

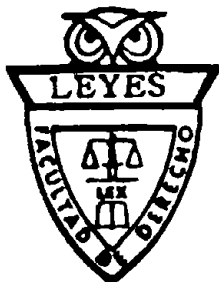


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“EL DOMINIO DEL HECHO FUNCIONAL”

T E S I S QUE PARA OBTENER EL GRADO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: NIMROD MIHAEL CHAMPO SANCHEZ



ASESOR: DR. RAFAEL MARQUEZ PINERO



CIUDAD UNIVERSITARIA MEXICO D. F.

2005

m341127



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: NIMROD MIHAEL

CHAMP SANCHEZ

FECHA: 16/ FEB/ 05

FIRMA: *[Signature]*



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/339/SP/11/04
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno **CHAMPO SÁNCHEZ NIMROD MIHAEL** ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **DR. RAFAEL MÁRQUEZ PIÑERO**, la tesis profesional titulada "**EL DOMINIO DEL HECHO FUNCIONAL**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **DR. RAFAEL MÁRQUEZ PIÑERO**, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**EL DOMINIO DEL HECHO FUNCIONAL**", puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a el alumno **CHAMPO SÁNCHEZ NIMROD MIHAEL**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 19 de noviembre de 2004.

LIC. JOSE PABLO PATINO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

CON CARIÑO Y AGRADECIMIENTO DEDICO ESTA TESIS A:

Dios....

Mis padres.

Miguel Champo Lázaro (q. e. p. d.)

Guadalupe Sánchez de Ch.

Por todo su amor y sacrificios.

Mis hermanos

Marco Antonio y

Oswaldo Vladimir

*Por ser un ejemplo a
seguir.*

*Al Dr. Rafael Márquez y familia.
Por su apoyo y amistad.*

*A la familia Gutiérrez del Valle
Por ser mi segunda familia.*

*A Beto y Diana
Por ser incondicionales*

*A mi sobrina Stefanía
por ser una luz de esperanza
y anhelo de vida.*

*A la Facultad de Derecho.
y a la Universidad.*

*A todos aquellos
que han hecho posible
este logro.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	IX
CAPITULO PRIMERO: CONCEPTOS BÁSICOS.....	1
1.1- ACCIÓN.....	1
1.1.2.- CONCEPTO.....	1
1.1.2.- LA ACCIÓN EN EL CAUSALISMO.....	5
1.1.2.1.- Manifestación de la Voluntad.....	6
1.1.2.2.- El Resultado.....	7
1.1.2.3.-Relación de Causalidad.....	9
1.1.2.4.- Crítica.....	14
1.1.3.- EL FINALISMO.....	16
1.1.3.1.- Actividad Final.....	20
1.1.3.2.- Crítica.....	23
1.1.4.- IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	24
1.1.4.1.- Riesgo Permitido.....	26
1.1.4.2.- Principio de Confianza.....	27
1.1.4.3.- Prohibición de Regreso y Posición de Garante.....	27
1.1.4.4.- Actuación a Propio Riesgo o Competencia de la Víctima.....	27
1.1.5.- ACCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO.....	28
1.1.6.- OMISIÓN.....	29
1.2. TIPICIDAD.....	31
1.2.1.- TIPO Y TIPICIDAD.....	31
1.2.2.- CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS.....	33
1.2.3.- ELEMENTOS DEL TIPO.....	34
1.2.4.- AUSENCIA DE LA TIPICIDAD.....	36

1.3.- CULPABILIDAD	37
1.3.1.- IMPUTABILIDAD	37
1.3.1.1.- Acciones Libres en su Causa	38
1.3.1.2.- Inimputabilidad	38
1.3.2.- CONCEPTO DE CULPABILIDAD	39
1.3.3.- DOLO	42
1.3.3.1.- Clases de Dolo	44
1.3.3.2.- Error de Tipo	45
1.3.4.- LA CULPA	46
1.3.4.1.- Elementos	49
 CAPITULO SEGUNDO: EL DOMINIO DEL HECHO	 50
2.1.- TEORÍAS PREVIAS AL DOMINIO DEL HECHO	50
2.1.1.- CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR	53
2.1.2.- CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR	55
2.1.2.1.- Teorías Subjetivas	56
2.1.3.- CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR	58
2.1.3.1.- Teoría Objetivo Formal	59
2.1.3.2.- Teorías Objetivo Materiales	61
2.2. ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA	64
2.2.1.- EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE “DOMINIO DEL HECHO”	64
2.2.3.- PRINCIPALES REPRESENTANTES	67
2.2.3.1.- Welzel	67
2.2.3.2.- Maurach	69
2.2.3.3.- Gallas	70
2.2.3.4.- Richard Lange	71
2.2.3.5.- Jescheck	72

VI

2.3.- FUNDAMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONCEPTO GENERAL DE AUTOR	74
2.3.1.- CONCEPTO INDETERMINADO	76
2.3.2.- CONCEPTO FIJADO	80
2.3.3.- CONCEPTO ABIERTO	81
CAPITULO TERCERO: FORMAS DEL DOMINIO DEL HECHO	84
3.1.- DOMINIO DE LA ACCIÓN	84
3.1.1.- LOS CASOS DE COACCIÓN	87
3.1.2.- REALIZACIÓN DE ALGUNOS ELEMENTOS DEL TIPO	89
3.2.- . DOMINIO DE LA VOLUNTAD	94
3.2.1.- LA AUTORÍA MEDIATA	94
3.2.2.- EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE COACCIÓN ..	
.....	98
3.2.2.1.-Estado de Necesidad	101
3.2.2.2.- Coacción para la Autolesión.	104
3.2.3.- INSTRUMENTO QUE ACTÚA CONFORME A DERECHO	108
3.2.4.-DOMINIO DE LA VOLUNTAD POR VIRTUD DEL ERROR.....	111
3.2.4.1.-Error de Tipo	111
3.2.4.2.- ERROR DE PROHIBICIÓN	116
3.2.5.- ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE EXCULPACIÓN (EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD)	118
3.2.6.- ERROR SOBRE EL SENTIDO CONCRETO DE LA ACCIÓN ..	121
3.2.6.1.- Error in personam	121
3.2.6.2.- Error en el motivo	123
3.2.7.- ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS QUE CUALIFICAN AL HECHO.	124
3.2.8.- ERROR SOBRE LA GRAVEDAD DEL INJUSTO	125

VII

3.2.9.- DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER	126
3.2.10.- INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO	131
3.2.11.- INSTRUMENTO DOLOSO SIN INTENCIÓN	134
CAPITULO CUARTO: EL DOMINIO DEL HECHO FUNCIONAL	135
4.1.- LA COOPERACIÓN EN LA FASE EJECUTIVA	135
4.2.- COOPERACIÓN EN FASE PREPARATORIA	141
4.3.- COAUTORÍA SUCESIVA	145
CONCLUSIONES.....	147
PROPUESTA.....	151
BIBLIOGRAFÍA.....	153

“Es un error de gran peso, en el que aún hoy incurren en gran parte de la teoría y totalmente la práctica, el creer que el material crítico para la valoración jurídica de la conducta humana se encuentra totalmente y sin falta alguna en el orden jurídico en el sentido de los preceptos jurídicos técnicamente formados...”

ALEXANDER GRAF ZU DOHNA

INTRODUCCIÓN

La mayoría de los tipos penales contenidos en los Códigos describen conductas realizadas por un solo individuo, lo cual se convierte en un problema, cuando en la realización de la conducta descrita concurren dos o más individuos. En estos casos no es dable castigar, a cada uno de los individuos, con la misma severidad, ya que no todos participaron en la misma forma ni de la misma manera.

Debido a lo anterior es necesario, en la búsqueda del mayor apego a la justicia, que al momento de imputarle una conducta delictiva a una persona que ha participado conjuntamente con otros, se tenga claramente distinguida la forma y el grado de su participación de la de los demás. En virtud de lo anterior desarrollaremos en primera instancia los conceptos básicos y necesarios, de la Teoría del Delito, para entender las diversas formas de comisión de los delitos(Capítulo Primero) tales como la acción, la culpabilidad y la tipicidad.

En virtud de que abordaremos las formas de la autoría en base al concepto de dominio del hecho, nos avocaremos a la tarea de analizar las teorías previas al dominio del hecho, hasta llegar al estado actual de la doctrina, revisando particularmente la postura de los principales representantes de la misma; de esta manera podremos establecer –de la mano de Claus Roxin– cuáles son los fundamentos estructurales del concepto general de autor (Capítulo Tercero).

Una vez quedando claro el concepto de autor y de dominio del hecho, es menester realizar la exposición de dos de las tres formas de manifestación del

dominio del hecho, que son el dominio de la acción –autoría directa– y el dominio de la voluntad –autoría mediata– (Capítulo Tercero).

Por último, y derivado de lo antes analizado, estamos en posibilidad de estudiar el dominio del hecho funcional, que es la tercera forma de manifestarse el dominio del hecho. Si bien es el capítulo más corto, no el menos importante, ya que de todo lo expuesto con anterioridad será utilizado como referencia en el análisis de la cooperación en las fases ejecutiva y preparatoria, así como en la coautoría sucesiva.

CAPITULO PRIMERO: CONCEPTOS BÁSICOS

1.1- ACCIÓN

1.1.2.- CONCEPTO

La estructura del concepto del delito de Liszt y Beling, dio origen a la concepción cuatripartita del mismo, concibiendo a éste como: una *acción típica antijurídica, y culpable*¹. Dicha aportación es el concepto clásico de delito que encontramos en la Dogmática Penal, y que con algunas variantes subsiste hasta nuestros días.²

Dicho lo anterior, resulta notoriamente indispensable, el concepto de acción, no sólo para poder estructurar la teoría del delito, y desde luego la ubicación de sus elementos, sino para poder identificar sus conceptos fundamentales, en especial para nosotros el de la culpabilidad, que será motivo de análisis en otro punto de éste capítulo.

En ésta tesitura, para Edgardo Alberto Donna, el concepto de acción tiene una estructura propia, anterior a la formación de los ordenamientos jurídicos. Lo

¹ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Vol. Primero, 3ª Ed. Editorial Bosch, Barcelona 1981. p. 273.

² Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal Parte General*. 4ª Ed. 2ª reimp, Editorial. Trillas, México, 2001. p.135.

El Maestro Márquez, al explicar las distintas nociones del delito, en específico la noción jurídico formal, habla de que el delito debe ser una *acción antijurídica, típica, culpable y punible*. Son los mismos elementos, aunque en distinto orden, que indicaron Liszt y Beling como concepción del delito; cabe aclarar que se agrega el de la punibilidad, pero para efectos de nuestro trabajo evidencia la importancia del concepto de acción.

que puede cambiar, en las distintas teorías a través del tiempo, y que efectivamente cambia, es la valoración de la acción.³

Para Jiménez de Asúa la acción (en amplio sentido) es "la manifestación de la voluntad que mediante una actuación produce un cambio en el mundo exterior que, por no hacer lo que se espera –en la omisión– deja sin modificar ese mundo externo cuya mutación se aguarda"⁴.

Así pues, puede afirmarse que nuestro Derecho Penal (parafraseando a Mezger, refiriéndose al derecho alemán, pero que bien puede decirse del nuestro) es un Derecho Penal de hecho y no un Derecho Penal de autor, ya que el concepto de acción como el indicador de una conducta humana es, también para la ley, el punto de partida universal de la observación jurídico penal.⁵

Es de tal fuerza la afirmación del maestro Mezger, que puede fácilmente comprobarse, ya que tanto el Strafgesetzbuch – Código Penal Alemán (StGB) como en el Código Penal Español (C.P.E.), incluyendo nuestra legislación, el Código Penal Federal (C.P.F.) y el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (C.P.D.F.) contienen como base el principio de la acción (aunque utilizando distintos vocablos), en su parte general, el cual se da como inicio del estudio de las conductas delictivas.⁶

³ Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del Delito y de la pena. Imputación delictiva*. T. 2, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1995. pp. 1 y 2."

⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *Traído de Derecho Penal*. T. III, 5ª Ed. actualizada, Editorial Losada, Buenos Aires, 1965. p. 331.

El maestro aclara que se han utilizado diferentes vocablos, él en particular utiliza el de *acto*, en la dogmática alemana se utilizó mucho el de acción, pero en nuestros días impera el de *hecho* (Tat), "hecho penal" (Straftat).

⁵ Mezger, Edmund, *Derecho Penal, parte general*., Trad. Ricardo C. Núñez, 6ª Ed, Cárdenas Editor y Distribuidor, España, 1985, p.85

⁶ De esta manera, a continuación, transcribiremos artículos del StGB, del Código Penal Español, del Código Penal Federal mexicano y del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal respectivamente.

§ 1 (StGB): No hay pena sin ley.

Un hecho sólo puede castigarse, cuando la punibilidad ha sido determinada legalmente, antes de que el hecho se hubiera cometido.

Art. 1 (C.P.E.):

A pesar de lo unánime de esta concepción del concepto de acción, existe otra corriente que parte de puntos diferentes. De esta manera, Radbruch, consideró este concepto de acción, en sustancia prejurídico y transpenal, que de ninguna manera podría incluirse en un primer momento en el marco del tipo, y por esta misma razón tenía que concebirse de manera naturalística, "...como movimiento corporal voluntario con el efecto de determinadas transformaciones en el mundo exterior, ese concepto naturalístico absoluto de acción no es apropiado para servir de piedra angular del sistema penal y como portador de las ulteriores características del delito: la antijuridicidad, la imputabilidad y la tipicidad. ..."⁷

Siendo así, el Maestro Radbruch, llega a la conclusión de que el concepto fundamental de la teoría del delito no era la acción, sino la realización del tipo penal que, en última instancia, absorbe el concepto de acción.

Dentro de la misma línea, Schmidhäuser insistía en que la acción no es la base o fundamento del injusto, sino más bien la lesión del bien jurídico. "Solo cuando el actor respete un deber existente en los marcos del ordenamiento jurídico, sólo cuando el omitente cumple el deber por lo menos igualmente existente en tales marcos, se permite la lesión típica del bien jurídico"⁸.

Si bien, para nosotros, antes que analizar la tipicidad, es necesario hacerlo con respecto al concepto de acción no podemos olvidarnos del primero; ya que no toda actuación, llega a ser acción, sino solamente aquella que llega a un límite, el cual el derecho suele llamar principio de ejecución, antes del cual no hay

1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración

Art. 7º (C.P.F.): *El delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.*

Art. 15: (Principio de acto). *El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.*

⁷ Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del Delito...* Op. Cit. Nota 3., pp. 2 y 3.

⁸ Schmidhäuser, *Sobre la sistemática de la teoría del delito*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975, p. 38. Cit. Pos, Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del Delito y de la pena. Imputación delictiva*. T. 2, Editorial. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1995. pp. 3 y 4

punibilidad, porque no hay acción suficiente por mucha acción "natural" que haya sido desplegada.⁹

En este sentido, la teoría de la acción, es previa a la teoría del tipo, podrá ser separada de ella y servir en forma anticipada a su elaboración: "el tipo es una acción tipificada por el derecho penal y predominantemente relacionada con un *resultado típico*"¹⁰.

La importancia del concepto de acción, nos dice, Jescheck, radica en la consideración *sistemática* de que tal concepto pueda referirse a un hecho verdaderamente relevante para el poder punitivo. Existe también un interés *teorético* en la caracterización positiva del comportamiento humano, ya que de ésta derivará el fijar el límite máximo de la imputabilidad de un hecho como "obra del hombre"; por último, hay un interés de *practicidad*, ya que el concepto de acción, nos ayudará a prescindir de todo aquello que no sea trascendente jurídico-penalmente hablando¹¹.

El concepto de acción, agrega Jescheck, debe de cumplir con determinadas exigencias, para poder cumplir con su función dentro de la teoría del delito; y es, esto mismo, lo que hace que dicho concepto encierre tantas dificultades. En un intento de resolver el problema, indica que todas las formas del actuar humano relevantes para el Derecho Penal (acción u omisión, dolo o culpa) han de tener cabida en el concepto de acción, es decir, tienen una **función clasificadora**.

Además, la acción, deberá poseer un contenido material suficiente para que puedan referírsele las ulteriores especificaciones representadas en los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; a esto se le denomina **función de**

⁹ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*. T. I, 4ª Ed., 10ª reimpresión, Tipografía Editorial Argentina, Buenos Aires, 1992. pp. 320 y 321.

¹⁰ Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *Derecho Penal, parte general*. T. I, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible., Trad, Bofia Genzsch y Aimone Gibson, 7ª Ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 243, 244 y ss.

¹¹ Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*. Op. Cit. Nota 1, pp. 290 y 291.

definición. Pero tampoco podrá adelantar los elementos generales del delito, en otras palabras, deberá ser neutral frente a la tipicidad, a la antijuridicidad y a la culpabilidad, por que de no ser así, conduciría a la confusión de los mismos, perdiendo así su **función de enlace**.

Por último, el concepto de acción, deberá de excluir y eliminar, aquellas conductas que de ninguna manera tendrán relevancia jurídico penal, tales como sucesos causados por animales, meros pensamientos o actitudes internas, etc., teniendo así un significado práctico al realizar su **función de delimitación**.

El Ilustre Penalista Claus Roxin¹², coincide en que la acción deberá cumplir con estas funciones o requisitos (como él les llama) más sin embargo es el día en que la Dogmática Jurídico Penal no ha podido encontrar un concepto de acción que cumpla con todo eso.

1.1.2.- LA ACCIÓN EN EL CAUSALISMO

Liszt y Beling, los fundadores del sistema clásico del delito, son a su vez los creadores del concepto natural-causal de acción. "Acción es la producción, reconducible de una voluntad humana, de una modificación del mundo exterior" según la primera definición de Liszt. Pero en este concepto, dice Roxin¹³, bastaba cualquier efecto para la modificación del mundo exterior, por mínimo que fuera, lo cual no concuerda con la omisión, que podría decirse que no causa nada. Debido a lo anterior, Liszt reformula el concepto para quedar como sigue: "acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación (de un resultado) del mundo exterior de una conducta voluntaria."

¹² Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*. Trad. Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal. T. I., Editorial. Civitas Madrid, 1997. pp. 235 y 236.

¹³ *Ibidem*, pp. 236 y 237.

Siendo así, podemos asegurar (siguiendo al Maestro Jiménez de Asúa) que los elementos de la acción son: **a) la manifestación de voluntad, b) el resultado y c) la relación de causalidad.**¹⁴

1.1.2.1.- Manifestación de la Voluntad

La manifestación de la voluntad, es la manifestación externa del hombre, y en el límite de manifestación exterior se vincula la naturaleza liberal de las concepciones penales, quedándonos claro que *el pensamiento no delinque como tal* y como lo afirmo Ulpiano (*cogitationis poenam nemo patitur*). Mientras que el hombre no exteriorice su resolución de delinquir, no podrá ser castigado.¹⁵

Al acto de voluntad lo preceden una serie de representaciones o procesos de conciencia de gran importancia en el estudio de la acción, es por esto, que dicho acto de voluntad, no es la parte inicial de la conducta del sujeto, sino es la culminación del proceso interno.

Por tanto, lo esencial en éste concepto de acción es la conducta humana dominable por la voluntad, con lo que la voluntariedad queda como un supraconcepto.¹⁶

Por su parte Sebastián Soler, sostiene que la primera proyección, que siempre será indispensable, recae sobre nuestro propio cuerpo, es decir, para que exista la acción, debemos *hacer* algo. Este primer momento externo, pero subjetivo, de la acción se llama **actuación voluntaria**. Dicha actuación, consiste en el despliegue o la omisión de una serie de movimientos corporales, mediante los cuales el autor hará surgir ese cambio en el mundo externo.¹⁷

¹⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *Traado de Derecho Penal*. T III, Op. Cit. Nota 4, pp.334 y 335

¹⁵ Idem.

¹⁶ Calderón Cerezo, A y Choclán Montalvo, J. A., *Derecho Penal* T. I. Parte General, Editorial. Bosch, Barcelona, 1999. p. 93.

¹⁷ Soler, Sebastián, *Derecho Penal*...Op. Cit. Nota 9, pp. 325 y 326.

De esta manera, el movimiento del dedo que acciona el gatillo del revolver, cuyo disparo mata (resultado), o la articulación de la palabra que ofende o difama, son el medio (actuación) por el cual se da existencia al hecho. Y siendo la actuación voluntaria un simple medio, como tal debe ser juzgado, y por lo tanto no debe importar la falta de acción o el empleo de medios no físicos para alcanzar un resultado; como en el caso de los mal llamados medios morales (dar un grave susto, una falsa noticia, etc.) son formas perfectamente posibles de acción; en tales casos el problema solamente consiste en establecer la existencia de un nexo de producción.

1.1.2.2.- El Resultado

Normalmente (en opinión de Soler), para constituir un delito, no es suficiente el puro despliegue de la actividad corporal. Prácticamente todas las figuras delictivas se constituyen sobre la base de referirse a una alteración del estado del hecho exterior, producida por la actuación del sujeto; a dicha alteración se le llama **resultado**: la muerte de alguien en el homicidio, el perjuicio en el patrimonio en la defraudación, etc.¹⁸

Es así, que Soler, llama resultado "a la modificación del mundo exterior a la cual el derecho acuerda significación constitutiva para una figura de delito."¹⁹ La expresión, por lo tanto, no debe ser tomada en su sentido físico, no sólo por que las consecuencias de toda acción pueden ser ilimitadas, sino porque en casos excepcionales el derecho (en este caso el Derecho Penal) se desentiende de todo tipo de consecuencias, y constituye la figura delictiva sobre la basé única de la actuación voluntaria (delitos de pura actividad).²⁰

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

²⁰ Un claro ejemplo de este tipo de delitos lo encontramos en el artículo 160 párrafo primero de nuestro Código Penal Federal, referente a armas prohibidas, que dice literalmente:

Por su parte, Jiménez de Asúa, indica que el Resultado **“es el cambio del mundo exterior, causado por la manifestación de voluntad, o la no mutación de ese mundo por la acción esperada y que no se ejecuta.”**²¹

Éste resultado –afirma Felipe Grispigni– entendido de manera activa, puede consistir en el cambio en el mundo exterior físico o psíquico. A pesar de que muchos autores se oponen a la idea de que pueda existir un cambio en el mundo exterior psíquico; Grispigni asegura que, si ese mundo psíquico es de otra persona, también puede afirmarse que hay un cambio en el mundo exterior:

Cabe aclarar que si la mutación se da en la propia psique del agente, no se dará el cambio del mundo exterior, como cuando el delito consiste en venir éste en conocimiento de algo.²² Pero no basta con decir que el resultado es un cambio en el mundo material, tampoco el estricto daño y menos aún el concreto y efectivo perjuicio, que sólo nos importa en la responsabilidad civil. También es resultado la mutación en el cambio psíquico externo, como la impresión que causa la injuria en el sujeto pasivo que las recibe en privado o enviada por carta. Y además lo es el riesgo o el daño potencial y el peligro corrido de los que habla Carrara.²³

La más común forma que adquiere el resultado, es la del daño –como resultado de una infracción–, siendo éste un elemento esencial del delito. En virtud

“Al que porte, fabrique, importe o acople sin un fin ilícito instrumentos que sólo pueden ser utilizados para agredir, y que no tengan una aplicación en actividades laborales o recreativas, se le impondrá prisión de tres meses a tres años o de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa y decomiso.”

En éste caso, bastara con realizar una de las conductas descritas, como la aportación de dichas armas, para que se integre la figura delictiva, sin necesidad de que exista un resultado.

²¹ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal* T III, Op. Cit. Nota 4. p. 340.

²² Idem.

... Por ejemplo, cuando el sujeto se procura noticias referentes a la Seguridad del Estado, cuando practica espionaje, cuando escucha conversaciones telefónicas, cuando se entera de lo dicho en la correspondencia, etc.; ahora bien: si se inculpan esos actos, no es porque se quiera que no los sepa un anónimo individuo, sino para que no se divulguen o se comuniquen a otra persona, asociación o Estado que desea conocerlos. Es, por tanto, un delito de peligro y como tal se comporta en cuanto a su resultado. Pero en realidad, lo que nos interesa jurídicamente es que el agente entre en posesión de esos secretos en cuanto se corre el riesgo de que los divulgue. El resultado no estará, por ende, en que el espía conozca lo que se mantiene oculto, sino que ha quebrantado el secreto y ese cambio es indiscutiblemente una mutación en el mundo externo.”

²³ Ibidem. p. 341.

de todo lo anterior, el resultado será esa situación final del hecho, en donde existe una modificación de los intereses de las dos partes, el beneficio o provecho del agente, y el daño del sujeto pasivo; pero dado que estos dos términos (provecho y daño) se correlacionan, y la prohibición de la figura típica se dirige al segundo, el resultado puede definirse de manera más sencilla como **el daño prohibido**.²⁴

Por último, señala Jiménez de Asúa, que el daño real o material, no es más que tan sólo una de las manifestaciones del resultado, ya que puede adoptar otras; como el daño potencial y el peligro. La fuerza física del delito, continua Jiménez de Asúa (citando a Carrara), considerada en su resultado, o sea, objetivamente, consiste en el daño causado a otro con la acción. Este daño puede ser efectivo o potencial. Es efectivo cuando se ha producido realmente la pérdida del bien atacado; será potencial, cuando no habiéndose realizado en su totalidad, el resultado del acto externo esta en potencia para ocasionarla, y por lo tanto hay una violación completa de un derecho.

El peligro –de acuerdo con Liszt– también es un resultado en sí mismo que se da en el mundo exterior; pero solamente adquiere importancia cuando tienen una relación con otro estado no sobrevenido, pero que es conocido por nosotros, pero que no es deseado. De esta manera, podemos decir que el peligro "es el estado en que, bajo determinadas circunstancias, percibidas por todos o solamente conocidas por el autor en el momento de la manifestación de la voluntad, se da la posibilidad inmediata (probabilidad) de que resultará una infracción."²⁵

1.1.2.3.-Relación de Causalidad

Ya sabemos que el delito, en un primer término, es un acto humano que comprende un movimiento corporal (acción) o la ausencia de éste (omisión) que

²⁴ Ibidem. pp. 342 y 343.

²⁵ Idem.

produce un resultado (daño) o cuando menos la potencialidad de causarlo (peligro), y ese resultado, también nos queda claro, produce un cambio en el mundo exterior. Pero para que dicho resultado pueda inculparse, es necesario que exista un nexo causal o relación de causalidad, entre la conducta del ser humano y el resultado sobrevenido.²⁶

Existirá la relación de causalidad –nos dice Jiménez de Asúa– cuando no se puede prescindir del acto de la voluntad, sin que deje de producirse el resultado concreto (*conditio sine qua non*).

La determinación causal es, por lo tanto, un concepto naturalista, aplicado en derecho penal en virtud de su gran cercanía de ésta rama jurídica a determinadas ciencias naturales; y esto no significa una postura positivista, sino simplemente un servicio de las necesidades objetivas del Derecho Penal que opera sobre conductas humanas y que ha de captarlas con suficiente prontitud.

El acto humano (acción u omisión) debe estar ligado al resultado por una relación de causalidad, ya que esto es requisito indispensable para la existencia de la acción en un sentido penal. Para estos efectos, no será de importancia si dicha relación de causalidad es directa, inmediata o mediata; que el agente realice el mismo el esfuerzo para que se dé el hecho a causa del resultado producido, o que para su obtención se valga de fuerzas o energías que él pone en movimiento, o exteriores a su persona. Por ejemplo, tanto ejecuta un acto homicida la persona que dispara directamente contra otra, como el que azuza un animal bravo contra una persona causándole la muerte.²⁷

Para Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán (juristas españoles) existen casos en los que no hay lugar a duda sobre la relación de causalidad entre la acción (en sentido amplio) y el resultado, así por ejemplo si A dispara contra B, y, éste cae muerto instantáneamente a causa de las heridas inferidas; la inmediata

²⁶ Ibidem, pp. 498, 499 y ss.

²⁷ Ibidem. p. 177.

sucesión temporal y la relación directa entre la acción y resultado no deja dudas sobre la relación causal existente. Pero que pasa, si en el ejemplo, A hiere a B y éste muere camino al hospital a causa de una infección sobrevenida a consecuencia de la herida, o por una mala atención médica, en éste caso, la relación de causalidad no es tan clara.²⁸

Se han elaborado diversas teorías para la solución de estos problemas, pero son tres las más importantes las cuales expondremos a continuación:

1.- Teoría de la equivalencia de condiciones o de la *conditio sine qua non*. Para ésta teoría, es causa de un resultado, toda condición que al ser suprimida mentalmente, daría lugar a que éste resultado no se produjese. De esta manera, todas las condiciones del resultado son equivalentes; en el caso de los ejemplos anteriores (donde A dispara contra B), aplicándoles cualquier variante (accidente de tráfico, infección o mala atención médica) la acción de A es la causa de muerte de B. Esta teoría puede resumirse en una frase –que pareciera trabalenguas pero no lo es– que dice: ***la causa de la causa es la causa del mal causado.***²⁹

Siendo así, no debe tomarse en consideración ni la concurrencia de condiciones o concausas preexistentes (como las condiciones patológicas del lesionado o su debilidad orgánica), ni las circunstancias sobrevenidas (como la gangrena aparecida) ni la intervención de hechos ajenos a la voluntad del agente (como la imprudencia del herido para cuidar su herida o la impericia del médico que lo atiende) ya que para ésta doctrina, ninguna de ellas excluyen en el

²⁸ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 4ª Ed. Editorial tirant lo blanch, Valencia, 2000. pp. 259.

²⁹ *Ibidem*, pp. 259 y 260.

Sin embargo, la verificación del nexo causal tampoco puede fundamentar por sí sola, ni siquiera en el plano puramente objetivo, la imputación de un resultado a una acción. La búsqueda de una causa última nos llevaría, en un interminable <<*regresus ad infinitum*>>, a indagar la causa de la causa, que a su vez sería causada por otras; así podría decirse que la causa de un asesinato es también el acto de procrear al asesino por sus padres, que a su vez fueron engendrados por otros, lo que llevaría en última instancia, al origen de la especie humana, causa última (?) de todos los resultados que diariamente se producen como consecuencias de acciones humanas."

homicidio la relación de causalidad.³⁰ Estamos en presencia de una teoría que conduce a una ampliación desmedida de la responsabilidad, que no debería aceptarse, pero que es seguida por la jurisprudencia de muchos países, por ejemplo el nuestro.

2.- Teoría de la condición más efectiva o más eficaz. Parte de una muy dura crítica a la teoría de la equivalencia de condiciones. Sostienen que si bien es irrefutable que todas las condiciones son necesarias, en virtud de que todas contribuyeron de cierto modo en el resultado, debe de encontrarse una clara diferencia entre ellas respecto a su eficacia. Será la verdadera causa, aquella que ha contribuido en mayor medida en la producción del resultado, aquella que sea la predominante; el problema es en detectar y precisar cual es la consecuencia que una sola condición ha de tener en el resultado.

3.- Para la teoría de la adecuación o causalidad adecuada, no toda condición del resultado concreto es una causa en sentido jurídico, sino solamente aquella que sea la más adecuada para la producción del resultado. Pero ¿cómo saber cual es la más adecuada?, cuando una persona "normal" o mejor dicho común, estando en la misma situación con las mismas circunstancias, hubiera podido prever que el resultado tendría probabilidad de ser producido. Pero como casi todo es *previsible objetivamente*, se recurre al concepto de *diligencia debida*, ya que si la acción se realiza con diligencia debida, aunque sea previsible el resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente. Estos dos conceptos (previsibilidad objetiva y diligencia debida) serán los dos criterios selectivos que sirven para precisar cuando una acción es adecuada para producir un resultado, y ser causa del mismo.

En opinión Ilustre Jurista Márquez Piñero, la más adecuadas de las tres teorías, es la de la causalidad más adecuada, ya que **por un lado**, acentúa la idoneidad de la conducta en relación con el resultado (al mismo tiempo con la

³⁰ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal... Op. Cit. Nota 2, pp. 178, 179 y ss.

posibilidad de previsión por parte del agente y límites a la responsabilidad penal). Y, **por otro**, restringe el criterio en la sanción de las posibles responsabilidades.³¹ En cambio otros, rechazan esta teoría bajo el argumento de que se amplía de una manera exagerada el ámbito de la irresponsabilidad penal, favoreciendo de sobre manera las absoluciones.

Siguiendo al autor en comento, y resumiendo, se pueden establecer las siguientes conclusiones:

Primera: el problema de la causalidad es de carácter general, es decir, perteneciente a la parte general del derecho penal, que de ninguna manera podrá limitarse a ciertos delitos.

Segunda: se comete un error, al tratar de explicar la causalidad, únicamente desde la perspectiva penal, ya que debe tenerse en cuenta que la ciencia penal ha de valorar las ciencias naturales, por ejemplo, puede pensarse en los innumerables peritajes (médicos, balísticos, etc.) que se practican día a día en la persecución de los delitos.

Tercera: debe tomarse muy en cuenta la relevancia de las condiciones en cuanto a su adecuación a los tipos legales establecidos, sin olvidar la función correctiva –en este tema– que tiene la culpabilidad.

Cuarta: Son tres los presupuestos exigidos para la penalidad del resultado:

- a) Nexos o relación causal, entre la acción (en sentido amplio) y el resultado.
- b) El esclarecimiento, en cada tipo legal, de la relevancia de esa relación.
- c) La culpabilidad del sujeto en orden al resultado.

³¹ Idem.

Quinta. Los casos en que haya lugar a duda, excepcionalmente encontrados, deberá solucionarse desentrañando el tipo en su *ratio legis*, en su verbo activo, en otras palabras en su figura rectora –concluye el Profesor– y aun en referencia con los medios y circunstancias para poner “normalmente” en marcha la voluntad hacia la consecuencia del resultado, a fin de determinar el grado de probabilidad del curso causal realmente producido.

Es muy común, que se hable, por los autores y por los miembros del poder judicial, del rompimiento de la cadena causal y de las concausas, con referencia especial en el delito de homicidio. En virtud de lo anterior, definiremos la concausa, la cual –para el clásico italiano Antolisei– es la condición fortuita preexistente o sobreviniente que coopera con la actuación del hombre para la determinación del resultado.³²

La interrupción del nexo causal se da cuando, junto con el actuar, viene una condición fortuita que realiza el resultado con una cadena causal nueva e independiente. Pero la responsabilidad de la persona no será excluida por esta situación, sino que solamente será disminuida, ya que si se verifica la interrupción de la causalidad, la persona no tendrá que responder sobre el resultado, solamente por lo que verdaderamente hizo sin tomar en cuenta lo fortuito.

1.1.2.4.- Crítica.

El jurista alemán Claus Roxin, indica que el concepto natural (causal) de acción cumple bien con la función de delimitación, dejando fuera del Derecho Penal, actividades de animales y personas jurídicas, así como los pensamientos y las consecuencias de “excitaciones sensoriales”. Y con esto combate la principal objeción que se hace a la teoría, de que es “desdibujada e ilimitada” ya que como

³² Ibidem, p. 180

se indico, haría parecer incluso la procreación de un asesino como una acción de homicidio; aunque si bien el acto de procrear es una acción, no es de interés del Derecho Penal.³³

En cambio, con mayor acierto, se objeta de la teoría causal que ésta atiende en demasía al impulso **consciente** de voluntad, dicho fundamento tiene dificultades al encontrarse con conductas dirigidas por reacciones espontáneas, acciones automatizadas o hechos que están marcados por sentimientos que nublan dicha consciencia (como los pasionales) o producidos bajo el efecto de la embriaguez.

Tampoco el concepto natural de acción es el idóneo como elemento básico –continúa diciendo el jurista germánico– ya que es inútil para el estudio de los delitos de omisión, en donde tiene que renunciarse a la “modificación del mundo exterior” conservando únicamente como criterio de la acción a la voluntariedad, ya que como regla general en las omisiones no se puede probar la tensión muscular o nerviosa necesaria para su “no realización”; en virtud de que los nervios motores no se ponen en movimiento para ello, no será necesario, normalmente, que se realice un esfuerzo para contenerlos.

Por su parte, Maurach–Zipf, indica que en el concepto natural de acción, se produce una división , ya que al derecho penal sólo le interesa un resultado típico; y “un “acontecimiento natural provoca un resultado jurídico , es decir arbitrariamente determinado”. El tipo y, por lo tanto también el resultado típico, no es algo naturalmente dado de antemano, sino producto del legislador”. Es así, que se separan conceptualmente la acción de la realización del tipo, ya que se reduce el concepto de acción a un elemento parcial del suceso contemplado desde la perspectiva naturalística.³⁴

³³ Roxin. Claus, *Derecho Penal* ... Op. Cit. Nota 12, pp. 237, 238 y 239.

³⁴ Maurach , Reinhart, y Zipf, Heinz. *Derecho Penal* ... Op. Cit. Nota 10, pp. 253, 254 y 255.

Por último, la objeción de mayor peso radica en que la teoría causal de la acción incluye el resultado dentro de la acción misma, pero los diversos problemas que se presentan en la dogmática jurídico-penal sólo pueden ser solucionados correctamente si la acción y el resultado son enfrentados; ello vale especialmente para la construcción del concepto de ilícito en base al desvalor de la acción y de resultado.

1.1.3.- EL FINALISMO.

El fin de la segunda guerra mundial marcó en Alemania un intento de superar el irracionalismo que se había dado durante el nazismo, pero no sólo en el aspecto del Derecho Penal, sino desde el aspecto jurídico filosófico; y su creador es (en opinión de muchos el jurista más original del S. XX) el iusfilósofo-penalista Hans Welzel.

La teoría de la acción final encuentra su origen en la filosofía de Hönigwald (*Bases de la filosofía del pensamiento*) y N. Hartmann (*El problema del ser espiritual*);³⁵ que refuta el causalismo (base del moderno derecho penal) en 1930 y adquirió su perfección en 1938, construyéndose entorno a una base orgánica de dogmática³⁶.

En la opinión del autor Bustos Ramírez, metodológicamente, podemos clasificar los esfuerzos del finalismo en dos niveles: **1)** Desde el punto de vista filosófico, el finalismo está dirigido en contra del irracionalismo así como para dar una nueva base de sustentación al pensamiento jurídico; **2)** tiene por objeto erradicar definitivamente del Derecho Penal el influjo del positivismo naturalista y sociológico, así como la revisión crítica de los aportes del neokantismo (teoría de

³⁵ *Ibidem.* p. 255.

³⁶ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal... Op. Cit. Nota 2, p. 161.

los valores); y, por otra, intenta elaborar una nueva teoría del delito sobre la base de una rectificación del modelo utilizado por la teoría clásica del delito.³⁷

1) A pesar de que los ius–naturalistas le dan a sus teorías un carácter “ideológico” trascendiendo así sus propios límites planteándose cuestiones de fe, Welzel reconoce que han realizado significativos aportes; uno de ellos –tal vez el principal– es el reconocimiento del ser humano como persona responsable, requisito mínimo e indispensable del orden social, para evitar la situación de obligar por el poder, o obligar a través del Derecho. Es otras palabras, Welzel concebía el Derecho como un orden normativo, no de poder, cuya obligación presupone la existencia de una persona responsable y ya no al de un ser simplemente manipulable.

De ésa manera, se distingue un Estado de Derecho del de un régimen totalitario o de sujeción total del individuo al Estado (la más grande pretensión del nazismo). Se aparta también de del positivismo y del relativismo, que concebían al ser humano, al Derecho y al Estado como un simple juego de situaciones fácticas de poder.

En una manera similar que durante el iluminismo, que dio origen al Estado de Derecho, se vuelve a poner el acento de la dignidad de la persona, como la base mínima de un ordenamiento jurídico, gracias al replanteamiento que realiza Welzel.

Otro aspecto importante sobre el Derecho natural, a consideración de Welzel, es acerca que dentro del orden social existe una “legalidad”, es decir un cierto orden ético social. Así el autor Bustos Ramírez explica: “Es esta orientación, sin embargo, la que habría llevado al derecho natural a buscar una naturaleza de las cosas, que justamente diera cuenta de ese orden; pero es aquí donde se produce la confusión en el método del derecho natural, pues esa naturaleza de las

³⁷ Bustos Ramírez, Juan. *Introducción al Derecho Penal*, 2ª Ed., Editorial Themis S.A., Colombia 1994. pp. 162 y 163.

cosas viene dada a priori de lo que se estima "bueno" o "malo", justo o injusto, ordenado o desordenado, y son esos valores los que posteriormente hacen surgir lo natural de las cosas o lo antinatural."³⁸

No debe cometerse el error, de creer que las normas jurídicas son meros caprichos y arbitrariedades, ya que éstas tienen determinadas limitaciones, por ejemplo, de carácter físico. Es imposible para una norma prohibir una lluvia o la caída de un rayo, ni en general, la producción de resultados. Dicho planteamiento finalista, se ve determinado por la separación entre el mundo del ser y del deber ser, dando como resultado que Welzel y sus seguidores realizaran el planteamiento de las estructuras lógico-objetivas. La lógica de las cosas se establece en la necesidad de la relación entre la estructura del ser y la valoración; tal relación pareciera ser interdependiente en el sentido de que esta predada una realidad óntica en cuanto obliga a una valoración, y de que, por otro lado, un determinado grado de valor tiene una tendencia necesaria a una cierta clase de realidades en el ser, por esa misma razón le son predadas.

Dichas estructuras lógico objetivas, no tienen el carácter lógico objetivo pretendido por las naturalezas de las cosas, únicamente implican una vinculación entre valoración y realidad ontica; esto no significa que las reglas establecidas por el legislador sean inválidas, sino que simplemente no cumplirán con sus objetivos, desembocando en una reglamentación inadecuada y contradictoria. Así pues, se explica que el concepto estructural ontológico básico del finalismo, sea la acción, ya que la estructura final de la acción final es una estructura lógico objetiva. **En virtud de que el derecho esta dirigido a los hombres, no puede prohibir o mandar procesos causales, sino solamente acciones.**³⁹

³⁸ Idem.

³⁹ Ibidem, p. 164.

"En tal sentido una prohibición general de no ser causal, "sería tan sin sentido como una prohibición a la nieve de no convertirse en alud". Ahora bien, como el hombre orienta su actividad hacia diversos fines, ella esta dirigida desde el fin, la acción sólo puede ser final . Esto quiere decir que dado lo prohibido o mandado están en relación con una acción, y esta revela una estructura final, el legislador o bien el ordenamiento jurídico tiene que reconocer tal estructura lógico objetiva, ontológica , pues en caso contrario su sistema adolecerá de contradicciones y lagunas"

Es verdad que el legislador puede dejar de referir sus normas a las acciones, pero por lo tanto, tendrá que prescindir como referencial al hombre, pues de otra manera llevaría a contradicciones. Es esta "legalidad" que reconoce el finalismo en el orden ético social, como aporte del derecho natural, que sirve, además de base como planteamiento de las estructuras lógico-objetivas, aunque con ello se distancia del derecho natural y se acerca más bien al fenomenología.

2) A partir de las nuevas formulaciones de carácter filosófico, el finalismo intenta una reordenación de la sistemática del delito y, además, darle un nuevo contenido, oponiéndose a la metodología utilizada por el positivismo y el neokantismo.

Para Welzel, la acción no sólo es un proceso material causal (como afirma el positivismo naturalista), sino un proceso completamente dotado de sentido, de significación, lo cual proviene de la dirección que le da a la acción el sujeto. Debido a esto, la tipicidad no puede ser agotada con la causalidad, necesariamente habrá que recoger este sentido que lleva pegada la actividad humana.

Como resultado obtendremos que la base del injusto no sea la violación de bienes jurídicos o intereses sociales, sino en la violación de deberes de conciencia del propio sujeto. Son estos valores de conciencia, los que le interesa proteger al Derecho Penal, puestos son los que determinan la dirección a los actos del sujeto. Sólo en segundo lugar, en forma mediata, a través de dichos valores de conciencia, se protege a los bienes jurídicos.⁴⁰

⁴⁰ Ibidem, pp. 165y 166.

*Con ello se reafirma la naturaleza ético-social del derecho penal, en conformidad a la naturaleza ético-social de sus fundamentos, que sería la dignidad de la persona humana y las estructuras lógico-objetivas. De este modo se deja sin espacio tanto al positivismo naturalista como al sociológico. Al naturalista, en cuanto la causalidad pasa totalmente a un segundo plano, si bien mantiene un carácter ontológico, su estructura aparece totalmente subordinada a la de la finalidad. Al sociológico, en cuanto el injusto no aparece determinado desde el bien jurídico, esto es, desde los intereses sociales, sino que desde los valores de conciencia, acto o sentido, y en cierto modo,

1.1.3.1.- Actividad Final

“Acción humana es ejercicio de actividad final”⁴¹ es por esta razón que la acción es un acontecer final y no causal. Dicha “finalidad” o carácter final de la acción se base en que el hombre, en virtud del conocimiento causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las posibilidades de consecuencia de su actividad; por tanto, ponerse fines diversos y dirigir su actividad, de acuerdo a su plan, a la consecución de estos fines.

La actividad final consiste en un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no esta dirigido desde el fin, sino que es la resultante de los componentes causales existentes en cada caso. Es por todo esto que el gran jurista alemán dice literalmente: “...la finalidad es ...“vidente” y la causalidad es “ciega””⁴²

La finalidad es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior convirtiéndose en una acción dirigida finalmente. En virtud de esto, la voluntad final pertenece, por ello, a la acción como factor integrante, ya que, en la medida en que configura objetivamente el acontecer exterior.

entonces, los bienes jurídicos aparecen supeditados a estos valores de conciencia, ya que su protección se logra solo a través de estos.”

⁴¹ Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*. 4ª Ed. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997. p. 39.

⁴² *Ibidem*. pp. 40, 41 y ss.

Para aclarar lo anterior, el gran penalista alemán pone el siguiente ejemplo:

“cuando el rayo electrocuta a un hombre que trabaja en el campo, el acontecer se basa en que entre el hombre y la nube se originó la máxima tensión eléctrica, que llevo a la descarga, esta tensión pudo haberse originado también exactamente igual entre otro objeto de cierta altura y la nube. Que fuera justamente el hombre estaba por cierto condicionado causalmente en la cadena infinita del acontecer, no estaba dirigido finalmente a ello. Totalmente diferente en las acciones humanas: quien quiere asesinar a otro elige, conscientemente para ello, los factores causales y los dispone de tal modo que alcancen el fin previamente determinado. Aquí la constelación causal se ha ordenado para la consecución del fin: compra el arma, averiguación de la oportunidad, ponerse al acecho, disparar al objetivo; todos éstos son actos dirigidos a un fin, que esta sujetos a un plan de conjunto.”

De esta manera, la acción para el finalismo consiste en:

- a) Objetivo a conseguir,
- b) Medios para conseguirlo
- c) consecuencias concomitantes (secundarias) que son estrechamente vinculadas a los medios, que podrán ser queridas –dolosas– o no queridas –culposas–.

Por su parte el causalismo señala tres elementos fundamentales en su composición:

- 1) El proceso material causal.
- 2) La relación de causalidad, entendida como una conexión de causa a efecto, entre el proceso material causal y el resultado.
- 3) El contenido subjetivo de la voluntad, externamente manifestado en los hechos.

El Dr. Márquez Piñero explica, que la actividad finalista, no solo comprende la finalidad de la acción, sino que abarca la elección de los medios necesarios y sus consecuencias secundarias necesariamente vinculadas. Es por esta razón que la palabra "finalidad", no debe entenderse en su sentido literal, ya que en ese caso, solamente se consideraría el objetivo ("finis").⁴³

La acción final, entendida por Welzel, (indica el Maestro México-español) "es el ejercicio final de la actividad humana" La voluntad finalista es una voluntad de concreción, que comprende todas las consecuencias que el autor conoce su vinculación con los medios para la obtención del objetivo, y por ello quiere realizarlas.

⁴³ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal... Op. Cit. Nota 2, p. 164.

En contraste con la relación causal, en la cual todas las consecuencias están determinadas causalmente, pertenecerán a la relación final, únicamente aquellas que han sido incorporadas a la voluntad anticipadora de realización; solamente existirá una acción final en relación a las consecuencias antepuestas por la voluntad de realización.⁴⁴

En opinión de Maurach–Zipf –quien fuera discípulo de Welzel, pero con un carácter crítico– indica que la finalidad se manifiesta en mayor medida en los delitos dolosos, que la voluntad de acción y el dolo son idénticos. El dolo es el factor de configuración de la acción, es un elemento esencial del concepto de ilícito. Cabe aclarar que el delito culposos, también esta determinado de manera finalista, pero el punto de referencia es distinto.⁴⁵

Así explica el autor en comentario: “Mientras los tipos de los delitos dolosos comprenden a la acción final en la medida en que su voluntad de acción se dirija a la realización de consecuencias (metas) socialmente indeseadas, los tipos de los delitos culposos se ocupan (en mucho menor medida que en los fines) de la forma de ejecución de la acción final, con miras a aquellas consecuencias socialmente indeseadas que el sujeto actuante confía en que no se presentarían o en las que simplemente no ha pensado. El hecho culposos, el elemento decisivo del ilícito no radica en el mero desvalor de acción, lo jurídicamente relevante de los hechos culposos no está ya en la meta, sino en la conducción y dirección misma.”⁴⁶

Por último, dice Welzel, que la importancia de la acción en el derecho penal, radica en que la estructura final del actuar humano es necesariamente constitutiva para las normas del Derecho Penal. Las prohibiciones o mandatos (normas jurídicas) no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones,

⁴⁴ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán...* Op. Cit. Nota 41, p. 43.

⁴⁵ Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz. *Derecho Penal* ... Op. Cit. Nota 10, p. 256.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 257.

que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro. **Las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final.**⁴⁷

1.1.3.2.- Crítica.

Lo que más se critica de la teoría welzeniana es ver cómo la teoría del dolo queda aniquilada. Para esta teoría la intención ya no forma parte de la culpabilidad, sino que se convierte en parte de la propia acción, y en ésta basa el tipo de lo injusto. En éste sistema de Welzel, se ve cómo están separadas radicalmente las acciones dolosas de las culposas.⁴⁸

Luis Jiménez de Asúa, señala magistralmente que el error del finalismo, es que la causalidad, que para él es la lógica del delito, solamente es referida en los delitos culposos que son menos graves, mientras que el dolo queda sometido a la conducta final. En resumen el gran problema para los finalistas se presenta en el delito culposo.⁴⁹

Para el jurista alemán Günther Jakobs, la finalidad como dirección consciente e intencional de las consecuencias de la ejecución de la acción, no se extienden hacia las consecuencias secundarias, realizadas dolosamente, ni mucho menos a las realizadas de manera culposa (imprudentes). En este sentido dice literalmente: "Pero tampoco la ampliación del concepto de finalidad a la dirección consciente de la ejecución de una acción proporciona denominador común apropiado alguno, pues los automatismos no necesariamente se despliegan conscientemente. A fin de cuentas, la finalidad es una metáfora que se

⁴⁷ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán...* Op. Cit. Nota 41, p. 44.

⁴⁸ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal...* Op. Cit. Nota 2, pp. 163 y 164.

⁴⁹ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal* Op. Cit. Nota 4, T III, pp. 368, 369 y ss.

refiere abreviándolas (i), a las condiciones del comportamiento evitable, y nada más.⁵⁰

1.1.4.- IMPUTACIÓN OBJETIVA

Un claro ejemplo, que utiliza el Maestro Jakobs, en el que se produce un quebrantamiento de la norma que trasluce débilmente un problema de la imputación, lo encontramos en el pecado original. Adán justifica su actuar en virtud de que la mujer dada por Dios fue quien le dio del árbol y él únicamente comió. Desde la perspectiva de Adán todo el acontecimiento fue inocuo, en virtud de que Eva fue la persona responsable que inicio el proceso, y además, Eva era una persona que le fue entregada por Dios mismo, por lo tanto Adán no es responsable; un argumento similar pudo haber sido expuesto por Eva respecto de la serpiente.⁵¹

A pesar del magnífico intento de defensa, esto no resultó, sino que cada uno de los intervinientes respondió plenamente de lo ocurrido. De aquí surge la duda de si cualquiera ha de tomar en cuenta toda consecuencia como secuencia de todo contacto social, o si, por el contrario, hay ciertos comportamientos que implican consecuencias que pueden interpretarse en un concepto más restringido, excluyendo así las consecuencias.

Para evidenciar la importancia del contexto social y su repercusión en la imputación a una persona, de un hecho, el Ilustre Maestro, explica con el ejemplo de un agricultor que introduce una nueva máquina a su finca, uno de sus trabajadores dominado por la curiosidad la toca y resulta lastimado. En consideración al contexto social, la determinación de la imputación dependerá del

⁵⁰ Jakobs, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, 2ª Ed, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997. p. 167.

⁵¹ Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. Cancio Melía Manuel, Universidad Externado de Colombia, Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1994. pp. 13, 14, 15 y ss.

desarrollo tecnológico de la sociedad. En una sociedad altamente desarrollada, será responsable el fabricante, en una sociedad de mediano desarrollo será responsable el propietario; por último, en una sociedad que de ninguna manera tenga desarrollo tecnológico será imputable al propio trabajador curioso, convirtiendo el incidente en una desgracia, que tendrá que tolerar en virtud de ese contexto social en el que vive.

De éste modo, el penalista germánico, afirma: "queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan aquellas desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No es decisiva la capacidad de quien actúa, sino la de un portador de un "rol" a un sistema de posiciones definidas de modo normativo y que puede estar ocupado por individuos cambiantes; se trata, por tanto, de una institución orientada con base en personas."⁵²

Realizando una crítica tanto al causalismo como al finalismo, el Profesor Jakobs afirma que solamente la imputación objetiva puede convertir el suceso naturalista en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible, en otras palabras **sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse en sentido general "acción"** De tal manera que el Derecho Penal no se preocupa de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino que **un suceso por ser objetivamente imputable, constituye una acción penalmente relevante.**

Se puede resumir lo expuesto de la siguiente manera:

⁵² Ibidem, pp. 21, 22, 23, y ss.

"...la teoría de la imputación objetiva del comportamiento, aporta el material con cuya ayuda puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona, como acontecer socialmente relevante o irrelevante, socialmente extraño o adaptado, que destaca de modo negativo. Sin este material de interpretación, lo sucedido no es más que un conglomerado naturalista, en el mejor de los casos algo que el individuo perseguía, un curso causal o un curso causal psíquicamente sobredeterminado; en todo caso, no es más que una amalgama heterogénea de datos que no han adquirido significado social."

- 1) Los seres humanos se encuentran en un mundo social con la portación de un rol (de carácter estándar).
- 2) Se debe determinar entre autor, víctima, y terceros, de acuerdo con los roles que se desempeñan, a quien le compete el acontecer relevante, por sí sólo o con otros, en otras palabras, quien quebrantó su rol por administrarlo de modo deficiente y por ello responder penalmente en caso de haber sido la víctima deberá de asumir el daño.
- 3) Puede aplicarse éste pensamiento tanto a delitos dolosos como culposos, pero en los primeros llega a ser tan evidente que no necesita mayor explicación.

De esta manera, se establecen como pilares de la imputación objetiva 4 principios. 1) **Riesgo permitido**, 2) **Principio de confianza**, 3) **Prohibición de regreso** y 4) **Actuación a propio riesgo** que surgen de la función del Derecho Penal de garantizar expectativas normativas.

De la mano con el jurista Enrique Bacigalupo expondremos cada uno de los principios⁵³

1.1.4.1.- Riesgo Permitido.

Es el mínimo de certeza, claridad y seguridad jurídicas admisibles en un proceso social en la vida comunitaria. En el acontecer cotidiano existen un sin fin de riesgos que la sociedad tolera por ser necesarios por su propio desarrollo social, por lo tanto las acciones que produzcan causalmente un resultado que no superé los límites del riesgo permitido, no serán imputadas objetivamente.

⁵³ Bacigalupo, Enrique. *Principios de Derecho Penal, parte general*, 5ª Ed. Editorial Akal Madrid 1998. pp. 189, 190, 191 y ss.

1.1.4.2.- Principio de Confianza.

En virtud de la confianza que nosotros tenemos, que los demás se comporten dentro de los límites del peligro permitido, existirán conductas que serán excluidas de la imputación objetiva. Y Bacigalupo expone el siguiente ejemplo: "A atraviesa un cruce con el semáforo en verde, sin tomar medida alguna de precaución para el caso en que algunos de los que circulan en la otra dirección de cruce no respete el semáforo en rojo que le cierra el paso, produciéndole la muerte en la colisión; este resultado no se imputa objetivamente por efecto del principio de confianza."

1.1.4.3.- Prohibición de Regreso y Posición de Garante.

En un principio estábamos en presencia de un criterio para limitar la imputación de un resultado a ciertos comportamientos que pueden haber resultado causales. En la actualidad se trata de excluir la imputación de aquellos en que la causa había sido expuesta por alguien que no tiene porqué responder por el resultado que produce directamente un tercero o que es imputable a la propia víctima, la imputación sólo alcanza a quien es garante de la evitación del resultado.

1.1.4.4.- Actuación a Propio Riesgo o Competencia de la Víctima.

Cuando nosotros actuamos lo hacemos a propio riesgo, es por eso que si nos exponemos voluntariamente a un peligro proveniente de la acción de otro, no solamente aceptamos la exposición al peligro, sino que también de modo alguno al resultado. En consecuencia, por la vía del consentimiento no es posible excluir la tipicidad de la acción que realiza la acción riesgosa con el resultado. Para finalizar, Bacigalupo reconoce la problemática de estos caso en los que "se debe distinguir entre la autolesión y la heterolesión. Dicho de otra manera: la imputación

objetiva del resultado que afecta al quien se expuso al peligro voluntariamente depende de si su lesión puede serle imputada a él mismo o si, por el contrario constituye un caso de **autoría mediata de la lesión**, puesto que, en verdad, el autor mediato actúa en último término y, en todo caso, responde por su posición de superioridad en la dirección del suceso.

1.1.5.- ACCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO.

Puede referirse a todo lo expuesto a la acción en general, pero a manera de resumen, la acción en sentido estricto consiste en un movimiento corporal voluntario (causalismo), una serie de movimientos corporales dirigidos a un fin (finalismo) o que sean imputados objetivamente, lo esencial es que consiste en un no hacer, cuando la norma precisamente lo prohíbe. El artículo 7º del CPF. Llama a la acción en sentido estricto acto.

De todo lo anteriormente expuesto se deduce lo siguiente⁵⁴:

- 1) Los actos no voluntarios (movimientos reflejos), los movimientos corporales causados por una excitación de carácter físico con ausencia de espiritualidad, no constituyen acciones de interés para el Derecho Penal (Art. 15 F. II CPF), ni las que obedecen a una fuerza física irresistible (Art. 15 F. I CPF).
- 2) Cuando no hay movimiento corporal externo, no hay acción, el pensamiento como ya se ha dicho, no puede delinquir cuando no se exterioriza en una actuación.
- 3) Por último, el efecto del acto, junto con la propia conducta, tendrá que estar tipificado, es decir, sancionado en las leyes penales y conminado con una pena.

⁵⁴ Márquez Piñero, Rafael, Derecho Penal... Op. Cit. Nota 2. pp. 165 y 166.

1.1.6.- OMISIÓN.

Estamos en presencia de un aspecto negativo del actuar humano que también es penalmente relevante, el propio artículo 7 del CPF se refiere a esta como omisión. La esencia de los delitos de omisión es la infracción de normas imperativas, lo que el legislador castiga en éstos casos es la no realización de una acción. La diferencia entre acción (*stricto sensu*) y la omisión depende de un criterio valorativo de la norma de referencia que utilicemos para valorar la conducta humana. Pero la distinción no es siempre fácil de hacer, por eso, además de tener en cuenta la norma de referencia, habrá que contemplar la forma de manifestación misma de la conducta, que siempre estará constituida de momentos activos y omisivos.⁵⁵

El delito omisivo consistirá siempre en la no realización de una conducta determinada, y que el sujeto tenía la obligación de realizar y que podía realizar (*acción esperada*), estructuralmente siempre será una infracción de un deber jurídico. Dicho deber jurídico puede ser **genérico** (que incumbe a cualquiera en virtud del hecho mismo de la convivencia auxilio en caso de peligro), o un **deber específico** que solamente obliga a determinado círculo de personas (funcionarios públicos).

La omisión puede presentar varias formas: **A) Delitos de omisión propios.** Se castiga simplemente la infracción de un deber y equivalen a los delitos de pura actividad. (Art. 340 CPF). **B) Delitos de omisión y resultado**, en los que la omisión se vincula a un determinado resultado, con el que se conecta causalmente (Art. 225 F. VII). **C) delitos de omisión impropia** la omisión se conecta con un determinado resultado prohibido, pero en el tipo no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva, constituyendo un problema de

⁵⁵ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal* ...Op. Cit. Nota 28. pp. 269, 270 y ss.

interpretación al diferenciar cuando la forma omisiva puede ser equiparada a la activa (como la madre que deja morir de hambre a un recién nacido).⁵⁶

⁵⁶ El CPF en su artículo 7 párrafo 2º resuelve el problema de la siguiente manera: "En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente"

1.2. TIPICIDAD

1.2.1.- TIPO Y TIPICIDAD.

Si bien para la existencia de un delito es necesaria una acción, no basta con eso, además de esto es necesario que previamente sea contemplada dicha acción (conducta) en la legislación penal, tal como lo consagra el artículo 14 párrafo tercero de nuestra Ley Fundamental; lo cual nos lleva al tema de la tipicidad (recordemos que el delito desde su concepción clásica es una acción **típica**, antijurídica y culpable).

Para Jiménez de Asúa, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trasladado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.⁵⁷ Dicha abstracción (definición) delimita los comportamientos prohibidos, o en su caso, de observancia obligatoria en lo que conocemos como tipo penal. El tipo penal selecciona comportamientos humanos, a fin de servir de modelo múltiple que aparte a los que no coincidan con esas figuras específicas, en tal virtud, sólo la que guarda congruencia exacta en alguna forma reúne características de ser típica.⁵⁸

Es muy común que se utilicen –de manera errónea– en forma sinónima o equivalente los conceptos de tipo y tipicidad, cuando en realidad son dos nociones distintas, aunque eso sí, estrechamente relacionadas. El tipo es una descripción del legislador, de determinados eventos antisociales, con un contenido suficiente y necesario para proteger uno o más bienes jurídicos; entendido así por la Dra. Olga Islas, quien destaca la función garantizadora de uno o más bienes jurídicos y

⁵⁷ Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito*. 3ª Ed., Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958. p. 235.

⁵⁸ Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría del Delito*. 2ª reimpr., Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2000. pp. 90 y 91.

enfazando que los elementos constitutivos del tipo poseen, además, propiedades particulares.⁵⁹

Por su parte, la tipicidad es la correspondencia unívoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito, en otras palabras, entiende la Maestra mexicana que para cada elemento del tipo tiene que existir una porción del contenido del delito que satisfaga la semántica de aquél y para cada porción de contenido del delito ha de haber un elemento del tipo que requiera su completa concreción. Cuando no se da la exacta y correcta adecuación al tipo aparecerá la atipicidad.

Algunos autores afirman que la función del concepto de tipicidad en el derecho penal, no es distinta de la función propia que corresponde a los preceptos jurídicos que pertenecen a las demás ramas del derecho, lo cual no es correcto por dos razones: **Primera.** La función descriptiva y concretizadora de la antijuridicidad que realiza la tipicidad y el tipo, no tiene semejanza o equivalencia alguna con la función constitutiva que desempeñan los preceptos jurídicos de las demás ramas del derecho. La función constitutiva propia de estas ramas jurídicas es abiertamente creadora, en oposición a la función del Derecho Penal, que es restringida, limitada y típicamente encauzada en el modelo penal (excluyen lo que no es).⁶⁰

Segunda. Existe una diferencia formal evidentemente entre la antijuridicidad derivada u originaria de los preceptos jurídicos de las diversas ramas del Derecho, y la antijuridicidad tipificada en el Derecho Penal; la relativa a otras ramas, no está descrita con especificación concreta de los hechos; por su parte la penal, está siempre descrita mediante referencias concretas y específicas de la conducta.⁶¹

⁵⁹ Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los Delitos Contra la Vida*, 4ª Ed. Editorial Trillas, México 1998. pp. 26 y 27.

⁶⁰ Márquez Piñero, Rafael. *Derecho Penal...* Op. Cit. Nota 2, pp. 215 y 216.

⁶¹ Idem.

Para entender mejor esto, se ejemplifica con la comparación de la antijuridicidad referida en el artículo 1910 del Código Civil (Federal) y la tipificada en el artículo 397 del Código Penal. En

En virtud de lo anterior, se puede asignar al tipo las siguientes funciones:⁶²

- 1) Función de selección de los comportamientos penalmente relevantes.
- 2) Función de garantía, traducida al principio de *nullum crimen sine tipo*.
- 3) Función de motivación en general, ya que el legislador al describir en el tipo, los comportamientos señalados, indica a los ciudadanos los comportamientos prohibidos, esperando de que no sean cometidos.

1.2.2.- CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS.

a) Normales y Anormales (por su composición): Los normales se limitan a realizar una descripción objetiva (art. 302 CPF–Homicidio) y los anormales además de la descripción objetiva, establecen una valoración cultural o jurídica (cosa ajena mueble).⁶³

b) Fundamentales o Básicos, Especiales y Complementados (por su metodología): los fundamentales describen de manera independiente un modelo de comportamiento humano, son la espina dorsal del sistema de la parte especial de los códigos (por ejemplo el Homicidio en los delitos contra la vida). Los especiales, además de aplicar los elementos del básico, agrega otros requisitos por lo que son independientes (Homicidio en razón del parentesco). Los complementados se integran con el fundamental o básico pero señalan una determinada circunstancia que cualifican la conducta, el sujeto o el objeto descrito en éstos, su vida jurídica depende de los básicos (Homicidio con agravantes).

el primero no hay mención de los de las peculiaridades fácticas, que condicionan la obligación de reparar el daño causado por quien obró ilícitamente o contra las buenas costumbres, pues esta peculiaridades fenoménicas han de ser establecidas por el juez; en contraposición, en el segundo se describen específica y taxativamente las particularidades fácticas de la antijuridicidad en él recogida, sin que el juez pueda ampliar dichas particularidades a otros fenómenos de igual o semejante intensidad y dimensión.

⁶² Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito...* Op. Cit. Nota 58. pp. 94 y 95.

⁶³ Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 39ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1998. pp. 171, 172 y ss.

c) Casuísticos y de Conducta única (por su formulación): En los casuísticos el legislador describe varias formas de conducta, que pueden ser **alternativas** (adulterio domicilio conyugal o con escándalo– art. 273 CPF) o **acumulativas** (el ahora derogado delito de vagancia y malvivencia –no dedicarse a trabajo honesto y además tener malos antecedentes). Los de conducta única describen una hipótesis única (robo, homicidio, etc.).

d) De Lesión y de Puesta en Peligro (por su resultado): Serán de lesión cuando el tipo protege contra la destrucción, deterioro o disminución de los bienes jurídicamente protegido, a su vez los de puesta en peligro protegen el bien contra la posibilidad de ser dañado (omisión de auxilio).

e) Abiertos y Cerrados (por su complementación): cuando la descripción del legislador sea tan abierta que necesite que se complemente con otra disposición estaremos en presencia de un tipo abierto (art. 171 f. II); a su vez cuando la disposición sea suficiente en todos y cada uno de sus elementos por sí mismo será cerrado.⁶⁴

1.2.3.- ELEMENTOS DEL TIPO.

Los elementos del tipo se dividen en tres:

Los elementos objetivos podemos entenderlos como aquellos que proceden del mundo externo perceptibles por los sentidos, es decir son tangibles, externos y materiales. Son exigencias de índole material previstas por el tipo. Pero el tipo, sin abandonar la objetividad, presenta casi siempre referencias y modalidades en cuanto al sujeto activo (art. 123 CPF), al sujeto pasivo (art. 126 CPDF), al tiempo (art. 123 F. XV CPF), al lugar (art. 286 CPF), al objeto (art. 367 CPF) y a los medios de comisión (art. 386 CPF).

⁶⁴ Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría del Delito...* Op. Cit. Nota 58. pp. 100 y 101.

Los elementos normativos. Existen ocasiones en que para tipificar una conducta es necesario incluir en su descripción elementos que implican juicios normativos sobre el hecho, que obliga al intérprete a efectuar una especial valoración, que no debe ser subjetiva desde el punto de vista del Juez, sino con un criterio objetivo de acuerdo con la conciencia de la comunidad acerca de la conducta tipificada. Esta valoración puede ser cultural (deshonra o descrédito art. 350 CPF) o jurídica (cosa ajena mueble art. 367 CPF).⁶⁵

Los elementos subjetivos son las cualidades internas, intelectuales o intangibles, que exige el tipo penal al sujeto activo –concretamente referidos al dolo los expresados con palabras como “maliciosamente”, “voluntariamente”, “intención de matar”, etc. –, también pueden sumarse al carácter de elementos subjetivos ciertos contenidos interiores que deben demostrarse con una naturaleza intelectual o cognoscitiva, como el hecho de saber el parentesco cuando se mata a un descendiente, de naturaleza afectiva como el estado de emoción violenta o de naturaleza volitiva cuando se refiere a una dirección intencional. En conclusión hablamos del Dolo como elemento subjetivo básico y de la Culpa.

Pero ¿Cuál es la importancia de la tipicidad?. Pare el jurista, toda conducta que no pueda incluirse entre los tipos descritos por la ley (lo atípico) por antijurídica que sea, no es penable, y viceversa, la conducta típica es una conducta penable en la medida de la conminación penal adecuada a ella, en unión con los demás preceptos legales que afectan a la punibilidad.⁶⁶ El tipo es lógicamente necesario; cualquiera que sea el sistema legal existente, el tipo es imprescindible, el tipo es imprescindible para averiguar qué es un delito.⁶⁷

⁶⁵ Márquez Piñero, Rafael. *Derecho Penal...* Op. Cit. Nota 2, pp. 226 y 227.

⁶⁶ Beling, Ernesto. *El Rector de los Tipos de Delito*. Trad. Prieto Castro y Aguirre Cárdenas. Editorial Reus, Madrid, 1936. pp. 10 y 11.

⁶⁷ Márquez Piñero, Rafael. *El Tipo Penal y algunas consideraciones en torno al mismo*. 2ª Ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Octubre 2004. p. 158.

1.2.4.- AUSENCIA DE LA TIPICIDAD.

Es distinta la ausencia de tipo que la de tipicidad. Hay ausencia de tipo cuando el legislador no describe una conducta (deliberadamente o por defecto técnico), que según el sentir general, debía haber sido definida y fijada en los preceptos penales, dejando sin protección a los intereses violados.⁶⁸

Por su parte, la ausencia de tipicidad puede darse en dos sentidos: **a)** cuando hay tipo pero la conducta no se amolda a él (**atipicidad propiamente dicha**); **b)** Cuando el legislador no describe la conducta (**ausencia de tipicidad en sentido estricto**). En realidad, en la atipicidad propiamente dicha, también hay falta de tipo, pues si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, no existe tipo.

La atipicidad puede provenir de la falta de la exigida referencia de las condiciones siguientes: 1) Ausencia de adecuación por falta de calidad en el sujeto activo, 2) Ausencia de adecuación por falta de calidad en el sujeto pasivo, 3) Ausencia de adecuación en cuanto al objeto, 4) Ausencia de adecuación en cuanto al tiempo, 5) Ausencia de adecuación en cuanto al lugar, 6) Ausencia de adecuación en cuanto a los medios de comisión, 7) Ausencia de adecuación referente a los elementos subjetivos del injusto (*animus difamandi en caso del artículo 350 CPF*) y 8) Ausencia de adecuación referente a los elementos normativos (hay tipos que delimitan especiales condiciones perfectamente reseñadas en la descripción, por ejemplo: sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos permitidos por la ley –art. 285 CPF).

⁶⁸ Márquez Piñero, Rafael, Derecho Penal... Op. Cit. Nota 2, pp. 232 y 233.

1.3.- CULPABILIDAD.

1.3.1.- IMPUTABILIDAD

Algunos autores tratan los temas de la culpabilidad e imputabilidad bajo la genérica rubrica de la culpabilidad, otros separan a la culpabilidad y la imputabilidad como elementos autónomos, y otros más pretenden que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

Jiménez de Asúa se pronuncia por la tesis de considerar a la imputabilidad como un requisito del delito, con la finalidad de mejorar la base de la culpabilidad. La reprochabilidad y la culpabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que es preciso que se distinguan. La **imputabilidad** afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona, la **responsabilidad** es resultado de la imputabilidad, ya que sólo será responsable el que puede sufrir las consecuencias del delito ; y la **culpabilidad** es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, en virtud de la imposibilidad de hacer sufrir a una persona las consecuencias del acto, que le es imputable, si no se le declara culpable de él.⁶⁹

Castellanos Tena, al citar a Mayer, señala que la imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud mental y no por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente; y citando a Liszt, es la capacidad de obrar en derecho penal, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción, en resumen, para el Maestro mexicano, la imputabilidad es "la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal."⁷⁰

El fundamento de la imputabilidad en la escuela clásica es el libre albedrío, en otras palabras, en la imputabilidad moral; sólo podrá responsabilizarse a una

⁶⁹ Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de Derecho Penal* ... Op. Cit. Nota 57. pp. 325 y 326.

⁷⁰ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales*... Op. Cit. Nota 63. p. 218.

persona si su actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral, ya que el hombre consciente, en virtud de su libertad y conciencia, viola un precepto legal. Por su parte los positivistas, niegan el libre albedrío y se enfrentan a los postulados de la escuela clásica, fundamentando algunos la imputabilidad en la responsabilidad social, otros en la noción de personalidad, o en el estado peligroso y por último en la imputabilidad psicológica.

1.3.1.1.- Acciones Libres en su Causa.

Son aquellas que consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal; por lo tanto la ley lo considera responsable del delito ; se llaman así porque las acciones son libres en su causa pero determinadas por el resultado.⁷¹

1.3.1.2.- Inimputabilidad

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad que consiste en la ausencia de capacidad de querer y entender el ámbito del Derecho Penal. Las causas de inimputabilidad son el trastorno mental , desarrollo intelectual retardado y la minoría de edad. Las primeras dos las encontramos en el artículo 15 del CPF: F. VII, y el 27 del CPDF. F. VII.

Respecto de los menores, se considera que no realizan conductas delictivas, sino que cometen infracciones a la ley. Su adaptación social será a cargo del Estado y la legislación aplicable será la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal.

⁷¹ Amuchategui Requena, Griselda, Derecho Penal, cursos primero y segundo. Editorial Harla, México 1997. p. 78.

1.3.2.- CONCEPTO DE CULPABILIDAD.

El hablar de culpabilidad, es moverse en el terreno de la individualización, cuestión por demás difícil por pertenecer al ámbito de lo subjetivo.

Para la imposición de una pena, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico, ya que la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de contar con estas dos características, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de es hecho. La función de la culpabilidad consiste en contener los elementos referidos al autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad, son también necesarios para la imposición de una pena. En Derecho Penal, se emplea la expresión culpabilidad como el conjunto de condiciones que permite declarar a alguien culpable de un delito.⁷²

Si bien actúa antijurídicamente quien, sin estar autorizado, realiza un tipo jurídico penal y ataca con ello un bien jurídicamente protegido, sólo actuará culpablemente quien comete un acto antijurídico tipificado en la ley penal como delito, pudiendo actuar de modo distinto, es decir, conforme a Derecho.

La culpabilidad, tradicionalmente (formula causalista) ha sido considerada como la relación de causalidad psicológica entre el agente y la acción; además de un juicio de reproche sobre la conducta del sujeto con motivo de su comportamiento contrario a la ley, pues al realizar un hecho prohibido, ha quebrantado su deber de obedecerla. En esta tesitura, el Maestro Márquez Piñero –citando a Ignacio Villalobos– define a la culpabilidad como “el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.”⁷³ Dicho desprecio se manifiesta de dos formas, la primera es una franca oposición en el dolo, la segunda, indirectamente por

⁷² Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal* ...Op. Cit., Nota 28. pp. 397, 398 y 399.

⁷³ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal*... Op. Cit., Nota 2 pp. 244 y 245.

indolencia y desatención, nacidos del desinterés o subestimación del más ajeno frente a los propios deseos de la culpa.

En primera instancia, se intento fundamentar la culpabilidad en la relación subjetiva que existe entre el hecho y el autor –**Teoría psicológica**–. Dicha concepción fue rechazada en virtud de que la culpabilidad es valorativa, y por ende, no basta en ella lo psicológico puro, ya que su contenido constituye un reproche.⁷⁴

Para subsanar dichos errores, la **Teoría normativa** indica que si bien el punto de partida de la culpabilidad es la relación psicológica, deben precisarse los motivos del mismo para encajar la conducta en el Dolo o en la Culpa, después debe llegarse a la conclusión de si el hecho es reprochable, lo cual se logra acreditando –después de analizar los motivos y personalidad del autor– si podría actuar de otra manera (conforme a Derecho).

Esta otra concepción es insostenible, ya que se basa en argumentos racionalmente indemostrables, porque aunque el hombre proyecta esta capacidad de actuar de modo distinto a como realmente lo hizo, sería imposible demostrar en el caso concreto si uso o no esta capacidad, aunque se repitiera exactamente la misma situación en la que actuó, habrá siempre otros datos, nuevas circunstancias, etc., que la harían distinta.

Por su parte, la teoría final de la acción asigno al dolo, quedando como “apatrida”, su lugar adecuado (como especie de la voluntad final de la acción) en el tipo subjetivo de los delitos dolosos, y estableció –desde la teoría de la culpabilidad– la situación a que ya había llegado el propio desarrollo de la teoría del injusto.⁷⁵ Así –dice Welzel– se impregnan a la teoría del tipo y de lo injusto, cada vez con más intensidad momentos anímicos que primitivamente se atribuían

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 246, 247 y 248.

⁷⁵ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán...* Op. Cit. Nota 41. pp. 168 y 169.

al concepto de culpabilidad. Por el contrario, deben excluirse del concepto de culpabilidad los elementos anímicos subjetivos y conservarse únicamente el criterio de reprochabilidad; ya que en el ámbito de la culpabilidad se trata del poder de estructuración de la voluntad, según contenidos de deber ser obligatorios.

Existe un grupo de autores contemporáneos (principalmente germánicos y españoles) que conciben a la culpabilidad como un fenómeno social y no como un fenómeno individual, evidenciando un **concepto Dialéctico de culpabilidad**. La culpabilidad es una característica que se atribuye a la acción (no una cualidad) para poder imputársela a alguien como su autor y hacerlo responder de ella, siendo la sociedad (a través de su Estado representante) quién define los límites de lo culpable y lo no culpable, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado. Por esta razón, el fundamento de la culpabilidad es social, no psicológico, siendo un concepto que intenta explicar porqué y para qué se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena, y en que medida debe hacerse uso de este medio.⁷⁶

Se evidencia de esta manera una correlación entre la culpabilidad y la prevención general, la defensa de determinados intereses por medio de la pena es evidente. Si en un momento se exenta de responsabilidad criminal, a inimputables por ejemplo, ello no se hace para debilitar la prevención general, sino precisamente por lo contrario, ya que el efecto intimidatorio general y la defensa social se fortalecerán al declarar exentos a unas pocas personas que no puede esperarse que cumplan las expectativas de conducta contenidas en las normas penales, confirmando así la necesidad de su cumplimiento. Esto se avala también por razones de prevención especial, ya que tampoco es necesaria, desde el punto de vista individual, una pena sino una medida de seguridad (curativa o educativa).

⁷⁶ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal... Op. Cit., Nota 28. pp. 401, 402, 403 y ss.

Respecto del fundamento material de la culpabilidad, la dogmática contemporánea indica que no puede encontrarse en la indemostrable posibilidad de actuar de modo distinto, tienen que buscarse en la **función motivadora** de la norma penal. Lo importante consiste en que la norma penal motive al individuo con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres, posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena. En dicha motivación debe de tomarse en cuenta la evolución cultural y los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos para atribuir al individuo el hecho cometido, en otras palabras, el fundamento material se encuentra en las facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad en una vida común pacífica y justamente organizada **–motivabilidad–**.⁷⁷

Así a manera de resumen podemos decir que la culpabilidad esta formada por los siguientes elementos:

- a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad.
- b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido
- c) La exigibilidad de un comportamiento distinto.

1.3.3.- DOLO

A partir de la concepción finalista de la acción, que demostró que una acción subsumible en el tipo no era un simple proceso causal ciego, sino dirigido

⁷⁷ Ibidem. pp. 404, 405 y 406.

"...El concepto de culpabilidad es, pues, también un principio organizativo de atribución de la responsabilidad individual característico de las sociedades modernas, en las que, dentro de las distintas esferas de competencia (política, profesional, ciudadano común, etc.), cada uno es responsable por lo que hace (o no hace). La particularidad que presenta la culpabilidad en Derecho penal es que el legislador describe determinadas situaciones (minoría de edad, enfermedad mental, error de prohibición, no exigibilidad) en las que renuncia a imponer una pena (aunque no otro tipo de sanciones como las medidas de seguridad). Cuando alguien que se encuentra en una de esas situaciones comete un hecho típico y antijurídico."

por la voluntad a un fin, se desprende que ya a nivel de tipicidad debe tenerse en cuenta el contenido de la voluntad y no en la culpabilidad.

Para Bacigalupo, en el delito doloso el autor obra sabiendo lo que hace, de esta coincidencia entre lo que se ejecuta y lo que sabe que se ejecuta surge la forma más grave de ilicitud: la del delito doloso, frente a la menos grave: el delito imprudente (culposo).⁷⁸ Por su parte el autor mexicano Enrique Díaz Aranda, define al dolo "como el obrar con el propósito de violar la norma del tipo penal."⁷⁹

Tradicionalmente las explicaciones referentes al dolo se han concentrado en 2 teorías, la **teoría de la voluntad** y la **teoría de la representación**. La primera, entendía que la esencia del dolo era la voluntad de realización del hecho; su principal problema consistía en determinar en que momento el autor, se habría representado el resultado y que había actuado con esta representación, es decir, obrado voluntariamente o no; exigiendo por ello cuestiones como la ratificación del resultado, el asentimiento, el consentimiento, etc., cuestiones harto difícil de probar. La teoría de la representación considera que la esencia del dolo radica en la no motivación del autor por la representación del tipo, el problema es, determinar el grado de probabilidad con el que el autores ha tenido que representar la realización del tipo para poder afirmar que ha obrado con dolo.⁸⁰

De lo ya expuesto, se puede deducir que el dolo esta conformado por 2 elementos, **el intelectual y el volitivo**.⁸¹ **a) Elemento Intelectual:** el sujeto de la acción debe saber lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como una acción típica; dicho elemento cognitivo debe darse en el momento de la comisión del hecho y requiere de un conocimiento actual, es decir presente. El modo de conocimiento de los elementos del tipo dependerá, en cierto

⁷⁸ Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal parte general*. 2ª Ed. Editorial Hammurabi, Argentina, 1999 p. 315.

⁷⁹ Díaz Aranda, Enrique. *El Dolo*. 2ª Ed., Editorial Porrúa, México 2000. p. 115.

⁸⁰ Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal* ... Op. Cit. Nota 78, p. 316.

⁸¹ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal* ...Op. Cit. Nota28. pp. 304, 305 y 306.

modo, de su naturaleza, los elementos descriptivos serán percibidos por los sentidos del autor, los normativos requerirán de una valoración (por ejemplo el concepto de “documento” no se puede identificar con la percepción sensorial del papel, el autor debe tener consciencia de que se trata de un instrumento jurídico destinado a probar una relación jurídica determinada, pero no debe ser un conocimiento técnico jurídico, sino uno derivado de la vida cotidiana).

b) Elemento Volitivo: Además del conocimiento de los elementos del tipo, es necesario querer realizarlos, lo cual no debe confundirse con los móviles o deseos, por ejemplo, el que comete robo con homicidio (art. 315 bis CPF.) quiere simplemente obtener el dinero, la idea de asesinar al dueño de la cosa le es inclusive hasta molesta, pero no tiene otro camino para apoderarse de ella.⁸²

El querer supone el saber, pero no son lo mismo, ya que si bien el ladrón sabe que la cosa es ajena, él no la quiere, su afán de apoderarse de ella lo hace realizar voluntariamente la acción de apoderamiento, a pesar del conocimiento de ajenidad.

1.3.3.1.- Clases de Dolo

Dolo Directo. En el dolo directo, también llamado de **primer grado**, el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad); el autor quería matar y mata. Algunos Autores –Muñoz Conde, Maurach, García Arán, etc.– incluyen en el dolo directo los casos en el que el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite necesariamente unida al resultado principal que pretende, por ejemplo, la persona que dispara a otra que se encuentra detrás de

⁸² Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz. *Derecho Penal* ... Op. Cit. Nota 10. p. 388.

“En efecto, dado que el autor advierte que las consecuencias o resultados que él concibe como penosos constituyen una *conditio sine qua non* de lo que él realmente persigue con su afán, debe, para bien o para mal, recogerlos en su representación y con ello en su programa volitivo... ..actúa dolosamente quien incluye en su voluntad el íntegro cuadro de representación del hecho, tal como se expone en la parte objetiva del tipo.”

una cristalera, no quiere directamente dañar la cristalera, pero es necesario que se dañe para disparar a la persona que se encuentra detrás, en éste caso estamos en presencia de un **Dolo Directo de Segundo Grado**.⁸³ Cabe destacar que otros autores lo consideran una clasificación aparte del dolo directo, considerándolo un **Dolo de Consecuencias Necesarias**, y en esta línea se encuentra Bacigalupo.⁸⁴

Dolo Eventual. En estos casos el autor, sin desear ni tener por necesario el resultado, está, no obstante, decidido a obtener el objetivo extratípico por él perseguido; por lo cual tiene conscientemente en cuenta determinada probabilidad de concreción del resultado típico o, en todo caso, consciente de su realización . Para Jiménez de Asúa, en el dolo eventual el sujeto se representa "la posibilidad de un resultado que no desea pero cuya producción ratifica en última instancia", lo cual se separa por una delgada línea de la llamada culpa consciente en donde hay una posibilidad de representación del resultado.

1.3.3.2.- Error de Tipo

Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de los elementos del tipo repercute en la tipicidad porque excluye el dolo.

El error de tipo debe referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa, explosivo) o normativa (ajena, documento). Si el error es invencible (inevitable) excluye el dolo y por lo tanto la reprochabilidad, en caso de ser vencible subsistirá una posible responsabilidad a título de culpa cuando esté especialmente presente esta forma de realización del tipo. Por ejemplo, el que dispara contra una persona confundiéndola con un animal, no responde por homicidio doloso, pero si por homicidio culposo.

El error de tipo lo encontramos en nuestra legislación en el artículo 15 F. VIII del CPF. Que dice literalmente: *"El delito se excluye cuando:*

⁸³ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal* ... Op. Cit. Nota28. p. 307.

⁸⁴ Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal* ... Op. Cit. Nota 78, p. 323.

VIII. *Se realice la acción bajo un error vencible:*

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

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 66 de éste código.”

1.3.4.- LA CULPA

De acuerdo con el CPF en su artículo 9 y el 18 CPDF obra culposamente el que produce el resultado típico que no previo siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación al deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

La culpa, como ya vimos, fue considerada como una forma de culpabilidad, entendida como una relación psíquica del autor con su hecho dañoso, pero desde esta perspectiva sólo era posible sancionar la culpa consciente (que tiene representación del resultado) pues en la inconsciente no era posible demostrar la relación psicológica entre el sujeto y el resultado que éste no se había representado en virtud del axioma de que “toda culpabilidad es voluntad”. Es así que la punibilidad de la culpa inconsciente (o sin representación del resultado) fue resuelta mediante el abandono de la premisa de culpabilidad como voluntad, consolidándose la teoría de la prevención especial, la cual sostiene que el contenido material de la imprudencia como especie de la culpabilidad debía consistir en “que el autor, como consecuencia de su indiferencia frente a las exigencias de la vida común social no ha reconocido el sentido antisocial cognoscible de su hecho.”⁶⁵

⁶⁵ Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal*... Op. Cit. Nota 78, pp. 339 y 341.

Fue a partir de 1930 cuando English, destaca que entre la conexión causal de la acción imprudente con el resultado y la culpabilidad había un tercer elemento de suma importancia, que era el deber objetivo de cuidado.⁸⁶ De esta manera se destacan dos elementos en la culpa, claramente diferenciados, la infracción al deber de cuidado y la relación anímica general del autor con el resultado (previsibilidad).

Es a partir del finalismo que la culpa deja de pertenecer a la culpabilidad desplazándose a la tipicidad, convirtiéndose en una forma de realización del tipo, caracterizándose por ser un tipo abierto o necesario de un complementación (valoración) judicial o del interprete. Ello significa que el juez debe destacar, en primer lugar el deber objetivo de cuidado (según las circunstancias del caso) para después verificar si ha habido una infracción al mismo y, finalmente, si de ello se deriva el resultado.^{87 88}

Deber Objetivo de Cuidado. El concepto de cuidado es un concepto objetivo por cuanto lo que interesa es el cuidado requerido en la vida de relación

⁸⁶ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal ...* Op. Cit. Nota 28, p. 320.

"Así, si los vehículos de A y B chocan en una curva, quedando A y B gravemente lesionados, es evidente que A y B han causado por igual dicho resultado. Pero para saber quien conducía imprudentemente y, por tanto, quien debe responder por el resultado producido no basta con establecer esta simple conexión causal, sino que es preciso, además, saber quien actuaba diligentemente y quién no. Y si por ejemplo, sabemos que A al tomar la curva se cerró sobre la izquierda invadiendo el carril contrario por donde venía B conduciendo correctamente, ya sabemos también quién es el que ha realizado el tipo de injusto de un delito imprudente."

⁸⁷ Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal ...* Op. Cit. Nota 78, p. 342.

⁸⁸ Lo anterior queda recogido en el artículo 60 del CPF párrafo 4º:

"La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

- I. La mayor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;*
- II. El deber de cuidado del inculpaado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñen le impongan;*
- III. Si el inculpaado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;*
- IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidados necesarios;*
- V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos; y*
- VI. Se deroga.*

social (cualquier persona) respecto a la realización de una conducta determinada; además se requiere de un juicio normativo que surge de la comparación entre la conducta que habría de seguir un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la observada realmente por el autor. Dos son los elementos que componen éste juicio normativo: uno intelectual, en el que se considera todas las consecuencias de la acción que conforme a un juicio razonable era de previsible producción, y otro valorativo, según el cual sólo es contrario al cuidado aquella acción que queda por debajo de la medida adecuada socialmente.⁸⁹

Deber Subjetivo de Cuidado. También en la culpa hay un elemento subjetivo, que atiende a la capacidad individual, a nivel de conocimiento, previsibilidad y experiencia, de esta manera puede agravarse la culpa de un profesionalista en el sentido de su mayor capacitación frente al que no lo es (un médico que presta primeros auxilios). Pero también el rol que desempeña el sujeto puede ser determinante para la exigencia de un mayor deber de diligencia; en dado caso se habla de una doble evaluación, la primera, una general u objetiva de lo que se considera imprudente e individualizador, y después con arreglo a las circunstancias del caso concreto y a los conocimientos y capacidades especiales del sujeto interviniente.⁹⁰ Pero la inobservancia de esas reglas o principios es sólo un indicio, ya que dicha inobservancia puede ser imprudente o no, como la invasión de un carril, al ir manejando, para librar un obstáculo es un acto prudente, pero el continuar invadiéndolo puede ser imprudente.

El delito culposo ha recibido un impacto de la teoría de la imputación objetiva, ya que el concepto general de infracción al deber de cuidado ha sido disperso en un serie de criterios de imputación, "por esta razón afirma Jakobs que en el delito imprudente no es correcto hablar de un deber de cuidado distinto del emergente de la norma que prohíbe la conducta y que no toda previsibilidad del resultado es jurídico-penalmente relevante como imprudencia. Dice Jakobs, sólo

⁸⁹ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal* ... Op. Cit. Nota 28. pp. 323 y 324.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 326

es relevante la previsibilidad de un riesgo permitido y que además es objetivamente imputable... ..el moderno concepto de culpa o imprudencia se ha simplificado al máximo. La imprudencia se caracteriza como una forma de evitabilidad, en la que el autor carece de conocimiento actual de lo que debe evitar, es decir, que se debe apreciar imprudencia cuando un resultado típico es objetivamente imputable y el autor ha tenido un error sobre el riesgo de su producción, a pesar de la posibilidad de conocer el riesgo”.⁹¹

1.3.4.1.- Elementos

De todo lo anterior se deduce que los elementos de la culpa será:

- I. La causalidad entre la acción ejecutada y el resultado típico producido.
- II. La comprobación de la creación por el autor de un peligro jurídicamente desaprobado (superior al peligro permitido).
- III. La realización de este peligro en el resultado causado.
- IV. El error (evitable) del autor respecto del peligro concreto generado por su acción para el objeto de protección sobre el que se produjo el resultado.

⁹¹ Bacigalupo, Enrique. Derecho penal ... Op. Cit. Nota 78, pp. 343 y 344.

CAPITULO SEGUNDO: EL DOMINIO DEL HECHO

2.1.-. TEORÍAS PREVIAS AL DOMINIO DEL HECHO

Lo más común del Derecho Penal, es que los Códigos Penales contengan figuras típicas que se refieren a la realización del hecho punible por una única persona, pero no hay que olvidar que en la Parte General aparecen prescripciones que complementan cada tipo de la Parte Especial, extendiendo la pena en caso de que el hecho sea realizado por más de una persona. Es aquí donde surgen los problemas de diferenciación.

Bacigalupo considera que todas las cuestiones que se estudian referentes a la intervención de más de una persona en uno o más hechos punibles, pueden considerarse que forman parte del concepto amplio de participación, pues tanto participan o toman parte en el hecho los que son autores como lo que ayudan a éstos.⁹²

La teoría de la autoría y participación, indica Bacigalupo, tiene como finalidad el diferenciar a nivel de tipicidad las diversas formas de participación de más de una persona en el hecho punible, dichas formas pueden determinar, también, diversas consecuencias jurídicas, dado que la punibilidad es más fuerte en unas que en otras. La distinción requiere, en un principio, la confirmación en el Derecho positivo, ya que si éste unifica las formas de participación, la delimitación

⁹² Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal* ... Op. Cit. Nota 78, pp. 485 y 486.

de participes principales o simples participes (inductores y cómplices) no tendría razón de ser.

Pero a pesar de tener la intención el legislador, de diferenciar entre autores y participes, no ofrece conceptos claros de los mismos, dejando a la doctrina y a la jurisprudencia la tarea de salvar dicho obstáculo; el mejor ejemplo de ésta situación es el artículo 13 del CPF que a la letra dice:

Artículo. 13.- *Son autores o participes del delito:*

- I. Los que acuerden o preparen su realización;*
- II. Los que lo realicen por sí;*
- III. Los que lo realicen conjuntamente;*
- IV. Los que lo lleven acabo sirviéndose de otro;*
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;*
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;*
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento a una promesa anterior al delito, y;*
- VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.*

Los autores o participes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicara la punibilidad dispuesta por el artículo 64 Bis de este Código.

Artículo. 64.- *En los casos previstos en las fracciones VI, VII y VIII, del artículo 13, se impondrán como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva.*

La remisión al artículo 64 Bis, que dispone una punibilidad menor para las fracciones VI, VII y VIII, es un ejemplo muy gráfico de las consecuencias jurídicas que puede acarrear la distinción entre autores y partícipes del delito.

Por su parte el CPE en el Título II del Libro Primero, describe quienes son las personas criminalmente responsables de los delitos y de las faltas:

Artículo 27. *Son responsables de los delitos y faltas los autores y los cómplices.*

Artículo 28. *Son autores los que realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro como instrumento.*

También serán considerados como autores:

a) Los que inducen directamente a otro a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría ejecutado.

Artículo 29. *Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.*

Pero quien mejor expresa la distinción es el StGB, que evidencia una mejor técnica legislativa respecto la autoría y participación como veremos a continuación:

Título III

Autoría y Participación

§ 25. Autoría

(1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por sí mismo o a través de otro.

(2) Si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor (coautoría).

§ 26. Instigación (inducción a delinquir)

Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico.

§ 27 Complicidad

(1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión de un hecho doloso antijurídico.

(2) La pena como cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1.

Como podemos ver, el concepto de autor no es tan simple como el del que realiza el hecho, en virtud de que el ser humano es un ser social, y por tanto, cuando actúa en los más de los casos lo hace en colaboración con otros; tampoco se limita a la autoría individual de propia mano, sino que alcanza los casos de cuando una persona se vale de otra para cometer un delito (autoría mediata); cuando varias personas se ponen de acuerdo para cometer un delito y colaboran en su realización (coautoría) y cuando se induce a otra dolosamente a cometer un delito (inductor).⁹³

2.1.1.- CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR.

El concepto unitario de autor tiene como principal característica el rechazar la distinción entre autor y partícipe, así como la introducción de todas las formas de intervención en el delito bajo una única figura de autoría con la denominación

⁹³ Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría del Delito*... Op. Cit. Nota 58, pp. 209.

general de participación, intervención u acepciones similares. Producto de la época del pensamiento naturalista, este sistema tiene el gran inconveniente de concebir autoría y causación de manera idéntica, por lo que se fundamenta en la relación causal de la teoría de la equivalencia de condiciones.⁹⁴

Para Jakobs, el concepto de autor unitario no sólo se opone a la intención del legislador de diferenciar las formas de participación, 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 aportaciones a la ejecución y determinar el injusto (contenido material de la conducta) de la participación a partir de la ejecución del hecho, se concretiza a las causalidades de que por sí solas no constituyen el comportamiento punible; la teoría del autor unitario –concluye Jakobs– no conoce la intervención común, solamente la aislada.⁹⁵

La configuración actual de los preceptos del CPF (artículo 13) que regulan la responsabilidad de las personas en los delitos, resalta a primera vista su contenido casuístico, denotando un sistema no diferenciador, teniendo como consecuencia que todo interviniente causalmente en el hecho es condición o causa del resultado del mismo en igual medida; por lo anterior, no cabe hacer distinciones entre los partícipes.

Es por eso que decimos que en el CPF el legislador no establece una clasificación clara con relación a cuales de las formas de intervenir en el delito descritas corresponde a la calidad de autor y cuáles a las de partícipe, debido a la carencia o falta de un sistema diferenciador.⁹⁶

⁹⁴ Gómez González, Orlando T. *Participación Criminal, análisis doctrinal*. Ángel Editor, México, 2001. pp. 54 y 55.

⁹⁵ Jakobs, Günther. *Derecho Penal...* Op. Cit. Nota 50, p. 720.

⁹⁶ Gómez González, Orlando T. *Participación Criminal...* Op. Cit. Nota 94, pp. 58, 59 y ss.

Para el jurista mexicano Raúl Plascencia,⁹⁷ las objeciones al concepto unitario de autor se basan en lo siguiente:

- a) provoca la pérdida del injusto específico de la acción de cada tipo al convertirse a la totalidad de las contribuciones del hecho, en la causación de lesiones del bien jurídico,
- b) Permite considerar como autores a otros intervinientes en el delito por el simple hecho de la causalidad de su cooperación,
- c) Impide la aplicación de penas atenuadas a cómplices e inductores, conduciendo a la indeseable ampliación de la punibilidad, y
- d) Se abandona el principio de accesoriedad con lo que se suprime la frontera del tipo.⁹⁸

2.1.2.- CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR.

El concepto extensivo de autor aborda el tema de la autoría a partir de un resultado, entendido en sentido amplio, como la realización de la lesión típica del bien jurídico; correspondiéndose con la teoría causal donde la acción es causación del resultado, será autor aquel que cause el resultado típico. Así Maurach-Gössel-Zipf, indican que lo anterior no sólo se aplica a quien realiza por si mismo los elementos típicos o a aquel que utiliza a otro como instrumento, sino que también a quien influye a otro para la realización del hecho, o bien concede su apoyo a un autor similar, pues en este último caso también se da la causalidad, dado que de otro modo el hecho concreto no se habría dado de esta forma.⁹⁹

⁹⁷ Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría del Delito...* Op. Cit. Nota 58, pp. 209.

⁹⁸ Como veremos más adelante con las teorías subjetivas, la participación se contrapone a la autoría, el partícipe lo es del hecho ajeno y se encuentra en un plano secundario, respecto del autor, realiza una conducta típica dependiente del tipo principal y es lo que se le conoce como accesoriedad de la participación criminal.

⁹⁹ Maurach, Reinhart, Gössel, Karl Heinz y Zipf, Heinz. *Derecho penal, parte general*. T. 2 Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, Trad. Bofia Genzsch y Almone Gibson, 7ª Ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1994. pp. 296 y 297.

Si bien el concepto extensivo conduce a una unidad del autor (incluyendo inducción y complicidad) el Derecho positivo extrae estas formas especiales de autoría sometiéndolas a un régimen especial (es por esta razón que no es un concepto unitario) considerando la inducción como causal de equiparación de la pena y a la coautoría causal de restricción de la pena.¹⁰⁰ El núcleo de este concepto extensivo de autor es la consideración, en principio, de todos los intervinientes como autores, lo que presupondría necesariamente una concepción de los tipos delictivos, que se agota en lo que constituye el denominador común de la conducta de todos aquellos: la causalidad.¹⁰¹ Esto deriva en la pérdida de sentido del principio nulla poena sine lege, ya que al inicio toda causación de resultado prohibido rige básicamente como autoría punible y sólo posteriormente se emprenden ciertas delimitaciones.

En nuestra opinión, debe rechazarse el concepto extensivo de autor –al igual y por las mismas razones que el unitario– por no poder diferenciar de manera clara entre autoría y participación, y por consiguiente, negar la trascendencia del principio de accesoriedad.

2.1.2.1.- Teorías Subjetivas.

La distinción entre autoría, la inducción y la complicidad, exigida a partir del concepto extensivo de autor que valora todos los aportes fácticos como equivalentes, sólo puede realizarse en un ámbito subjetivo; es por ello que Maurach-Gössel-Zipf, afirman que el concepto extensivo de autor conduce a la teoría subjetiva de la autoría en cualquiera de sus versiones, la extrema o la restringida.¹⁰²

La teoría subjetiva extrema fue fundada por Köstlin y acercada a la praxis por von Buri y parte de la base del concepto extensivo de autor (acción igual a

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Gómez Gonzáles, Orlando T. *Participación Criminal...* Op. Cit. Nota 94, p. 69.

¹⁰² Maurach, Gössel y Zipf. *Derecho penal...* Op. Cit. Nota 99, p. 301.

causación) debido a lo cual el cómplice causaría objetivamente lo que hace el autor individual o el coautor; la diferenciación exigida por la ley deberá trasladarse al ámbito de lo subjetivo. Es coautor el que “quiere como propio” el hecho común, en otras palabras, quien actúa con *animus auctoris*, y al contrario coautor quien actúa con *animus socii*, por lo tanto el aporte objetivo (la realización de los hechos típicos), es irrelevante tanto para exculpar como para inculpar al sujeto que actúa. También el que realiza el tipo en su persona puede ser cómplice en la medida en que no quiere como propio el hecho, y a la inversa, el prestador de servicios subordinados, el preparador o el colaborador que se limita a dar consejos es imputado como coautor, aunque sólo haya querido como propio el resultado; en este sentido, lo importante es aquello que el autor “realmente” quiso, el conocimiento objetivo de lo que “realmente” haya querido, si la concepción de un hecho como propio o como ajeno.¹⁰³

Una variante de esta doctrina recurre al criterio del interés (**teoría del interés**), “querer el hecho como propio” consistió en la idea de juzgar el “interés” personal del autor en el resultado como indicio de su voluntad de autor: “si dicho resultado le interesa personalmente, entonces cabe presumir la existencia de la voluntad del hecho como propio y, con ella, la autoría o coautoría; la falta de una expectativa personal similar, ante la duda deberá aceptarse una falta de voluntad del hecho como propio y, por ello, sólo participación.”¹⁰⁴

La teoría subjetiva extrema debe ser rechazada por la imposibilidad de representar sustancialmente el “querer el hecho como propio”, pero aún más importante es la objeción desde el punto de vista del Estado de Derecho: fundamento de toda responsabilidad son los tipos penales y sus conminaciones alcanzan absolutamente, y sin presupuestos adicionales, al autor; en tanto a partícipes, sólo son incluidos en un extensión limitada en el círculo de responsabilidad con ayuda de causales especiales de extensión de la pena. La

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 302 y 303.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 304.

doble función de los tipos es el castigar a quienes estén dentro de su cause, y viceversa, no molestar a quienes no lo estén. En ningún caso el ánimo del autor puede transponer este límite objetivamente trazado entre autoría y no autoría.¹⁰⁵

Para la **teoría subjetiva restringida** la dirección de la voluntad no puede ser un hecho meramente interno; lo que cada interviniente quiere debe ser investigado valorativamente mediante una consideración general de criterios subjetivos y objetivos. Como indicios objetivos de la voluntad del autor, pueden destacarse, tanto durante como con posterioridad al hecho los siguientes: la influencia sobre la planificación de la realización típica, el dominio del curso al acontecer —en especial la comisión de propia mano— y la posesión del dominio del hecho; también las características del aporte típico son de gran importancia. “Una actividad notoriamente subordinada constituye un indicio de complicidad.”¹⁰⁶

En general las teorías subjetivas fueron rechazadas en la medida en que la reducción de la realidad social a categorías naturalísticas fue puesta en duda, y fueron introducidos los elementos valorativos al concepto de ilícito, la equivalencia valorativa ya no pudo ser deducida más de la equivalencia causal.¹⁰⁷

2.1.3.- CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

Esta doctrina, más bien antigua del concepto restrictivo de autor, supone como autor sólo a quien comete por si mismo la acción típica —atendiendo a la realización de los tipos particulares, cuyo tenor literal es interpretado en un sentido lo más cercano posible a la utilización cotidiana del lenguaje, considerando como autor a aquel que realiza los elementos típicos legales—; mientras que la sola contribución a la causación del resultado mediante acciones no típicas no pueden fundamentar teoría alguna, esto en virtud de que la simple aportación causal no

¹⁰⁵ Ibidem. p. 306.

¹⁰⁶ Ibidem. Pp. 308 y 309.

¹⁰⁷ Bacigalupo, Enrique. Derecho penal... Op. Cit. Nota 78, p. 493.

convierte al sujeto en autor, ya sea porque causación y realización del tipo no son conceptos equivalentes, o bien porque se requiere de una posición protagonista sobre el hecho. Sólo será autor quien realice por sí mismo la acción típica, mientras que la simple contribución a la causación del resultado mediante acciones distintas a las típicas no pueden fundar ninguna autoría.¹⁰⁸

En éste sentido, la autoría se fundamenta en la descripción típica, estableciendo una relación directa con lo que el legislador quiere dar a entender por autoría y diferenciando perfectamente la participación mediante la existencia de presupuestos que castiguen expresamente otras formas de intervención, incorporándose así en el área de lo punible, es decir, son causas de extensión de la punibilidad.¹⁰⁹

2.1.3.1.- Teoría Objetivo Formal

Esta concepción considera como autor a aquel que ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las acciones descritas en los tipos de la Parte Especial; todos los demás son inductores o cómplices.¹¹⁰

La teoría formal objetiva distingue el autor del partícipe según el aspecto exterior de los respectivos comportamientos, en otras palabras, si la acción se

¹⁰⁸ Gómez Gonzáles, Orlando T. *Participación Criminal...* Op. Cit. Nota 94, pp.87.

¹⁰⁹ *Ibidem.* p. 88.

"El concepto restrictivo de autor consigue un mejor perfilamiento de lo que es típico o lo que no lo es y por ello se adecua a las exigencias del Derecho Penal en un Estado de Derecho ofreciendo, en principio, unas mejores garantías de seguridad jurídica y permite que sus deficiencias se suplan con la previsión del legislador, <<sumando>>a lo punible los supuestos que merecen y necesitan ser conminados con la amenaza penal: un olvido del legislador en este sentido, supondría una laguna de punición, mientras que el olvido del legislador en la restricción de las consecuencias negativas del concepto unitario supondría que se produce una punición excesiva; dado los principios que informan al Derecho Penal, es más tolerable que existan lagunas de punición a que existan supuestos de punición excesiva."

¹¹⁰ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. de la sexta edición alemana Cuello Contreras, Joaquín y Serrano Gonzáles de Murillo, José Luis, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998. p.52.

"Recibió su nombre de BIRKMEYER, pero de hecho es bastante más antigua. Ya en el siglo XIX contaba con numerosos defensores; fue ganando terreno hasta convertirse en la doctrina dominante entre 1915 y 1933."

puede subsumir (lógico formalmente) bajo el tipo penal. Lo anterior se traduce en la necesidad de comprobar si la acción realizada puede ser considerada la mencionada en el texto legal haciendo un “uso sencillo” del lenguaje de la vida. Bacigalupo opina que esta noción de autor estaba fuertemente condicionada por el contexto sistemático en el que se desarrollo (causalismo) ya que en el nivel de la tipicidad no era posible introducir elementos subjetivos, pues pertenecían exclusivamente a la culpabilidad, por lo que la base era la distinción entre “causa” y “condición” o entre “ejecución” y “cooperación o apoyo”.¹¹¹

Si bien la noción ha estado ligada al concepto restrictivo de autor por oposición al concepto extensivo, la idea –de un sector de la doctrina– de su fundamento es que reside en “tomar parte directa de la ejecución del hecho”, lo que da lugar a un concepto extensivo de autor, dada la imposibilidad de diferenciar a los autores de los cómplices o cooperadores ya que también forman parte de la ejecución; y del “tomar parte” no es posible deducir todavía quien es autor y quien es cómplice o cooperador.¹¹²

Roxin –indica– que a pesar del nombre de la doctrina, no tiene nada de objetiva, ya que precisamente tiene en cuenta del modo más amplio el elemento subjetivo final. El delincuente sexual del § 176 y el incendiario del § 306 del StGB aparecen como personas que actúan finalmente, dirigiendo el curso del hecho de propia mano. También señala que los defensores de la teoría objetivo formal al pretender distinguir entre autor y cómplice (en una época en donde el dolo no era parte del tipo), sólo han considerado autor en el delito doloso, a aquel que realiza la acción típica de modo final. Esta teoría puede tener en cuenta incluso las intenciones, actitudes y tendencias especiales del autor, en la medida en que el legislador ha declarado relevantes al incorporarlas a las descripciones del delito; en tanto capta acciones vivas y no pálidas abstracciones, se revela como precursora de la teoría del dominio del hecho.¹¹³

¹¹¹ Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal* ... Op. Cit. Nota 78, p.491.

¹¹² Idem.

¹¹³ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*... Op. Cit. Nota 110, pp. 53.

Así el defecto más claro de ésta doctrina consiste en su incapacidad para explicar el fenómeno de la autoría mediata (ya que la persona de atrás no realiza actos típicos), el cual muchos de sus partidarios han intentado arreglárselas sin esta figura jurídica y resolver de *lege ferenda* la laguna de casos merecedores de punición limitando la accesoriedad.¹¹⁴

También presenta problemas respecto de los tipos penales que sólo contemplan el resultado, pero no los actos o medios para conseguirlo, ya que sin éstos últimos, no se podría distinguir entre mera causación y coautoría lo que conduciría al mismo problema de amplitud del concepto extensivo de autor. En sentido contrario, es excesivamente limitada en los tipos de medios comisivos legalmente determinados, resultando que determinadas actuaciones coincidan exactamente con la descripción legal queden fuera del ámbito de la autoría, lo cual intentan justificar sus defensores, con el argumento de la mayor reprochabilidad del que ejecuta el acto.¹¹⁵

2.1.3.2.- Teorías Objetivo Materiales

Bajo ésta denominación se reúnen tanto las teorías basadas en las diferencias causales, así como aquellas otras orientadas en lo material.

La teoría de la necesidad comienza con una idea muy antigua, nunca olvidada del todo y que sigue apareciendo una y otra vez hasta la actualidad; indica que el 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. En este sentido, cuando alguien aporta una condición sin la que el delito no

¹¹⁴ Ibidem. p. 54.

"Pero esta vía no sólo está cerrada para el principal supuesto de aplicación, el actuar mediante un instrumento no doloso, por el hecho de que la jurisprudencia hoy exija para la participación un hecho principal doloso; por esa vía se convertiría fraudulentamente una manifestación de genuina autoría en forma de participación; que el tan mentado médico que, a través de una enfermera no sabedora, haga administrar una inyección letal, es genuino autor, lo mantiene hoy unánime en la doctrina, no necesitando aquí más fundamentación."

¹¹⁵ Gómez González, Orlando T. *Participación Criminal...* Op. Cit. Nota 94, pp. 90 y 91.

se habría producido, en el reside –considerándolo *ex ante*– la decisión de sobre si el hecho va a tener lugar o no, tiene en sus manos si se realiza el hecho o no. Cabe destacar que dicha teoría, se limita a la distinción únicamente entre autoría y complicidad, no sirviendo par la distinción entre autoría y sus formas.¹¹⁶

Por su parte la **teoría de la simultaneidad** realiza la distinción entre *concursum antecedens*, *concomitans* y *subsequens*, es decir, entre participación previa, simultanea y posterior. Si bien en la actualidad la participación posterior, ya no es reconocida como tal participación, lo importante de esta doctrina es que se consideraba a la cooperación durante el hecho como una forma de participación especial, comparable con la actual coautoría, mientras que la cooperación previa a la ejecución coincidía aproximadamente con el concepto moderno de complicidad.¹¹⁷

Lo anterior no significa que el que actúa con anterioridad a la ejecución del hecho tenga que ser menos merecedor de pena o menos peligrosos, sino que el valor de la teoría reside más bien en que puede asumir los principios fructíferos de la teoría objetivo formal y de la necesidad sin incurrir en su unilateralidad.¹¹⁸

A partir de la teoría de la acción final del acto, desarrollada a partir de la teoría final de la acción, la distinción entre autor y partícipe se busca en el **dominio final del acto** según el cual es autor quien domina finalmente la realización del delito, es decir quien decide de manera general el sí y el como de su realización. Para Muñoz Conde y García Arán, este es el concepto más apto para la delimitación, ya que a pesar de la dificultad de precisar, en cada caso, quien domina realmente el acontecimiento delictivo, está claro que sólo quien,

¹¹⁶ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, pp.59 y 60.

¹¹⁷ Ibidem, p. 60.

¹¹⁸ Ibidem, p. 61.

“La ejecución es totalmente independiente de la voluntad del partícipe; a pesar de su actividad anterior al hecho (apreciar la ocasión favorable, conseguir los instrumentos, preparar el veneno, suministrar el combustible, atraer a la víctima a un lugar solitario), al final depende únicamente de la voluntad del autor que el delito se cometa, que la lesión del bien jurídico se produzca o no. Aquí se entiende correctamente que por lo general sólo el partícipe directo en la ejecución “tiene en sus manos” el suceso”.

tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no debe ser considerado autor, comprendiendo así de mejor manera, la autoría mediata y la coautoría.¹¹⁹

En general, las teorías objetivas materiales destacan el aporte material del sujeto, por encima de la descripción típica, es decir, la importancia objetiva de la contribución; quien aporte la contribución objetivamente más importante será autor. Pero tienen dos defectos:¹²⁰

- 1) Obvia la importancia de lo subjetivo para caracterizar al hecho, por ejemplo: para determinar si concurre autoría mediata es decisivo tener en cuenta si el ejecutor material (instrumento) conoce o desconoce la situación y;
- 2) Para la determinación de autoría y participación no sirve de nada remitirse al criterio "mayor importancia objetiva"; la distinción precisa entre causa y condición , o causas más o menos importantes no se obtiene en el mero terreno objetivo de la causalidad.

¹¹⁹ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal... Op. Cit. Nota 28, pp. 497.

¹²⁰ Gómez Gonzáles, Orlando T. Participación Criminal... Op. Cit. Nota 94, pp. 91 y 92.

2.2. ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA

2.2.1.- EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE "DOMINIO DEL HECHO"

Sería Hegler el primero en emplear la expresión "dominio del hecho" o dominio sobre el hecho (en 1915 en su obra *Los Elementos del Delito*) como concepto básico de la sistemática del Derecho Penal; es dable aclarar que no con el contenido que hoy tiene, ya que consideraba el dominio del hecho como elemento de la figura del autor o, más exactamente, del sujeto del delito, pero entendido en referencia a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal.

Será autor quien como autor imputable y no coaccionado ha sido "señor del hecho" en su concreta manifestación, y en el caso del autor imprudente, sería la falta de la voluntad de evitar el hecho tal como es, aun cuando era de esperar tal repercusión.¹²¹

También fructificó el concepto de dominio del hecho en Hermann Bruns, partiendo de la idea básica de que la autoría (independientemente sea el hecho doloso o imprudente) presupone cuando menos la posibilidad del dominio del hecho, el cual sólo concurre cuando la acción es adecuada en general para

¹²¹ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, p. 81.

"En primer lugar en su concepto de "requisitos de la culpabilidad" se describen elementos del dominio del hecho esenciales según una concepción aún hoy muy difundida. Por ejemplo Welzel atribuye el "pleno dominio del hecho" sólo a aquel que no sufre error ni está sometido a coacción.

Pero ante todo la formación de conceptos de Hegler se ajusta también a la moderna teoría del dominio del hecho perfectamente para fundamentar la autoría mediata, pues ésta se da precisamente en los casos en que el instrumento (dado que actúa inimputablemente, bajo error o coaccionado) le falta en definitiva el "dominio del hecho", en la terminología de Hegler, mientras que el sujeto de detrás cumple estos requisitos y aparece por tanto como "señor del hecho". ...la esencia de la autoría mediata reside en la supremacía del sujeto de detrás, señalando en este contexto que si el ejecutor obra inculpablemente o de modo sólo imprudente, el que ocasiona es autor porque o es "pleno señor del hecho o -dada la imprudencia- tiene el "dominio del hecho más intenso."

ocasionar resultados del género producido, introduciendo así la teoría de la adecuación en el Derecho Penal.¹²²

Tiempo después Eb Schmidt, en una monografía sobre la autoría de delitos castrenses, realiza un intento de continuar perfilando el concepto extensivo de autor mediante la idea del dominio del hecho, propone conectar el punto de partida extensivo de la teoría subjetiva y con el principio del deber, de especial importancia en éste ámbito.

De ésta manera que solamente estaremos en presencia de autor, cuando la disposición intencional del sujeto actuante le hace aparecer como señor del hecho; asegurando que la disposición intencional que entraña el dominio del hecho presupone la posición de deber específicamente militar.¹²³

No fue sino hasta 1939 con Welzel, que aparece y enlaza por primera ocasión la idea del dominio del hecho en la doctrina de la acción, de la cual deriva en una "autoría final" basada en el criterio del dominio del hecho y es a partir de aquí que su destino ya no forma parte de la historia, sino del estado evolutivo actual.¹²⁴

Resulta de gran curiosidad el mencionar que de todos los autores mencionados, ninguno hace referencia a los demás, sino que todos ellos hallan llegado independientemente a formar éste concepto. Los puntos de partida dogmáticos que han conducido a la evolución del concepto de dominio del hecho son absolutamente diferentes, pero llegan a tener consecuencias semejantes para la problemática de la participación, lo que pone de manifiesto que no es el descubrimiento de un solo autor, sino que se encontraba "flotando en el aire" a la espera sólo de la elaboración y desarrollo amplios.¹²⁵

¹²² *Ibidem*, p. 81

¹²³ *Ibidem*, p. 82.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 83.

¹²⁵ *Idem*.

En este mismo sentido Roxin explica lo siguiente: “las consideraciones precedentes han puesto de manifiesto lo difícil que resulta proporcionar una auténtica historia dogmática de la teoría del dominio del hecho. El inicio de su avance hasta convertirse en la concepción hoy casi dominante se remonta a Welzel; pero las características del concepto proceden de Hegler, y su contenido material puede rastrearse hasta los comienzos en las teorías de la participación. Ya se ha aludido en repetidas ocasiones *supra* a que (y hasta que punto) todas las teorías tratadas en la panorámica histórica –desde la concepción objetivo formal, pasando por los distintos criterios objetivos materiales hasta la teoría subjetiva– albergan determinados elementos (distintos en cada caso) de la idea de dominio del hecho, si bien sólo de forma velada. Todas ellas integraron 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. Lo cual se pondrá aún más de manifiesto al tratar los representantes actuales de esta teoría y en la crítica que se expondrá de la teoría del hecho, pero me da la impresión de que las consideraciones metodológicas e históricas precedentes harán aparecer claro tal juicio”¹²⁶.

Por otra parte la concepción de Lobe no se presenta como precursora sino como primera formulación cabal de la idea del dominio del hecho, partiendo de una crítica del *animus auctoris*, enlazando a ésta la siguiente reflexión: “Lo esencial para la autoría no es... sólo la existencia de una *voluntad con el contenido* de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de manera que el hecho se *ejecute bajo su dominio*; que la voluntad también domine y dirija la ejecución tendente a su realización... Quién 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 de la autoría. En la *participación falta el dominio* de la acción ejecutiva,

¹²⁶ *Ibidem*. p. 84.

encaminada a realizar el resultado, siendo esta acción más bien desencadenada y dominada por la voluntad de otro...¹²⁷

No obstante se considera a Welzel, y no a Lobe, como fundador de la teoría, ya que Welzel fue el primero en otorgar efectividad a esta teoría, haciendo así que se impusiera, mientras que Lobe no ejerció ninguna influencia en su época.

2.2.3.- PRINCIPALES REPRESENTANTES

2.2.3.1.- Welzel

En una primera concepción, Welzel indica la necesidad de distinguir nítidamente la autoría dolosa de la imprudente, ya que no existe un concepto común de autor, y dado que todas las causas son equivalentes, no es posible distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes (el autor imprudente –dice Welzel– es simplemente "concausa del resultado producido"), para lo cual se necesitará determinadamente del concepto extensivo de autor, el principio de autoría unitaria.¹²⁸

Por el contrario, en los delitos dolosos rige el concepto final de autor, siendo autor sólo el que tiene el dominio del hecho. La concepción es de manera muy general, indicando únicamente que el señor del hecho, y por tanto, autor, es el que esta consciente del fin, configurando su existencia y forma de ser a diferencia de partícipes y cómplices que tiene sólo dominio sobre su participación.¹²⁹

Para Welzel lo fundamental de la coautoría es la ejecución distribuida entre varias personas, de actos parciales, interrelacionados finalmente, de una

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Ibidem, p. 85

¹²⁹ Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán...* Op. Cit. Nota 41, p. 120.

resolución de actuar que se encuentra sustentada conjuntamente por absolutamente todos, correspondiendo el dominio del hecho a todos conjuntamente. La distribución de las aportaciones al hecho entre los distintos sujetos decididos a cometerlo es una mera cuestión de funcionalidad; el hecho, globalmente, es el hecho de todos juntos.¹³⁰

Pero el dominio del hecho no es el criterio único de la autoría, sino que también depende su contenido de un "sentido social" a partir de otros "elementos personales del autor" como requisitos objetivos del autor (funcionario comerciante, soldado, etc.) y los subjetivos de la autoría como el ánimo de lucro. De esta manera sólo si se dan estos requisitos se tendrá el dominio del hecho más amplio en el sentido social y no solamente final. Allí donde el tipo requiere los requisitos objetivos subjetivos, y sólo cuando reúne esos tres requisitos existiría autoría, si falta alguno quedará descartado como autor.¹³¹

Después Welzel abandona el concepto de "dominio social" pero continua enumerando como los tres requisitos de la autoría al dominio final del hecho, así como los requisitos subjetivos como los objetivos.

Pero respecto de la coautoría, desplaza al centro de la acción ejecutiva al carácter común de la resolución del hecho, afirmando que también el que solamente prepara o auxilia en términos objetivos es coautor, ya que cabe considerarlo como "cosustentador" de la resolución del hecho común, es decir, con voluntad (conjuntamente con los demás) incondicionada de realización¹³² acercándose así a las teoría subjetiva y reconociendo su teoría como evolución de ésta al denominarla el mismo como teoría subjetiva ampliada.¹³³

¹³⁰ Ibidem, pp. 129 y 131.

¹³¹ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, p.86.

¹³² Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán...* Op. Cit. Nota 41, pp. 131 y 132.

¹³³ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, p.88.

"Con más claridad que en los supuestos de distinción entre coautoría y complicidad, la autonomía de la teoría del dominio del hecho de Welzel se revela en la relación de inducción y autoría, donde se remite a un criterio objetivo al rechazar la posibilidad de existencia de "autor de detrás del autor": <<La autoría mediata por medio de un sujeto actuante directo que a su vez es

2.2.3.2.- Maurach

Sobre la base de Welzel, Maurach también emplea la idea del dominio del hecho como criterio de la autoría en los delitos dolosos, concibiéndolo como "el mantener en las propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico". Tiene el dominio del hecho todo cooperador que puede impedirlo o hacer continuar, a su albedrío la realización del resultado total; es una configuración del hecho sustentada por la voluntad.¹³⁴

Respecto a la coautoría –y enfrentándose Welzel– afirma que no es necesariamente exigible alguna cooperación en la ejecución del hecho mismo, aunque sea en la fase de preparación de modo insignificante, de tal manera que reconoce la posibilidad de coautoría "intelectual" al afirmar que: "coautor es aquel que, sin poner manos a la obra, supervisa el curso del hecho, dirigiéndolo; inductor, aquel cuya aportación al hecho llega hasta determinar a cometer el hecho al aún no decidido; cómplice, aquel cuya cooperación se limita a reforzar al que está decidido a cometer el hecho, y con tal resultado estos dos últimos "dejan de su mano" el hecho." Es por eso que para él es coautor el jefe que dirige desde lejos la intervención de los miembros de su banda.¹³⁵

Maurach desarrolla la teoría, alejándose de la teoría del dolo. Para la coautoría no es suficiente la voluntad incondicionada de realización en el instante de la resolución común del hecho (criterio subjetivo) sino que es necesaria la dirección reguladora del curso del hecho, o sea, un factor configurador del hecho que sea objetivamente más aprensible.

autor, resulta un despropósito. Quien determina a un autor a un hecho no es sino inductor, y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor>>. Consiguientemente, en el caso (tan discutido entre los partidarios del dominio del hecho) en que uno se aprovecha del error de prohibición de otro, no reconoce autoría mediata. Sólo cabría considerar como excepción, no fundamentada desde principios, los casos en que el sujeto de detrás suscita intencionadamente el error de prohibición para que se cometa el delito".

¹³⁴ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Córdoba Roda, T. II, Ediciones Ariel, Barcelona, 1992. pp. 313, 314 y ss.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 318, 319 y ss.

Al determinar la autoría mediata se desliga de criterios fijados inflexiblemente –por ejemplo el principio de que está excluida la autoría mediata a través de un instrumento que actúa de manera delictiva– favoreciendo una postura elástica, que atienda no a una valoración jurídica del ejecutor directo, sino a las relaciones de poder fácticas.¹³⁶

2.2.3.3.- Gallas

Para Gallas el punto de partida es la teoría objetivo formal, la conecta con la doctrina final de la acción, con la idea de adecuación y un concepto “normativo” de dominio, logrando así una teoría original. La teoría objetivo formal –nos indica– es correcta al considerar la tipicidad como elemento distintivo entre la acción del autor y la del partícipe. Enlaza con el concepto final de acción al concebir que en el ámbito de los delitos de mera actividad, autoría y participación no podrán distinguirse en tanto aportaciones causales al resultado, pero sí como acciones de distinto contenido de sentido (es decir finales); así en el ejemplo de un robo, la acción de sustracción no reduce su esencia a la mera causación de un desplazamiento posesorio. Desde ésta perspectiva, para Gallas la mera determinación de sustraer o el auxilio a tal efecto son acciones de sustracción.¹³⁷

Aunado a lo anterior, Gallas vincula su “teoría objetivo-final” con la idea de adecuación, excluyendo los casos de autoría, donde no es posible hablar de dominio final del curso del hecho por parte del sujeto actuante (como el ejemplo del tío rico que se le lleva de viaje en avión para que sufra un accidente y herede el sobrino).

¹³⁶ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, p 80.

“Al margen de ésta cuestión, sobre la que se debatirá más tarde, ha de señalarse que la teoría de la participación de Maurach, si bien se basa en el concepto final de acción, representa un desarrollo de la idea del dominio del hecho totalmente independiente, y en gran medida divergente de Welzel en cuanto a los resultados.”

¹³⁷ *Ibidem*, p. 91.

Pero el concepto de dominio del hecho de Gallas tiene un carácter referido a los valores, por lo que en los delitos de propia mano y en los tipos con elementos objetivos y subjetivos de coautoría, el dominio del hecho no se decidirá necesariamente en función del grado de dominio sobre el curso causal, sino también con arreglo al sentido jurídico de los distintos tipos. El concepto normativo aparece cuando acepta que existen situaciones —en la autoría mediata— en los que el sujeto detrás, en virtud de su superioridad personal o social, ejerza sobre el ejecutor una presión tal que se considera de modo fáctico-psicológico y aparezca dominado por aquel, pero no se da un dominio del hecho jurídico. Visto de esa manera “el dominio del hecho por medio de la utilización de otro como instrumento debería hallar su límite allí donde el Derecho considera el hacer del que actúa directamente como libre y, por tanto, fundamentador de responsabilidad personal, puesto que, medido por el baremo de esta ordenación de valores, un comportamiento no puede aparecer a la vez como libre y como dominado por otro, es decir, como no libre”.¹³⁸

2.2.3.4.- Richard Lange

En su monografía sobre el “moderno concepto de autor” defendía una teoría subjetiva (en la que se inspirará Welzel), hoy en día es partidario del dominio del hecho al señalar que para que exista autoría hay que verificar siempre si el sujeto actuante a tenido y ejercido el dominio del hecho; pero sigue siendo fiel a su concepción originaria en cuanto al contenido, ha llegado a una manifestación en extremo subjetiva de la idea del dominio del hecho. Para determinar la coautoría, Lange parte de la teoría subjetiva, pero para él lo decisivo ya no es la cuestión de sí el autor ha querido el hecho como propio, sino la posibilidad de imputarle en virtud de la aportación al hecho sustentada por su voluntad, la cual se puede de manifiesto mediante el dominio del hecho; de tal manera que Lange considera suficiente, como acción ejecutiva, la mínima actuación externa más insignificante

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 92 y 93.

(por ejemplo, el fortalecimiento, mediante consejos, de la voluntad del autor) así como el comportamiento que, aisladamente, sólo sería un acto preparatorio).¹³⁹

Al delimitar la autoría mediata e inducción, Lange avanza más en la subjetivización ya que considera como causante al que actúa en asunto propio, y aquellos de los que se sirven son instrumentos, tanto si por su parte son responsables a título de autores como si no. Dicha consecuencia fue rechazada por Welzel y Gallas; Maurach por su parte, la limita únicamente a los casos de intensa dependencia social y personal, en tanto que Lange le atribuye el dominio del hecho a todo aquel que determina a un autor plenamente responsable a cometer un delito, con tal de que se trate de un “asunto propio” del causante. Es por eso que reconoce la autoría mediata en caso de instrumento doloso no intencional e inclusive la figura del instrumento partícipe.¹⁴⁰

2.2.3.5.- Jescheck

En opinión de Jescheck, ni una teoría puramente objetiva, ni otra puramente subjetiva, resultan apropiadas para que de forma convincente se fundamente la esencia de la autoría, y a la vez, la diferencie correctamente de la participación. Por el contrario –continúa Jescheck– debe buscarse una síntesis de las opiniones doctrinales, y que cada una enfrente una parte del problema, pero en conjunto, ya que si lo hacen aisladamente desvirtuarían el sentido de su totalidad, función que intenta realizarse con el dominio del hecho.¹⁴¹

¹³⁹ Ibidem, p. 95.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 86.

*Así el famoso caso de la bañera propugna ciertamente castigar como autora a la hermana que ahogó al recién nacido de propia mano, pero considerando a la vez como autora mediata a la propia madre, cuya aportación se había limitado a rogar a aquélla que cometiera el hecho... <<El dominio del hecho del que determina depende aquí de su dirección de voluntad>>, se pone de manifiesto con claridad que el dominio del hecho aparece empleado como criterio puramente subjetivo, intrapsíquico, ...”

¹⁴¹ Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal...*, Parte General. Trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Vol. Segundo, 3ª Ed. Editorial Bosch, Barcelona 1981. pp. 897 y 898 899 y ss.

Distinguiéndose de los demás partidarios, Jescheck basa el dominio del hecho, en un concepto de finalidad –no equiparado simplemente al dolo ya que también lo tiene el cómplice– en el cual el interviniente, para tener el dominio del hecho, ha de percibirse a si mismo como sujeto del delito. Lo cual es un elemento de mentalidad perteneciente al ámbito de la culpabilidad, de esta manera, el autor y el cómplice no sólo se distinguen en el contenido de injusto, sino también por el grado de culpabilidad.

2.3.- FUNDAMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONCEPTO GENERAL DE AUTOR.

La base de la ciencia son los conceptos, para la lógica tradicional los conceptos son las imágenes mentales genéricas, construidas por la abstracción (aislamiento) de ciertas cualidades o características comunes a todos los objetos de una misma especie. Pero para que el concepto se forme es necesario hacer una comparación con el objeto de estudio con otros objetos de la misma especie, a través de la cual se abandonen las características en que estas difieren, abstrayéndose (aislándose, separándose) sólo las características en las cuales coinciden, para así formar con ellas imágenes generales.¹⁴²

En cambio para la lógica moderna, los conceptos son signos verbales, que generalmente indican las relaciones, que están presentes en el mundo de la naturaleza, de esta manera el concepto es el resultado de una simple aprehensión o captura de la esencia del objeto o de su abstracción. La ciencia es el conjunto de notas características que determina lo que un objeto es, es decir, aquello por lo que el objeto es lo que es y no otra cosa, lo cual, generalmente permanece oculto a nuestros sentidos, por lo que solamente podemos encontrarlo a través de la inteligencia.¹⁴³

Es por estas razones que necesitamos tener un concepto claro y preciso de dominio del hecho.

¹⁴² Sistema de Universidad Abierta. *Metodología Jurídica*. Facultad de Derecho-SUA. UNAM, México, 1994. p 17.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 18.

"El descubrir la esencia de un objeto no es gratuito, es el resultado de pensar, es el resultado de una operación realizada en la mente humana. Como la esencia de un objeto representa las notas características de todos los objetos pertenecientes a esa misma especie, al captar con nuestro intelecto la esencia de un objeto determinado, en realidad, estamos capturando la esencia de todos los de la misma especie, en consecuencia, el concepto de autor resulta ser universal y abstracto (oposición a concreto)".

El análisis realizado del estado actual de la teoría del dominio del hecho, ha arrojado una imagen confusa, quedando claro únicamente que esa teoría ha conseguido desplazar a segundo término a las demás teorías de la participación, ya que hoy en día (sobre todo en Alemania y España) la mayoría de los autores, trabajan de una forma u otra con la idea del dominio del hecho. Pero es evidente que no se ha alcanzado claridad respecto de lo que ha de entenderse por "dominio del hecho" concretamente.

Aunado a lo anterior –dice Roxin– no contamos con puntos de vista firmes para el enjuiciamiento que excedan las meras directrices metodológicas, cuestiones que impiden una crítica de la teoría, ya que una estimación valorativa presupone, con ánimo de no perderse en detalles inconexos una concepción propia suficientemente asentada que posibilite verificar la corrección de las diversas concepciones de autoría y dominio del hecho.¹⁴⁴

Es por lo expuesto supra, que **en primer lugar** debemos extraer una concepción (a partir de las distintas opiniones sobre la forma y el contenido del dominio del hecho) de la que se pueda decir que determina este concepto la manera en que debe comprenderse correctamente, ya que sólo si sabemos con exactitud qué contenido le corresponde con propiedad al concepto de dominio del hecho, se podrá juzgar acertadamente el valor epistemológico y los límites de esta teoría. Y **en segundo lugar** tenemos que desarrollar un concepto general de autor, para así tomar una postura con respecto a las concepciones divergentes que existen. Cabe aclarar que las dos formas son idénticas, puesto que sólo se alcanza un concepto correcto o adecuado de dominio del hecho cuando éste es útil como concepto general de autor, "en la búsqueda del contenido del dominio del hecho siempre está implícita la del concepto correcto de autor".¹⁴⁵

¹⁴⁴ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*... Op. Cit. Nota 110, p 127

¹⁴⁵ Ibidem, p. 128.

"Todo esto no significa, naturalmente, que el concepto adecuado de dominio del hecho tenga que explicar todos los problemas de la doctrina de la autoría y que a su vez no necesite más crítica. Tal suposición, que dan por sentada la mayoría de los actuales partidarios de esta teoría, ignora la circunstancia de que el carácter poliédrico de la materia jurídica puede requerir además

2.3.1.- CONCEPTO INDETERMINADO

La primera opción que ofrece Roxin, es la de emplear el concepto de dominio del hecho renunciando por completo a elementos determinables y deducir la cuestión de quién tiene el dominio del hecho, en cada caso particular, en función de una visión global de todas las circunstancias del supuesto de hecho concreto. Se propone esta solución, a partir de percibir que muchos partidarios del dominio del hecho, al utilizar el concepto, no dicen gran cosa sobre su contenido; lo cual parece estar basado en la idea de que no es posible aportar datos abstractos de mayor exactitud y validez general.¹⁴⁶

Inclusive en el propio Welzel, quien forma parte de la doctrina fundadora, se denota una extraña vaguedad sobre el contenido del concepto de dominio del hecho; así, en su primer trabajo sobre la autoría, introduce el concepto de manera súbita sin explicación, como si su contenido se comprendiera por sí solo. Después agrega que el dominio del hecho corresponde a quien dirige el curso causal en forma consciente hacia una meta, aclaración que no sirve de mucho, porque de igual manera se aplica al inductor, o en casos dudosos no aporta solución alguna.¹⁴⁷ También Gallas explica el dominio del hecho a través de sí mismo en vez de describirlo en sus elementos conceptuales.¹⁴⁸

que se recurra a otros puntos de vista aún por encontrar. Ello necesitará de análisis más detenido en conexión con el tratamiento de la doctrina del dominio del hecho.

Al desarrollar los fundamentos del concepto general de autor, al que aún tenemos que aproximarnos, podemos enlazar con el resultado que han arrojado las consideraciones metodológicas del comienzo de esta obra. Con arreglo a éstas, el autor es la figura central, la clave del suceso en forma de acción. Así de entrada para el "dominio del hecho" únicamente cabe tener en cuenta una acepción que satisfaga estos requerimientos: sólo cabe considerar como "señor del hecho" a la figura central del concreto suceso de la acción."

¹⁴⁶ Ibidem, p. 128 y 129.

¹⁴⁷ Bolea Bardon, Carolina, *Autoría Mediata en Derecho Penal*. Editorial tirant lo blanhc, Valencia 2000, p. 63.

¹⁴⁸ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, p 130

"El único ejemplo que Gallas aporta con fines aclaratorios no contribuye a clarificar su concepción. Dice: <<Una acción de matar no la comete ya quien aporta dolosamente cualesquiera condiciones para el resultado de muerte, sino más bien sólo quien procede según un programa de

Queda claro que Welzel y Gallas, al tratar cuantiosos problemas individuales, aportan indicaciones concretas respecto de la existencia o no de la autoría; quedando pendiente el decidir o el cómo se obtienen dichos resultados a partir del concepto de dominio del hecho.

En la práctica, la propia Jurisprudencia del BGH (Bundesgerichtshof-Tribunal Supremo Federal Alemán) presenta rasgos de esta tendencia a una autoría inconcreta. Ello se debe a la fórmula utilizada de que la autoría ha de explicarse valorativamente en base a las circunstancias, dejándose (en la mayoría de los casos) en manos del Juez el decidir cuáles de entre la infinidad de circunstancias del caso singular habrán de tenerse en consideración y con arreglo a que baremos han de ser valoradas. Si bien, de manera coherente, se utilizan como puntos de apoyo criterios como el del "dominio del hecho", el "interés", la "subordinación" y la "aportación externa al hecho", se deja sin responder cuál es el primordial y si podrían ser determinantes aún otros puntos de vista.¹⁴⁹

De esta manera, la doctrina entiende, que para la jurisprudencia alemana (y al margen de todas las teorías) se considera autor a aquel que cupiese valorar como decisivo en función de la totalidad de las circunstancias externas e internas, y cómo cómplice a aquel que se valora como subordinado. En otras palabras, el autor, después de que como tal le ha evidenciado una consideración global, se le supone una voluntad de autor y al participe voluntad de participe. Lo cual nos lleva a considerar que la valoración judicial esta basada en una consideración global¹⁵⁰ o total¹⁵¹, camuflajada con la formula del *animus*.

realización "pone en sus manos" el resultado de muerte.>> Examinada más de cerca, esta expresión no representa sino una repetición de la idea de dominio del hecho con otras palabras. La cuestión es precisamente cuando cabe decir que alguien tiene el resultado "en sus manos", esto es, que tiene el dominio del hecho. Pero a tal efecto no se encuentran en Gallas elementos definidos."

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ Bolea Bardon, Carolina, *Autoría Mediata...* Op. Cit. Nota 147, pp. 69.

"Schmidhäuser ... a partir de su <<teoría de la globalidad>> (Ganzheitstheorie), requiere para la autoría la consideración suficiente para la autoría, pero no es más que dominio potencial

Dicha tendencia de una "consideración global" por parte de los Jueces deriva en una preferencia de la justicia del caso concreto a la regulación por medio de descripciones taxativas, que sirven de seguridad jurídica, pero que pueden conducir en casos individuales atípicos a resultados de extrema rigidez y, por tanto, no equitativos. Éste afán lo encontramos en el dominio del hecho para tratar de posibilitar una solución equitativa para cada uno de los casos individuales, mediante un concepto general abstracto, tratando así, de prescindir de una determinación del contenido del concepto más precisa, favoreciendo —en consecuencia— la valoración judicial. Pero mientras más abstracto sea el concepto, mayor posibilidad de ejercer efecto en lo individual sobre la decisión del caso concreto habrá.¹⁵²

Roxin reconoce que en todos los terrenos jurídicos existe esta tendencia a utilizar conceptos jurídicos indeterminados, lo cual —a juicio del Maestro teutón— solamente ocurre en tres grupos de casos:

negativo o más simplemente, <<dominio negativo>>, característico de una forma de simple participación como la cooperación necesaria."

¹⁵¹ Hernández Plascencia, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho Penal*. Editorial Comares, Granada 1996. pp. 45 y 46.

En este mismo sentido Hernández Plascencia explica: "La teoría de la totalidad utiliza la imputación objetiva del hecho como método para determinar la autoría. Schmidhäuser, su creador, señala que la autoría mediata no se atiene a una definición conceptual, sino que responde a una realidad fenomenológica integrada por diversos momentos que afectan al tipo de lo injusto. Entre esos momentos, de naturaleza externo objetiva, menciona a la presencia en el lugar del hecho, la proximidad temporal de la contribución del resultado, la importancia de la aportación para la producción del resultado, la configuración del hecho según lugar y tiempo, la medida del dominio del acontecimiento, la intensidad de la preparación del hecho, la medida de la individualización de la contribución al hecho, la necesidad de la colaboración y la sustituibilidad del interviniente; como momentos subjetivos o internos, señala, el interés directo o indirecto en el hecho, el plan del hecho, le elección del objeto del hecho, la importancia personal en relación con los otros colaboradores, la subordinación libre o no libre de la voluntad propia bajo una decisión ajena, la dejación de la ejecución de un hecho a otro, permitir que otro le conduzca o el acuerdo sobre la forma de partición del botín del delito."

¹⁵² Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, p 133.

Roxin citando a Henkel concluye: "<<Al utilizar el legislador tales "conceptos necesitados de complementación" trasmite al encargado de aplicar la ley la indicación o autorización de tener en cuenta aquellos elementos peculiares del caso concreto que se sustraen al enjuiciamiento previo generalizador>> Este aserto general se ajusta también plenamente al concepto de dominio del hecho en el sentido en que aquí se entiende."

- 1) **Los conceptos de contenido cambiante** donde el legislador remite la regulación a la convicción popular que está en continua transformación;
- 2) **Conceptos formados prejurídicamente**, que adquieren su contenido de ámbitos extrajurídicos del ser y de la vida, asumiéndolo el legislador en su regulación; pero sólo ocurre en dos ámbitos, en las concepciones sociales consolidadas relativas a "normas culturales" y en el terreno de la ética;
- 3) **Conceptos regulativos**, que a diferencia de los dos anteriores, no ofrecen baremos ni jurídicos ni extrajurídicos para su complementación, como el concepto de "exigibilidad".¹⁵³

A partir de éstas ideas no se puede construir un concepto (indeterminado de autor) ya que el dominio del hecho no es un **concepto de contenido cambiante**; ya que el saber quien es autor, quien inductor y quien cómplice que

¹⁵³ Ibidem, pp. 134, 135, 136 y ss.

"1.Llamo "conceptos de contenido cambiante" a aquellos cuya regulación remite el legislador a la convicción popular, que está en continua transformación, convirtiéndola en directriz de su intervención. Constituyen ejemplos la cláusula general de policía (§14 Ley Administrativa de Policía) y el concepto de injuria (§ 185 StGB). Aquí el legislador *tiene que* recurrir a conceptos indeterminados: la idea dominante de la población sobre aquello que es presupuesto indispensable de la ordenada convivencia humana –y que, por tanto, conforma el orden público– o la concepción sobre qué modos de comportamiento menoscaban la pretensión social de respeto del individuo (esto es, son injuriosos) se transformaron continuamente y muestran también divergencias en función del lugar. Pléñese en los cambios de las costumbres relativas a la indumentaria y al baño en los últimos cincuenta años, o en la distinta valoración social y geográfica, de la blasfemia. Como el legislador pretende aquí adaptarse al fluir de la concepción general, sería inútil un concepto estático, de contenido fijo; el concepto indeterminado constituye la única posibilidad de dar cuenta de la dinámica de las valoraciones sociales.

2. Un concepto esta formado prejurídicamente cuando toma de ámbitos extrajurídicos del ser y de la vida, asumiéndolo el legislador en su regulación. Cuando a tal efecto hay que emplear conceptos indeterminados, ello ocurre en dos ámbitos: en las concepciones sociales consolidadas relativas a "normas culturales" y en el terreno de la ética. Los supuestos de la primera categoría pertenecen en parte a la vez a los "conceptos de contenido cambiante" acabados de tratar; pero sólo en parte, pues hay normas culturales de considerable persistencia. Por el contrario, los valores éticos no cambian. ...constituyen ejemplos "la dignidad humana", ... "las buenas costumbres" ...etc.

3. Los conceptos regulativos, cuya especialidad ha destacado con claridad por primera vez Henkel, se caracterizan –a diferencia de los dos grupos antes mencionados– por no ofrecer baremos ni jurídicos ni extrajurídicos para su complementación. El mejor ejemplo lo constituye el concepto de "exigibilidad", que aparece en muchos lugares del ordenamiento jurídico; es "plenamente exento de valoración", formal y sin contenido. <<Cuando el legislador utiliza una cláusula regulativa ello no significa creación de norma, sino, por el contrario, renuncia a la norma, negación de la norma legal, indicando que a partir del caso concreto desarrolle la norma el juez.>>"

intervienen en un hecho, se resolverá de acuerdo con los mismos principios antes, durante y después del acto. Por esta razón no es necesario un concepto indeterminado de dominio del hecho, susceptible de acomodación a modificaciones continuas.

Tampoco esta formado (de manera suficiente) prejurídicamente el concepto de autor, si bien, Roxin acepta que, enlaza con ciertos datos sociales –la concepción natural del pueblo– no es argumento suficiente; los detractores utilizan el ejemplo de la banda de ladrones, que se mofarían de la jactación de la abuela ciega de uno de ellos, de haber “colaborado” en el robo, realizado mediante el escalamiento de la fachada del lugar, sólo porque ella anudo la escala de la cuerda.¹⁵⁴

Finalmente no tiene sentido entender al dominio del hecho como un principio regulativo, ya que éstos tienen una limitada función, debiendo posibilitar una resolución justa del caso concreto en los márgenes, ya no susceptibles de codificación, de conceptos por lo demás con nítidos contornos; pero el dominio del hecho es a la inversa, ya que ocupa el centro de la doctrina de la autoría.

Todo esto pone de manifiesto –concluye Roxin– que un concepto indeterminado de dominio del hecho no sólo sería insatisfactorio metodológicamente y dogmáticamente, sino inútil, para utilizarlo en la práctica.

2.3.2.- CONCEPTO FIJADO

Existe otra corriente que intenta explicar el concepto de dominio del hecho como un concepto fijado; se habla de concepto “fijado” explica Roxin– “cuando su definición puede referirse a elementos individuales determinados que son captables por la vía de un acto de subsunción objetivamente verificable y con ayuda de los cuales es posible resolver sin más todo supuesto concreto mediante

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 137, 138 y ss.

un procedimiento deductivo.¹⁵⁵ Pero los conceptos accesibles a un procedimiento de resolución judicial exento de valoración son extremadamente raros, es por esta razón, que fijar el concepto de dominio del hecho mediante criterios rígidos descriptivos y accesibles al enjuiciamiento judicial puramente cognoscitivo, tampoco parece la mejor opción.

Dicha postura es objetable –según el autor en comento– desde el punto de vista metodológico, ya que las diversas teorías objetivas de la participación influenciadas por el positivismo naturalístico, buscaban una forma de delimitación conceptual que aportará una definición exacta y precisa, aplicable directamente a cada caso en concreto; hoy pertenece al dominio público, que estas pretensiones metodológicas no son alcanzables.

Como argumentos dogmáticos contrarios, afirma Roxin, que las teorías objetivos–formales y objetivo–materiales, en cuanto pretendían delimitar las distintas formas de participación mediante criterios conceptualmente captables con claridad, de una fijación rígida, también se revelaron insuficientes.¹⁵⁶ De todo lo cual se deduce que tampoco un concepto fijado de dominio del hecho puede conducir; a una delimitación adecuada de las formas de participación.

2.3.3.- CONCEPTO ABIERTO

En virtud del fracaso de los métodos anteriores de verificación de la autoría, Roxin encuentra un tercer camino, el cual intenta encontrar un procedimiento, que con su ayuda, se pueda complementar en su contenido el concepto de dominio del hecho, de tal manera, que **por una parte**, de cuenta de los fenómenos vitales, y **por otra**, pueda alcanzar una gran medida de determinación; además deberá permitir, el sometimiento, a una regulación generalizadora, de las formas básicas que aparecen una y otra vez en multiplicidad de los grupos de casos; así como

¹⁵⁵ Ibidem, pp. 139, 140 y ss.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 140 y 141.

ofrecer la posibilidad de valoración justa de los casos concretos que se escapan de la normación abstracta.¹⁵⁷

Dichos fines, solamente se pueden alcanzar concibiendo al dominio del hecho como un concepto "abierto"¹⁵⁸, el cual utiliza como **primer elemento** el procedimiento descriptivo. Ya que una definición conceptual exacta en sentido estricto, conduciría a un concepto fijado –con sus defectos–, en virtud de que implica fijar el contenido del concepto indicando el *genus proximum* y la *differentia specifica*¹⁵⁹.

Es preferible una descripción¹⁶⁰ que presenta la ventaja de poder ajustarse a los cambiantes casos concretos; por ejemplo se dice que tiene el dominio del hecho quien hace a), b), c), etc., no hay una subordinación forzosa de los distintos supuestos de hecho a los mismos elementos sin consideración a su peculiaridad, sino que a la inversa, la descripción se amolda al contenido de sentido de los casos divergentes. De esta manera, la descripción se mantiene más próxima a los fenómenos consiguiendo una notable exactitud y substituyendo a los defectos del concepto indeterminado.¹⁶¹

El **segundo elemento**, del concepto "abierto"¹⁶² es la utilización de "principios regulativos", dejando abiertos a la valoración judicial ciertos huecos. Se debe entender "Regulativos" como "orientativo", y su función se da "cuando en la

¹⁵⁷ Ibidem, p. 144.

¹⁵⁸ El término de concepto abierto, se asemeja al de tipo abierto, el cual, como se explico en el segundo punto del capítulo primero de éste trabajo, son aquellos que necesitan de una complementación.

¹⁵⁹ Para más sobre el tema: Sistema de Universidad Abierta. *Metodología Jurídica*. Op. Cit. Nota 142, *passim*.

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*... Op. Cit. Nota 110, pp. 144 y 145.

"Como la descripción no delimita el concepto de autor mediante fórmulas, nunca esta definitivamente concluida. Por ejemplo, es concebible que en el curso de la evolución se descubran formas de cooperación hasta ahora desconocidas, o se las cree mediante la introducción de nuevos tipos. ...cabe hablar aquí de concepto abierto en el sentido de que no va a ser posible una indicación exhaustiva de sus elementos en todo caso imprescindibles y de que no va a estar cerrado a admitir nuevos elementos de contenido".

¹⁶² Hernández Plascencia, José Ullses. *La autoría mediata*... Op. Cit. Nota 151, p.34.

determinación del concepto de autor, en cualquier ámbito vital que ha de captarse mediante la descripción, la multitud de elementos del supuesto de hecho con relevancia para la determinación del dominio del hecho es tan grande que se sustrae al enjuiciamiento anticipado generalizador, el legislador o bien el creador del concepto tienen que conformarse en este lugar con una directriz y para lo demás dejar al encargado de aplicar el Derecho el enjuiciamiento del caso concreto de la mano del principio regulativo dado. Debido a las lagunas que surgen de este modo, en la descripción comprensiva de lo demás, cabe hablar en este segundo sentido de concepto “abierto”

Por todo lo expuesto *ut supra*, no podemos dominar la problemática desarrollando por anticipado, desde la directriz de la figura central, un concepto de dominio del hecho, sino que debemos internarnos desde el principio de la diversidad de la materia; para penetrar en la materia escogemos el procedimiento –al igual que Roxin– apoyado en la distinción tan común entre la autoría única, autoría mediata y coautoría. En primer lugar –en el siguiente capítulo– se indagará sobre la influencia que ejerce la medida de realización del tipo de propia mano sobre la autoría (Dominio de la Acción), después responderemos la pregunta de si ¿se puede ser autor sin intervención propia en la ejecución del hecho, en virtud del poder de voluntad (Dominio de la Voluntad) y por último, analizar en que medida un interviniente, cuando ni emprende la acción típica ni ejerce poder de voluntad sobre el autor de otros, por su sola colaboración con éstos puede llegar a ser figura central del suceso (Dominio del Hecho Funcional).

CAPITULO TERCERO: FORMAS DEL DOMINIO DEL HECHO

3.1.- DOMINIO DE LA ACCIÓN

Estamos frente a la clasificación más fácil de la autoría, en donde en todos los supuestos imaginables se tiene el dominio del hecho, ya que lo tiene quien no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo él mismo, en otras palabras, es autor. El dominio de la acción es reservado al autor quien ejecuta por su propia mano todos los elementos del tipo.¹⁶³

Para Vergara Tejada, autor es "aquel sujeto que con dominio y bajo cualquier forma de culpabilidad (dolo o culpa) realiza por sí mismo los elementos del tipo".¹⁶⁴ De esta manera, sólo puede haber figura de autor cuando se realiza el "hecho típico", o cuando habiéndose decidido a ejecutarlo no se realiza por causas externas o ajenas al autor, en el cual el hecho típico quedaría en grado de tentativa que también es punible.

Como sabemos, para que un hecho sea típico, deben reunirse todos los elementos del tipo, y por ende, cuando no se reúnan será atípico, lo que nos llevaría a la inexistencia de autor para efectos de la norma penal. Es por esto, que el autor para que sea tal, debe realizar todos los elementos del tipo (subjetivos,

¹⁶³ González Gonzáles, Orlando T. *Participación Criminal...* Op. Cit., Nota 93, p. 99.

¹⁶⁴ Vergara Tejada, José Moisés. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Ángel Editor, México, 2002. p. 435.

objetivos y normativos), aun cuando su conducta pueda ser justificada o inculpable por otras circunstancias legales. En este sentido Jescheck, afirma que la realización de propia mano y plenamente responsable de todos los elementos del tipo, dan fundamento siempre a la autoría.¹⁶⁵

Existe una corriente que cuestiona la posibilidad de considerar autor a quien no realice los elementos típicos en forma personal y directa, sino que se valga de otro; para lo cual utilizan el ejemplo de A y B que van caminando juntos, por una calle en donde hay varios puestos comerciales, inesperadamente A empuja a B y éste cae encima de C, produciéndole lesiones. De tal manera que entiende que B no desarrolla ninguna acción, sino que su cuerpo fue utilizado como un objeto, careciendo así de acción y culpabilidad; siendo entonces A el autor a pesar de no haber realizado los elementos del tipo, ya que se valió de alguien quien no realiza la acción, tal como lo hubiera podido hacer con otro objeto.¹⁶⁶

Si bien —en nuestra consideración— dicha tendencia es cierta en cuanto al resultado (la no imputación de B) es intrascendente y confusa la explicación que dan, ya que en primer lugar, el afirmar que A no realiza ningún elemento típico nos llevaría a pensar en la autoría mediata. En segundo lugar, A sí realiza los elementos típicos, ya que como en el mismo ejemplo se afirma que utiliza a B como un objeto, y el legislador, por ejemplo en el delito de lesiones simples, en ningún momento especifica los medios, así que puede realizarse con un arma de fuego, un objeto punzo cortante, etc., en este caso B se considera como un objeto cualquiera.

Cabe señalar que si bien, el que actúa de propia mano puede no ser el principal responsable en sentido moral o criminológico, puede haber otro que le haya instigado y haya ocasionado que cometa el delito, que quizá urdió el plan

¹⁶⁵ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*... Op. Cit. Nota 141, p. 899.

¹⁶⁶ Vergara Tejada, José Moisés. *Manual de Derecho Penal*... Op. Cit. Nota 164, pp. 436 y 437.

entero y recabó todo el provecho y, por lo tanto, merece una pena superior. Pero de esto no se trata la determinación de la autoría, ya que para el hecho, tal como aparece en forma de acción, el que se ejecuta por completo, libremente y de propia mano, sigue siendo la figura central dominante; residiendo ahí el contenido de la verdad imperecedero de la teoría objetivo formal.¹⁶⁷

La afirmación general de que el que actúa libre y dolosamente es siempre autor, cumple pues, todos los requisitos (señalados en el capítulo anterior) de la formación de conceptos descriptivos, sin perder la imprescindible manejabilidad para la aplicación práctica. Y por ello hay que rechazar la posibilidad de entender como mera complicidad por falta de "voluntad de dominio" del que actúa directamente, ya que lleva acabo el hecho meramente al servicio del autor, subordinado plenamente a la voluntad de éste; lo cual no es admisible, ya que si alguien ejecuta un hecho sin coacción, por si mismo, los motivos que le hayan impulsado no pueden mermar su dominio sobre el curso del suceder de la acción ni menoscabar su posición central en la ejecución.¹⁶⁸

Cabe aquí hacer la aclaración, que cuando se habla de la realización de los elementos típicos, habrá de referirse a todos aquellos "realizables" por el autor, pues los tipos penales a veces contienen elementos realizables por otros sujetos, por el propio sujeto pasivo o por un tercero¹⁶⁹, como en el caso del delito de Fraude genérico (Art. 386 CPF), en donde el propio sujeto pasivo, por error o mediante engaño, entrega una cosa o un lucro.

¹⁶⁷ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, p. 150.

¹⁶⁸ Idem.

"Por eso ha de rechazarse la reciente sentencia del BGH en el caso Stachynski, en la cual el acusado había perpetrado de propia mano, por completo, dos asesinatos, si bien al servicio de quienes desde lejos daban las órdenes. No es imaginable en absoluto un dominio más amplio sobre el suceder de la acción. Cuando el BGH transmuta mediante interpretación el comportamiento de autor que ejecutó por si sólo y libremente en complicidad, sobre la base de la obediencia política del acusado, está creando una causa de atenuación de la pena no contenida en la ley. Al margen de lo cual la sentencia es también sumamente objetable desde el punto de vista político criminal, porque puede servir para exonerar en gran medida a todos aquellos que sin coacción ponen en práctica los fines criminales de una potencia estatal."

¹⁶⁹ Hernández Plascencia, José Ulises. *La autoría mediata...* Op. Cit. Nota 151, p.36.

Por su parte, el Jurista mexicano Marco Antonio Díaz de León indica que hay dominio de la acción cuando el autor "realiza el citado tipo de propia mano , pudiendo existir resultados donde el dominio de la acción es determinante para la existencia del delito, por ser necesario que la ejecute precisamente el agente por medio de su cuerpo, como ocurre... en el tipo de violación.¹⁷⁰

3.1.1.- LOS CASOS DE COACCIÓN

¿Qué sucede cuando la realización típica de propia mano, dolosa no es libre?. Al intentar contestar esa pregunta, nos internaremos en el terreno dificultoso y controvertido de si también tiene dominio del hecho aquel que realiza el tipo completo de propia mano y dolosamente, pero que se encuentra coaccionado, ya sea por otro o que una situación de peligro se cierne sobre él.

Para Welzel, el estado de necesidad exculpante, excluye la autoría, ya que el coaccionado actúa sin "voluntad de realización" propia, que si bien tiene el dominio del hecho, pero es subordinado, lo cual no basta para fundamentar la autoría.¹⁷¹

En opinión de Roxin, Welzel no acierta al decir que el coaccionado actúa sin voluntad de realización propia, pues como la voluntad de realización no significa otra cosa que la finalidad del agente, la cual para Welzel es idéntica al dolo. En otras palabras, para Welzel el "pleno" dominio del hecho debe conformarse más allá de la realización dolosa y de propia mano, afirmando que sólo cabe hablar de "dominio" auténtico sobre el hecho y, por tanto, de autoría cuando la voluntad del agente, que dirige el curso del hecho, es "libre" y no se encuentra presionado por coacción.¹⁷²

¹⁷⁰ Díaz de León, Marco Antonio. *Código Penal Federal con Comentarios*. 3ª Ed., Editorial Porrúa, México 1998, p. 26.

¹⁷¹ Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán...* Op. Cit. Nota 41, p. 124.

¹⁷² Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, pp. 155, 156 y ss.

Desde el punto de vista de la configuración del curso del hecho, no es aceptable la teoría de Welzel –dice Roxin–; Si bien la coacción motiva al agente a que obre, la fuerza impelente no surte efecto en la configuración del curso conducente al resultado; el agente domina el suceso de igual medida estando coaccionado y, de ninguna manera cabe decir, por ejemplo, que bajo la presión del peligro se vea anulada o al menos mermada la posibilidad de llevar a cabo la resolución de actuar dirigida conforme al plan. Por el contrario, es frecuente (parece lógico que sea) que el peligro avive los sentidos del agente poniéndolo en alerta, dominando así la situación con mayor seguridad que sin el impulso.¹⁷³

También es necesario atribuir la coautoría al coaccionado desde la perspectiva de la participación, ya que en caso contrario no sería imaginable ésta. Al respecto Roxin explica: "...en el caso en que los viajeros A, B y C son secuestrados por unos bandidos, cuyo cabecilla amenaza de muerte a B si no mata a A. Al principio B se niega, pero luego, persuadido por C, se resuelve a ejecutar el hecho. ¿Por qué, debido a que el cabecilla sea autor mediato, no va a poder ser C inductor? En todo caso, Welzel tendría que aprobar esta calificación, ya que él considera posible también la inducción a una persona coaccionada... lo cual, a su vez, no estaría en armonía con la opinión de que el que obra coaccionado no es autor".¹⁷⁴

Es por todo lo anterior que se deberá de considerar demostrado, que quien realiza el tipo de propia mano constreñido por una coacción, es autor y, posee el dominio del hecho, aunque no responda penalmente por cualquier otra circunstancia.

¹⁷³ Ibidem, p. 155.

"Piénsese en el caso en que alguien, para salvar de la muerte a su hijo, secuestrado por unos gánsteres, comete un asesinato por orden de los secuestradores, o un robo en la joyería. Ciertamente aquí el sujeto actuante está disculpado... Pero no puede negársele el pleno dominio del hecho, puesto que la ejecución fue sólo obra suya, y si, por ejemplo, se hubiera decidido a cometer el hecho por propia iniciativa, éste no habría transcurrido en absoluto en forma distinta."

¹⁷⁴ Ibidem, p. 156.

Así, Maurach-Gössel-Zipf, indican que para afirmar la existencia de la autoría –para que el autor responda penalmente– es preciso que también subjetivamente concorra la voluntad del dominio del hecho.¹⁷⁵

3.1.2.- REALIZACIÓN DE ALGUNOS ELEMENTOS DEL TIPO

Cómo ya vimos, se considera autor, a quien realiza todos los elementos del tipo, ¿pero que pasa cuando se realizan solamente alguno o algunos de los elementos típicos?. El considerar que la realización de cualquiera de los elementos típicos convierte al agente en cotitular del dominio del hecho, va demasiado lejos. Si en esos casos se le da el carácter de autor, es porque la realización de una circunstancia del hecho, vincula al ejecutor con el suceso, de tal manera que ocupa una posición central, pero esto no es siempre así.

Al respecto Hernández Plascencia opina, que no es posible afirmar (con un carácter general) que sea autor directo todo aquel que realice algún elemento típico, "si bien esto podría ocurrir aparentemente en la tentativa del delito; en el delito de estafa, si alguien, por virtud de un error producido por un engaño, realiza una disposición patrimonial que le perjudica a él o a un tercero, no por ello debemos considerarlo autor de una estafa, a pesar de que haya realizado un elemento del tipo".¹⁷⁶

¹⁷⁵ Maurach, Gössel y Zipf. *Derecho penal*... Op. Cit. Nota 99, p. 319.

¹⁷⁶ Hernández Plascencia, José Ulises. *La autoría mediata*... Op. Cit. Nota 151, p. 37 y ss.

"...la disposición patrimonial; en otros ejemplos, si alguien toma una cosa mueble ajena, no por eso es autor de hurto, aunque haya realizado uno de sus elementos típicos; el que tiene acceso carnal con otra persona no es autor de un delito de violación o agresión sexual, aunque realice uno de sus elementos típicos. Incluso en el caso de que intervenga junto a otra persona, la realización del elemento del tipo tampoco puede convertirte en autor, por ejemplo, el taxista ignorante de que traslada la droga al traficante, tampoco es autor del delito contra la salud pública. Para determinar la autoría no se puede perder la perspectiva del *hecho típico* sobre el que debe proyectarse en los delitos dolosos el dominio. La autoría no opera como centro de imputación de acciones, ni siquiera de actos ejecutivos típicos, sino de hechos típicos, integrados por el conjunto de los elementos que convierten la lesión del bien jurídico en típica."

No se puede considerar autor directo –afirma Hernández Plascencia– a quien solamente realice un elemento del tipo, sin exigir nada más, porque realizar un elemento del tipo no es actuar típicamente, y el Derecho Penal no debe perder el tiempo en elaborar conceptos que no tengan relevancia jurídico–penal.

Por su parte Roxin intenta explicar la situación con el ejemplo de que varios individuos pretenden hurtar algo en la explanada enrejada de una fábrica y dejan a uno de guardia, después de haber escalado la reja. En este caso, los partidarios del dominio del hecho opinan, que en general, el calificar este tipo de funciones del agente, solamente se logrará atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Si damos por supuesta la coautoría del vigilante, sin verificar las circunstancias que lo rodearon, no será un argumento convincente, sólo porque haya entrado al espacio cerrado mediante escalamiento y, por ello, realizar un elemento del tipo.¹⁷⁷

Pero desde una valoración legislativa (es seguro que el legislador al crear sus tipos cualificados no ha tenido en cuenta la distinción entre autoría y participación) no hay argumento a favor de que el legislador considere suficiente para caracterizar la autoría, la realización por sí sólo de un elemento del tipo.

Atendiendo al contenido de los fenómenos externos, y apartándonos de la ley, el agente que se queda vigilando (en el ejemplo de Roxin) puede o no ser coautor, pero el juicio sobre la cuestión no puede depender de si la vigilancia se realiza en uno u otro lado de la reja, porque éste se rige por los datos espaciales y materiales, ya que para los partícipes supone una mera cuestión de eficacia carente de influencia sobre la posición del cooperador en el suceso completo. Si el vigilante es autor o no, dependerá de otros criterios –como la división del trabajo– y no de la simple realización de un elemento del tipo.

¹⁷⁷ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, pp.160, 161 y ss.

De entre la pluralidad de elementos del tipo, se destaca un grupo que caracteriza el curso del hecho en especial medida, es decir, la verdadera acción típica, que ha de separarse del lugar, del tiempo y de las demás modalidades del delito; por ejemplo, el sustraer, el matar, envenenar, engañar, amenazar, etc. Es por esta razón, que Roxin afirma, que quien realice estas acciones personalmente es siempre autor, aunque no realice en persona otros elementos del tipo. Esta postura se justifica por la idea de que la acción ejecutiva describe el núcleo delictivo del tipo (el contenido material), dando al realizador de ésta, el dominio del hecho.¹⁷⁸ En este mismo sentido se manifiestan Maurach—Gössel—Zipf.¹⁷⁹

El concepto de autor, sin embargo, no puede limitarse —como suponía la teoría objetiva formal— a la realización de una acción típica en el sentido estricto de la palabra, sino por el contrario, al interpretar los tipos penales, se pone de manifiesto que han de entenderse de forma material que amplíe el sentido literal, cuando el resultado tiene lugar con la cooperación de varias personas. Así Jescheck afirma: “El tipo sólo puede realizarse, según esto, bajo ciertos presupuestos y por parte de aquellos intervinientes que, aun no realizando una acción típica en sentido formal, hacen algo equivalente desde el punto de vista valorativo”.¹⁸⁰

Jakobs, en un sentido crítico —característico del Maestro— explica que el que realiza el hecho de propia mano tiene el dominio del hecho, en virtud de la capacidad de decisión acerca de la producción o no producción de la realización del tipo, ya que sólo puede organizarse una libertad general de comportamiento cuando las personas, por lo menos, respondan por las consecuencias directas, no mediadas por otras, de su conducta. Así, estamos en presencia del “sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, que

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 162.

“Así pues, hay que distinguir: quien lleva a cabo por sí mismo la acción ejecutiva típica es siempre autor. Quien realiza otro elemento del tipo no es ya por eso autor. La cuestión de si es coautor ha de contestarse con arreglo a tres puntos de vista, a los que ahora no vamos a referirnos en este contexto.”

¹⁷⁹ Maurach, Gössel y Zipf. *Derecho penal...* Op. Cit. Nota 99, p. 319

¹⁸⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal...* Op. Cit. Nota 141, p. 898.

constituye una configuración básica y asentada de la sociedad que abarca a todas las personas y, en este sentido, una institución social que abarca a todos";¹⁸¹ es por esto que el principio de imputación no se encuentra en un dominio fáctico.

El que una persona responda de las consecuencias directas de su conducta, no es lo mismo, que todo lo que cause de manera directa es una consecuencia imputable a su comportamiento, sino todo lo contrario, la causación habrá de producirse a través de un comportamiento no permitido en esa medida, es decir, en lo que se refiere a esa causación; Jakobs, pone el siguiente ejemplo: "quien por deseo de su vecino lleva acabo un taladro en la casa de éste, en el lugar exacto indicado por él, y alcanza y destruye una conducción eléctrica, ha destruido directamente, pero falta un comportamiento no permitido puesto que ha actuado a riesgo del vecino".¹⁸²

De esta manera, no es posible inferir, a partir de la causación directa, el carácter no permitido del comportamiento, sino que ha de determinarse si el último acto genera un riesgo no permitido, en caso de ser así, por razón de que riesgo de que causación en específico fue, determinando si el comportamiento se considera negativo o indiferente en la valoración jurídica escrita o (en caso de no haber), en la valoración social consolidada y determinante, y en el último de los casos, por razón de qué peligros es valorado de modo negativo.

Ha de tenerse en cuenta, que el derecho escrito o la "estructura jurídica" no escrita de la sociedad, no siempre atribuyen el dominio de un riesgo al último, sobre todo en los casos en que éste solo estaría, por casualidad, en condiciones de evitar la producción de un daño, sino que se lo atribuyen al siguiente que sea competente, pudiendo ser el penúltimo, o el que está en tercer lugar, antes del último, como por ejemplo el vecino del ejemplo anterior.

¹⁸¹ Jakobs, Günther. *El Ocaso del Dominio del Hecho*. Trad. Manuel Cancio Mellá, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires 2000. p. 90.

¹⁸² Idem.

Es por eso que la afirmación de que es autor, en todos los casos, quien realice el tipo como último y de propia mano, no aporta nada, “viendo sólo el movimiento de la propia mano y el subsiguiente curso no se sabe si la mano realiza algo o sólo causa algo”.¹⁸³

No basta que el hecho se realice directamente, es necesario, adicionalmente, la atribución de la causación al ámbito de la responsabilidad del causante, es decir –en opinión del Maestro Jakobs–, un elemento normativo. Cuando sobre el último, no existe un deber de ocuparse de las consecuencias, a pesar de que llegaran a tener un conocimiento, solamente sería un conocimiento casual, especial, que coloca al último en una posición que cualquiera tendría en caso de disponer de conocimientos casuales: **en caso de que amenace una catástrofe debe procederse a la correspondiente prevención mediante la conducta adecuada – so pena de realización de un delito de omisión de socorro–; por lo demás, falta *per se* la concurrencia de deber alguno.**¹⁸⁴

Así Jakobs concluye, que a pesar de que la propia doctrina alemana, en general, coincide en que el último siempre es autor, esto no es correcto, sino

¹⁸³ *Ibidem*, p. 91.

“¿Quién castiga al repartidor de periódicos por un artículo que supone traición, quien al técnico del aparato reproductor por el contenido pomográfico de la película, quién al cartero por las injurias en una postal? Aunque los últimos en cada caso, el repartidor de periódicos, el técnico, el cartero. Sepan de que se trata, por haberse ocupado del contenido de las obras a comunicar, estas consecuencias directas de sus respectivos comportamientos no les atañen en nada, pues este conocimiento puede ser, en todo caso, un conocimiento casual y, por ello, sólo se obtendrían éxitos casuales si se vincularan deberes a estos conocimientos, mientras que un recurso al penúltimo o al anterior sujeto, al editor del periódico, a quien explota el cine, a quien ha escrito la postal, resuelve el problema desde la raíz”.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 92.

“Enunciare un ulterior ejemplo respecto de esta cuestión: un trabajador de una empresa química tiene el cometido de verter el contenido de un tanque a un río cuando se den ciertas condiciones exactamente definidas. Concurren esas condiciones, pero el trabajador sabe con base a una conversación entre dos ingenieros que escuchó de modo casual que en el tanque se hallan residuos cuyo vertido se encuentra prohibido como delito de contaminación de aguas. Si el trabajador lleva acabo, a pesar de ello, el vertido del contenido del tanque, no es él quien comete el delito de contaminación de aguas, sino los ingenieros a quienes les incumbe la calidad del líquido. Puesto que sólo los ingenieros están en condiciones de llevar acabo una reducción del peligro competente, más que meramente casual, sólo ellos son los afectados, en consecuencia, por el correspondiente deber”.

solamente en la medida en que intervengan junto a él otras personas, al menos en partícipe del hecho. "Ya se intuye que el dominio es una cuestión de la medida de la calificación de la intervención, una cuestión cuantitativa, mientras que la cuestión cualitativa –¿quién responde? – no se determina en función de la concurrencia de dominio, sino en función de la atribución del comportamiento y de las consecuencias".¹⁸⁵

3.2.- . DOMINIO DE LA VOLUNTAD

3.2.1.- LA AUTORÍA MEDIATA

Una de las cuestiones más debatidas es la de ¿cómo considerar autor a aquel que no ha ejecutado el hecho por sí mismo? Para contestar esta interrogante, aparece la figura de la autoría mediata.

La teoría del autor mediato se ha ido desprendiendo de la figura del *Mandat*, desarrollada a fines de la Edad Media por la ciencia penal italiana. Pero el concepto de autoría mediata como tal, aparece con Stübel (1828) remplazando el del "causante intelectual". Su fundamentación moderna se da con los Hegelianos (Luden, Köstlin, Berner, Hälschner), desarrollándose la doctrina como consecuencia de la accesoriedad extrema, que exigía en el autor mediato el requisito de la culpabilidad, dando como resultado innumerables casos de impunidad cuando se utilizaban instrumentos sin culpabilidad.¹⁸⁶

Originariamente, la autoría mediata jugaba sólo un papel de colmar lagunas (*Lückenbüßers*), con ella únicamente se quería aprehender aquellos casos en los que no resultaba posible la punición por inducción en virtud de la estricta accesoriedad de la participación.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Ibidem, p. 93

¹⁸⁶ Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal*... Op. Cit. Nota 78, p. 505.

¹⁸⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*...Op. Cit. Nota 141, p. 921.

La distinción estructural entre la autoría directa y la mediata, radica en que en la primera la realización típica de propia mano fundamenta la autoría, y en la mediata estamos en presencia de casos en los que falta precisamente la "acción" ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la **voluntad rectora**. Por eso, allí donde hay que afirmar el dominio del hecho hablamos de "**Dominio de la Voluntad**" en el autor.¹⁸⁸

El autor mediato (al igual que el autor directo) debe reunir las características especiales de la autoría, pero el rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante otro (instrumento), y lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato.

Así, afirma Bacigalupo, que la autoría mediata sólo adquiere una fundamentación adecuada mediante la teoría del dominio del hecho. La teoría formal objetiva no puede alcanzar tal fundamentación, especialmente ya que su punto de partida, es en demasía, estrecho y, en realidad, reduce todos los delitos a delitos de propia mano.¹⁸⁹

A pesar de esto, se trató de superar el punto de partida sin contradicción, mediante la llamada "teoría de la preponderancia". Que procura reemplazar la falta de acción personal de ejecución mediante una ampliación del concepto de autor para los casos de autoría mediata.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*... Op. Cit. Nota 110, p. 166.

¹⁸⁹ Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal*... Op. Cit. Nota 78, pp. 505, 506 y ss.

¹⁹⁰ Maurach, Gössel y Zipf. *Derecho penal*... Op. Cit. Nota 99, pp. 331 y 332.

"Como una manifestación intermedia entre el concepto de autoría mediata que atiende al dominio del hecho y aquel establecido a partir de la voluntad del autor puede ser considerada la "teoría de la prevaletencia" fundada por Hegler... en forma similar, Cramer habla hoy de prevaletencia del "hombre de atrás", quien "en cuanto motivador decisivo del hecho tiene responsabilidad por la totalidad del acontecer"... aquel que objetivamente no ejecuta el hecho debe de ser considerado autor mediato, cuando esté caracterizado por una relación de prevaletencia en la vinculación con el intermediario, lo cual es considerado por Hegler como un elemento subjetivo del ilícito. Correctamente, Lange (comentario previo al § 47 I B) apunta que de esta manera la

Por su parte Maurach-Zipf-Gössel indican que la parte toral de la autoría mediata radica en la degradación que sufre un ser humano a la categoría de un medio material, que no esta libre, para la obtención de fines delictivos; a diferencia de la inducción que se manifiesta con la corrupción de un ser humano libre. **Sólo quien posee el dominio del hecho esta en posición de abusar de otra persona para la ejecución del hecho.**¹⁹¹

Mientras que en la inducción, el rol se ajusta luego de la provocación del **deseo maligno** y que se somete a la voluntad del autor principal, en la autoría medita la persona de atrás mantiene, desde el comienzo y hasta el final, el control del desarrollo de los acontecimientos.¹⁹²

En un sentido similar (pero alejado de la teoría del dominio del hecho) el Profesor Günther Jakobs, afirma que lo característico de la autoría mediata es la **responsabilidad predominante** del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión, es decir, al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputación, y de esta dificultad es responsable el autor mediato.¹⁹³

Pero el autor mediato no siempre tiene que actuar de modo delictivo, dice el autor en comento, también el enfermo mental que coacciona a otro mediante amenaza de muerte es autor mediato, al igual que incluso el que se coacciona a si mismo por tal coacción es autor mediato (y a la vez instrumento de un autor mediato).¹⁹⁴

autoría mediata no es determinada *per se*, sino en dependencia de un concepto secundario, como es la participación (cfr. Schroeder, 186)."

¹⁹¹ Ibidem, p. 332

¹⁹² Idem.

"Aun en las escasas situaciones en las que el instrumento actúa en 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."

¹⁹³ Jakobs, Günther. *Derecho Penal...* Op. Cit. Nota 50, p. 763.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 764.

La superioridad del dominio de la decisión ha de determinarse normativamente según su efecto sobre la imputación al ejecutor, pero no según su intensidad motivadora en el caso concreto, pues no se trata de un rango, desde el punto de vista de la dinámica de grupos, sino del rango normativo de la intervención. Sólo cuando se interrumpe la imputación hecha al ejecutor, el influirle comporta coautoría, inducción y complicidad, es decir, se vinculan los ámbitos de organización (con la accesoriedad como consecuencia), pero la organización no se degrada hasta tal grado, de ser instrumento de un responsable predominante.¹⁹⁵

Para Jakobs, el que seriere aparecer (de manera forzada o con astucia) la autoría mediata como coautoría, sería posible, pero en estos casos se perdería lo específico de la autoría mediata: la posición inferior que guarda el instrumento con respecto de la decisión sobre el hecho, ya que éste es propio del autor mediato. Sobre todo, puede faltar no sólo dominio de la acción, sino además toda configuración conjunta más que incidental, y sin embargo que si se encuentre un dominio de la decisión. Ejemplo: El padre manda a su hijo de diez años, sin dinero, pero con el encargo de que traiga en seguida cerveza a casa. Dónde y de qué manera el hijo delinca inculpablemente puede que sólo pueda determinarlo esquemáticamente, pero el padre es, sin embargo, según su dolo, autor mediato del delito contra la propiedad o el patrimonio cometido por su hijo.

Al superior dominio de la decisión, se le puede añadir el dominio sobre la configuración, por la que la autoría mediata puede combinarse con autoría forzada, por ejemplo cuando el autor mediato obliga al instrumento a realizar el hecho detalladamente preparado por aquél.

"Como en toda forma de autoría, también en la mediata el injusto de hacer 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 ha de separarse, pues, del injusto del hecho determinado mediante el dominio."

¹⁹⁵ Ibidem, pp. 784, 785 y ss.

Por último –concluye el Ilustre Maestro germánico– el superior dominio de la decisión es fácticamente divisible, al igual que el dominio formal de la acción y el dominio de la configuración: Varias personas pueden emplearse para sí, en conjunto, como instrumento al unir sus fuerzas; así como también se puede emplear en un hecho varios instrumentos, como coautores forzados. Por ejemplo, el padre que fuerza a sus hijos a cruzar la frontera, cada uno con un fajo de divisas de contrabando; la suma total sobrepasa el límite permitido por familia.

3.2.2.- EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE COACCIÓN.

Como ya vimos, también el ejecutor directo puede tener dominio del hecho (aunque se encuentre disculpado), ya que el que coacciona domina directamente sólo al coaccionado. Por su parte el coaccionado tiene, en virtud de su actuar, en sus manos el curso del hecho, domina el sujeto de detrás el proceso, pudiéndose afirmar así, que el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho.¹⁹⁶

Así Roxin explica que no se trata de una autoría compartida, sino una plena autoría doble, ya que desde el punto de vista de realización del tipo, ambos sujetos se encuentran en el centro y sobre la base de criterios de imputación compuestos; uno en virtud de su hacer, otro en virtud del poder de su voluntad, en otras palabras, la acción del ejecutor directo está surtiendo efecto como factor impulsor y configurador de la voluntad del sujeto de detrás.

Pero "dominio del hecho" no significa influencia volitiva –afirma Roxin– porque no todo aquel que ejerce un influjo más o menos intenso sobre la resolución del ejecutor, domina por eso el hecho; influencia similar tienen tanto el inductor como el cómplice. Es por eso que ha de interpretarse, el concepto de

¹⁹⁶ Roxin, Claus. Autoría y Dominio del Hecho... Op. Cit. Nota 110, pp. 165, 166 y ss.

"dominio" con arreglo al simple tenor literal y al contenido de sentido social, limitándolo así a los casos en que la decisión determinante y última sobre lo que debe ocurrir, reside en el sujeto de detrás.

Siempre que al ejecutor directo le quede libertad de decidir y, por lo tanto, la posibilidad de actuar de otra manera, no estaremos en presencia de la autoría mediata, solamente en los casos —como indica Bacigalupo en coincidencia con Roxin— en que el coaccionado haya perdido, por la intensidad del efecto de la coacción, "la última y relevante decisión sobre lo que ocurra", de tal forma que ésta se traslada a las manos del que ejerce la coacción.¹⁹⁷ Es por eso que no se debe admitir, en todos los casos, la autoría mediata en casos de coacción con arreglo a un estado de necesidad (Art. 15 F.V CPF), sino que la verificación, de que el de detrás "domina", debe ser cuidadosa y no darse por supuesta.¹⁹⁸

Lo anterior queda más claro con el siguiente ejemplo de Welzel: A obliga a B, embarazada, con amenazas graves, a ingerir un abortivo. B es autora (exculpada) de aborto; A no es mero instigador, sino autor mediato, ya que a través de la presión coactiva sobre B detenta el dominio superior del hecho sobre el acontecer de la acción. ...El caso de aborto dado anteriormente debe considerarse de instigación, cuando la influencia de A sobre B no tiene la intensidad de la presión... falta en A el dominio superior del hecho que reduce a B a un instrumento sin libertad".¹⁹⁹

¹⁹⁷ Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal...* Op. Cit. Nota 78, p. 508

¹⁹⁸ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, p. 167.

"¿No ocurre más bien que el coaccionado podría haber soportado la violencia o la intimidación que se le infringía, incumbiéndole a él la decisión última sobre lo que debía ocurrir? Aun dando por sentado que bajo la presión del peligro de muerte cabe llegar a reacciones instintivas de pánico cercanas a la inimputabilidad, en las que ha de rechazarse el carácter de "decisión" personal, por otra parte, tampoco puede negarse que hay muchos casos en que le queda al coaccionado la posibilidad de decidir libremente. Imagínese que el coaccionado este decidido a morir, o que el peligro afecte a un allegado, o piénsese en determinados grupos de personas (soldados, bomberos, etc.) están jurídicamente obligados a soportar peligros graves, exigencia que carecería de sentido si no tuvieran la posibilidad de optar por un comportamiento conforme a la norma."

¹⁹⁹ Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán...* Op. Cit. Nota 41, p. 123.

Pero Armin Kaufmann ha deducido que, dado los requisitos del estado de necesidad no se ve afectada la capacidad de formular la voluntad conforme a la norma, y por lo tanto el que coacciona, con arreglo a la teoría del dominio del hecho, es siempre inductor. Si esto fuera así –dice Roxin– el dominio de la voluntad sería una cuestión exclusivamente del campo psicológico, obteniendo así un concepto de dominio del hecho “propio de las ciencias naturales”.²⁰⁰

Pero el dominio de la voluntad no ha de entenderse, en primer lugar, psicológicamente, sino interpretarse sobre la base de experiencias existentes acerca de la capacidad de resistencia humana contra la violencia y la intimidación, de manera que satisfaga la figura receptora de la ley. Así pues, el concepto de dominio de la voluntad no está orientado psíquicamente, sino a la responsabilidad; la decisión “determinante” y, por consiguiente, el dominio de la voluntad, tal como ha de entenderse con arreglo a la ley, reside pues, en el sujeto de detrás, 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 lo exige de él.

En virtud de todo lo anterior –y en contra de Armin Kaufmann– en el estado de necesidad coactivo, el sujeto de detrás ha de ser considerado como señor del hecho y autor mediato. Como dice Hernández Plascencia: “El dominio del hecho se afianza aquí en la determinación del sujeto de adelante, dotándolo de una cualidad lesiva para bienes jurídicos a través de la acción directa sobre el instrumento”.²⁰¹

Con esto no se excluye la posibilidad de participación, inclusive en el marco del estado de necesidad. Recordemos el ejemplo de A, B y C que son capturados por una banda cuyo cabecilla D amenaza de muerte a B si no mata a A. B se niega al principio, pero luego persuadido por C realiza el delito.

²⁰⁰ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, pp. 168, 169 y ss.

²⁰¹ Hernández Plascencia, José Ulises. *La autoría mediata...* Op. Cit. Nota 151, p. 165.

En este caso, B está exculpado en virtud de la situación del estado de necesidad creado por D, no por merced de C; lo cual nunca se considerará a C como figura central del suceso a lado de D, ya que el espacio de decisión no fue reducido después por C, y por lo tanto se considera "libre con relación a éste. Por lo cual C sólo puede ser inductor."²⁰²

3.2.2.1.-Estado de Necesidad

Salvo en los casos anteriores, por lo general en un estado de necesidad no aparece la figura de la autoría mediata, precisamente por la falta de coacción sobre el agente por parte de otra persona, sino en virtud de la fuerza de los acontecimientos. A pesar de esto, existen casos particulares que habrán de analizarse a continuación.

El primero de ellos, cuando alguien introduce, dolosamente a otro, a una situación de estado de necesidad, con el propósito de determinarlo a cometer un delito; por ejemplo, ocasionar el hundimiento de un bote, a fin de que el más fuerte de los dos tripulantes aparte de un empujón al más débil de la tabla de Carnéades, ya que ésta solo puede mantener a una sola persona a flote, dirigiéndolo así a una muerte segura.²⁰³

En opinión de Roxin, no hay ninguna duda de que se trata de una autoría mediata, más aún, es un supuesto muy cercano al estado de necesidad coactivo, en donde el sujeto de detrás ha manipulado el suceso y conducido al agente directo a una situación que limita la libertad de decisión por lo que el dominio de la

²⁰² Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*... Op. Cit. Nota 110, p. 171.

"Esta solución, evidente asimismo para el sentimiento jurídico, sólo es posible, de entrada, si se sigue el concepto de dominio del hecho aquí desarrollado en entender que B es igualmente autor, apartándose además del concepto estrictamente psicológico del dominio de la voluntad, puesto que resultando exclusivamente el "poder" anímico es difícil de imaginar que B haya actuado, en relación con un solo hecho, a la vez "libremente" y "no libremente". Ante todo, cabría objetar que B, si sólo al final cedió ante las palabras de C. Pero no se trata de esto, pues la situación coactiva fue creada por D, y eso sólo basta para hacer aparecer a B como dominado por él, al margen de cómo éste se situara al respecto internamente".

²⁰³ *Ibidem*, p. 172.

voluntad reside en el sujeto de detrás, y –agrega Hernández Plascencia– siempre que éste tenga dolo –incluso eventual– respecto del resultado.²⁰⁴

En esta tesitura, Jakobs explica, que el conflicto que un comportamiento justificado desencadena, debe resolverse mediante su remisión al contexto justificante de dicho comportamiento. Si la situación justificante no es fruto del azar, sino provocada por una persona, “al remitir a la situación simultáneamente se inculpa al responsable de la organización. Dado que es responsable de la situación que posibilita un comportamiento justificado, responde también por este comportamiento”.²⁰⁵

El segundo caso, es cuando se aprovecha de una situación de necesidad, no creada por él, para conseguir un resultado que desea a través de aquel que experimenta la situación de necesidad, ya mediante la determinación del comportamiento o mediante simple auxilio. Modificando el caso Carnéades, un naufrago que se ha salvado por sujetar la tabla que sólo puede soportarlo a él; un tercero que determina a otro naufrago a arrebatar la tabla al primero o le auxilia, por ejemplo proporcionándole un arma.

Para Gallas, existe autoría mediata: “La preponderancia del sujeto de detrás subsiste aún cuando éste no la consiga por sí mismo, sino que sólo la aproveche: el ejecutor directo, como consecuencia de la situación de necesidad..., no es capaz de contraponer a la tentación por parte del sujeto de detrás la resistencia de que él se exige en los demás casos y por eso está “en sus manos””.²⁰⁶

Por la parte mayoritaria de la doctrina del dominio del hecho, da por sentado que nos encontramos en presencia de una participación.

²⁰⁴ Hernández Plascencia, José Ulises. *La autoría mediata*... Op. Cit. Nota 151, p. 165.

²⁰⁵ Jakobs, Günther. *Derecho Penal*... Op. Cit. Nota 50, p. 771.

²⁰⁶ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*... Op. Cit. Nota 110, pp. 172, 173 y ss.

Pero a juicio de Roxin, debe encontrarse un punto medio. Cuando meramente se habla de una incitación para que alguien se salve a costa de otro, ha de negarse el dominio del hecho por parte del que determinó, ya que si bien es verdad de que el sujeto actúa sin posibilidad de decisión "libre" en el sentido de la ley, esto es completamente independiente con respecto al tercero, y esta sola fundamenta la situación coactiva anímica que entraña la exculpación del agente.²⁰⁷ En otras palabras, quien se encuentra con una situación de necesidad y se limita a estimular al que actúa en estado de necesidad mediante la indicación del camino de salvación u ofreciéndole otro tipo de ayuda, sin cambiar la situación exterior en perjuicio de la víctima del hecho, comete inducción o complicidad en relación al hecho cometido.²⁰⁸

Por el contrario –continúa Roxin– cuando el tercero es el que procura al que ha incurrido en estado de necesidad (sin proponérselo) la posibilidad de ponerse a buen recaudo a causa de otro, como poner a su "disposición" una pistola para poder matar al naufrago que sujeta la tabla y que en otro caso no estaría en peligro. En este caso, el tercero modifica la situación objetiva al dar a quien actúa en peligro la posibilidad (que sin él no tendría) de realizar el delito en estado de necesidad; inclusive puede asimilarse al caso en el que el tercero pone al ejecutor en estado de necesidad.

Lo anterior, se da, ya que el tercero es el que crea la situación interna de conflicto, del ejecutor, que entraña la exculpación, y por lo tanto el de atrás tiene el dominio de la voluntad para ser considerado autor mediato. Modificando la situación externa, mediante lo cual se procura una preponderancia con respecto al otro, el sujeto de detrás hace las veces del destino, exactamente igual que sí, sin dar el rodeo por el autor en estado de necesidad, interviniera él personalmente y batiera al náufrago ya seguro a fin de procurar la tabla de salvación al otro náufrago.

²⁰⁷ *Ibidem*, pp. 173, 174 y ss.

²⁰⁸ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal...* Op. Cit. Nota 141, p. 928.

Cabe aclarar, que no importa la intención del de atrás, ya sea que quiera perjudicar a su enemigo sirviéndose de otro que esta disculpado, o porque verdaderamente quiere salvar a su amigo, en el segundo caso, claro esta, deberá de juzgarse más benignamente, pero en ambos hay autoría mediata.

3.2.2.2.- Coacción para la Autolesión.

Existe especial problema cuando se produce una coacción (estado de necesidad) para la autolesión o para el suicidio, si el que omite o quien determina o suicidarse a alguien, o quien engaña a un enfermo mental, un menor, o en general a una persona próxima, habrá de ser considerado o no como señor del hecho de un homicidio.

El instrumentar a la propia victima del delito puede ser una forma de cometer el hecho mediatamente, a pesar, de que exista el argumento minoritario, de que el sujeto de atrás actúa directamente sobre la victima para lesionar el bien jurídico del que ella es titular, de ser así, la autoría directa sería la solución más adecuada. Cabe decir, que si ya resulta por demás difícil, dar una solución al respecto de la responsabilidad de quien no evita la lesión de un sujeto que libremente se autolesiona; igual grado de dificultad entrañará la tarea de dilucidar la responsabilidad correspondiente al tercero que interviene de manera activa, en la autolesión de alguno que no actúa con propia libertad.

Es dable apuntar, que nuestro ordenamiento jurídico, en su artículo 312 (CPF), acepta la participación en el suicidio (así como el CPF en su art. 143 y el StGB § 216)²⁰⁹ lo cual atribuye, sin discusión al suicida la autoría de su muerte. En

²⁰⁹ Art. 312 (CPF): *"El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años."*

Art. 143 (CPE):

- * 1. *El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.*
- 2. *Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.*

virtud de esto, Hernández Plascencia homologa la acción del suicida a la del homicida, ya que ambas son acción de matar, lo cual da lugar a entender que en cualquiera de las dos situaciones, la dominabilidad de la acción puede recaer en persona distinta del que la ejecuta, poniendo así de manifiesto que la acción del suicida es una acción dominable por él mismo o por un tercero; en otras palabras, una persona (la de atrás) estaría matando a través de otra, la propia víctima, lo que conlleva, sin duda, a una autoría mediata.²¹⁰

Contra esta tesis, no es posible aceptar –continúa Hernández Plascencia – el argumento de que como el suicidio no es punible, debe prescindirse también del castigo de los partícipes, ya que la propia ley, como ya vimos, indica lo contrario.

Es preciso, para la existencia de autoría mediata en una autolesión, además de ser la concreción de la voluntad de la víctima, que sea realizada por ella misma, independientemente de que pudiera estar favorecida por otras personas.²¹¹ Debe descartarse, de manera tajante, el supuesto en el cual se ejecuta directamente la acción, a pesar de estar instrumentalizada la voluntad de la víctima, ya que se consideraría como autoría directa; el propio CPF en su artículo 312 prevé esta situación de proporcionar auxilio para el suicidio "*...si se lo prestare hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años...*"

3. *Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.*

4. *El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo."*

§ 261. *Homicidio a petición:*

(1) *Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de seria y expresa petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de libertad de seis meses a cinco años.*

(2) *La tentativa es punible."*

²¹⁰ Hernández Plascencia, José Ulises. La autoría mediata... Op. Cit. Nota 151, p. 216, 217, 218 y ss.

²¹¹ *Ibidem*, pp. 225, 226 y ss.

Por su parte, Roxin, entiende que, está claro (sobre la base del dominio del hecho) que la mera determinación a otro a que se suicide no convierte al sujeto de detrás en autor mediato, requiriéndose además de la causación, la "voluntad de autor" del que determina, lo cual no se cumple con el inductor.²¹²

Pero el problema total en estos casos, radica en la falta de tipicidad o (según sea entendida) de la acción suicida.

Para Welzel, en virtud de que no es típica una autolesión, no se pueden utilizar los mismos argumentos que con el estado de necesidad coactivo, pero ya que existe la misma vinculación en aquello de la voluntad ajena, que es lo que fundamenta el dominio supremo del hecho del que coacciona desde atrás y, por lo tanto, su autoría. El hecho, para el de atrás, es una lesión típica de un extraño, sin importar que la ejecución del coaccionado sea atípica; y pone el siguiente ejemplo: "Un patrón obliga a un aprendiz a comer vísceras sin limpiar. El patrón es autor mediato de la lesión corporal".²¹³

Por su parte, Claus Roxin manifiesta que, resulta evidente que hay dominio del hecho del que determina, siempre que (pero también sólo cuando) se den los requisitos del estado de necesidad coactivo, en otras palabras, siempre que haya sido forzado a suicidarse el afectado, mediante violencia o amenaza, no habrá una decisión libre del coaccionado perdiendo de esta manera el dominio de la voluntad.²¹⁴

En el caso de autolesión, la coacción difiere del estado de necesidad coactivo –continúa explicando Roxin– en dos aspectos. El primero, basado en la atipicidad de la conducta del suicida haría pensar, en principio, el no poder aplicar directamente la idea que fundamenta el estado de necesidad coactivo; pero como

²¹² Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, p. 181.

²¹³ Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán...* Op. Cit. Nota 41, p. 124.

²¹⁴ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, p. 183, 184 y ss.

los medios coactivos son los mismos, así como las consideraciones en que descansa la impunidad del suicida recaen únicamente sobre su persona, sin influir sobre la persona de atrás, es posible generalizar y aplicar los mismos razonamientos que en el estado de necesidad coactivo.

El segundo aspecto, es la diferencia de que en el estado de necesidad la persona actúa bajo el impulso del instinto de conservación, motivo por el cual se disculpa; en la autolesión, la coacción va dirigida a la inversa, separar al agente de ese instinto, a tal grado de que llegue al suicidio; desde este punto de vista, el suicidio es la decisión volitiva más libre.

Pero en un análisis más detallado —el autor en comento indica— que si bien la disyuntiva del coaccionado se refiere, por ejemplo, a matarse o que otro lo haga, el instinto de conservación no lo hará desistir del suicidio (ya que su vida la da por perdida de todos modos). No por eso habrá de negarse su "libertad" de decisión, ya que la mantiene con respecto, aunque de manera reducida a la forma de morir, y en este punto, la violencia o la amenaza provocaran una decisión poco razonable por parte de la víctima.

Pensemos en el ejemplo de la madre, al ver amenazada la vida de su hijo, puede tener un impulso instintivo de salvación y protección para con su infante lo suficientemente intenso para contrarrestar el propio impulso de conservación y sacrificarse.

Si no se discute, que la conducta de una persona este disculpada cuando, por ejemplo, mata a otro en legítima defensa de un allegado. ¿Porqué debe considerarse distinto cuando uno se da muerte a sí mismo con igual finalidad? Es por esto que Roxin afirma que la coacción a la autolesión fundamenta el dominio de la voluntad del autor mediato siempre que, pero sólo cuando, se este en presencia de una situación similar al estado de necesidad coactivo.

En esta tesitura, Hernández Plascencia indica que, en un primer nivel, el dominio del hecho debe tenerlo el sujeto que controla la cualidad lesiva de la autolesión, lo cual es canalizado por el sujeto de atrás mediante violencia. No basta comprobar que la cualidad lesiva alcance la afectación del bien jurídico, sino que se habrá de cualificar el modo de afectación, "por ejemplo, cuando la víctima se ha autodeterminado libremente a autolesionarse, y otro sujeto le impone el modo, contrario a sus deseos, de llevar acabo el proceso, pese a que tiene el dominio de la cualidad lesiva lo tendría el instrumento, porque se ha decidido libremente por la autolesión, sin embargo es el sujeto de atrás quien controla de forma inmediata no la decisión de la autolesión, sino la propia realización de la decisión. La inmediatez del control se verifica en la autolesión a través de la propia acción que ejerce el sujeto de atrás, de tal forma que fácticamente controle la acción concreta del instrumento, y no la decisión libre y abstracta del instrumento".²¹⁵

En un segundo nivel, es necesario, que el control del ejercicio de la decisión no sea abandonado por la víctima a otra persona, por ejemplo cuando se ha resuelto libremente la persona a suicidarse, después de iniciada la ejecución por él, caiga en un estado de inimputabilidad (narcotizado, desmayado, etc.) y el sujeto de atrás intervenga facilitando o terminado la producción del resultado.

3.2.3.- INSTRUMENTO QUE ACTÚA CONFORME A DERECHO

Estamos en presencia de casos donde el instrumento actúa jurídicamente desde el punto de vista objetivo como el subjetivo, pero no importa su actuación ajustada a Derecho, sino la ilicitud de la actuación del hombre de atrás. Jescheck ejemplifica de la siguiente manera: Un funcionario de policía practica, de buena fe, una detención en base a una acusación falsa consciente, la ilicitud de la conducta del hombre de atrás se determina por su conocimiento de la falta de justificación

²¹⁵ Hernández Plascencia, José Ulises. La autoría mediata... Op. Cit. Nota 151, p. 247.

material para la detención. El dominio del hecho se fundamenta aquí, en que el instrumento, por razón de los preceptos jurídicos existentes, debe comportarse del modo como pretende el hombre de atrás de mala fe.²¹⁶

Por su parte, Maurach-Gössel-Zipf afirman que la antijuridicidad del acontecer debe ser enjuiciada única y exclusivamente a partir del hecho del autor por mano ajena, el cual no responde porque el intermediario haya atacado ilícitamente, sino porque él si lo hizo. "El resultado lícito para la persona del instrumento es meramente un elemento integrante y dependiente de la acción antijurídica final del "hombre de atrás" doloso, una consecuencia causal del abuso del dominio del hecho por parte de éste."²¹⁷

En opinión de Enrique Bacigalupo, un ejemplo más claro a este respecto es de la estafa procesal: "Una de las partes hace valer documentos falsos, con lo que determina una decisión falsa del juez que perjudica a la otra parte. El juez dicta la sentencia, ignorando la falsedad, obra de acuerdo a derecho.

Pero el que obra detrás del autor mediato de estafa porque, en base a su mayor conocimiento de la verdad de los hechos, ha mantenido al dominio del hecho".²¹⁸

Dentro de este orden de ideas, también puede ser autor mediato de homicidio, quien en perjuicio del intermediario, provoque la situación de legítima defensa de éste, con el fin de impulsarlo a una acción de defensa típica. A diferencia de cuando el hombre de atrás, no propicia la legítima defensa del intermediario, pero motiva a éste a ejercer la defensa necesaria; aquí falta la voluntad del dominio del hecho, ya que quien exhorta en legítima defensa estará actuando lícitamente como ayudante de ella y "con el elemento subjetivo de

²¹⁶ Jescheck, Hans-Heinrich, *Treatado de Derecho Penal*... Op. Cit. Nota 141, p. 925.

²¹⁷ Maurach, Gössel y Zipf. *Derecho penal*... Op. Cit. Nota 99, p. 350.

²¹⁸ Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal*... Op. Cit. Nota 78, p. 509.

justificación del querer prestar ayuda, el que perfectamente puede compensar motivos tales como, por ejemplo, la alegría por la lesión del agresor.²¹⁹

²¹⁹ Maurach, Gössel y Zipf. Derecho penal... Op. Cit. Nota 99, p. 351..

3.2.4.-DOMINIO DE LA VOLUNTAD POR VIRTUD DEL ERROR

El error como fenómeno psíquico supone la no coincidencia entre realidad y convivencia de dicha realidad. Puede constituir el error la falsa representación que el sujeto hace de los hechos, así como el simple desconocimiento de los mismos. En general, se reconoce como autor mediato al sujeto que para cometer un delito utiliza a otra persona (instrumento) que incurre en una falsa representación de la realidad.

Pero el determinar la autoría mediata a través del error no es fácil, hay que tener en cuenta el tipo de error y el alcance del mismo.²²⁰ Un punto de polémica, de inicio, es el de considerar que el que obra en error actúa libremente y su instrumentalización se basa en la falta de conocimiento, a si no actúa de modo libre precisamente porque desconoce las circunstancias que rodea su acción.²²¹

3.2.4.1.-Error de Tipo

Comencemos con los ejemplos de Roxin, donde A pide a B encender la luz en un piso lo que inocentemente hace B, actuando así, como lo planeo A, en un lugar lejano un explosivo es accionado por el interruptor de la luz encendida por B y mata a una persona. O, A aconseja a B, que tomara unas vacaciones, a tomar un avión el cual sabe que en el viaje se estrellara.²²²

En el primer caso, el error conduce a dañar a otro, en el segundo a la muerte del mismo que erró. A primera vista, podemos decir que difieren de los casos de coacción ya que en éstos, el autor directo domina la acción (inculpablemente), en cambio aquí, el que yerra no domina la situación porque actúa de manera causal ciega, es decir sin dolo. Por eso afirma Roxin que es un

²²⁰ Bolea Bardon, Carolina, *Autoría Mediata*... Op. Cit. Nota 147, pp. 175, 176 y ss.

²²¹ Hernández Plascencia, José Ulises. *La autoría mediata*... Op. Cit. Nota 151, p. 170.

²²² Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*... Op. Cit. Nota 110, pp. 193, 194 y ss.

factor condicionante ciego, cuya significación para el curso de la acción no es mayor que la que posee cualquier otra condición del resultado.

Tampoco considera Roxin que el sujeto de atrás domine al autor inmediato, ya que en el caso de los ejemplos, depende del arbitrio de B encender la luz o tomar el avión. Lo único que tiene el autor mediato es un conocimiento superior.

Pero el conocimiento superior que caracteriza al hombre de atrás no es suficiente para fundamentar el dominio del hecho, únicamente posibilita la dirección del hecho, la esencia reside en la "finalidad" del actuar humano, porque el de atrás es el único que dirige finalmente el acontecer humano. En base a esto, se entiende que puede faltar la relación psíquica entre el autor mediato y el instrumento.²²³

Pero ¿qué pasa cuando el sujeto de tras no provoca del actor inmediato? Sino simplemente auxilia o presta un favorecimiento en la ejecución del hecho.

Roxin utiliza el siguiente ejemplo: A, para gastar una broma, le pide a B un arma supuestamente descargada y B, a pesar de darse cuenta del error de A y sabiendo que está cargada, le deja el arma a A, "determinándolo" así al hecho. Para el autor alemán, la única diferencia que encuentra entre haber provocado el error, y este supuesto, es el distinto influjo sobre la formación de la voluntad de A; lo cual es irrelevante pues la autoría mediata no se basa aquí en la circunstancia de el sujeto de atrás domine la voluntad del ejecutor, sino en que involucra el comportamiento de éste en la cadena causal como factor condicionante ciego.²²⁴

²²³ Ibidem, p. 195.

"Ciertamente en el plan delictivo del sujeto de detrás se desliza cierta inseguridad en tanto el instrumento que yerra obra libremente con respecto al resultado extratípico que él persigue (encender la luz, montar en avión). Pero tal inseguridad no es en principio mayor que aquella que está ligada en general al empleo de los 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".

²²⁴ Ibidem, pp. 196 y 197.

Pensemos ahora en el caso de la madre miope, que pretende administrarle a su hijo un analgésico y su casero, a su ruego, le entrega un vaso de agua, aun habiendo notado que la mujer ha confundido la medicina y está a punto de disolver un veneno letal.

En este sentido, Hernández Plascencia considera que no es imprescindible, para la autoría mediata, que la persona de atrás haya provocado el error del instrumento, solamente basta que una persona se aproveche de un sujeto "autoinstrumentalizado" por su propio error, para producir un resultado. Así la autoría mediata dependerá no sólo de que el ejecutor sea un instrumento (falta de dolo) sino que el sujeto de atrás domine la cualidad lesiva de la acción en los casos de error, provocando o aprovechando una situación de falta de libertad del sujeto de delante para cometer el delito siempre que la prestación del sujeto de atrás tenga un significado objetivo de confirmación al hecho.²²⁵

De esta manera, resulta claro para Roxin que cualquier contribución causal para el resultado aportada por el único que interviene dolosamente en el proceso, puede llegar a fundamentar el dominio del hecho. Pero no cualquier influencia en el proceso es suficiente para admitir la autoría mediata; ya que si bien todo el que conoce la situación de ausencia de dolo en el ejecutor interpone de forma consciente una condición para el resultado, es portador del dominio de la voluntad y, por ello, autor mediato, al referirse al ejemplo del vaso de agua agrega que, no toda señal afirmativa o palabra de acompañamiento puede convertir al tercero en autor de homicidio.

Finalmente, en el caso en que el tercero adopta una actitud totalmente pasiva y, se limita a observar como la mamá alcanza por si misma el vaso de agua y se dispone a darle la sustancia tóxica al niño, su conducta no será penalmente relevante (que en caso de ejecución dolosa de la madre sería complicidad psíquica) porque la aprobación no es causal en los casos de ausencia de dolo, en

²²⁵ Hernández Plascencia, José Ulises. La autoría mediata...Op. Cit. Nota 151, p. 185.

virtud de una falta de fortalecimiento de la resolución delictiva en sentido jurídico-penal.²²⁶

Desde una perspectiva distinta y, atendiendo al criterio de la competencia por el propio comportamiento organizador, Jakobs trata de comprobar si el hombre de atrás puede ser distanciado de la conexión entre el defecto de imputación y la ejecución del hecho o sí, al contrario, esa relación pertenece más al ámbito de organización que al círculo de organización del ejecutor; compitiéndole con carácter preferente al hombre de atrás, únicamente en el último caso. Así, en el ejemplo del vaso de agua, el alcanzar un objeto “alcanzable” se agota en cumplir el deseo limitado según el dueño de ese objeto, y no significa ninguna toma de posición en relación al plan, en el cual otro requiere utilizar el objeto; sin embargo, no habría problema en hacerlo responder –al casero– por un delito de omisión del deber de auxilio.²²⁷

En otras palabras, el hombre de atrás sólo responde del comportamiento del ejecutor cuando exista competencia por dos fundamentaciones: **La primera es una competencia por el comportamiento**, ya que cuando alguien actúa por error y éste no atañe directamente al hombre de atrás, será competente, en virtud del favorecimiento del comportamiento que desencadena el daño, y cuando ese comportamiento sea el de una persona que actúa por error, la competencia por el comportamiento obliga al hombre de atrás a tener en cuenta la culpabilidad de dicho comportamiento.²²⁸

Jakobs ejemplifica: en el caso de que a un tirador se le comunica que la línea de tiro está libre, lo que no es cierto y el tirador no puede percibirlo, la persona encargada de administrar y entregar las armas, dispone de indicios que

²²⁶ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, pp. 200 y 201.

²²⁷ Jakobs, Günther. *Derecho Penal...* Op. Cit. Nota 50, p. 767 y 768.

²²⁸ Jakobs, Günther. *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*. Trad. Cancio Meliá, 1ª reimpr. CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTÍCULOS Nº. 15, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998. pp. 17.

indican la suposición, de que la línea de tiro esta libre, es errónea, a pesar de ello entrega el arma al tirador conforme a lo acordado y una persona resulta lesionada; ya que el encargado ha hecho posible de modo específico el disparo (ese es el significado objetivo de la entrega del arma en el contexto descrito) el error del tirador se convierte, también, en asunto suyo.²²⁹

La segunda es una competencia primaria por el error, ya que la persona cuenta con un nivel de información insuficiente, y puede que con ello, a su vez, se convierta en una competencia de una tercera persona. En un segundo ejemplo, alguien compra a un minorista cinco kilos de sal común, al preguntar el vendedor el uso que se le dará a tan elevada cantidad el comprador afirma el querer utilizar la sal como fertilizante de orquídeas. El vendedor supone que eso es incorrecto, y el comprador actúa por error, ya sea porque lo haya escuchado, leído o fue asesorado de mala fe por un experto, en su rol de lego, por lo que el vendedor se mantiene dentro del marco del riesgo permitido; independientemente de donde haya obtenido el comprador ese conocimiento, al vendedor no le atañe, ya que su rol es el de vendedor, sin importar siquiera de quien son las orquídeas, o sea, que el comprador maltrate plantas propias o ajenas.²³⁰

Distinto es, cuando a partir del contacto sociales extienda el defecto a alguien que asume el cometido de responder de los defectos cognitivos que el otro

²²⁹ Ibidem, p. 18.

"Una aportación que constituiría participación en el hecho de un sujeto responsable, fundamenta una autoría mediate cuando el otro no es responsable (y ello es previsible con un grado de probabilidad que se sitúa fuera del riesgo permitido... Si se contraponen el comportamiento responsable de una conducta no responsable en cuanto a comportamiento natural desde la perspectiva jurídico-penal se alcanza una conclusión que es prácticamente trivial aquello que constituye participación en cuanto favorecimiento de un comportamiento responsable, pasa a ser ejecución propia del hecho cuando supone el manejo de elementos de la naturaleza".

²³⁰ Ibidem, p. 20.

"...nadie es instrumento de otro por el mero hecho de saber menos que éste, con independencia de que el error sea evitable, inevitable o que ni siquiera sea competencia del sujeto que yerra disponer de más conocimientos; por el contrario, se ha de fundamentar que le corresponde relevancia jurídica al defecto fáctico de dirección del comportamiento para que pueda hablarse de autoría mediate".

presente, es decir, cuando alguien confía en la dirección de un especialista, y se produce el error del otro a través de sus consejos.²³¹

3.2.4.2.- ERROR DE PROHIBICIÓN.

Con respecto al error de prohibición, se discute en el campo del finalismo su relevancia para la configuración de la autoría medita. El propio Welzel señaló que si bien el error de prohibición facilita la decisión de ejecutar el hecho, no hace a la persona que determinó el error en señor sobre el acontecer fáctico. En este caso se reconoce, que la acción que realiza el sujeto de delante podría ser atribuible como su propio hecho, ya que respecto a lo prohibido por la norma actúa finalmente.²³²

También Roxin utiliza el criterio de supradeterminación final del curso causal para la fundamentación del dominio del hecho en los supuestos de error de prohibición. Al igual que en el error de tipo, quien actúa en error de prohibición es libre de su decisión y, en consecuencia, tampoco es necesario un dominio directo del sujeto de atrás sobre la persona del instrumento. Por tal motivo, el error de prohibición, invencible del intermediario sirve de base, siempre, par construir la autoría mediata del sujeto de atrás.

²³¹ Ibidem, pp. 20 y 21.

Jakobs, explica a través del siguiente ejemplo: "Un electricista debe evitar que su cliente toque el cable eléctrico cuando éste aún no está aislado, de lo contrario, responde de las consecuencias, como autor mediato de un delito de lesiones por medio de un instrumento cuasi-no doloso. También puede ocurrir que el autor mediato se haga pasar por especialista sin serlo: quien afirma conocer la situación y ser competente para dar consejos, debe quedar vinculado a esa representación de su propia persona. Aquí han de ubicarse los casos más comunes, es decir, todos aquellos en los que el autor mediato desempeña el papel de un consejero y produce el error del otro a través de sus consejos".

²³² Hernández Plascencia, José Ulises. *La autoría mediata...* Op. Cit. Nota 151, pp. 192 y 193.

"Desde la perspectiva del sujeto de atrás, el desconocimiento que tiene el sujeto de delante sobre la ilicitud de su acción es un medio idóneo que le permite instrumentalizarse hacia la ejecución del hecho prohibido, puesto que esta dominando una cualidad, la cualidad <<lesiva>> de la acción, proyectada hacia el ordenamiento jurídico, otorgando al sujeto de atrás la dirección de su conducta hacia el resultado y el superior control del acontecimiento fáctico".

En virtud de que la finalidad propia del actuar humano es la que permite dominar los acontecimientos, para Roxin los casos de error de prohibición, y dado que el instrumento actúa dolosamente, distingue dos grados de dominio del hecho (basados en la supradeterminación final); "para el dominio del hecho de primer grado basta el conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho, o sea, los presupuestos del injusto, sin que el autor tenga que haber advertido el sentido social, el desvalor, de su comportamiento. El segundo y superior grado del dominio del hecho presupone que el agente ha advertido además el sentido del tipo, o sea, la dañosidad social o la antijuridicidad material de su hacer. Únicamente en este segundo grado es posible una configuración del hecho con pleno sentido. **...Así pues, el dominio del hecho de segundo grado requiere sólo la conciencia de la antijuridicidad material, no de la formal.**" ²³³

Welzel –citado por Roxin– aporta el ejemplo de una mujer que aborta en un país extranjero pensando que éste comportamiento, al igual que en su país de origen, no está prohibido por el ordenamiento: a) ha sido determinada a cometer el hecho por otra persona que conocía la existencia de la prohibición; b) alguien le ha prestado ayuda para abortar siendo conscientemente de la prohibición.

Aplicando el método de Roxin. La autor Carolina Bolea Bardón, coincide con él al considerar que en este ejemplo de la mujer que aborta si sabe que en el país en el que se encuentra el aborto es en general considerado moralmente reprochable y dañoso socialmente, entonces tiene (a pesar de su desconocimiento de la prohibición legal) el segundo nivel de dominio del hecho, y el hombre de atrás que la ha instigado es solamente inductor. En caso contrario, piensa que el aborto es útil para la comunidad siendo aprobado por la opinión general como control de la natalidad, entonces el de atrás es autor mediato.²³⁴

²³³ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*... Op. Cit. Nota 110, pp. 221y 222.

²³⁴ Bolea Bardón, Carolina, *Autoría Mediata*... Op. Cit. Nota 147, p. 215.

Ahora bien, respecto a la evitabilidad del error Roxin concluye: "Al mismo tiempo, de lo expuesto se deduce que la cuestión de si un error de prohibición es exculpable y en qué medida, no representa un criterio determinante por necesidad de la autoría mediata. Ciertamente cabe afirmar que un error de prohibición sólo va a ser vencible cuando le esté oculta al autor al menos la desvaloración de su comportamiento; consiguientemente, por lo general puede establecerse que un error exculpante convierte al sujeto de detrás que lo ha advertido, en titular de un dominio del hecho superior grado. Pero este enunciado no es válido a la inversa: un error de prohibición que sólo atenúe la culpabilidad o que no exculpe en absoluto no siempre presupone que el agente tenga claro el sentido social de su conducta, pues la no exculpabilidad puede residir también en la incorrección reprochable de seguimiento valorativo. Con todo, la mayor reprochabilidad del error de prohibición se basará casi siempre en que el autor tenía claro que llevaba acabo algo materialmente injusto, pues cuanto más claro le llegue esto a su consciencia con más facilidad será por lo general, evitable el error."²³⁵

3.2.5.- ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE EXCULPACIÓN (EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD).

Nos referimos a los supuestos donde el hombre de adelante creé erróneamente que se dan los presupuestos fácticos que podrían llegar a exculpar la conducta, por lo que lleva acabo la conducta como si así fuere.

Regresemos al caso del naufragio donde A se salva por haberse aferrado a la tabla de Carneades. B lo abate por salvarse él, pero en realidad no se encontraba en un estado de necesidad porque se acercaba un barco para salvar a ambos. Pensemos en un sujeto de atrás C, que entrevé la situación por estar en un escollo al que no pueden llegar los otros y desde el que observa acercarse el barco; su cooperación puede ser de distintas formas: Puede provocar el error de B

²³⁵ Roxin, Claus. Autoría y Dominio del Hecho... Op. Cit. Nota 110, p. 228.

al afirmar que el barco no está a la vista, puede simplemente instigar a B para que mate a A y se salve, o posibilitar a B que mate a A lanzándole una pistola.²³⁶

Para Roxin, en estos casos, la autoría mediata se encuentra fundamentalmente en que el ejecutor, al momento de que se siente forzado al hecho por efecto del error, no percibe el significado jurídico-social del mismo, mientras que el hombre de atrás en virtud de su mejor conocimiento tiene al que yerra en sus manos. Así, la vencibilidad o invencibilidad del error, así como la de la provocación o simple utilización del error por el hombre de atrás deben ser tratadas según las reglas establecidas para el error de prohibición.

A partir de la idea de los dos grados de dominio del hecho, el autor en comento afirma que el autor directo –en suposición errónea de los presupuestos de una causa de exclusión de culpabilidad– obra dolosamente en el sentido de la teoría de la culpabilidad; por lo tanto tendrá el dominio de la acción y el de la voluntad, así pues es señor del hecho en primer grado. Por otro lado, tiene el segundo grado de dominio del hecho, al momento de que sabe que hace algo desvalorado como matar un inocente (aunque sea para salvarse).

Pero el autor directo no tiene el correcto sentido social de su conducta, la cual es decisiva para el enjuiciamiento jurídico, no es lo mismo matar por necesidad que ser culpable de homicidio. La captación del sentido social requiere más que el conocimiento de las circunstancias típicas exteriores (primer grado) y el injusto material (segundo grado); únicamente quien conoce además, los elementos de la reprochabilidad jurídica comprende el verdadero significado de su actuación, y puede dirigir el suceso. Normalmente esta conciencia amplia se da con el conocimiento de la antijuridicidad material, así como el segundo grado de dominio del hecho surge del conocimiento de las circunstancias del hecho; pero en casos de error sobre los elementos que excluyen la culpabilidad, únicamente habrá autoría mediata al reconocer un tercer grado de dominio del hecho sobre

²³⁶ Ibidem, p. 232, 233 y 234.

quien tiene la captación del contenido de la culpabilidad de la acción que en realidad se presenta, ya que puede utilizar al ejecutor como instrumento en virtud de su conocimiento más amplio.

En caso de que el error fuera vencible –dice Hernández Plascencia– el sujeto tendrá que ser castigado como autor doloso, posiblemente atenuando la pena, pero no serviría, según el planteamiento de Roxin, para construir una autoría mediata, ya que el sujeto de adelante es responsable. Pero si el punto de partida es el error y no la situación de necesidad, entonces sí se podría fundamentar la autoría mediata dado que no rige el principio de responsabilidad.²³⁷

Para Bolea Bardón, poniendo en relación el fundamento de las causas de exculpación con los presupuestos de la autoría en los casos de autor tras el autor, llegamos a la conclusión de que solamente cuando exista una situación plena de exculpación, es posible afirmar que el hombre de atrás tiene razones objetivas para poder contar con la realización del hecho por parte del ejecutor material, si partimos de que cualquier persona normal haría lo mismo. "El hacer creer a otra persona que se le avecina un mal que, en realidad, no existe permite al hombre de detrás contar con que el sujeto no será capaz de resistir la excepcional presión motivacional experimentada como consecuencia del error. La provocación de la situación de anomalía motivacional es, por tanto, la que hace posible afirmar el dominio del riesgo del hombre de detrás, dominio que comparte (desde distinta posición) con el autor mediato, quien, pese a quedar exento de responsabilidad penal, no deja de ser autor de tipo doloso".²³⁸

²³⁷ Hernández Plascencia, José Ulises. *La autoría mediata*... Op. Cit. Nota 151, p. 195.

²³⁸ Bolea Bardón, Carolina, *Autoría Mediata*... Op. Cit. Nota 147, pp. 251 y 252.

3.2.6.- ERROR SOBRE EL SENTIDO CONCRETO DE LA ACCIÓN.

Analizaremos diversos casos, donde se plantea el dominio del hecho respecto al sentido que tiene para el instrumento la acción que ejecuta. El dominio del hecho esta fundamentado sobre el superior conocimiento respecto al sentido que tiene la acción que libremente ejecuta el intermediario; el cual actúa típica, antijurídica y culpablemente, pero desconoce determinadas circunstancias que le impiden una correcta valoración de su hecho desde el punto de vista jurídico.²³⁹

3.2.6.1.- Error in personam

El ejemplo clásico Dohna, versa en lo siguiente: A quiere matar al propio B, (con conocimiento de ello) este último mediante un telegrama atrae a su enemigo X al lugar donde acecha A a una hora determinada, quien dispara y mata a X.

Una variante al ejemplo anterior dice: A acecha en un camino para disparar a B en cuanto aparezca. C se reúne con A. Al ver que se aproxima su enemigo mortal D, tiene la idea de hacer creer a A que se trata de B. Como consecuencia A abate a D.²⁴⁰

En el caso Dohna, el error in personam del ejecutor es provocado de modo indirecto (no hay relación psíquica entre el autor mediato y el ejecutor), se espera que la persona caiga en el error a partir de la manipulación de la víctima, en cambio, en el ejemplo de Roxin, el ejecutor provoca de forma directa engañando al ejecutor.

Una parte de la doctrina, considera que el problema es resuelto a través de la autoría directa o inmediata, pues el sujeto de atrás lo que maneja es un factor causal más; a lo cual, Hernández Plascencia considera que cuando concurren a la

²³⁹ Hernández Plascencia, José Ulises. La autoría mediata... Op. Cit. Nota 151, p. 217.

²⁴⁰ Roxin, Claus. Autoría y Dominio del Hecho... Op. Cit. Nota 110, pp. 235 y 236.

ejecución de un delito varias personas, a no ser que se determine la existencia de un hecho principal en el que participa necesariamente o no el resto, dicha solución debe quedar descartada y sobre todo en este caso donde el ejecutor sería autor directo también; tampoco se puede hablar de coautoría, ya que no existe acuerdo entre los instrumentos.²⁴¹

Roxin se inclina por una solución mediante la autoría mediata, en la cual no cabe estimar la dirección del hecho fundada en el dominio de la persona, ya que en su ejemplo A obra libremente con respecto a lo que hace deliberadamente, sin afectar a la medida de su injusto ni su culpabilidad. A pesar de esto, se puede hablar de una supradeterminación fundamentadora de dominio con respecto al resultado no querido por A, la muerte de D; aunque para A (ejecutor directo) es irrelevante, pues a la ley penal no le importa si mata a uno o a otro.²⁴²

Por eso Roxin habla de un cuarto grado de dominio del hecho, consistente en la realización vidente y voluntaria, es decir, un "sentido concreto de la acción"; si bien A advirtió el sentido típico de su acción pero no acertó en realizar el fin planteado (actuando en esa medida a ciegas), C si alcanza su meta (la muerte de D) y ello utilizando una persona, que para ese fin fue empleada como instrumento.

Para este autor alemán, el tipo es una figura conceptual abstracta, por lo tanto el dominio del hecho se debe buscar en las circunstancias concretas. El hecho de que el error sobre la identidad de la víctima no se tenga en cuenta en relación con la tipificación de delito, se basa en consideraciones de merecimiento de pena por parte del legislador (ya que para él la vida de las personas tiene el mismo valor, lo que importa es que muere una persona); el dominio del hecho del hombre de atrás deriva de haber conseguido realizar su meta a través del ejecutor, que al errar en cuanto a la persona, es utilizado como instrumento ciego puesto que mata a otra persona distinta a la que quería matar. Teniendo así un

²⁴¹ Hernández Plascencia, José Ulises. *La autoría mediata...* Op. Cit. Nota 151, p. 199.

²⁴² Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, pp. 237, 238, 239 y ss.

dominio del hecho basado en la realización querida y prevista del sentido concreto de la acción.

Por consiguiente, se establecen dos formas de dominio: el dominio de A en relación a la muerte de una persona (dominio sobre la realización del sentido del tipo) y el dominio de B en relación a la muerte de D (dominio sobre la configuración del concreto sentido de la acción).

Respecto al caso original Dohna, Roxin afirma, también, que existe autoría mediata, ya que aunque faltando relación psíquica entre A y B, si B manipula la situación de tal manera que coloca a X en la situación de ser disparado, nos encontramos ante el mismo caso del que mata a otro haciéndole tocar un cable de alta tensión diciéndole que no es peligroso, un caso típico de autoría mediata.

3.2.6.2.- Error en el motivo

Estamos en presencia de un error que afecta únicamente a la motivación que lleva acabo a ejecutar la acción, razón por la que se lleva acabo la acción típica. De la misma manera que en los otros errores, puede ser provocado por el hombre de atrás o simplemente aprovechado por éste.

Ejemplo: A sabe que B es muy celoso. Con el propósito de causar a su enemigo C unas lesiones, A convence a B de que su mujer ha cometido adulterio con C, siendo consciente de que ello no es verdad, y le anima a que le de una paliza.²⁴³

Segunda variante del caso: B esta convencido de que su mujer se entiende con C. S sabe que no es cierto, pero como está enemistado con C convence a B de que lo mejor es dar una paliza a C.

²⁴³ Ibidem, p. 237.

En general la doctrina no considera que en los casos de error en los motivos, sea suficiente en fundamentar la autoría mediata, inclusive cuando el error se a provocado por el hombre de atrás. Por lo anterior, quedaría excluida la autoría mediata en las dos versiones del ejemplo.²⁴⁴

El propio Roxin, desde la perspectiva del dominio del hecho, afirma que el error en los motivos no altera en lo absoluto el dominio del autor inmediato, ni la participación de aquel que emplea el engaño. Por eso hay que distinguir entre un simple error en el motivo y los errores sobre el concreto sentido de la acción, en donde se admitirá autoría mediata respecto de los segundos, cuestión que no ha sido respaldada por la dogmática, ya que sólo reconocen los errores en los motivos.²⁴⁵

3.2.7.- ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS QUE CUALIFICAN AL HECHO.

Nos referimos a los casos donde la persona de adelante realiza un tipo concreto de manera dolosa, pero en atención a otro tipo distinto, que habrá que decidirse si lo realiza la persona de atrás, y por lo tanto el primero lo hace sin dolo, para lo cual nos auxiliaremos del siguiente ejemplo:

Un sujeto determina a otro a cometer un robo, Además, para que pueda robar a la victima, le facilita una sustancia que debía producir sólo una lesión

²⁴⁴ Bolea Bardon, Carolina, *Autoría Mediata...* Op. Cit. Nota 147, p. 245.

²⁴⁵ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, pp. 241 y 242.

"La única duda es lo que ha de entenderse como error en el motivo. Si el sujeto activo no acierta a conseguir el fin que pretendía, no hace falta que además se dé error en el motivo, pues entonces tendría que incluirse en éste hasta los errores que excluyen el dolo. Es más, cabría añadir todos los errores irrelevantes para la realización del tipo subjetivo. Pero esta solución desconocería el cuarto grado de dominio del hecho y con ello la importancia, expuesta *ut supra*, de la situación concreta par las relaciones de participación.

Queda entonces sólo la posibilidad de considerar como error en el motivo cualquier idea equivocada que no se refiera al sentido concreto de la acción".

corporal y sin embargo, tiene un efecto mortal que desconoce el ejecutor material, pero que es conocido por el que se la entrega.²⁴⁶

Roxin recurre a la autoría mediata para solucionar el problema, ya que según él, de producirse el resultado de muerte, estaríamos en presencia de un homicidio en autoría mediata en concurso ideal con inducción al robo. En contra de esto, Sippel argumenta de que la causación de las lesiones graves o incluso de la muerte de la víctima dependerían de la decisión de un tercero de cometer un delito, ya que no podía tener ninguna influencia en el proceso de decisión. cuestión aparte es la de comportarse de determinada manera y de poner a su disposición un medio para llevar a cabo el delito.²⁴⁷

Pero la autora española Bolea Bardon, considera que Sippel se olvida que precisamente en la relación con el riesgo de muerte, falta una decisión autónoma por parte del ejecutor material, su decisión de cometer el hecho se instrumentaliza por el hombre de atrás. Concluye –coincidiendo con Roxin– que la autoría es siempre realización del tipo, de manera que ante un homicidio no puede rechazarse la autoría mediata con ayuda de un instrumento doloso, con consideraciones referidas a otro tipo distinto.

3.2.8.- ERROR SOBRE LA GRAVEDAD DEL INJUSTO.

En el ejemplo: A, movida por ansias de venganza, hace creer a B que un valioso cuadro propiedad de su marido no posee ningún valor. A convence a B de que su marido sin duda se alegraría si ella destruye el cuadro y lo sustituye por otro.

Un grupo de autores, comandados por Roxin, reconoce la existencia de autoría mediata en estos casos –incluyéndolos en lo que denominan errores en un

²⁴⁶ Bolea Bardon, Carolina, Autoría Mediata... Op. Cit. Nota 147, p. 191.

²⁴⁷ Ibidem, p. 192.

grupo de casos denominados "error del instrumento sobre el concreto sentido de la acción"—exigiendo que el conocimiento restante del hombre de atrás posea alguna importancia, pero insisten en que la propia responsabilidad del ejecutor inmediato por otro injusto de menor gravedad no puede impedir apreciar autoría mediata.²⁴⁸

Por su parte, Hernández Plascencia sostiene que cuando alguien destroza un cuadro sin saber el valor del mismo, no se le puede preguntar hasta que punto quería quemar el cuadro, si creía que era menos valioso; por eso la autoría medita no dependerá del mayor o menor valor del cuadro, sino sobre si tiene o no valor.²⁴⁹ A lo que Bolea Bardon no considera necesario el desconocimiento del valor total del cuadro, sino simplemente se represente estar destrozando un cuadro de menor valor.²⁵⁰

3.2.9.- DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER

Ya comprobamos que el dominio de la voluntad por parte de la persona de atrás puede basarse en la coacción o por error del ejecutor, pero ¿que sucede en los supuestos en que la persona de atrás, pertenece a una estructura organizada de poder —el ejercito por ejemplo —.

Se utiliza el concepto de dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas, para resolver los supuestos de la posguerra y

²⁴⁸ Ibidem, p. 194.

²⁴⁹ Hernández Plascencia, José Ulises. *La autoría mediata...* Op. Cit. Nota 151, pp. 196 y 197.

²⁵⁰ Bolea Bardon, Carolina, *Autoría Mediata...* Op. Cit. Nota 147, p. 195.

"En este caso, en que se destroza un cuadro dolosamente sin que el dolo abarque el valor real del mismo, va a ser decisivo para poder imputar al hombre de detrás el exceso no abarcado por el dolo del ejecutor material que la diferencia entre el valor real del cuadro y el representado trascienda al ámbito de la tipicidad. Tendrá que tratarse de un error *in objecto* relevante, en cuyo caso será posible apreciar un delito doloso intentado en eventual concurso ideal con un delito imprudente. El error *in objecto* es relevante cuando el hombre de atrás domina el riesgo, pues se apropia de un plan delictivo ajeno a través de la manipulación de la situación".

que se caracterizan por que una persona tiene a su disposición una "maquinaria" personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus delitos sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor. Es necesario aclarar —dice Roxin— desde el principio, que para analizar estos casos, no es posible aprehenderse, adecuadamente, con sólo los baremos del delito individual; de tal manera que la autoría, inducción y complicidad (concebidas por hechos individuales) no pueden dar debida cuenta a tales casos colectivos, contemplados en forma global.²⁵¹

De acuerdo con el autor en comento, ese aparato funciona sin que sea decisiva la persona individual que ejecuta el hecho "automáticamente", ya que los ejecutores son intercambiables ("*fungibilidad*") sin que sea necesario que el hombre de atrás los conozca, ya que el hombre de atrás puede esperar que se cumplan sus intenciones, pero aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar.

Es dable aclarar, que en estos casos, a diferencia de lo que normalmente ocurre que cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso, excluido del dominio del hecho, aquí, es a la inversa, que la pérdida de la proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo que va aumentando según se ascienda a la escala jerárquica del aparato.²⁵²

Por eso Roxin afirma, que en general, quien es empleado en una maquinaria organizativa (pero no en cualquier jerarquía) de una manera tal que pueda impartir órdenes a su subordinados, será autor mediato por el dominio de la voluntad que le corresponde, si utiliza sus competencias para la realización de acciones punibles; siendo irrelevante que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores a órdenes suyas, ya que para su autoría, lo decisivo es la

²⁵¹ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, pp. 268, 269 y ss.

²⁵² *Ibidem*, pp. 272, 273, 274 y ss.

circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito.

En España, Enrique Gimbernat explica que para que se den estos supuestos (como los genocidios) de la Alemania Nazi, es necesario que dichos aparatos de poder se encuentren frente a enemigos políticos, apelando a la defensa de determinada ideología, así como la tendencia del hombre (refiriéndose a los altos mandos) a la búsqueda de la protección en la opinión dominante y a huir de actitudes rebeldes.²⁵³

Existen posiciones contrarias, principalmente la de Jakobs (cosa que no nos causa sorpresa) quien prefiere en general la coautoría a la autoría mediata en este contexto. En contra de la fungibilidad, argumenta que hay que tener en cuenta el hecho de que los elementos del aparato organizado de poder, no todos son intercambiables de modo simultáneo, sino sólo de modo sucesivo, característica

²⁵³ Gimbernat Ordeig, Enrique. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1966. pp. 182 y 183.

"Jäger ha descrito muy bien la atmósfera que en Alemania precedió a la matanza; la atmósfera creada por la propaganda política: <<La vida de los judíos en Alemania había sido negada hacia tiempo ya por el Estado y socavada mediante una difamación y degradación que aumentaban paulatinamente, antes de que se pudiese hablar de genocidio en sentido literal y estricto: el asesinato de masas fue sólo organización y ejecución de lo que se había preparado sistemáticamente en la realidad estatal y de lo que se había consumado ya en el espíritu; y esto sucedió ya en el momento en que se rasgaron los lazos de la solidaridad humana y se estableció la imagen loca del judío como subhombre parasitario y animal dañino para el pueblo. Una vez que una minoría ha sido equiparada a las sabandijas, el paso que hay que dar para llegar al propósito de exterminarla no es ya demasiado grande. Esto es lo único que puede explicar que fuese posible la aniquilación realizada—fríamente, casi con neutralidad efectiva—en serie: un proceso de desarrollo que duró años, necesitó ser acelerado sólo en su última consecuencia. A las víctimas se les había negado la dignidad humana y la vida mucho antes de que se les abrieran las cámaras de gas>>

Pero este clima no basta para poder llevar acabo el genocidio, cuya ejecución exige la colaboración de miles de personas. Las mentes diabólicas que planean un hecho así cuentan con otro factor. Con la tendencia del hombre a buscar protección en la opinión dominante y huir de actitudes rebeldes. Con su miedo a perder el respeto de la mayoría, a ser difamado, a tener que buscar refugio en la emigración rompiendo con todos los vínculos en los que hasta entonces se ha movido su vida. Con su temor a perder el empleo y tener que plantearse el día primero del mes siguiente de qué va a comer su familia; con su temor a ser encarcelado y maltratado.

Fueron hombres con estas tendencias y estos miedos, hombres vulgares y conformistas, los que, de pronto se encontraron situados no sólo dentro de aquel clima creado por la propaganda, sino, lo que hacía su situación aún menos envidiable, formando parte como funcionario, militar o miembro de la SS, del aparato de exterminio".

que no tiene nada de especial en el ámbito de la participación; además, no sólo hay intercambio de los receptores, sino también de los emisores.²⁵⁴

Finalmente (para Jakobs) no existe, como lo afirma Roxin, un dominio **“superior de cualidad propia”**, sino que quienes emiten las ordenes y quienes las ejecutan, son jurídicamente de igual rango; y el ejecutor no actúa automáticamente, sino que se deja corromper por la orden, siendo este acto responsable, lo cual es exactamente lo contrario a un funcionamiento automático.

Por su parte Kai Ambos —en defensa de Roxin y en contra de Jakobs— cree de gran relevancia “la consideración de que especialmente el alejamiento del hecho y el desconocimiento del hombre de atrás del concreto devenir del hecho y del ejecutor del hecho excluyen una cointervención en régimen de reparto de tareas.”²⁵⁵

Pero de la misma estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, las ordenes de cometer el delito no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas y con ello el poder de voluntad del sujeto de atrás. De tal manera, que si un superior ordena realizar un delito, será inductor, ya que no todo el ordenamiento funciona conforme a derecho, sino todo lo contrario, es una iniciativa particular, llevada a cabo eludiendo su modo de funcionar al ocultarla respecto de los demás titulares de la organización, actúa no con el aparato sino contra él; falta además los presupuestos de la autoría mediata, ya que hay que enrolar al ejecutor dentro del plan delictivo, sin poder hablar así de la fungibilidad del mismo.²⁵⁶

²⁵⁴ Ambos, Kai. *Dominio del Hecho por Dominio de la Voluntad en Virtud de Aparatos Organizados de Poder*. Trad. Cancio Meliá, 1ª Reimpr. CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTÍCULOS Nº. 20, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998. pp. 26 y 27.

²⁵⁵ Ibidem, p. 29.

²⁵⁶ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*... Op. Cit. Nota 110, pp. 275 y 276.

Es por estas razones, que Roxin delimita los supuestos a 2 manifestaciones típicas:

1. **Los delitos de un aparato de poder de organización estatal**, que solamente operan cuando no están vigentes las garantías del Estado de Derecho. Sus actividades sólo delictivas y punibles cuando lo órganos estatales vulneran los derechos humanos, ya que sus titulares están ligados a ciertos valores fundamentales comunes a los pueblos civilizados. Pero dicha vinculación no tiene efecto, en tanto nadie se oponga a éstos, ya que en tales casos, se mantiene asegurada la capacidad de funcionamiento del aparato.
2. **Delitos de un aparato de organización no estatal (criminalidad organizada)**, refiriéndose a grupos que realizan actividades en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales, etc. Pero en tales casos no basta con hablar de una organización rígida, sino también de una orientación a fin del aparato en conjunto, contraria al aparato jurídico estatal, así como que vulnere las normas penales positivas. Su principal diferencia con las anteriores, es que están expuestas a la procuración y administración de justicia que impide su labor, sin embargo, su estructura no es diferente, ya que lo decisivo es que los integrantes del aparato, no obren por cuenta propia.

Pero no es posible hablar de un aparato de poder cuando se juntan media docena de elementos sociales que realizan delitos en común y, elijan uno de ellos como jefe, pues en este caso falta la existencia independiente de los cambios de miembros.²⁵⁷

²⁵⁷ Ambos, Kai. *Dominio del Hecho por Dominio de la Voluntad...* Op. Cit. Nota 254, p.48.

Es de tal fuerza, respecto a la autoría mediata por aparatos organizados de poder, la teoría del dominio del hecho, que en opinión de Roxin, el BGH se basa en ella para sus sentencias: " El BGH basa su fundamentación por un lado en la figura del <<autor mediato por utilización de aparatos organizados de poder>>, desarrollada por mí ya en el año de 1963 (con ocasión del caso Eichmann). Fundamenta el dominio del hecho del oficinista que se halla inmerso en un régimen criminal en la intercambiabilidad de los receptores de las órdenes, que, en cualquier caso, lleva a un cumplimiento automático de las ordenes, porque el hombre de atrás, a diferencia del inductor, no depende de un autor concreto. Lo afirma así el BGH: <<A pesar de la responsabilidad ilimitada del ejecutor, la contribución del hombre de atrás conduce automáticamente a la realización del tipo>>... Junto a ello el BGH usa también en su fundamentación una idea desarrollada por Fr. Chr. Schroeder en su libro *Der Täter hinter dem Täter* (1965), según el cual el hombre de atrás tendría el dominio del hecho por <<la disposición incondicionada del ejecutor inmediato a realizar el tipo>>".²⁵⁸

3.2.10.- INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO

Tradicionalmente estos casos se han considerado dentro de la autoría mediata y para lo cual se modifica ad hoc el concepto de dominio del hecho. La cuestión se presenta en los delitos especiales, en los que sólo puede ser autor un sujeto que tenga calificación por el delito (pensemos en los delitos cometidos por los servidores públicos). Quienes poseen la calificación se les denomina *intraneus* y los que no la poseen *extraneus*.²⁵⁹

Pensemos en el ejemplo académico en que un funcionario del Registro de la Propiedad (un sujeto cualificado) determina a un *extraneus* a que realice una anotación registral.

²⁵⁸ Roxin, Claus. *Las Formas de Intervención en el Delito: Estado De La Cuestión*. Trad. Castifeira Palou, en Sobre el estado de la teoría del delito, (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, pp. 161 y 162.

²⁵⁹ Bacigalupo, Enrique. Derecho penal... Op. Cit. Nota 78, p. 514.

En estos casos el **extraneus** no obra por error, coacción o incapacidad, sino que es plenamente responsable, ya que el ejecutor directo es libre de formar su voluntad, pero le falta la cualidad requerida por el tipo para ser autor, que concurre en el **intraneus**, sin embargo, éste no tiene el dominio del hecho.²⁶⁰

Para solucionar el problema, Welzel recurre a la autoría medita basada en un **dominio social** del hecho, ya que la aportación del sujeto de atrás resulta decisiva para la perpetración del hecho; el inductor cualificado que está detrás ofrece al no cualificado la posibilidad de tomar parte en la relación del tipo de delito especial.²⁶¹

Para Jescheck, lo decisivo es que el dominio del hecho ha de considerarse **normativamente**, ya que el hecho punible no puede ser cometido, en absoluto, por el mediato, sin la cooperación del hombre de atrás, y únicamente se produce el hecho de relevancia jurídico-penal mediante el aporte de la cualidad requerida por el legislador.²⁶² El punto de vista normativo es esencial –opina Hernández Plascencia– para ese traslado, que se da mediante la influencia psicológica (solamente cuando el intraneus sea quien determina al sujeto de adelante a realizar la conducta), pues en caso de faltar el influjo psicológico y jurídico podría existir un delito de omisión por parte del sujeto de atrás.²⁶³

Pero en contra de la solución dada por Welzel, así como la Jescheck (argumentos de Hernández Plascencia aplicables a las dos por igual), se dice que se rompe la concepción del dominio del hecho mantenida para los delitos comunes, donde la base del dominio la constituya la falta de libertad del instrumento, mientras que en los delitos especiales existiría dominio aunque el instrumento actuará libremente. Los tintes normativos del dominio del hecho se

²⁶⁰ Calderón Cerezo, A y Choclán Montalvo, J. A. *Derecho Penal*. Op. Cit. Nota 16, p. 395.

²⁶¹ Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*... Op. Cit. Nota 41, p. 125.

²⁶² Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*... Op. Cit. Nota 141, p. 927.

²⁶³ Hernández Plascencia, José Ulises. *La autoría medita*... Op. Cit. Nota 151, pp. 310 y 311.

revelan sólo a partir de una instrumentalización del ejecutor, cuando se deduzca del ordenamiento jurídico la confirmación de que el sujeto actúa sin libertad, convirtiéndose así en un elemento del dominio del autor mediato.

Roxin explica que al lado de los delitos de dominio, aparecen otros cuya autoría se basa en la lesión de un deber jurídico extrapenal, los cuales sólo pueden ser cometidos por un círculo determinado de personas; más específicamente, los que están obligadas por una norma extrapenal a la omisión o realización de determinadas conductas para no lesionar bienes jurídicos. De esta manera, la aportación material es irrelevante, siendo lo fundamental el comprobar la infracción de un deber específico.²⁶⁴

Así pues, no importa que el *intraeus* haya dominado la producción del delito, sino que se deriva directamente de la infracción del deber, siendo únicamente autor del delito especial solamente el que infracciona el deber y, el *extraneus*, a pesar de tener el dominio del hecho, solamente podrá ser partícipe (cómplice). La situación es diferente cuando el *extraneus* utiliza como instrumento (sin llegar a la autoría mediata) al *intraeus*, ya que sólo podrá ser considerado (el de atrás) como partícipe.²⁶⁵

Pero tampoco Roxin se salva de las críticas, ya que se dice que no importa que el sujeto de adelante actué o no instrumentalizado, quitándole así su naturaleza a la autoría mediata, solamente para evitar una modificación al dominio del hecho,²⁶⁶ y sobre todo, que el *extraneus* jamás podrá ser autor directo por la falta de calificación exigida por el tipo.

Por su arte Jakobs, cree que no hay autoría mediata, ya que al margen de los delitos de infracción de deber y de falta de dominio del hecho en el cualificado, no cabe argumentar responsabilidad penal: "El *extraneus* o el que actúa sin

²⁶⁴ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*... Op. Cit. Nota 110, pp. 282 y 283.

²⁶⁵ Calderón Cerezo, A y Choclán Montalvo, J. A. *Derecho Penal*. Op. Cit. Nota 16, p. 395.

²⁶⁶ Hernández Plascencia, José Ulises. *La autoría mediata*... Op. Cit. Nota 151, p. 317.

intención ejecuta la acción, pero no es autor de un delito por falta de la calificación de autor específica del delito, y el *extraneus* o quien actúa con intención no comete en concepto de autor, sino sólo toma parte. La objeción de que al cualificado o el que obra con intención, en virtud de esas propiedades, tiene en sus manos decidir si se llegará a un suceso delictivo, incurre en círculo vicioso: El que se de un suceso delictivo es precisamente lo que se trata de fundamentar. Así pues, decae la autoría mediata.²⁶⁷

3.2.11.- INSTRUMENTO DOLOSO SIN INTENCIÓN

Son casos similares a los analizados *supra*, ya que el que realiza la acción ejecutiva dolosamente, carece del elemento subjetivo exigido por el tipo (pensemos en el ánimo de lucro exigido por el robo –Art. 367 CPF–). El ejemplo académico más utilizado es el siguiente: "Con ánimo de apropiación, un labrador hace que un peón suyo, que advierte la situación, conduzca pollos ajenos a su establo".²⁶⁸

Para el dominio del hecho se presenta la dificultad de que el que obra dolosamente (inclusive con dominio del hecho) carece del elemento subjetivo de la autoría (voluntad de apropiarse) por lo que no puede ser autor. Aunado a lo anterior el sujeto de atrás tiene el elemento subjetivo pero carece del dominio del hecho.²⁶⁹ En base a lo anterior, resulta harto difícil –para Bacigalupo– pensar en la autoría mediata, ya que si la autoría depende de la conjunción de ambos elementos en la misma persona, parecería que ninguno de los dos ha obrado como autor. La inducción de atrás, se excluye automáticamente ya que el otro no es autor.²⁷⁰

²⁶⁷ Jakobs, Günther. *Derecho Penal*... Op. Cit. Nota 50, pp. 784 y 785.

²⁶⁸ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*... Op. Cit. Nota 110, p. 284.

²⁶⁹ *Ibidem*, pp. 284 y 285.

²⁷⁰ Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal*... Op. Cit. Nota 78, p. 516.

CAPITULO CUARTO: EL DOMINIO DEL HECHO FUNCIONAL

Hasta el momento, podemos asegurar que autor es aquel que lleva acabo la acción típica, también puede serlo aquel que se sirve de un ejecutor forzando su voluntad, o dirige y configura el hecho en virtud del conocimiento más amplio al pasar por encima de la mente del otro, o en su caso, en virtud de la fungibilidad, aparece en el marco de maquinarias de poder dominadoras como instrumento del sujeto de atrás.

Ahora analizaremos los casos donde participan varias personas en un delito, en el cual todos son calificados como autores, mediante al tercera forma de autoría: **La coautoría.**

4.1.- LA COOPERACIÓN EN LA FASE EJECUTIVA

A raíz, de que cuando intervienen varias personas en la comisión de un delito sus aportaciones pueden graduarse de distinta manera, siendo decisivas para la realización del delito, como sujetar a la victima para que otro le aseste la puñalada, o insignificantes como el entregar algo o aconsejar; ¿cuándo puede hablarse de dominio del hecho? Queda claro que no se da ninguna de las formas del dominio del hecho vistas hasta ahora; pensemos en el asaltabancos que mantiene a raya a los empleados con su pistola, no tiene dominio de la acción al

no sustraer el dinero, tampoco dominio de la voluntad ya que su compinche que sustrae el dinero no actúa "**no libre**" ni ciegamente.²⁷¹

Si nos limitáramos únicamente a la idea de ejecución típica, cabría hablar de coautoría, en el caso de robo, solamente aquellos que verdaderamente hayan sustraído cosas; lo cual, considera Roxin, nos remitiría a la teoría objetiva formal que como ya dijimos antes, dejaría impunes a muchas de las personas que participaron en la comisión del hecho. Por otra parte, utilizando el criterio de que el coautor únicamente tiene el dominio de su propia aportación fracasaría el dominio del hecho siendo una "**excepción curiosa**" difícil de armonizar con la culpabilidad al castigar a alguien por lo que ha hecho otro responsablemente.

Por lo anterior, hay que entender que en la coautoría cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás, es decir, el coautor no tiene **por sí sólo el dominio total del hecho**, pero tampoco ejerce un **dominio parcial**, sino el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, **teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global**.

Por tales motivos, Roxin habla de un dominio del hecho "funcional", que estará determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo, resulta aquí, de su función en el marco del plan global. "esta es una forma absolutamente autónoma de dominio del hecho, junto al dominio de la acción, que se basa en el carácter central de la realización del tipo aisladamente considerada, y junto al dominio de la voluntad, que se deriva de la falta de libertad, la ceguera o la fungibilidad del instrumento".²⁷²

En base a esta idea, es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable por la

²⁷¹ Roxin, Claus. Autoría y Dominio del Hecho... Op. Cit. Nota 110, pp. 303, 304 y ss.

²⁷² *Ibidem*, p. 308.

realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa su disposición subjetiva hacia el acontecer; tampoco será necesario que “ponga manos a la obra” en su sentido externo o que este presente en el lugar del hecho. El ejemplo del jefe de la banda de contrabandistas que imparte por teléfono las órdenes a los concretos grupos operativos será coautor –de acuerdo con esta postura–, no porque merezca una pena igual al coautor de propia mano (merecimiento de pena), sino porque toda la empresa caería en la confusión y fracasaría si la central de mando se viniera abajo.²⁷³

Cabe aclarar que en estos casos no importa la motivación del interviniente, ya que por intenso que sea su interés en el suceso y por relevante que sea su influencia psíquica, con tal de que los agentes directos sean libres en sus decisiones, lo que haga depende exclusivamente de ellas, sin poder así hablar de coautoría del no ejecutor, a pesar de que el BGH tenga una postura opuesta al considerar (en el caso de aquel que con violencia lleve a cabo acciones lúbricas con una mujer) que quien se encuentre presente en el lugar del hecho puede ser coautor ya cuando, sin ninguna función autónoma en la ejecución del comportamiento de los otros, simplemente exhale palabras de aliento.²⁷⁴

En este sentido, Maurach–Gössel–Zipf afirman que el elemento objetivo es el que fundamenta la coautoría, consistente en la forma de comisión común, radica en la participación objetiva de una persona individual en el **tener entre manos** el curso del acontecer típico y por comunidad de personas; en donde el conjunto de todos los actos individuales necesarios para la lesión típica al bien jurídico, serán ejecutados por diversas personas, también individuales, pero con una relación objetiva con los restantes actos, todo ello en virtud de la división del

²⁷³ Maurach, Gössel y Zipf. *Derecho penal...* Op. Cit. Nota 99, p. 376

²⁷⁴ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, pp. 309 y 310.

“Dice el BGH: <<St. ciertamente no ha ejercido violencia ni realizado tocamientos obscenos sobre la muchacha; sin embargo, ello no es necesario para estimar coautoría. También basta la cooperación espiritual. El inculpaado ha apoyado el comportamiento inmoral de los otros con su presencia y sus palabras y en cooperación consciente y querida con ellos lo ha querido como propio. Eso lo ha deducido la Sala, ante todo, de sus voces de aliento>>”.

trabajo.²⁷⁵ Por ejemplo, uno de los autores sostiene a la víctima y el otro la despoja de su dinero²⁷⁶

Pero esta fórmula no puede aplicarse de manera genérica, sino que deberá atenderse a las circunstancias concretas, diferenciando la **"la división del trabajo funcional"** de la **"cooperación responsable"**, ya que el dominio conjunto del hecho estará fundamentado en la necesidad de las tareas para el marco del plan global. Quien organiza (cubre y protege) la ejecución del hecho, cumple una función imprescindible en el mismo plan, sin importar si lo hace responsablemente o culpablemente.²⁷⁷

De esta manera, a primera instancia –en opinión de Roxin– puede ser coautor aquel que queda vigilando, siempre y cuando, esta actividad aparezca como fundamental en el marco de cooperación bajo la forma e la división de trabajo. Por el contrario, sólo se dará participación, si por ejemplo, una banda de ladrones lleva por vez primera un aprendiz con la finalidad de foguearlo, al cual se le deja en un lugar poco importante. Aquí su aportación no es relevante, ya que los demás podrían actuar sin él. Por lo que la autoría del que vigila depende de las circunstancias en concreto.

Pero no debe concebirse este principio de dominio del hecho en un sentido de que sólo aquel que, en caso de faltar, haría absolutamente imposible la realización del resultado; nunca se podría saber esto (imaginemos el ejemplo donde uno sostiene y otro apuñala, no se puede averiguar a ciencia cierta si uno habría podido apuñalar a la víctima sin la cooperación del otro y por tanto se habría dado un hecho distinto). Simplemente se trata de un principio regulativo con el único sentido de posibilitar al juzgador, con ayuda de una idea directriz material de la dependencia funcional, una solución que satisfaga las singularidades del caso concreto.

²⁷⁵ Maurach, Gössel y Zipf. *Derecho penal*... Op. Cit. Nota 99, p. 373.

²⁷⁶ Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal* ... Op. Cit. Nota 78, p. 501.

²⁷⁷ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*... Op. Cit. Nota 110, pp. 312 y 313 y ss.

De esta manera, concluye Roxin, estamos en presencia de un concepto abierto (como el explicado *supra*) el cual no se trata de un "concepto indeterminado" pues sus elementos, siempre que el carácter típico de los grupos de casos que se repiten permita generalizar, pueden verificarse mediante subsunción; tampoco cabe hablar de un concepto "fijado", porque no todas las modalidades de supuestos pueden someterse sin más a la descripción abstracta conceptual, sino que quedan huecos para la valoración judicial. Más bien estamos ante una síntesis de ambas formas conceptuales, ante una figura en la que se imbrican y complementan la legislación mediante reglas y mediante directrices, flexibilizándose la fijación rígida a través de un elemento de indeterminación, pero haciéndose enjuiciable mediante directrices fijas la vaguedad del principio regulativo necesitado de complementación".²⁷⁸

Pero el elemento objetivo de la autoría debe estar correspondido por el elemento subjetivo de la **conexión de voluntades** entre los intervinientes (el coautor requiere los mismos elementos objetivos y subjetivos del autor), para lo cual se requiere un plan y una resolución delictiva comunes a todos los coautores que forman el ente colectivo y, además, como voluntad de participación, una actuación conjunta querida en virtud de la cual cada coautor particular efectúa su aporte objetivo en al servicio de la realización del plan común.²⁷⁹

Este aspecto subjetivo es denominado por Roxin común el carácter común a la decisión del hecho (de la realización delictiva) en donde los coautores "son

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 313.

²⁷⁹ Maurach, Gössel y Zipf. *Derecho penal*... Op. Cit. Nota 99, pp. 378, 379y 380.

"El conocimiento de la *persona* del colaborador no constituye un presupuesto. Es suficiente el conocimiento existente en cada uno de los sujetos actuantes, en el sentido de que también otros actuarán con el mismo fin, sin que el autor necesite razonar mayormente acerca de la persona con quien actuará en paralelo. De que exista coautoría cuando los presidiarios, reclusos en celdas diferentes, se comuniquen mediante señales sonoras acerca de una fuga planificada. Al contrario, no existe coautoría cuando varios miembros de una familia, basados en una resolución común, y mediante compras a crédito, autónomas y desconocidas por los demás en cuanto a su forma y monto, aprovecharan fraudulentamente la negligencia de la dirección de un establecimiento de comercio. En este supuesto falta un plan común "para todos los actos particulares"".

interdependientes alternativamente, tienen necesariamente que estar de acuerdo para poder obrar conjuntamente. Y viceversa: si la aportación al hecho de un interviniente ha contribuido a un resultado, sin estar de acuerdo con los demás, no puede ser coautor; le tiene que haber faltado entonces el conocimiento de la relación mutua, requisito para el ejercicio de la coautoría efectiva.²⁸⁰

Pero ¿cómo influye este elemento subjetivo?, recurramos al ejemplo en donde A pretende matar a B con un veneno, pero se entera que también C quiere envenenarlo pero con una dosis insuficiente, acto seguido aplica una dosis de veneno que sólo producirá la muerte de B al actuar conjuntamente ambas dosis. En este caso para Roxin, A es autor mediato de homicidio, en virtud de una supradeterminación configuradora de sentido; por su parte Maurach–Gössel–Zipf consideran que A es autor directo, pero en ambos casos consideran que C es autor de homicidio en grado de tentativa (y por lo tanto no hay coautoría). Pero Maurach–Gössel–Zipf agregan que si ambos desconocen las intenciones del otro, serían autores en tentativa ambos.²⁸¹

Por razones análogas tampoco existe coautoría en caso de que algunos de los coautores cometan exceso, ya que la acción no está prevista, y por lo tanto, tampoco está cubierta por la decisión de ajuste o encaje (lo cual tiene como consecuencia un apartamiento de la dependencia funcional). En tales casos obrara como autor directo o en caso de tener un conocimiento superior (más amplio) y conozca la inferioridad de los demás partícipes (que nada saben) será autor mediato.²⁸²

En caso de error in persona del ejecutor constituirá un exceso –dice Jakobs– siempre y cuando éste si se hubiere esforzado por atenerse a los criterios acordados, no habría actuado en la situación dada, de tal manera que la acción ejecutiva sólo se habría dado porque él individualiza el objeto del hecho por su

²⁸⁰ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, pp. 314 y 315 y ss.

²⁸¹ Maurach, Gössel y Zipf. *Derecho penal...* Op. Cit. Nota 99, p. 381.

²⁸² Jakobs, Günther. *Derecho Penal...* Op. Cit. Nota 50, pp.. 749.

propia cuenta. Caso contrario es, que si el ejecutor se ajusta a lo planeado, su acción ejecutiva se imputa a los demás intervinientes como coautores.²⁸³

Por último, los juristas Muñoz Conde y García Arán, afirman que en los delitos especiales, en los que el autor cualificado responderá, por ejemplo, por el delito especial (malversación) y el no cualificado responde sólo por el delito simple (robo), ya que en la coautoría todos son autores, pero puede suceder que cada uno responda a título diferente sin dejar de ser autoría.²⁸⁴ Argumento similar se aplica cuando participa un inimputable.²⁸⁵

4.2.- COOPERACIÓN EN FASE PREPARATORIA

Uno de los puntos más discutidos en la doctrina, es el de si existe coautoría en actos preparatorios, por lo cual, generalmente se responde que no, pero no se fundamenta. En este sentido Jescheck indica que no es suficiente por si sola una cooperación en la preparación del hecho, ya que no se ejerce ninguna función con respecto al dominio del hecho; a diferencia de quien asume la planificación y la organización del hecho configura su desarrollo y participa así en el dominio del hecho.²⁸⁶

El propio BGH a pesar de reconocer (y utilizar) el dominio del hecho, se ha mantenido firme respecto a la teoría subjetiva al hablar de una “*cooperación espiritual*” preparatoria, cuando puede ser lo ya aquel que ha reforzado “en

²⁸³ Idem, p. 149.

El Profesor Jakobs expone el siguiente ejemplo: “Los coautores de un robo, todos armados, se disponen a tirar a matar contra los posibles perseguidores a fin de asegurar su huida; uno de ellos confunde a un cómplice, que también huye, con un perseguidor, y le dispara; no existe exceso, de modo que también la víctima escogida es coautor de la tentativa de homicidio si concurre una suficiente co-configuración de la acción ejecutiva”.

²⁸⁴ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal* Op. Cit. Nota 28. p. 504.

²⁸⁵ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*... Op. Cit. Nota 110, p. 316

²⁸⁶ Jescheck, Hans-Helrich, *Tratado de Derecho Penal*... Op. Cit. Nota 141, p. 844.

“Quien, en cambio, asume planificación y la organización del hecho, configura su desarrollo y participa, así, en el dominio del hecho no puede alegar que en realidad sólo tenía dolo de cómplice”.

cualquier momento” la voluntad del que ejecuta, él solo, el hecho.²⁸⁷ En otras palabras, basta que el interviniente efectúe, con voluntad de autor, cualquier “contribución causal al hecho”, aunque desde el punto de vista material se trate de solamente planificación, preparación, inducción o favorecimiento.²⁸⁸

Pero el negar la cooperación en actos preparatorios, se basa –en opinión de Roxin– en el ajuste del dominio del hecho por dos razones: **la primera** es que “en el centro del acontecer relevante para la consideración penal se encuentra el hecho, tal y como el legislador lo considero en los distintos tipos”. Por lo cual la figura central del suceso no puede ser alguien que no haya tomado parte en la realización del hecho (solamente ayudo a crear las condiciones previas) estando desplazado a la periferia del suceso.

En segundo lugar, es dudoso, que alguien, que sólo ha cooperado preparando, pueda realmente “dominar el curso del suceso”, ya que la ejecución depende de la iniciativa, decisión y configuración del ejecutor directo (contrario a lo que sucede en la cooperación en fase ejecutiva), “soltando de su mano” en algún momento el hecho y confiando a partir de entonces en el otro.²⁸⁹

Pero Welzel, al citar una de las sentencias del BGH (en que utiliza el dominio del hecho) afirma: “El giro corriente, es coautor quien quiere el hecho como propio, es equívoco. Esta dirección de la voluntad no es un “hecho” interior que el juez de los hechos pueda comprobar de modo que tenga carácter obligatorio. Se trata más bien de un juicio valorativo. Para esto resulta un punto de apoyo esencial la determinación de que en qué medida el partícipe codomina el

²⁸⁷ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, p. 323.

²⁸⁸ Jescheck, Hans-Heinrich, *Treatado de Derecho Penal...* Op. Cit. Nota 141, p. 845.

²⁸⁹ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, pp. 323, 324.

“Lo cual lo ilustra precisamente el ejemplo ideado por Bockerlmann en apoyo de la postura contraria: el empleado del banco puede dar el soplo al ladrón profesional de cuándo el guarda está haciendo la ronda; pero a partir de ahí ha quedado eliminado del juego; lo que ocurra ya y cómo se ejecute (por expresarlo en términos de la teoría del dolo) tiene que “dejarlo a criterio” del ladrón. No cabe hablar en absoluto de que en la realización del suceso que coincide con la imagen típica, esto es, el robo en sí, domine la situación”.

transcurso del acontecer, de manera que también en forma considerable proceso y resultado dependan de su voluntad".²⁹⁰

Por su parte Jakobs –en sentido contrario– afirma que una intervención obviamente subordinada, como cuando el que participa mediante promesa o anuncio de represalias dirige la motivación del ejecutor hacia la ejecución, sin que el influjo alcance la autoría mediata, podrá ser considerada como autoría; "pero, no obstante, el no ejecutor participa en menor medida que el ejecutor en el dominio material, en forma de dominio de la decisión; sin embargo, este *minus* puede quedar compensado por un *plus* en el dominio material, en forma de dominio de la configuración, que se ejerce en el estadio de la preparación. Incluso sin intervención alguna en el dominio de la decisión es posible la coautoría a través de la configuración o al menos configuración conjunta".²⁹¹

A pesar del anterior argumento, Roxin –utilizando el dominio del hecho– indica de que el jefe de la banda no podrá ser coautor si su actividad se limita únicamente a planear, dejando a los demás la ejecución. Podrá ser autor mediato si tiene un dominio de la voluntad por cuanto la organización, o por coacción, solamente será coautor si dirige o cubre la ejecución de los delitos (aunque sea desde lejos); no puede estimarse coautoría en virtud de la mera posición de jefe de la banda, concluyendo así que sólo el que toma parte en la ejecución puede tener el dominio del hecho como autor.²⁹²

²⁹⁰ Weizel, Hans, *Derecho Penal Alemán...* Op. Cit. Nota 41, p. 133.

²⁹¹ Jakobs, Günther. *Derecho Penal...* Op. Cit. Nota 50, pp. 750 y 751.

"El que la aportación sea sustituible o no, sobre todo el que el ejecutor hubiera podido o no prescindir de ella, es tan indiferente como lo es, en la autoría única, que en lugar del autor hubiera podido actuar otro (el primer transeúnte se apropia indebidamente de la cosa, lo que también habría hecho el segundo transeúnte). Para la coautoría, esta configuración no tiene por qué estar completa y enteramente establecida por un interviniente; varios pueden, especialmente incluyendo el coautor ejecutor, configurar en común, al realizar las aportaciones que concretan el hecho en la misma medida (como también en el dominio de la decisión basta la intervención de la misma medida: Varios ladrones, que se llevan entre todos un objeto pesado, son coautores ya por dominio de la decisión)".

²⁹² Quintero Olivares, Gonzalo. *De las Personas Penalmente Responsables de los Delitos y de las Falta*, en COMENTARIOS AL NUEVO CÓDIGO PENAL., Dir., Gonzalo Quintero, 2ª Ed., Editorial Aranzandi, España 2001. p. 310.

Pero Maurach-Gössel-Zipf no coinciden con esto, argumentan que el hecho de que los miembros de la banda "tengan la posibilidad de actuar discrepando del plan es irrelevante; en primer lugar, porque esta posibilidad existe en casi todos los casos de una actuación conjunta en coautoría y, luego, porque esta posibilidad en nada cambia que la ejecución adecuada al plan permita la existencia de una situación de un dominio del hecho y que en los casos de discrepancia, se presente una situación de exceso.²⁹³

También se pretende fundamentar la coautoría en lo actos preparatorios por medio de la idea de la división de trabajo, al desempeñar de manera conjunta los distintos papeles en el marco del plan unitario. Pero esto no es compatible con el dominio del hecho, ya que como se dijo, el que prepara, deja el hecho de su mano.²⁹⁴

Ahora bien, ya sabemos que únicamente puede haber coautoría en actos ejecutivos, y que en los supuestos más comunes no es difícil darse cuenta de ello (cuando en las lesiones uno inmoviliza a la víctima en el suelo y el otro la golpea) ya que las intervenciones se llevan a cabo al mismo tiempo que la conducta típica; pero que sucede de no ser así. por ejemplo "cuando un bandolero conduce con alevosía a la víctima a un bosque, donde asecha su cómplice detrás de un árbol para derribarla a golpes; cuando un incendiario enciende el combustible en el lugar del hecho, combustible que su compinche acababa de esparcir por el pajar del labrador...". Se puede decir, en estos casos, que la colaboración se da precisamente que la realización ha dado fin justamente antes de la realización del tipo, es decir antes del empleo de la violencia o de incendiar.²⁹⁵

Es de tal fuerza la postura aquí sostenida, que en España, la doctrina reconoce que el Código penal lo recoge, de tal manera que: " Conforme al nuevo párrafo del art. 28 que cuando se trata de una *ejecución material conjunta*, ya no permite diferenciar entre autores y partícipes en función de que uno tenga <<espíritu de autor>> y otro espíritu de partícipe>>. Sino que unos y otros, por razones objetivas, son autores en sentido estricto y no están afectados por especie alguna de accesoriedad".

²⁹³ Maurach, Gössel y Zipf. *Derecho penal*... Op. Cit. Nota 99, p. 376.

²⁹⁴ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*... Op. Cit. Nota 110, p. 330.

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 332, 333 y ss.

No sería adecuado considerarla una intervención anterior a la ejecución, ya que una delimitación matemática en la que se habría de llevar un cronometro en la mano, contradice la esencia de las relaciones de sentido jurídicas. Los procesos como guiar a la víctima y esparcir el combustible se encuentran vinculados y se hará una valoración jurídica como unidad de significado cerrada, cuya escisión surtiría un efecto arbitrario y destructor de sentido, por lo que ha de atribuirse a la fase ejecutiva. También en este sentido se manifiesta Cerezo Mir en España.²⁹⁶

4.3.- COAUTORÍA SUCESIVA

La coautoría sucesiva es aquella en la que el sujeto se suma con posterioridad a un hecho ya iniciado, para continuar ejecutándolo con los otros. La doctrina dominante le atribuye, al que se suma, las circunstancias agravantes, por él conocidas, que hayan tenido lugar antes de su intervención, en la medida en que puedan afectarle.²⁹⁷

Roxin no coincide con la anterior postura, ya que no cumpliría con ninguno de los requisitos del dominio del hecho expuestos ut supra. Nuevamente citando al BGH explica: "P había cometido robo con fractura en un quiosco, sustrayendo una parte de los alimentos y llevándolos a la vivienda de un conocido suyo, N, a quine despertó, le contó el robo e hizo que le ayudase a acarrear el género que quedaba en el quiosco todavía abierto. Más tarde ambos se repartieron todo el botín. Aquí el BGH, como P desde el principio quiso perpetrar el delito en dos acciones parciales, decide castigar a N como coautor de robo con fuerza. El supuesto de hecho evidencia, en cambio, que no cabe hablar de coautoría de N en el robo con fuerza del que sólo con posterioridad sabe".²⁹⁸

²⁹⁶ Cerezo Mir, José. *Temas Fundamentales del Derecho Penal*. T. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994. pp. 22 y 23.

El autor español ejemplifica, que aquel que por ejemplo abre una bóveda con anterioridad, para que otro sustraiga su contenido, también se enfrenta a la norma penal directamente.

²⁹⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal...* Op. Cit. Nota 141, p. 845.

²⁹⁸ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...* Op. Cit. Nota 110, pp. 319 y 320.

Como el coautor es autor y debe responder por lo que él mismo, en cooperación con otros, ha cometido, y el empleo de la fuerza en las cosas (fractura) no forma parte de ello. En tanto que el sumarse apoya un comportamiento no sometido a su co-dominio únicamente puede ser cómplice.

De tal manera, N responde únicamente de Robo simple (hurto), y en conclusión, una persona no podría ser castigada como autor por circunstancias cualificantes que en el momento en que se une al plan del hecho ya estaba cualificada.

Continua Roxin: "Con todo, sugiere a primera vista el paralelismo con la complicidad que invoca el BGH: en el cómplice da igual en qué instante de la ejecución tome parte favoreciendo. A la vista de lo cual, tratar de modo distinto a la coautoría no parece ser justificado. Pero precisamente ahí se demuestra lo defectuoso de ese punto de partida: se trata a autor y cómplice como fenómenos cualitativamente homogéneos. Sin embargo, la complicidad es accesoria en razón de su esencia. La pena del cómplice depende por eso necesariamente de a qué haya auxiliado. Es indiferente en qué fase de la ejecución haya prestado este auxilio, porque de todos modos él no comete el hecho por sí mismo (ni conjuntamente con otro)".

CONCLUSIONES

PRIMERA: Es evidente la necesidad de distinguir las formas de autoría y participación, en virtud de que el hombre, como ser social, actúa en la mayoría de los casos en colaboración con otros, pero no todos tienen un aporte, en la conducta delictiva, de la misma intensidad; lo cual se convierte en una dificultad, ya que los tipos penales, en su mayoría, describen conductas realizadas por sólo una persona.

SEGUNDA: Pero el concepto de autor no se encuentra únicamente en la idea de aquel que realiza el hecho o de la autoría individual de propia mano, sino que se deben tomar en cuenta otros factores como el ejercicio de poder de la voluntad, sin intervenir en la propia ejecución material del hecho; o la posibilidad de llegar a ser figura central del suceso sin ejercer el poder de la voluntad de otros o sin emprender la acción típica, sino mediante un conocimiento superior del hecho.

TERCERA: La idea de diferenciar las formas de autoría y participación, se debe basar en el Derecho positivo, ya que resultaría inútil intentarlo en la Dogmática o en la Jurisprudencia, si el propio legislador no lo hace o por lo menos lo intenta.

CUARTA: Los conceptos de Acción, Tipicidad y Culpabilidad deben ser explicados amplia y adecuadamente para entender el concepto de dominio del hecho, ya que este último es el que utilizamos para intentar dilucidar las dudas existentes con respecto a las formas de autoría.

Dicha conclusión se obtiene a partir del análisis de las teorías previas al dominio del hecho así como de los principales expositores de ésta, ya que en general, la intención de dar un concepto de autor, siempre gira alrededor de la acción. Cabe mencionar, para ejemplificar nuestra afirmación, las teorías subjetivas y objetivas, que su punto de partida eran los elementos subjetivos y objetivos (dolo y culpa) o por ejemplo las teorías objetivo materiales invocaban como factor determinante la realización de los elementos del tipo.

Por otro lado, el concepto final de acción de Welzel derivó en su momento en la teoría del dominio del hecho final, que ofrece a la teoría de la autoría el punto de partida. Aunado a esto, podemos afirmar que toda categoría del dominio del hecho requiere de un actuar final.

QUINTA: Entendiendo el concepto de dominio del hecho tal como se expuso, no es posible concebirlo ni como derivado de la teoría de la acción final, ni como desarrollo posterior de una concreta teoría de la participación; sino que es el producto de las aportaciones de las teorías desarrolladas aquí, ya que cada una, por alejadas que estuvieran a esta idea, aportan elementos concretos a la idea del dominio del hecho.

SEXTA: Un concepto "abierto" de dominio del hecho es el indicado para el análisis de los diversos supuestos de autoría, ya que permite someterlo a una regulación generalizadora, de las formas básicas que aparecen continuamente en los múltiples casos; así como ofrecer la posibilidad de valoración justa de los casos concretos que se escapan a la normación abstracta. La principal característica de un concepto abierto es el permitir un espacio para la valoración judicial a partir de principios regulativos, permitiendo así su aplicación al caso en concreto.

SÉPTIMA: Sabemos que el autor directo es, en general, aquel que tiene el dominio del hecho, al no ser coaccionado y sin ser dependiente de modo superior

a lo socialmente normal, y que realiza todos los elementos del tipo él mismo, en otras palabras, quien realiza de propia mano y plenamente responsable todos los elementos del tipo.

Pero no debemos inferir, a partir de la causación directa, el carácter no permitido del comportamiento, habrá que atender a la generación de un riesgo no permitido, y sólo en caso de darse éste último, determinara si es contrario o indiferente al Derecho Penal.

OCTAVA: Otra forma de autoría es la autoría mediata, en la cual podemos destacar tres formas de realización en general: por coacción, por error o en virtud de aparatos organizados de poder.

Una coacción da lugar a que el sujeto de atrás (quien ejerce la coacción) tenga el dominio de la voluntad, convirtiéndose en autor mediato siempre que, y sólo cuando, el ordenamiento jurídico exonere al agente de responsabilidad penal por su actuación, estando a merced de la situación creada por el sujeto de atrás.

En las situaciones de error, la cosa es diferente, mientras que los supuestos de coactivos se basan en el dominio de las decisiones volitivas del ejecutor directo, aquí lo importante es una supradeterminación que confiere el sentido del comportamiento libremente elegido por el ejecutor directo al de atrás. Dicha supradeterminación configuradora se basa en el carácter global del dominio del hecho, articulado en cuatro grados de dominio del hecho (en función del conocimiento de las circunstancias fácticas de la antijuridicidad material, de los elementos de reprochabilidad y del sentido concreto de la acción) y el superior de éstos otorgan el dominio del hecho al de atrás sobre el ejecutor directo.

NOVENO: En la autoría mediata por aparatos organizados de poder, la base de ella es la "fungibilidad" o intercambiabilidad de los receptores de las ordenes, ya que el hombre de atrás tiene la certeza de que sus ordenes serán

cumplidas en base a esta característica, ya que si un elemento no obedece, vendrá otro a sustituirlo y a cumplir la orden casi de manera automática.

Cabe destacar, que únicamente habrán dos supuestos de manifestaciones típicas: 1) los delitos de un aparato de poder de organización estatal y 2) delitos de un aparato de poder de organización no estatal, que tienen una estructura de organización similar a las anteriores, pero en estas últimas hay que agregar una orientación afín del aparato en conjunto.

DÉCIMA: Cuando participan dos o mas personas en un hecho delictivo, pero ninguno de ellos en lo particular tiene el dominio de la acción, o el dominio de la voluntad respecto de los otros, estaremos en presencia de la coautoría. El dominio del hecho aquí se fundamenta en tener en las manos, cada uno de ellos, el destino del hecho global, lo cual únicamente se alcanza al existir una división funcional del trabajo (elemento objetivo); así como una conexión de voluntades entre los intervinientes, teniendo un plan y una resolución delictiva comunes a todos los coautores que forman el ente colectivo (elemento subjetivo). Por estas razones se habla aquí de un dominio del hecho funcional.

DÉCIMA PRIMERA: Debe negarse siempre el dominio del hecho en la cooperación en fase preparatoria por dos razones: La primera, es que la figura central del suceso que no haya tomado parte en la realización del hecho (tal como lo exige el legislador al elaborar los tipos penales) estará desplazado a la periferia del suceso. Y en **segundo lugar**, es verdaderamente dudoso, que alguien que únicamente coopera preparando, pueda dominar el curso del suceso, ya que la ejecución depende de la iniciativa, decisión y configuración del ejecutor directo, en oposición de lo que sucede en la fase ejecutiva, por lo que "deja de su mano" en algún momento el hecho confiando a partir de ahí en el otro.

PROPUESTA

Como ya vimos, nuestra legislación no ofrece una clara diferenciación entre las formas de autoría y participación, por lo que a –nuestro juicio– es necesario, en la búsqueda de un mayor apego a la justicia así como el facilitar en la práctica la imputación de conductas delictivas cuando se presenten las diversas formas de autoría (objeto principal de nuestro estudio), el adoptar la fórmula utilizada por el StGB, en sus §§ 25, 26 y 27.

De esta manera habría que reformar los artículos 13 y 22 del Código Penal Federal y del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal respectivamente, para quedar como a continuación se propone:

Autoría y Participación

Artículo X.- *Son autores del delito:*

I.- Quien cometa el hecho punible por si mismo,

II.- Quien lo realice a través de otro, y

III.- Quienes cometan mancomunadamente el hecho, castigando a cada uno como autor.

Artículo X Bis.- *Se castigara como autor a quien haya determinado dolosamente a alguien a la comisión de un hecho antijurídico.*

Artículo X Ter.- Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión de un hecho antijurídico.

Si bien una distinción así, en nuestra legislación, no bastaría para solucionar los problemas que representa en la práctica la diferenciación de las formas de autoría y participación, sería el comienzo para un estudio más afondo en nuestro país de dicha problemática. Ya que la discusión por parte de la Dogmática, así como de los Juzgadores y abogados litigantes, produciría un enriquecimiento, en general, del Concepto de Autor.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, Kai. *Dominio del Hecho por Dominio de la Voluntad en Virtud de Aparatos Organizados de Poder.* Trad. Cancio Meliá, 1ª Reimpr. CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTÍCULOS N°. 20, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogota, 1998.
- Amuchategui Requena, Griselda. *Derecho Penal, cursos primero y segundo.* Editorial Harla, México 1997.
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal parte general.* 2ª Ed. Editorial Hammurabi, Argentina, 1999.
- Bacigalupo, Enrique. *Principios de Derecho Penal, parte general.* 5ª Ed. Editorial Akal Madrid 1998.
- Beling, Ernesto. *El Rector de los Tipos de Delito.* Trad. Prieto Castro y Aguirre Cárdenas. Editorial Reus, Madrid, 1936.
- Bolea Bardon, Carolina. *Autoría Mediata en Derecho Penal.* Editorial tirant lo blanch, Valencia 2000.
- Bustos Ramírez, Juan. *Introducción al Derecho Penal,* 2ª Ed., Editorial Themis S.A., Colombia 1994.

- Calderón Cerezo, A y Choclán Montalvo, J. A. Derecho Penal T. I. Parte General, Editorial. Bosch, Barcelona 1999
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales De Derecho Penal, 39ª Ed. Actualizada, Porrúa, México 1998.
- Cerezo Mir, José. Temas Fundamentales del Derecho Penal. T. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994.
- Díaz Aranda, Enrique. El Dolo. 2ª Ed., Editorial Porrúa, México 2000.
- Díaz de León, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios. 3ª Ed., Editorial Porrúa, México 1998.
- Donna, Edgardo Alberto. Teoría del Delito y de la pena. Imputación delictiva. T. 2, Editorial. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1995.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1966.
- Gómez Gonzáles, Orlando T. Participación Criminal, análisis doctrinal. Ángel Editor, México, 2001.
- Hernández Plascencia, José Ulises. La autoría mediata en Derecho Penal. Editorial Comares, Granada 1996.
- Islas de González Mariscal, Olga. Análisis lógico de los Delitos Contra la Vida. 4ª Ed. Editorial Trillas, México 1998.

Jakobs, Günther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª Ed. Trad., Cuello Contreras y Serrano González, Marcial Pons, Madrid, 1997.

————— La imputación objetiva en derecho penal. Trad. Cancio Meliá Manuel, Universidad Externado de Colombia, Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1994.

————— El Ocaso del Dominio del Hecho. Trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires 2000.

————— La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva. Trad. Cancio Meliá, 1ª Reimpr. CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTÍCULOS N.º 15, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.

Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Vols. Primero y Segundo, 3ª Ed. Editorial Bosch, Barcelona 1981.

Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el delito. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.

Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. T. III, 5ª Ed. actualizada, Editorial Losada, Buenos Aires, 1965.

Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal Parte General. 4ª Ed, 2ª reimpresión, Trillas, México 2001.

Márquez Piñero, Rafael. El Tipo Penal y algunas consideraciones en torno al mismo. 2ª Ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Octubre 2004.

Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz. Derecho Penal, parte general. T. I, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible., Trad, Bofia Genzsch y Aimone Gibson, 7ª Ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1994.pp.

Maurach, Reinhart, Gössel, Karl Heinz y Zipf, Heinz. Derecho penal, parte general. T. 2 Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, Trad. Bofia Genzsch y Aimone Gibson, 7ª Ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1994.

Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Trad. Juan Cordoba Roda, T. II, Ediciones Ariel, Barcelona, 1992.

Mezger, Edmundo. Derecho Penal Parte General, Cárdenas Editor, España 1985.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. 4ª Ed. Editorial tirant lo blanch, Valencia, 2000.

Plascencia Villanueva, Raúl. Teoría del Delito, 2ª reimpresión, UNAM- IIJ, México 2000.

Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. T. I, Trad. Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal, Editorial. Civitas Madrid, 1997.

Roxin, Claus, Jakobs, Günther. et al, Sobre el Estado de La Teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Editorial Civitas, España 1998.

Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Trad., Cuello Contreras y Serrano González, Marcial Pons, España 1998.

Sistema de Universidad Abierta. *Metodología Jurídica*. Facultad de Derecho-SUA. UNAM, México, 1994.

Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*. T. I, 4ª Ed., 10ª reimpresión, Tipografía Editorial Argentina, Buenos Aires, 1992.

Vergara Tejada, José Moisés. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Ángel Editor, México, 2002.

Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, 4ª Ed., castellana, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1997.

LEGISLACIÓN

Código Penal Federal Mexicano.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Código Penal Español.

Código Penal Alemán.