverlo confiando en que no se produciría.

Se plantea el caso de quien queriendo envenenar a un enfermo cambia la medicina, que suministrará la enfermera, por un veneno eficaz. Dicho sujeto respondería por autoría medita de homicidio y la enfermera sería autora material en grado de culpa.

²⁸⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op.cit.*, p. 607.

²⁸⁶ *Idem.*

²⁸⁷ JAKOBS, Günther, *Op. Cit.*, p. 768.

4.4.3 Problemática de la culpa y la autoría mediata

Ahora bien, después de la exposición anterior, cuestión distinta es abordar el tema de la autoría mediata en los delitos culposos. La cuestión arranca con una delimitación doctrinal sustancial, pues para un sector muy importante de la doctrina moderna que se adhiere al concepto final de autor, el cual se apoya en la noción del dominio del hecho como criterio característico válido para distinguir al autor del partícipe, ese fundamento no es susceptible de ser aplicado a los delitos culposos, ya que en éstos ese dominio no existe por parte de quien realiza la acción típica culposa castigada por la ley.

Pero, al margen de esas dificultades doctrinales, antes de proseguir es necesario hacer una distinción: una cosa es por ejemplo, dolosamente servirse de alguien que actúa culposamente y con el propósito de que el hecho se produzca para contribuir en la forma que sea más eficaz para lograr el propósito perseguido –en este caso hay autoría mediata–, y otra muy distinta es aceptar la posibilidad de una autoría mediata culposa.²⁸⁸

En lo concerniente a la autoría mediata, si afirmamos que ella consiste en servirse de otra persona que actúa como un instrumento en las manos del hombre de atrás, va de suyo que esa finalidad y control que se ejerce sobre el ejecutor es totalmente incompatible con la esencia y definición de culpa y, por ende, del accionar culposos, porque el autor imprudente carece de la capacidad para encaminar el acontecimiento típico hacia la lesión del bien jurídico (o puesta en peligro, según el tipo penal), ya que no es consciente de que su conducta desembocará en la lesión del bien jurídico protegido.²⁸⁹

²⁸⁸ FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 375.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 375, 376.

La autoría mediata pone de manifiesto la necesidad de que su autor obre con cierta intencionalidad o conciencia de valerse de una persona, instrumentalizándola para cometer el delito. Esto trae como consecuencia, la negación de la autoría mediata imprudente. A ello contribuye, se dice, la propia estructura del delito imprudente ya que la infracción del deber objetivo de cuidado implica por sí sola la autoría, de tal forma que a todo el que provoque y le sea imputable un resultado por no haber observado la diligencia debida se le considera autor directo del correspondiente delito imprudente.²⁹⁰

De opinión contraria a la antes sostenida, es una parte minoritaria de la doctrina, a la cual nos adherimos, de ellos encontramos un profundo tratamiento del tema en PLASENCIA HERNÁNDEZ,²⁹¹ aceptando la autoría mediata en los delitos culposos.

Es preciso atender a la estructura del delito culposo para comprobar si es posible la realización mediata del mismo. El delito imprudente, en su moderna configuración, no se basa en la simple causación de un resultado típico. Es precisa la concurrencia de varios elementos: a) una acción que no responda al cuidado objetivo debido, b) la producción de un resultado de lesión o de peligro concreto de un bien jurídico, c) una relación de causalidad y, d) una relación de antijuridicidad o imputación objetiva del resultado.

La cuestión es, como puede realizarse el tipo imprudente; y el autor podrá realizar este ejecutando personalmente todos los elementos del tipo, o a lo mejor puede también sin realizarlos en lo personal, sino a través de otra persona que actúa como instrumento. Esto significa que si admitimos que autor es quien realiza todos los elementos del tipo, calificándole como autor directo, cuando un sujeto se limita a realizar sólo parte del tipo y otro sujeto otra parte, no podemos utilizar la misma calificación, porque no realizan todos los elementos típicos personalmente, de

²⁹⁰ PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 322, 323.

²⁹¹ Cfr. *Ibidem*, p. 321 a 343.

manera que si no admitiéramos la autoría mediata la conducta quedaría impune en parte. Por ejemplo, la enfermera que, por equivocación, agrega un tóxico en vez de suero glucosado al preparar un biberón para un recién nacido, dándoselo a la madre para que lo suministre, no produce directamente la muerte del recién nacido, lo hace la acción de la madre, pero la enfermera debería ser autora mediata porque de su infracción de deber de cuidado se deriva la acción de otra persona –instrumento- que determina la muerte de la víctima.

Este autor parte de que el tipo imprudente tiene en común con el dolo su parte objetiva, y si consideramos autor mediato de un delito doloso al que se sirve de otra persona y ello no supone una directa realización de los elementos objetivos del tipo, tampoco lo puede ser en el delito imprudente, porque se trata en uno y en otro caso de la misma acción objetiva. En los delitos dolosos no consideramos autor directo, sino mediato, a quien realiza una acción dolosa que determina a actuar a un sujeto cuya actividad produce el delito; pues en el delito imprudente, también será autor mediato quien realice una acción imprudente que repercuta sobre otra persona provocando la realización de una acción que produce directamente el resultado.

Ahora bien, para que exista autoría mediata también es preciso que se dé una instrumentalización, y ésta viene dada de igual forma que en los delitos dolosos, es decir, mediante la coacción que coloque al sujeto intermediario en una situación de necesidad o provocando un error. Deberá existir una correlación de la autoría mediata dolosa con la imprudente, en el sentido de que el instrumento se vea forzado u obligado o sometido a un error también cuando actúa convirtiendo al sujeto de atrás en autor mediato de un delito imprudente. Desde este punto de vista dogmático, por tanto, la figura de la autoría mediata en los delitos culposos es, además de posible, necesaria.

La comprobación de la infracción del deber objetivo de cuidado debe proyectarse sobre la acción de autoría de un tipo, y no sobre la acción de

participación. Por ejemplo, el farmacéutico que expende medicamentos sin receta, utilizados como veneno para matar a un tercero, no infringe el deber objetivo de cuidado en relación con la protección del bien jurídico vida, puesto que su acción no realiza el resultado jurídico muerte. Pensemos, si no, en que la conducta del farmacéutico fuera dolosa con respecto a la producción de este resultado.

Pues bien sentado la anterior, y con independencia ahora de los requisitos que supone la actuación a través de otro en la imprudencia, puede decirse que desde el punto de vista dogmático-conceptual la autoría mediata en la imprudencia es posible, porque actuar imprudentemente no consiste únicamente en infringir el deber de cuidado objetivo, sino que tal infracción se plasme en la lesión de un bien jurídico. Y es posible porque puede producirse una intermediación de otra persona entre la infracción de un deber objetivo de cuidado y la producción del resultado en los delitos imprudentes del resultado; la relevancia que tenga para el Derecho la intervención de ese intermediario puede determinar que la conducta sólo pueda ser concebida como cometida en autoría mediata para poder castigarla.

Así, puede suceder que el sujeto de delante actúe atípicamente, sin infringir el deber objetivo de cuidado, o que lo haga típicamente, dolosa o imprudentemente. De estas posibilidades, se deriva, en muchos casos, que de no considerar al sujeto de atrás autor mediato su conducta quedaría impune, ya que la infracción del cuidado debido se proyecta sobre la actuación de otra persona, y a ésta que realiza directamente la acción lesiva podría ser a la que habría que imputar el resultado, porque ha realizado personalmente todos los elementos del tipo imprudente. Si se mantiene sólo la autoría directa nos encontraríamos con que, ante un mismo hecho, un sujeto —el de atrás— sólo habría realizado personalmente un elemento típico, pero no los restantes, y otro sujeto —el de delante— que realizó todos los elementos del tipo. Ambos sujetos, según la concepción dominante, serían autores directos, pero quizá sin reparar en si la conducta del sujeto de atrás era de autoría, en cuyo caso sería punible, o de participación, y entonces no punible. Por ello debe concluirse que si

político-criminalmente se sustenta la impunidad de la participación es preciso distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes, y ello, necesariamente, conduce a admitir la viabilidad de la autoría mediata.

El autor mediato en la imprudencia consciente con dominio del hecho, tiene el control sobre la situación que desemboca en la lesión del bien jurídico porque voluntariamente impulsa el curso causal, y previendo la posibilidad del resultado no se abstiene de realizar la conducta infractora del deber objetivo de cuidado, aunque aquel no se le impute a título de dolo eventual porque al emprender la acción no contaba con su producción, sino que confiaba en que no se produjera. En la imprudencia consciente el sujeto no tiene un dominio potencial del hecho, sino real; el control sobre el hecho que realiza no está mediatizado por un déficit en su conocimiento ni en su voluntad, pues a pesar de que no quiera el resultado sí que quiere la acción imprudente que realiza.

El instrumento actuará en estos casos inducido por error, pues desconoce la peligrosidad de la acción que realiza, superadora del riesgo permitido. Sin embargo, no actuará instrumentalizado si advierte dicha peligrosidad y aún así decide actuar, pues el dominio del hecho se traspaasa al sujeto de delante porque absorbe la peligrosidad. Si el sujeto de atrás actúa con dolo y el de delante con imprudencia consciente, también se traslada el dominio del hecho al sujeto de delante, siendo el de atrás inductor.

La autoría en la imprudencia inconsciente se desprende únicamente del dominio fáctico del sujeto, pues le falta la posibilidad actual de conocer y dirigir su acción, y la potencial o eventual capacidad de dominio nunca le permite decidir sobre el impulso causal hacia un determinado fin.

Finalmente diremos que, el elemento normativo "*deber de cuidado*", exige que en el caso concreto debe existir prueba idónea y plena, primero de la existencia de un determinado deber de cuidado y, segundo, de que específicamente éste incumbía o no al sujeto activo. Es decir, la conducta únicamente sería típica si previamente se define en qué consiste el citado deber de cuidado y, además, se prueba que la acción realizada es precisamente la exigida en el caso concreto por el citado deber de cuidado y según las capacidades y circunstancias personales del sujeto.²⁹²

El elemento normativo "*según las circunstancias y condiciones personales*", hace referencia a un presupuesto que habrá de probarse en plenitud, el cual indica que sólo violará un deber de cuidado quien no emplea las precauciones y medidas necesarias para no lesionar el bien jurídico de acuerdo a sus capacidades y conocimientos que la situación le hubieren permitido. De esta manera no existe una uniformidad en el deber de cuidado, sino que en cada autor será diferente de acuerdo a sus referidas circunstancias y condiciones personales, de lo cual, como se indicó, debe existir prueba plena y directa en el proceso penal correspondiente.²⁹³

4.5 Autoría mediata y coacción

4.5.1 Concepto de coacción

En primer lugar con fines didácticos y metodológicos, hemos de abordar la coacción en sus rasgos esenciales, para después y en base a ello plantear su vinculación con la autoría mediata, teniendo que determinar, si es, o no, uno de los supuestos en los que en virtud de ella se puede cometer un delito por medio de otro.

²⁹² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Op. cit.*, p. 27.

²⁹³ *Ibidem*, p. 27, 28.

La palabra coacción en su significado más común denota la "fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o haga algo."²⁹⁴ Dicho concepto no es muy distinto del que se aplicará para nuestro estudio y debemos de diferenciarlo del otro significado jurídico que la misma palabra tiene al ser usada para hacer referencia al "poder legítimo del derecho para imponer su cumplimiento o prevalecer sobre su infracción."²⁹⁵

La coacción es el empleo de fuerza física o psíquica presente o futura sobre una persona para lograr de ella un comportamiento de acción u omisión, que en otras circunstancias voluntariamente no realizaría.²⁹⁶

La coacción puede ser material o moral; la primera obra sobre el cuerpo y se concreta en lesiones a la integridad corporal del sujeto violentado; la segunda, actúa sobre el síquismo y coarta su libre determinación. En la coacción síquica, existe la amenaza de un mal grave e inminente que afectará al sujeto pasivo o a personas allegadas a él, si no actúa como lo quiere el coaccionador.²⁹⁷

4.5.2 Requisitos de la coacción

La coacción debe de reunir los siguientes requisitos:

- a) *Que la coacción provenga de otra persona*: de forma tal que ha de haber un sujeto que quiera someter violentamente a alguien y otro sujeto sobre el cual aquella violencia se materialice.

²⁹⁴ Cfr. *Diccionario de la Lengua Española, tomo I, Op. cit., p. 572.*

²⁹⁵ *Idem.*

²⁹⁶ REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Op. cit., p. 230.*

²⁹⁷ *Idem.*

- b) Que sea actual: la nota de la actualidad implica que la violencia física o síquica se esté realmente desarrollando sobre el sujeto pasivo, mediante lesiones a su integridad física si de aquella se trata o por la presencia de la amenaza de un mal ulterior pero inminente en el caso de la llamada coacción moral.
- c) Que sea insuperable: la coacción debe ser irresistible, ya porque el sujeto no pueda vencerla tratándose de la violencia física, o porque no puede sobreponerse a ella cuando sea moral. Este concepto de superabilidad es, desde luego, relativo a la personalidad del violentado, a su edad y sexo y, en general, a las circunstancias que hayan rodeado el hecho, habida consideración de que el derecho no puede exigir actos heroicos a sus asociados.²⁹⁸

4.5.3 Problemática de la coacción y la autoría mediata

Quien realiza un comportamiento típico y antijurídico constreñido material o moralmente no es responsable por falta de culpabilidad; en efecto, el sujeto no actuó con voluntad libre, no quiso el resultado antijurídico, pero ni siquiera la conducta que lo ocasionó; el hecho no es realmente suyo porque no fue producto de acto soberano de su voluntad.²⁹⁹

Coacción y violencia no son sinónimos en el plano jurídico; lo que ocurre más bien es que esta es el instrumento de aquella; la esencia de la coacción es la coartación de la voluntad ajena, a tiempo que el meollo de la violencia radica en la energía físicamente lesiva que se descarga sobre otro.³⁰⁰

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 230, 231.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 231

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 757.

No es necesario, para que el fenómeno exculpatorio se presente, que el sujeto pasivo de la agresión despliegue su propia energía física y síquica para oponerla a la del agresor sin resultado positivo, pero tampoco basta que se incline sumisamente ante cualquier intento de coacción; ambos extremos deben rechazarse.³⁰¹

Sin embargo la autoría mediata del que obra coaccionado no ofrece respuestas unánimes. El que obra coaccionado, según opinión de KAUFMANN, la hace, sin duda, con dolo. Tiene, por lo tanto, dominio de la acción para cuya ejecución se lo coacciona y consecuentemente también tiene la posibilidad de obrar de otra manera. Por ello se piensa aquel que coacciona será en todo caso un instigador, pues ha creado en el autor el dolo, no importando para nada que el dolo lo haya creado mediante coacción o persuasión.³⁰²

En el caso de la coacción, se considera que el autor inmediato que por ella obra, actúa como un instrumento pues no tiene libertad de acción. En ello se diferencia de la mera inducción, pues no hay una decisión por propia voluntad, sino una imposición inevitable que es ejercida por el autor de atrás en la formación de su voluntad.³⁰³

Para la distinción entre la autoría mediata por esta causal y la inducción, se debe privilegiar como punto de arranque la previa determinación de que el actuar del sujeto coaccionado estaba o no abarcado por la causal de incapacidad, si lo esta será autoría mediata, si no será inducción, y ya después, establecer la situación de quien ejerció la coacción, y luego, la de quien la sufrió.³⁰⁴

³⁰¹ *Ibidem*, p. 762

³⁰² BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Op. cit.*, p. 329.

³⁰³ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 56, 57.

³⁰⁴ FIERRO, Guillermo Julio, *Op. cit.*, p. 384, 385, 386.

Hay que señalar en principio que "*dominio del hecho*" no significa lo mismo que "*influencia volitiva*". No todo aquel que ejerce influjo más o menos intenso sobre la resolución del que ejecuta directamente domina ya por eso el hecho. El concepto de dominio hay que limitarlo a los casos en que la decisión determinante y última sobre lo que debe ocurrir reside en el sujeto de atrás. Siempre que al ejecutor directo le quede libertad de decidir, la influencia del sujeto de atrás no puede ascender al "*dominio*" cuya existencia, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, debe constituir un requisito de la autoría.³⁰⁵

Aún desde la posición que admite la categoría de responsabilidad por el hecho se puede afirmar que el llamado autor de adelante tiene un *mínimum* de libertad, pero ésta no le alcanza para dejar de ser un instrumento del autor de atrás, ya que es una libertad irrelevante para el Derecho. Sería el caso de una mujer embarazada que es obligada por su novio, mediante graves amenazas, a ingerir un medio abortivo. La mujer es la ejecutora del aborto, pero no tiene responsabilidad por el hecho, Su novio no es un mero instigador, sino un autor mediato, pues detentó el dominio superior sobre el curso de la acción a través de la presión coactiva sobre su novia embarazada.³⁰⁶

En los casos de coacción, según el clásico aforismo "*coactus voluit*", desde el punto de vista jurídico penal existe acción y ella es referible al sujeto que inmediatamente la ejecuta; pero esto en modo alguno quiere decir que el autor de esa acción sea autor de un delito; para lo último se precisan mucho más requisitos. Por eso, en los casos de acción coacta, la responsabilidad por el delito se desplaza hacia el autor de la coacción. El delito se imputará a un autor mediato aun en casos en los cuales puede afirmarse que el sujeto inmediato ha obrado, y ello por la sencilla razón de que una cosa es imputar una acción y otra imputar un delito.³⁰⁷

³⁰⁵ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 166

³⁰⁶ DONNA, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 56.

³⁰⁷ SOLER, Sebastián, *Op. cit.*, p. 287.

Será claro que una de las formas estructuralmente fundamentales de realización de un tipo mediante otra persona que actúa como instrumento es la posibilidad de realización mediata del tipo mediante el uso de la coacción, en la que el instrumento se convierte en ejecutor, aunque desconectó su voluntad responsable de autor inmediato.³⁰⁸

El maestro ROXIN señala que, si en un estado de necesidad coactivo buscamos la figura central del suceso en forma de acción y la persona que “*tiene en sus manos*” el curso del hecho, este criterio se ajusta perfectamente al sujeto de atrás. Bien es verdad, que también el ejecutor tiene el dominio del hecho. Pero en ello no hay contradicción, como cree WELZEL. Más bien esta apreciación es la que pone de manifiesto de qué manera en este grupo de casos el poder de la voluntad, sin intervención de propia mano en la realización, puede entrañar el dominio del hecho. Y es que el que coacciona domina directamente sólo al coaccionado. Sólo porque el coaccionado, a su vez, merced a su actuar, tiene en sus manos el curso del hecho, domina el sujeto de atrás el propio hecho. Puede afirmarse que el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho.³⁰⁹

El dominio de la voluntad no ha de entenderse en primer lugar psicológicamente, sino interpretarse sobre la base de las experiencias existentes acerca de la capacidad de resistencia humana contra la violencia y la intimidación, de manera que satisfaga la figura rectora de la ley (artículo 13 fracción IV del Código Penal Federal). Si partimos de que el legislador quiere considerar autor a la figura central del suceso de la acción y si suponemos además que la idea del dominio del hecho atribuye esta posición central a aquel que tiene en sus manos el suceso, debemos consiguientemente preguntarnos si la ley nos proporciona puntos de apoyo sobre cuándo se entienden realizados tales requisitos. Tales puntos de apoyo

³⁰⁸ MORENO Y BRAVO, Emilio, *Op. cit.*, p. 75.

³⁰⁹ ROXIN, Claus, *Op. cit.*, p. 165.

efectivamente existen, puesto que si el legislador exime de responsabilidad al ejecutor directo y le permite sustraerse a la pena por la vía de la resistencia mínima, ello sólo cabe entenderlo en el sentido de que en esta situación considera el suceso en manos del sujeto de atrás y le hace colocarse juntamente en la posición central del curso de la acción. Por tanto el legislador, cuando la presión motivacional ha alcanzado, conforme a la experiencia, cierta intensidad, cambia de punto de vista y atribuye la responsabilidad sólo al sujeto de atrás, que se convierte así en figura principal del suceso de la acción. De acuerdo a lo establecido por el profesor ROXIN, es indudable que la ley se basa en esta concepción.³¹⁰

También es de todo punto adecuado materialmente entender el concepto de dominio de manera que se integre en esta concepción. No hay norma social previamente dada que obligue a concebirlo de modo psicologizante, de tal manera que sea aplicable sólo cuando se da la plena falta de voluntad del ejecutor. Más bien parece absolutamente razonable hablar de "*dominio*" allí donde la influencia del sujeto de atrás es de tal género que el Derecho penal exime de responsabilidad al que actúa directamente. Así pues, el concepto de dominio de la voluntad no está orientado a la situación psíquica, sino a la responsabilidad, categoría que es capaz de dar cuenta mejor del sentido jurídico del acontecer de un procedimiento meramente psicologizante. La decisión determinante y, consiguientemente, el dominio de la voluntad, tal como ha de entenderse con arreglo a la ley, reside, pues, en el sujeto de atrás no sólo cuando al agente ya no le es posible, desde el puro punto de vista psíquico, una decisión autónoma, sino cuando el Derecho penal ya no la exige de él.³¹¹

Quien es responsable de las condiciones de inculpabilidad de otro responde por el comportamiento realizado sin culpabilidad. Quien domina en posición de

³¹⁰ *Ibidem*, p. 168, 169.

³¹¹ *Ibidem*, p. 169.

superioridad, la inculpabilidad del ejecutor del hecho, no sólo es partícipe en el hecho, sino que comete un hecho propio, mediato, a través de su dominio superior.³¹²

Por lo que respecta al exceso en la actuación del coaccionado, el autor inmediato, será sin duda una hipótesis en la que el autor mediato ya no tiene el dominio del hecho y sólo por la porción de conducta en que sí lo tenga ha de responder, por lo demás es responsabilidad directa del coaccionado.

Ya finalmente, solo haremos referencia a que en nuestro ordenamiento penal federal, así como en el local, al igual que en la doctrina nacional, no se hace expresa mención de la coacción como causa excluyente del delito, sino a lo más, se le puede incluir en las hipótesis de estado de necesidad (artículo 15 fracción V del ordenamiento federal y 29 fracción V del ordenamiento local) y principalmente en los supuestos de no exigibilidad de otra conducta (artículo 15 fracción IX del Código punitivo federal y artículo 29 fracción IX del Código local), según sea el caso. Basados, ambos supuestos, en que al sujeto no se le puede imponer el deber de su propio sacrificio.

4.6 CONSIDERACIÓN DE PROPUESTA PARA LA HOMOLOGACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN QUE DE AUTORÍA MEDIATA HACE EL CÓDIGO PENAL FEDERAL, A LA DEFINICIÓN QUE HACE EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.6.1 HOMOLOGACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN DE LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 13 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, A LA DEFINICIÓN DE LA FRACCIÓN III DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

³¹² JAKOBS, Günther, *Op. Cit.*, p. 777.

Ahora bien, como lo citamos en el cuerpo del presente trabajo de investigación, el fundamento en materia penal, es la previsión legal de la situación concreta que se pretende sancionar, misma que en el campo del derecho se constituye en una garantía individual, pues obliga a la estricta aplicación de la ley,

Por lo que hace a la autoría mediata, como ya ha quedado establecido, se encuentra establecida en el Código Penal Federal en el artículo 13 fracción IV que a la letra establece “...los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro...”, mientras que en el Código Penal para el Distrito Federal, se encuentra prevista en el artículo 22 fracción III que textualmente señala: “...lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento”..

De los numerales citados con antelación del Código Penal Federal y del ordenamiento Sustantivo Penal para esta ciudad, se desprende que el ordenamiento local, es más estrecho en su contenido, pues señala como elementos de la autoría mediata, en primer lugar al sujeto de atrás, y en segundo término establece expresamente la figura del instrumento, mientras que la legislación penal federal es más amplia o más abierta, pues en su descripción no incluye de manera expresa la figura del instrumento.

Por lo citado con antelación, es dable señalar que el hecho de que el numeral de un ordenamiento legal sea más estrecho, acarrea una situación más exacta en la aplicación de la ley, amén de hacer mención que ello conlleva a que exista una mayor seguridad jurídica para el gobernado.

Por lo antes citado, es que se propone que la descripción que hace el artículo 13 fracción IV del Código Penal Federal, sea homologada con el artículo 22 fracción III del Código Penal para el Distrito Federal, esto a efecto de que como ya se dijo,

exista una mayor certidumbre, en la aplicación de la figura jurídica de la autoría mediata, y por consiguiente se de una mayor seguridad jurídica para los gobernados.

Es por lo antes citado, que proponemos que el texto del artículo 13 fracción IV del Código Penal Federal, que establecía:

Libro Primero

Capítulo III Personas responsables de los delitos

Artículo 13.- Son autores o partícipes de los delitos

Fracción IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro

una vez que se haga la multicitada homologación y de acuerdo a lo propuesto en los párrafos que preceden en su redacción sea de la siguiente forma:

Libro Primero

Capítulo III Personas responsables de los delitos

Artículo 13.- Son autores o partícipes de los delitos

Fracción IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento

CONCLUSIONES

Primera.- La autoría a lo largo de la historia, se ha desarrollado como un concepto que tiene su génesis en un sentido social y que a su vez encuentra cabida en el marco legal; lo que permite establecer que autor, desde el punto de vista jurídico, es aquel que por medio de una conducta de acción u omisión, perpetra un hecho contrario a la norma.

Segunda.- En el cuerpo del presente trabajo de investigación profesional, se asentaron diversas teorías que han pretendido dar una explicación a la figura jurídica de autor, sin embargo la teoría que da una solución con mayor claridad al devenir histórico que nos ocupa, y al tema de la autoría mediata como ya lo establecimos, es la teoría del Dominio del Hecho, la cual tiene aplicación en la dogmática, la legislación y la jurisprudencia de nuestro país.

Tercera.- Del análisis descriptivo que se realizó en el presente trabajo, se desprende que la autoría mediata es una forma de autoría, que tiene sus propios elementos que le dan autonomía, tales como lo serían; en primer lugar los elementos personales, entre los que se encuentra el sujeto de atrás y el instrumento, en segundo lugar la culpabilidad en el sujeto de atrás y por último el *iter criminis*. Por lo que se puede establecer que autor mediato es el que realiza un delito valiéndose de otro como instrumento.

Cuarta.- Siguiendo con una prelación lógica, y partiendo de la base que la coautoría es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente, es dable establecer que la autoría mediata y la coautoría, son figuras autónomas que tienen, cada una por su lado, elementos propios que les dan vida.

Quinta.- En lo tocante al tema de la tentativa, es menester citar que los delitos cometidos bajo la figura jurídica de la autoría mediata, tienen lugar solo cuando el instrumento comienza a realizar los actos ejecutivos que dan lugar a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Una vez citado lo anterior sobresale el hecho entonces de que el término de tentativa únicamente tiene aplicación cuando se comienza a ejecutar el hecho principal, es decir el ilícito y no en los manejos previos que realice el autor mediato, cuando estos no son punibles en sí mismos, es decir que no existe tentativa en la autoría mediata, sino única y exclusivamente en los delitos cometidos por autoría mediata.

Sexta.- Ahora bien, por lo que respecta al tema de la inducción, primeramente cabe señalar que, la misma es una forma de participación y no de autoría, sin embargo esto no es el único elemento que la distingue de la autoría mediata ya que, cada una de las concepciones en cita tiene elementos propios que las hacen autónomas una de otra, por lo que no es dable establecer que exista inducción mediata, ya que estas figuras no coexisten entre si.

Séptima. - Respecto a la inimputabilidad, la doctrina de manera unánime reconoce a esta como un caso de autoría mediata, entendiéndose que el instrumento debe actuar bajo este supuesto, pues el inimputable carece de suficientes facultades mentales y de capacidad de entender y de querer, al momento de realizar una conducta, que le impiden comprender su actuar y por tal razón está carente de culpabilidad, por lo que el sujeto imputable que actúa conociendo o provocando el estado de inimputabilidad en una persona de la cual se sirve, dominando su voluntad para cometer el delito, es autor mediato.

Octava.- La figura jurídica del error, se constituye como una forma de configuración de la autoría mediata, esto es así toda vez que el instrumento que es el que se encuentra inmerso en la figura jurídica en cita (error), tiene una falsa apreciación de la realidad y el sujeto de atrás tiene un dominio del hecho, por un superior conocimiento del acontecimiento ilícito.

Novena.- Por lo que hace al tema de la omisión y la autoría mediata, a pesar de que la doctrina se encuentra dividida en sus apreciaciones, cabe concluir, que por lo que toca a la omisión simple su estructura sólo permite un no actuar directo y por tanto excluye la autoría mediata, y respecto de la comisión por omisión en virtud de los elementos que integran su composición da lugar a la autoría mediata principalmente en los supuestos de error e inimputabilidad, no así en la coacción.

Décima.- En el cuerpo del presente trabajo de investigación, se trató con suma precisión el tópico de la autoría mediata en los delitos culposos, partiendo de la base de que, por culpa se entiende la producción de un resultado típico que no se previó siendo previsible o se previó pensando que no se produciría, y por consiguiente una vez fijados los puntos de debate, se arribó a la determinación que si es posible que se dé la autoría mediata en los delitos culposos, debido a que el sujeto de atrás por medio de un instrumento puede producir el resultado típico a consecuencia de la violación del deber objetivo de cuidado.

Décima Primera.- Dentro del estudio realizado en este trabajo, se abordó el tema de la coacción, la cual se entiende como el empleo de la fuerza física o psíquica presente o futura sobre una persona para lograr de ella un comportamiento de acción u omisión que en otras circunstancias voluntariamente no realizaría, por lo que es posible establecer que la coacción es un supuesto que configura la autoría mediata, ya que se considera que el sujeto coaccionado, actúa como un instrumento, pues no tiene libertad de acción, es decir no tiene una decisión de propia voluntad sino una imposición inevitable ejercida por el sujeto de atrás, lo anterior es así toda vez que el que coacciona domina directamente al coaccionado.

Décimo segunda.- Es sumamente importante, homologar la descripción que sobre la autoría mediata establece la fracción IV del artículo 13 del Código Penal Federal que señala "*...los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro...*", a la descripción que sobre la misma asienta la fracción III del artículo 22 del Código Penal para el Distrito

Federal, que establece "...lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento...", lo anterior en virtud de que la legislación penal local es más estrecha en su descripción, pues incluye mayores elementos que la definición del Código Penal Federal, tales como lo es el término "instrumento". Por lo que con la homologación propuesta existirá una mayor certidumbre en la aplicación de la ley y por consiguiente, habrá seguridad jurídica para los gobernados.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 1987.
- BURGOA O. Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Ed. Porrúa, 29ª edición, México, 1997.
- CALDERON CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Derecho Penal Tomo I*, Ed Bosch, 1ª edición, Barcelona, 1999.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal, (parte general)*, Ed. Porrúa, 44ª edición, México, 2003.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Ed. Astrea, 4ª edición, Buenos Aires, 1999.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal Tomo I Parte General*, Ed. Bosch, 16 edición, Barcelona, 1971.
- CURY URZÚA, Enrique, *Homenaje al Profesor Jorge Frías Caballero*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata, Argentina, 1998.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código Penal Para el Distrito Federal Comentado*, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 2001.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, PPU, 1ª edición, Barcelona, 1991.
- *Diccionario de la Lengua Española, tomo I y II*, Ed. Espasa, 21ª edición, España 2001.
- DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2ª Edición, Argentina, 2002.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Ed. Temis, 2ª edición, Bogota-Colombia, 1989.

- FIERRO, Guillermo Julio, *Teoría de la Participación Criminal*, Ed. Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, 2001.
- GARRIDO MONT, Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Editorial jurídica de Chile, 1ª edición, Chile, 1992.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos t teoría de la imputación*, Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed Marcial Pons, Madrid, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Trad. José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, 4ª edición, Granada, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal Parte General*, Ed. Dykinson, 9ª edición, Madrid, 1997.
- MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 1998.
- MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz, ZIFF, Heinz, *Derecho Penal, Parte General*, Trad. Jorge Bofill Genzch, Ed. Astrea, 7ª edición, Buenos Aires, 1995.
- MEZGER, Edmund, *Derecho Penal, parte general*, Ed. Cárdenas, 6ª edición, México, 1957.
- MORENO Y BRAVO, Emilio, *Autoría en la doctrina del tribunal supremo*, Ed. Dykinson, 1ª edición, Madrid, 1997.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo blanch, 2ª edición, Valencia, 1996.
- PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, 12ª edición, México, 1995.
- PLASENCIA HERNÁNDEZ, José Luis, *La autoría mediata en el derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 1996.

- REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Obras Completas Tomo I*, Ed. Temis, 1ª edición, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1998.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, 6ª edición, Madrid-Barcelona, 1998.
- RUIZ HARRELL, Rafael, *Código Penal Histórico*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Tomo II*, Ed TEA, 10ª reimpression, Buenos Aires, 1992.
- VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano Parte General*, Ed. Porrúa, 5ª edición, México, 1990.
- WELZEL, Hans, *Estudios de derecho penal*, Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, Editorial B de f, Montevideo- Buenos Aires, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal parte general*, Cárdenas Editor Distribuidor, 2ª edición, México, 1998.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 148 ed. México. Editorial Porrúa, 2004. 134p.
- Código Penal Federal, 3 ed. México, Editorial Porrúa, 2003. 193p.
- Código Penal para el Distrito Federal, México, Editorial Sista, 2004. 168p.