

FUNDAMENTO DOGMÁTICO DE LA COAUTORÍA FRENTE A LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO*

Alvaro E. Márquez Cárdenas, Ph. D.**

RESUMEN

La coautoría es una de las formas como se organiza el comportamiento humano, cuando intervienen varias personas en el proceso de actuación delictiva. Aquí se plantea el problema de dilucidar si todos los participantes en dicho proceso deben responder ante el derecho penal de modo independiente por la realización de un hecho punible propio (coautoría) o bien de manera dependiente por la contribución a un injusto ajeno (participación)¹. La diferencia entre ambas formas de intervención criminal no es cuantitativa, sino cualitativa, en cuanto que la autoría supone la realización de un tipo principal (hecho injusto propio), mientras que la participación supone la realización de un tipo de referencia, mediante la cooperación accesoria para que otro (autor) realice el tipo penal (hecho injusto ajeno).

En esta segunda parte del trabajo, hacemos un análisis de la teoría del dominio del hecho, como doctrina dominante en la dogmática penal para buscar y fundamentar el ámbito de la figura de la coautoría, que es el objeto de nuestra investigación.

PALABRAS CLAVE

Coautoría. Participación. Autor. Concepto unitario. Teoría subjetiva. Teoría extensiva. Criterio forma-objetivo. Acuerdo previo. *Animus auctoris*. *Animus socii*.

ABSTRACT

The co-responsibility is one of the ways how the human behaviour is organized, when several people take part in the process of criminal performance. The task question to be solve, in this process, is whether all the participants must be independently judged by the accomplishment of an own criminal fact (co-responsibility) or they must dependently respond by the contribution to an other people's unjust fact (participation). The difference between both

Fecha de Recepción del artículo: 19 de mayo de 2005.

Fecha de Aceptación del artículo: 31 de mayo de 2005.

* Artículo que corresponde a resultados parciales de investigación que el autor adelanta sobre el tema.

** Abogado. Universidad Libre de Colombia. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid-España. Especialista en Criminología – Instituto de Criminología U. Complutense de Madrid. Master en Estudios Políticos, Universidad Javeriana. Docente investigador U. Libre – Magíster derecho penal. Profesor de Derecho Penal, Universidad Libre y Militar.

¹ Nos referimos a las formas de participación criminal que trae el CP. Inducción y complicidad en sus dos grados primaria y secundaria. El primero de los grados es lo que se conoce en CP español, como “la cooperación necesaria”.

forms of criminal intervention is not quantitative, but qualitative, as soon as the responsibility supposes the accomplishment of a main criminal type (unjust own fact), whereas the participation supposes the accomplishment of a type of reference, by means of the accessory cooperation so that another one (author) makes the penal type (unjust other people's fact).

KEY WORDS

Co-responsibility. Participation. Author. Unitary concept. Subjective theory. Extensive theory. Criterion form objective. Previous agreement. *Animus auctoris*. *Animus socii*.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo constituye un avance del proyecto de investigación titulado "LA COAUTORÍA EN LA DOGMÁTICA PENAL COLOMBIANA Y SU RELACIÓN CON OTRAS FORMAS DE AUTORIA Y PARTICIPACIÓN" que se adelanta en el centro de investigaciones de postgrado en la Universidad Libre.

La figura de la coautoría no ha sido preocupación de un estudio serio en nuestro país. De hecho en nuestra literatura jurídica nacional no hay una obra de dedicación exclusiva acerca del tema. Es decir, esta forma de coparticipación penal no ha sido objeto de divulgación ni de una investigación académica al respecto que nos permita clarificar el sentido del inciso 2º del art. 29 del C.P., su desarrollo, alcance, regulación y sobre todo que explique qué soluciones pretendió alcanzar el legislador con tal figura.

Si bien, en el código penal español al referirse a la coautoría se define como el que realiza el hecho conjuntamente, en el nuestro llega a definirlo expresamente, pero sólo referente a la llamada coautoría impropia o indirecta, y no hace claridad de las otras formas de coautoría de las cuales se ha ocupado la doctrina extranjera. De otra parte, la jurisprudencia de las altas cortes frente al tema, plantea en forma general que toda participación termina considerándola coautoría, desfigurando esta forma de autoría, que merece mejor tratamiento evitando aplicación e interpretaciones de los tipos penales en forma injusta.

La importancia del tema está dada en cuanto pretendemos divulgar la necesidad de que los jueces, abogados y fiscales no dejen de aplicar esta figura en las causas que procedan fundamentándola con un criterio dogmático, evitando de esta manera la impunidad que genera los delitos cometidos en forma conjunta por varios sujetos y que, frente a una falta de precisión de concepto, los más responsables, por ejemplo, los jefes de bandas delincuenciales, terminan siendo sancionados apenas como simples cómplices con penas irrisorias, o al contrario, una simple participación convertida en coautoría, aplicando penas desproporcionadas a lo realizado por partícipe.

PROBLEMA POR INVESTIGAR

Este estudio consiste en determinar el verdadero sentido del inciso 2º del art. 29 del Código Penal que trata la figura de la coautoría, buscando el genuino alcance de la norma, correlacionándola e integrándola a las demás disposiciones san-

cionatorias, buscando desentrañar las valoraciones políticas y sociales en que esas disposiciones descansan o se inspiró el legislador al regular como lo hizo las formas de autoría y participación. Por lo anterior cabe preguntar: ¿Cómo debe interpretarse la figura de la coautoría en el CP vigente? Si el CP define sólo la coautoría impropia, ¿cómo deben entenderse la demás formas de autoría? ¿Cuál es la teoría dominante que explica la existencia dogmática de la coautoría como forma de coparticipación? ¿Cómo ha venido la jurisprudencia de las altas cortes interpretando la figura de la coautoría? ¿Cuál es la teoría dominante en Colombia y cuál es su fundamento? ¿Qué elementos esenciales nos permiten diferenciar la coautoría de otras formas de participación, como la complicidad necesaria, donde también hay acuerdo previo? ¿Cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial del “acuerdo previo” para definir la coautoría en España? Las respuestas a estos y otros interrogantes nos van perfilando la necesidad de presentar elementos determinados y claros para definir esta forma de autoría con fines prácticos.

En este primer artículo de avances nos ocupamos de las diferentes teorías que han permitido presentar los diferentes modelos para ordenar la codelincuencia: concepto unitario y el sistema de participación o diferenciador: teoría extensiva, subjetiva y formal-objetiva. La teoría del dominio del hecho que es la dominante en la dogmática penal moderna, y por motivos de su extensión será motivo del próximo avance.

METODOLOGÍA

Se trata de una metodología de investigación normativa, jurisprudencial y comparativa con la legislación y doctrina española, que pretende explicar desde el punto de vista dogmático penal el origen de la necesidad que el legislador colombiano tuvo en mente para vincular al derecho positivo el inciso 2º del art. 29 CP, consultando los antecedentes doctrinarios, legislativos, el derecho positivo extranjero.

Se busca también, con el sistema metodológico adoptado, el análisis de las otras formas de autoría y participación frente a la figura del coautor; el examen por grupos y casos concretos, de los tipos delictivos cuya estructura admite la figura de la coautoría en el sentido del derecho penal.

RESULTADO

1. Teoría del dominio del hecho

Si hacemos un recorrido retrospectivo, observamos cómo la doctrina en su búsqueda por explicar, fundamentar y delimitar el concepto de la autoría, ha pasado por teorías subjetivas que surgen ante el fracaso de las teorías objetivas y que dentro de estas últimas, la tesis formal-objetiva fue la consecuencia del fracaso de la material-objetiva².

En el planteamiento general, la primera dificultad surge entre la autoría y la problemática de la causalidad, que es muy evidente y, por otra parte, absolutamente inevitable.

² Zaffaroni, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo IV. México, Ed. Cárdenas, 1986. Pág. 320.

En primer lugar se quiso delimitar la relevancia de la causalidad en el plano físico, prescindiendo de cualquier dato subjetivo y jurídico; luego, se entendió que sólo era posible limitar la relevancia penal de la causalidad en el plano de la tipicidad y, por último, se pretendió que la culpabilidad operaba como correctivo. En la delimitación de la autoría los pasos fueron parecidos: primero se quiso delimitar el concepto de autor en un plano físico (teorías material-objetivas); luego se apeló al tipo considerado en su mera objetividad (teorías formal-objetivas) y, por último, se acudió al *animus*, que es una innovación de la culpabilidad en el nivel de la tipicidad. La estrechez de la objetividad típica aislada y la insuficiencia de la apelación al uso del lenguaje, hicieron naufragar la tesis formal. Esta situación de aparente sinsalida comenzó a superarse con la aparición de la doctrina del dominio del hecho, que es la que prevalece³ en la jurisprudencia española y colombiana.

El desarrollo de la dogmática jurídica no podía quedarse en los planteamientos de causación o de ejecución; sin desconocer totalmente estas formulaciones, surge otra teoría cuyo contenido entronca con el concepto de acción. Como afirma Gallas⁴, “la distinción entre autoría y participación, no hay que partir de principios penales que describen procesos causales, donde se determina una serie de responsables en aten-

ción a una relación de causalidad, sino que debe hacerse sobre la base de una unidad de sentido final-causal”.

Lo importante en la nueva doctrina no es quién causa el hecho o quién ejecuta la acción típica, sino quién domina la ejecución de ésta. Lo difícil del nuevo criterio radica precisamente en el manejo del mismo, que de no fundamentarse adecuadamente puede llevar a equívocos no deseados, de manera que lleguen a convertirse los hechos de participación en hechos de autoría o viceversa⁵, como era una de las objeciones de las teorías subjetivas.

La teoría del dominio del hecho fue enunciada por Welzel en un trabajo de año 1939⁶ donde sienta las bases de lo que sería su teoría derivada de un concepto final de acción. Para este autor lo decisivo es la realidad objetiva de que el hecho es realmente la obra del autor. “Esta realidad objetiva depende en efecto de momentos subjetivos, en concreto del dominio final del hecho, que sin embargo es más que puramente subjetivo. Es la sencilla realidad, que caracteriza la peculiaridad del actuar humano como realización de la voluntad, de que el hombre puede poner en marcha, de un modo dirigido según un fin que se propone, la configuración del futuro (del acontecer causal). Esta configuración, que ha realizado de un modo dirigido según la finalidad de su voluntad,

³ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 12a ed. Traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez. Chile. 1969. Pág. 125. Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. II. Traducido por Córdoba Roda. Barcelona, 1962. Pág. 628. Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción y adiciones al derecho español por Mir Puig y Muñoz C., Volumen segundo. Barcelona, Bosch. Pág. 529. Roxin, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft. Hamburg, 1963, y, 2a ed, Hamburg 1967. Bockelmann, Paul. Relaciones entre autoría y participación. Buenos Aires. Traducido por Carlos Fontán, 1960.

⁴ Gallas, Wilhelm. Beiträge zur Verbrechenslehre. Berlín. 1968. Pág. 85.

⁵ Hernández Plasencia, José Ulises. La autoría mediata en Derecho Penal. 1996. Pág. 27

⁶ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 12ª. ed. 1969. 1939. Pág. 491 y ss.

le pertenece específicamente como obra propia. En ello es indiferente si él ha realizado este hecho para sí o para otro, en interés propio o ajeno; si éste es la realización, con conciencia del fin, de la resolución de su voluntad, es su hecho⁷. Así, el criterio esencial del dominio del hecho para Welzel no es una vaga voluntad de autor, sino el verdadero dominio final del hecho.

Para Welzel autor es sólo aquél que, “mediante la dirección consciente y final del curso causal hacia el resultado típico, es señor sobre la realización del tipo⁸. Esto es un argumento más concreto que “autor finalista es señor sobre su decisión y la ejecución, y por ello señor sobre ‘su’ hecho⁹. Sin embargo, en el caso de la participación “el inductor sugiere el hecho ajeno y el cómplice lo apoya, pero el dominio final sobre él, el dominio sobre la decisión y su ejecución real, sólo lo tiene el autor¹⁰, basado en un concepto personal del injusto. La complicidad consiste en la “ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión ni en el dominio final del hecho¹¹.”

Como una diferencia frente a otros planteamientos, la teoría del dominio del hecho opera directamente sobre la teoría de lo injusto, donde el tipo y sus límites son decisivos para la determinación del concepto de autor. Esta teoría responde a un reflejo de la teoría final de la acción que debe proyectarse sobre las accio-

nes tal y como configura el legislador en los tipos penales.

De diversa manera los autores han venido configurando la teoría del dominio del hecho: Maurach¹² “dominio del acto es el doloso tener las riendas del acontecimiento típico. El dominio del hecho lo tiene el cooperador que se encuentra en la situación real, por él percibida, de dejar, correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo”. Córdoba Roa, que sigue de cerca a Maurach y defensor de la teoría del dominio del hecho como derivada del concepto finalista de acción, destaca la necesidad de circunscribir el ámbito de quienes son realmente autores de entre los que la ley considera tales. Tal circunscripción del ámbito de la autoría tiene lugar en un plano “óntico, prejurídico”, mediante una “averiguación del ámbito del concepto material de autor, derivado directamente del de acción¹³. En consecuencia sostiene “que si bien todos aquellos que toman parte directa en la ejecución del hecho son autores, los que fuerzan o inducen tan sólo serán cuando la fuerza o la inducción alcance el grado de la autoría mediata”. Sobre estas formulaciones, en primer lugar, se ha dicho que el poder de interrumpir no sólo lo tiene el autor sino en ciertos casos lo puede tener un partícipe. Ejemplo, el cómplice o inductor que arrepentido da cuenta a la policía para evitar la iniciación o terminación del hecho delictivo.

⁷ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. Cit. Pág. 538 y ss.

⁸ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán Cit. Pág. 99

⁹ Welzel, Hans. Derecho... Cit. Pág. 98

¹⁰ Welzel, Hans. Derecho... Cit. Pág. 100.

¹¹ Welzel, Hans. Derecho... Cit. Pág. 90

¹² Maurach, R. Derecho Penal. Parte General. Vol. 2: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. Traducción de la 7a edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, 1995. P

¹³ Córdoba Roa. Notas al Tratado de Derecho Penal de Reinhart Maurach. Tomo I y II, 1962. Pág. 315.

En segundo lugar, la delimitación de la autoría recurre a un doble criterio: realización de una característica del tipo y el objetivo dominio del acto. Aparece la autoría como un problema de acción y también sigue siendo un problema de tipo. Introduciendo un dualismo difícil de resolver. De modo que para delimitar quién es autor y quién partícipe es preciso atender a la acción, pero a la acción como realización del tipo, y al tipo, pero no en su simple dimensión descriptiva, sino como tipo de injusto. Del sentido que quepa atribuir al tipo y a su realización habrá, necesariamente, de extraer el criterio delimitador de la autoría. Y parece claro que el tipo y su realización no pueden entenderse en dos sentidos, uno formal y otro material¹⁴.

Para Gallas¹⁵ “la autoría significa la relación del agente a un proceso de acontecimiento y al resultado de éste, que hace aparecer al acontecimiento total como su hecho y el resultado como su obra”. Esta relación se presenta cuando el sujeto, mediante la colocación de los medios apropiados, tiene el hecho “en sus manos, domina el proceso hasta el resultado, tanto si él mismo interviene directamente como si se sirve de otro como mero instrumento”.

Jakobs¹⁶ distingue entre el dominio del hecho formal (realización de la acción típica), el dominio del hecho material como dominio de la decisión (dominando el hecho mediante la decisión de si se realiza o no) y dominio del hecho material como dominio de la configuración. El dominio del hecho hace referencia al momento de la ejecución, pues, si la aportación se produce mientras se prepara el hecho estaríamos ante la participación.

En la doctrina española la teoría del dominio ha sido objeto de prolijo estudio. Para Córdoba¹⁷, Quintano¹⁸ y Gimbernat¹⁹ la teoría del dominio del hecho logra explicar y fundamentar la autoría mediata; Para Mir²⁰, Bustos²¹, autor es el que tiene el poder sobre la realización del hecho que describe el tipo penal respectivo; para Benítez²² teoría del dominio del hecho comprende el tener en la mano dolosamente la complementación de la descripción típica; para López Barja²³, Muñoz Conde²⁴, es autor quien domina finalmente la realización del delito, esto es quien decide el sí y el cómo de su realización. Uno de los primeros defensores de esta teoría, primero en Argentina²⁵, luego en España²⁶ es el profesor Bacigalupo: para él,

¹⁴ Vives Antón, T.- Libertad de prensa y Responsabilidad Criminal. Madrid, Instituto de Criminología Universidad Complutense, 1977. Pág. 147.

¹⁵ Gallas. Deutsche Beiträge, 1957. Pág. 65.

¹⁶ Jakobs, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Traducción por Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid, Marcial Pons, 1995. Pág. 605.

¹⁷ Córdoba Roa, Juan. Notas al Tratado de Derecho Penal. Pág. 309.

¹⁸ Quintano Ripolles, Antonio. Comentarios al Código Penal, Madrid, 2ª. Ed. 1963. Pág. 235.

¹⁹ Gimbernat Ordeig, Enrique. Autor ...Cit., 1966. Pág. 127.

²⁰ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Cit., Pág. 345. Plantea una versión en la teoría del dominio del hecho, de la pertenencia del hecho.

²¹ Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. 1989. Pág. 331.

²² Gómez Benítez, José Manuel. Teoría Jurídica del Delito. Cit., 1984. Pág. 420.

²³ López Barja de Quiroga, Jacobo. Autoría y participación. Madrid, Akal, 1996. Pág. 30 y ss.

²⁴ Muñoz Conde, Francisco y García Arán. Derecho Penal. Parte General. Valencia, 1995. Pág. 451.

²⁵ Bacigalupo, Enrique. La Noción de Autor en el Derecho Penal. Buenos Aires, Abelo-Perrot, 1965. 45 y ss. 'El concepto de dominio del acto, en efecto, ha sido expresado por autores que han partido de distintos conceptos de acción y en consecuencia no hay completa coincidencia en las determinaciones de aquél. Mientras los autores finalistas conciben el dominio del acto como una característica objetiva, para los representantes de la teoría causal, ésta debe ser una característica subjetiva que a la vez permita ceñir el concepto de autor y separarlo del de partícipes'.

²⁶ Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal. Pág. 215.

“autor es quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de tal dominio”²⁷. Aclarando que junto al dominio del hecho entran en consideración como especiales elementos de la autoría los elementos subjetivos personales de la autoría y los elementos objetivos (por ejemplo la calidad de funcionario).

1.1 Naturaleza jurídica de la teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho, para algunos autores encuentra una afinidad con las teorías subjetivas. Toda vez que el dominio suponía una dirección consciente del curso causal y una voluntad de realización del tipo. Hoy, la discusión se dirige al sentido contrario, donde se intenta superar el matiz subjetivo que en principio se le atribuía a la teoría del dominio del hecho.

La relación que se da entre el autor y el dominio puede definirse como subjetiva, si se precisa una conciencia o voluntad de dominio en el sujeto con respecto al hecho que realiza; puede ser objetiva, si el dominio del hecho deriva directamente de lo que hace el sujeto con independencia de que sea consciente o no de su dominio sobre el hecho típico o de su voluntad de determinarlo; otro criterio es el de considerar la teoría del dominio como objetiva-subjetiva o mixta, si no sólo hay que dominar

el hecho desde el punto de vista fáctico, sino que es preciso también conocer que se tiene el dominio”²⁸.

1.1.1 Criterio subjetivo

A la formulación del dominio de Welzel se le ha considerado por parte de un sector de la doctrina, como continuadora de la teoría subjetiva de la participación, cuando afirma que “señor sobre del hecho es quien lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La configuración del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada convierte al autor en señor del hecho. Por ello, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio del hecho”²⁹. De esta afirmación se deduce por algunos la vinculación con las bases de la teoría subjetiva. Es decir, la presencia necesaria de una actitud psíquica en el autor para configurar el acto típico, convierte así al dominio del hecho esencialmente en una fórmula subjetiva para determinar quién es autor de un hecho punible.

Para Gimbernat³⁰, quien considera que la teoría del dominio es objetiva, encuentra la conexión entre dominio del hecho y las teorías subjetivas. En la expresión de Welzel³¹ “...el inductor incita el hecho ajeno y el cómplice lo apoya. Pero el dominio final sobre el hecho, el dominio sobre la decisión y su ejecución real lo tiene el autor”.

²⁷ Bacigalupo, Enrique. Principios... Cit., Pág. 211.

²⁸ Hernández Plasencia, José Ulises. La autoría mediata en Derecho Penal. Granada, Comares, 1996. Pág. 75.

²⁹ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. Cit., 1969. Pág. 145.

³⁰ Gimbernat Ordeig, Enrique. Autor ...Cit., 1966. Pág. 124. Para este autor la teoría del dominio del hecho no es subjetiva, ni objetivo-subjetiva. Se inclina por un criterio objetivo.

³¹ Welzel. Studien zum System des Strafrechts. ZStW 58. Pág. 539.

Pero, para efectos de determinar si la teoría del dominio es subjetiva, es necesario precisar qué se entiende por tal concepto. Generalmente se habla de teorías subjetivas para identificar aquellas que exigen en el sujeto especial disposición de su voluntad o en el ánimo respecto a su propia intervención, *animus auctoris* para ser autor, *animus socii* para ser partícipe. Donde el cómplice somete su voluntad a la del autor, quien decide si el hecho llega o no a realizarse.

Para la mayoría de los partidarios de la teoría del dominio del hecho, cuando se refieren al elemento subjetivo del mismo, lo relacionan con la finalidad o sea con el dolo, naturalmente no con el dolo entendido como conocer y querer la producción de un resultado o una actividad, que también concurre en los partícipes, sino con el dolo entendido como voluntad consciente de realizar concretamente aquello que objetivamente fundamenta el dominio del hecho. En ocasiones se exige, como lo establece Roxin, un “conocimiento fundamentador del dominio”, esto es que “el autor debe... conocer las circunstancias del hecho, y además debe ser consciente de las circunstancias fácticas que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento”, es decir, se presenta finalidad y conciencia.

Se exija finalidad o se exija conciencia, lo que está claro es que ello nada tiene que ver con la posición interna del sujeto respecto a su forma de intervención en el hecho, nada tiene

que ver con querer el hecho como propio o ajeno; con tener voluntad preponderante o no, con actuar en interés propio o ajeno, en este sentido, la teoría del dominio del hecho es subjetiva³². Es de tener en cuenta que la referencia al ámbito subjetivo en la teoría del dominio del hecho es de tipo cognoscitivo, no es el de querer (voluntad), sino de saber (conciencia)³³.

La condición de autor no se adquiere psíquicamente, no reside en la mente, en el sentimiento de un sujeto respecto del hecho en el que interviene. Se puede decir, entonces, que lo subjetivo en la autoría y en la participación, en concreto, en el dominio del hecho, no se identifica con el *animus auctoris* o *socii* del sujeto, tal como exigían las teorías subjetivas. Cuando las teorías subjetivas hacían referencia al elemento subjetivo no era de naturaleza cognoscitiva, no era la exigencia que el interviniente conociera que está ejecutando una acción de autoría; lo que se exigía en estas teorías era un elemento volitivo, en el sentido de que el sujeto se atribuyera personalmente el hecho, que lo quiere como propio y no ajeno.

De que el dominio del hecho dependa en parte, no de la actitud del sujeto frente al hecho, sino del conocimiento que tiene el interviniente sobre el control del hecho, no puede extraerse la conclusión de que sea una teoría esencialmente subjetiva, porque lo objetivo, en todo caso, debe ser presupuesto de cualquier exigencia subjetiva, en el sentido de

³² Díaz y García Conlledo, Miguel. La Autoría en Derecho Penal. Pág. 570

³³ Roxin, Claus. Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Depalma. Traducción Enrique Bacigalupo. Buenos Aires. 1979. Pág. 114 y ss.

que hay subjetividad cuando por lo menos existe una relación objetiva entre el hecho real y el sujeto. De otra parte, casi todas las teorías subjetivas partían de que toda contribución objetiva al hecho tenían el mismo valor porque operaban con criterios causales. De lo anterior creo que se da un equilibrio de lo subjetivo con respecto a lo objetivo, ya que la teoría del dominio del hecho no parte de lo puramente volitivo, de lo cognoscitivo.

1.1.2 Criterio objetivo

Para otro sector de la doctrina lo que caracteriza el dominio del hecho es la conducta material que realiza el sujeto en la ejecución del hecho típico, sin descartar que para que el interviniente tenga la autoría es necesario que actúe con conciencia (dolo), que está dominando el hecho, pero el dolo no es algo que pertenezca al dominio sino al tipo del delito³⁴. Se diferencia entre dominio fáctico y dolo de cuya unión resulta el dominio final del hecho³⁵. Corroborándose este planteamiento al estimarse que la finalidad del interviniente en el delito no puede diferenciar al autor del partícipe, puesto que ambos actúan de modo final³⁶. Se reconoce que el único elemento subjetivo imprescindible para el dominio del hecho es el dolo, pues, de no ser así, el dolo y el dominio (objetivo) del hecho no fundamentarían la autoría de un delito.

Desde este punto de vista, la doctrina del dominio del hecho es objetiva, en el sentido de que no interesa el ánimo o intención que media en el sujeto para determinar si tenía o no el dominio en cuestión; lo que interesa es establecer concretamente si en la materialidad lo tenía y, al mismo tiempo, si sabía también que lo tenía. Como lo señala Gimbernat, “La doctrina del dominio del hecho es totalmente objetiva... El que tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad que le dé la gana: el dominio del hecho lo seguirá teniendo. Y el que no es titular del dominio del hecho, aunque se ponga como se ponga, aunque tenga la voluntad de autor, aunque quiera el hecho como propio, no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía”³⁷. En esto hace énfasis Welzel, que insiste en que “el concepto de autor aquí definido es objetivo, en el sentido de que vincula la autoría a la posesión real del dominio del hecho”³⁸. A lo que agrega Maurach³⁹ que precisamente esa objetividad del concepto, el dominio del hecho no puede convertirse en una noción vacía, como la de “querer el hecho como propio”, ya que aquélla se sustenta en la real concurrencia de las particulares aportaciones al suceso como fenómeno objetivo.

La aceptación de que lo fundamental para la autoría es la existencia del dominio objetivo del hecho, no significa ignorar que la existencia o no

³⁴ Muñoz Conde, Francisco. Teoría Jurídica del Delito. Valencia, 1989. Pág. 177.

³⁵ Hernández Plasencia, José Ulises. La autoría... Cit., Pág. 67.

³⁶ Gallas. Beiträge zur Verbrechenslehre. Berlín, 1968. Pág. 137.

³⁷ Gimbernat. Autor... Cit., Pág. 126.

³⁸ Welzel. Cit., Pág. 108.

³⁹ Maurach, R. Cit., t.II. Pág. 342. “El elemento objetivo de la autoría consiste en el tener-en-las-manos el curso del acontecer típico, en la posibilidad fáctica de dirigir en todo momento la configuración típica”.

de dolo puede tener trascendencia. Así, para Díaz y García “el que el sujeto sepa o no sepa es por tanto algo secundario para determinar quién es autor; lo fundamental es lo que el sujeto haga”⁴⁰. Pero su posición, como la de su maestro Luzón Peña, llega al extremo de objetivizar la teoría del dominio del hecho que rompe con el criterio mantenido por la doctrina, de que el dominio del hecho no es viable para determinar la autoría en los delitos imprudentes⁴¹. De esta manera para Luzón Peña⁴² en los delitos imprudentes existe – también en los delitos dolosos – un dominio objetivo o control objetivo del hecho, que concurrirá con independencia de la voluntad del agente si la conducta está objetivamente en condiciones de dominar, controlar o determinar el curso de los acontecimientos hacia el resultado...”. Esa objetiva determinación es, pues, el presupuesto ineludible para explicar la autoría tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes. Si a la determinación objetiva se le añade la voluntad consciente del autor de dirigir o configurar finalmente el curso causal, estaremos ante el delito doloso; si no concurre el dolo y sólo se da infracción del cuidado debido, estaremos ante el delito imprudente.

En nuestro criterio, la sola consideración de la aportación objetiva al hecho no es suficiente para determinar objetividad en el dominio del hecho. En el ejemplo de la enfermera que sin sospechar nada, y por indicación del médico, conocedor

de la situación, inyecta a un paciente un veneno, no es posible considerar que la enfermera en su situación tiene el sí y el cómo del hecho de la muerte. Sólo si se concibe la actuación de las personas humanas como meros procesos causales, sujetos únicamente a leyes físico-naturales, podría llegarse a esa conclusión. Si el resultado pasa por sus manos, por su acción, es un eslabón más del curso causal, pero no es la enfermera quien decide que se mate al paciente, ni decide con qué medios, ni a qué sujeto; si remplazáramos a la mujer en el ejemplo por un objeto mecánico que pudiera inyectar al paciente, tendríamos que decir que la determinación objetiva del hecho la tiene el instrumento mecánico.

En consecuencia, la autoría, aunque es un elemento objetivo, no puede hacerse depender sólo de quien ejecuta materialmente la parte objetiva de los tipos penales, sino de todos los elementos, incluidos los subjetivos. En el ejemplo de la enfermera no es ella quien infringe la norma penal, pues esta prohíbe las acciones dolosas o imprudentes, y no cualquier acción objetivamente peligrosa o lesiva al bien jurídico. Precisamente ante estas situaciones y para evitar la impunidad del sujeto de atrás, entre otras razones, ha surgido en la doctrina la autoría mediata.

1.1.3 Criterio mixto

En la actualidad, un sector mayoritario⁴³ de la doctrina le atribuye a la

⁴⁰ Díaz y García Conlledo, Miguel. La Autoría... Cit., Pág. 580

⁴¹ Hernández Plasencia. La autoría mediata. Cit., Pág. 76.

⁴² Luzón Peña. La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. ADPCP, 1989. Pág. 893.

⁴³ Roxin, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. Cit. Pág. 317; Otto. Grundkurs. Pág. 260; Hegler. Mittelbare Täterschaft. Pág. 172; Cerezo Mir, J La Polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho Penal Español. Anuario, tomo 28, # 1. Madrid, Ministerio de Justicia, 1975. Pág. 167; Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Barcelona, PPU, 1995. Pág. 394.

teoría del dominio del hecho un carácter objetivo-subjetivo, donde se combinan tanto elementos objetivo como subjetivos.

Para Jescheck⁴⁴, ni una teoría objetiva ni subjetiva pura, son suficientes para fundamentar en forma precisa la esencia de la autoría, y al mismo tiempo permite delimitar la autoría de la participación. Para este autor, la teoría del dominio del hecho logra sintetizar ambas tesis doctrinales (objetiva-subjetiva) ya que cada una caracteriza correctamente un lado del problema, pero que aisladamente estudiadas desvirtúan el sentido en su totalidad. De esta manera, la voluntad de condición resulta decisiva no solo para determinar la autoría, sino también la importancia material del aporte que cada interviniente asume en el hecho. Por lo anterior, afirma Jescheck, “sólo puede ser autor quien, en atención a la importancia de su aportación objetiva, contribuya a dominar el curso del hecho”⁴⁵.

En efecto, el dominio del hecho cobra relieve cuando al control material de la situación típica se le añade el conocimiento sobre esa situación de control. No basta únicamente, con controlar objetivamente el hecho para afirmar que existe

dominio del hecho ni, por supuesto, la creencia de que se domina un hecho, como criterio de autoría; se necesita un elemento que identifique el proceso causal externo con la voluntad consciente del sujeto que lo impulsa, y ese elemento no lo cubre totalmente el dolo.

1.2 Teoría del dominio del hecho según el planteamiento de Roxin

Claus Roxin es el autor alemán que ha dado una exposición más concreta de la teoría del dominio del hecho. Su obra fundamental, *Täterschaft und Tatherrschaft*⁴⁶, obra traducida al castellano con el título ‘Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal’, estudia la autoría en toda clase de delitos bajo dos principios.

1.2.1 *El autor como figura central*

Según Díaz y García⁴⁷, Roxin en su búsqueda por sintetizar los aspectos ontológicos y teleológicos en una fórmula concreta, llega a la conclusión de que “el autor es la figura central del proceso de actuación”⁴⁸, y esto es un principio rector que no constituye una descripción de la autoría en su contenido, sino sólo es un criterio formal de un punto de partida metodológico.

⁴⁴ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción y adiciones al derecho español por Mir Puig y Muñoz C., Volumen segundo. Barcelona, Bosch. Pág. 905.

⁴⁵ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Cit., Pág. 906.

⁴⁶ Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. traducida por Joaquín Cuello y Luis Serrano. Marcial Pons, Madrid, 1998.. Quien mejor ha desarrollado el concepto finalista de autor, logrando ofrecer una fuerte crítica a las teorías subjetivas de la autoría que durante muchos años venía manteniéndose en Alemania.

⁴⁷ Díaz y García Conlledo, Miguel. La Autoría... Cit., Pág. 583. Criticando este principio sostiene que la idea de la ‘figura central, no sirve como punto de partida, ni siquiera como punto de parte metodológico muy general que hay que concretar. Más bien me parece que el punto de partida correcto es otro: determinar qué concepto de autor recoge la ley, si uno unitario o uno restrictivo y, cuando ello no sea claro, cuál es el más conveniente; con ello habremos descubierto por qué la ley 8 o la interpretación de la ley en este sentido, cuando quepan varias, sigue un concepto restrictivo de autor; en mi opinión ello se debe a que se valora el concepto restrictivo de autor como algo que permite un mejor recorte de lo típico y produce seguridad jurídica (ventajas con carácter constitucional); desde esta premisa, que debe ser el eje central, la idea rectora, el principio general que guíe la búsqueda de criterios diferenciadores de la autoría y la participación, ya quizá sí podremos afirmar que autor es la figura central de la descripción típica, aquel a quien se dirige directamente la prohibición o mandato contenido en la norma penal primaria de los tipos de la parte especial’.

⁴⁸ Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Cit. Pág. 25.

Desde un punto de vista prejurídico, el concepto de figura central significa acudir a una representación plástica existente en la conciencia colectiva, en donde el autor directo, autor mediato y el coautor son la figura central del acontecimiento; el inductor y cómplice están al margen de los principales. "...si es que se puede hablar de algún modo de una esencia de la participación preexistente, ésta consiste en este apoyo de partícipe en la figura central del autor"⁴⁹.

Este principio responde a una consideración valorativa y ontológica de las formas de intervención en el delito, que pretende delimitar el lugar que ocupan el autor directo, mediato y el coautor en relación con los partícipes. En relación con el autor-partícipe, es claro que el autor es la figura central del acontecimiento punible. Pero con respecto de los casos del autor mediato, la situación cambia, pues este no deriva su posición como figura central del acontecimiento típico; es precisamente del instrumento de que se sirve este autor que ejecuta el hecho y frente a la conciencia colectiva es el responsable de la actuación.

En consecuencia, dada la instrumentalización que vincula al sujeto de atrás con el instrumento, no podemos atribuirles a ambos la condición de figuras centrales de los delitos, si se parte del criterio material del dominio del hecho, porque aunque los dos sujetos dominen el hecho, un dominio posibilita el otro. Por tanto, la idea de la figura central

del acontecimiento típico juega un rol exclusivamente en la relación autor-partícipe⁵⁰.

1.2.2 El dominio del hecho como concepto abierto

Como indica Roxin⁵¹, el concepto que determine quién es autor, en este caso el dominio del hecho, no puede ser un criterio indeterminado que no dé al menos ciertas pautas para la solución de casos dudosos; tampoco un concepto fijo, en el sentido de que se trate de una definición que por un acto de subsunción objetiva, pueda extraerse deductivamente la solución de todos los casos concretos. Debe buscarse un punto medio dotando al concepto de dominio del hecho de un contenido material, que tenga en cuenta los diferentes fenómenos de participación que se presentan en la vida real, pero a su vez encontrando un hilo conductor común, un principio general que permita juzgar la corrección de la solución al caso concreto.

Lo anterior se consigue, no con una definición exacta o un concepto indeterminado, sino con una 'descripción' que delimite claramente constelaciones típicas de casos y permita con ello un enjuiciamiento general, que, sin llegar a una precisión total, deje al encargado de aplicar el Derecho un cierto margen de maniobra en la solución del caso concreto, pero teniendo un principio regulativo o indicador de la dirección por seguir. Esto es lo que Roxin denomina 'concepto abierto'⁵².

⁴⁹ Roxin, Claus. Autoría y dominio... Cit. Pág. 26.

⁵⁰ Hernández Plasencia, José Ulises. La autoría... Cit., Pág. 36.

⁵¹ Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Cit Pág. 108-126.

⁵² Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Cit. Pág. 122. Este autor ha demostrado que el dominio del hecho no puede caracterizarse a través de conceptos totalmente definidos, ni mediante una definición rígida; pertenece por el contrario a los conceptos abiertos, en los que en lugar de una concreción de conceptos da lugar a una descripción.

Así mismo, comenta el profesor Bacigalupo⁵³ que el dominio del hecho no es un concepto de límites fijos sino que admite ser descrito. El concepto abierto es un principio regulativo. Este asume su concreta función cuando la descripción es insuficiente a causa de la gran variedad de posibilidades que el hecho ofrece⁵⁴.

Roxin aplica el método del concepto abierto del dominio del hecho estudiando las distintas formas de autoría —directa, mediata y coautoría— para determinar en cada una de ellas cómo juega en el concepto de dominio del hecho, esto es, deduciendo de la manera como se produce el acontecimiento en las distintas formas de aparición del fenómeno participativo y tomando de ello a su vez los principios generales que permiten aproximarse a una solución de los casos más difíciles.

Para Hernández⁵⁵, Roxin no es rigurosamente fiel al criterio del concepto abierto con respecto a la autoría mediata, cuando adopta como criterio cerrado el principio de responsabilidad para determinar la autoría mediata mediante coacción, pues no entra a valorar la instrumentalización del ejecutor, incluso en el caso de que al ejecutor le corresponda una responsabilidad atenuada, conformándose con la presunción legal; pero paradójicamente, ésta no le vale para fundamentar el dominio del hecho a través del manejo de los aparatos organizados de poder.

1.3 Formas del dominio del hecho

En los delitos del dominio del hecho, estima Roxin⁵⁶, se dan de tres formas: como dominio de la acción, como dominio de la voluntad y como dominio funcional.

1.3.1 El dominio de la acción

El dominio de la acción comprende la realización directa, de propia mano del tipo doloso, esto es, la realización final de todos los elementos del tipo objetivo. Roxin, precisando su planteamiento, afirma: “Quien, sin estar coaccionado, y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual, realiza de propia mano todos los elementos del tipo es autor. Tiene en todos los casos imaginables el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la expresión más patente de la figura central, ...No se puede dominar un hecho de forma más clara que cuando uno mismo lo hace; no se puede tener en las manos nada de una forma más firme que a través de la actuación de propia mano”⁵⁷. El legislador al describir los diferentes tipos penales caracteriza al autor individual; de esta manera sólo quien cumple todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor y “lo es sin excepciones, cuando los realiza”.

No obstante, hay que tener en cuenta, con carácter general, que no

⁵³ Bacigalupo. Principios de Derecho Penal. Cit., Pág. 215.

⁵⁴ Bacigalupo. Principios de Derecho Penal. Cit., Pág. 216.

⁵⁵ Hernández Plasencia. La Autoría... Cit., Pág. 37.

⁵⁶ Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Cit. Pág. 127

⁵⁷ Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal. Cit. 1984. Pág. 127; Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Traducción de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires, 1970. Pág. 61 El concepto de dominio de la acción, así la ha llamado Roxin por corresponder con la calidad propia de la acción que determina al ejecutor como autor.

puede afirmarse que sea autor directo todo aquel que realice algún elemento del tipo, 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; otro ejemplo sería el caso de quien toma una cosa mueble ajena, en el hurto, aunque haya realizado uno de sus elementos típicos.

Para determinar la autoría no se puede descuidar la perspectiva del hecho típico sobre el que se debe proyectar en los delitos dolosos el dominio. Para Hernández, 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 típica⁵⁸. Roxin considera que no es necesario realizar todos los elementos del tipo, para determinar la autoría directa que estamos haciendo referencia, sino que donde la ley requiere varias acciones basta con realizar una de ellas; así en el delito de hurto es autor inmediato el que realiza el apoderamiento o el que aplica la fuerza. En este ejemplo, la realización parcial fundamentaría una coautoría, pero que el apoderamiento o la fuerza constituyan autoría no proviene sólo de la realización de propia mano del

tipo, sino también del acuerdo de voluntades y daría lugar a la determinación mejor de coautoría que una autoría directa⁵⁹.

En relación con el instrumento en la autoría mediata, cuando por ejemplo, por falta de dolo, actúa atípicamente, o a veces los elementos típicos son realizados por la propia víctima del delito, en los casos de participación necesaria, no hay lugar a la autoría inmediata. Estos cuestionamientos al concepto de dominio de la acción dan lugar a algunos problemas⁶⁰. Así algunos autores deducen que de la teoría del dominio del hecho, por el carácter material de la misma que no siempre quien de modo inmediato, de propia mano, realiza la acción típica y cumple los restantes requisitos objetivos y subjetivos del tipo, tiene el dominio del hecho; el caso del agente que dolosamente realiza la acción típica, que sin embargo, actúa sin culpabilidad y es utilizado por un sujeto que actúa detrás, es quien tiene realmente del dominio el hecho. Estos autores no niegan que ejecutor inmediato sea autor, sino que dicen que lo es, porque la ley obliga a que lo sea, en la posición del criterio material del dominio del hecho que debe combinar con aspectos formales o que es autor quien realiza la acción típica, aunque no domine el hecho.

Otra situación cuestionable es la posición según la cual se considera fundamento del dominio del hecho

⁵⁸ Hernández Plasencia. La Autoría... Cit., Pág. 35

⁵⁹ Gómez Benítez, José Manuel. Teoría Jurídica del Delito. Cit., 1984. Pág. 98. La coautoría sólo existe cuando varios realizan el hecho conjuntamente y de común acuerdo, pero ninguno de ellos realiza por sí solo todos los elementos del tipo. Pero, cuando varios intervinientes realizan todos los elementos del tipo, sería conveniente aludir a una co-ejecución o a un co-dominio de la acción, pero no a una coautoría.

⁶⁰ Díaz y García Conlledo, Miguel. La Autoría... Cit., Pág. 633. Plantea dos situaciones referentes a la realización inmediata de todos los elementos del tipo por un sujeto como dominio del hecho y la situación del dominio del hecho, autoría y actuación de propia mano.

y, por tanto, de la autoría, la actuación de propia mano de un sujeto que es el único interviniente, deduciendo que ese sujeto aunque intervengan otros seguirá siendo el autor, donde se da a entender que en la actuación individual de propia mano es obviamente autoría (supone dominio del hecho) porque el legislador, en sus tipos, al que más directamente se refiere es precisamente a este interviniente. Desde este punto de vista Luzón Peña sostiene que “en los delitos puramente resultativos el criterio de la intervención de propia mano no es decisivo. Decisiva es más bien la completa ejecución o realización del tipo, pero cuando existe la misma es precisamente la cuestión crítica, que hay que solucionar, y para ello no sirve de ayuda la característica de propia mano”⁶¹. Se plantean algunos ejemplos en que la intervención de propia mano en el curso del suceso y sin embargo, no hay autoría: a) el sujeto que actúa solo y de propia mano y sin embargo no es autor. El sujeto que contempla el inicio de un incendio causado por un fenómeno natural (rayo, un corto circuito eléctrico) y en vez de apagarlo abre las puertas para que el fuego se propague rápidamente. Es dudoso en el ejemplo la autoría del único actuante, pues la determinación objetiva y positiva del hecho correspondió a un fenómeno natural. b) el sujeto que interviene de propia mano, junto a otro, y sin embargo, no es autor, en los casos de complicidad.

1.3.3 Dominio de la voluntad

El tema de la autoría mediata será objeto de tratamiento en el capítulo siguiente del presente trabajo. De momento nos referiremos en términos generales para ubicar el problema en la temática de la dogmática penal.

La autoría mediata se caracteriza, según Roxin⁶², como dominio de la voluntad. Es la posibilidad de que alguien realice el tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra interpuesta persona que le sirve de instrumento para sus fines y que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro, que es el autor mediato.

El autor mediato es el que realiza el tipo penal, aunque no lo ejecuta directamente, sino que para la ejecución se sirve de otra persona que actúa como instrumento de su voluntad. “El término instrumento de su voluntad, hay que entenderlo – indica Gómez Benítez- en sentido estricto, es decir, que la ejecución directa aparezca como obra del hombre de atrás o autor mediato”⁶³.

En los delitos dolosos comunes sólo puede ser instrumento, por tanto, quien en sí mismo no es un autor plenamente responsable, salvo los que actúan como instrumento ejecutor en el seno de aparatos organizados de poder. Como consecuencia de ese dominio de la voluntad el

⁶¹ Luzón Peña. Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales. ADP. 1989, Págs. 911 y ss.

⁶² Roxin, Claus. Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Cit., 1970, pág. 62.

⁶³ Gómez Benítez, José Manuel. Teoría Jurídica del Delito. Cit., Pág. 135.

autor mediato realiza el tipo penal, aunque no de ejecución directa material del mismo. Lo que significa que el instrumento quede impune, porque no puede imputársele a él la realización de la conducta descrita en el tipo penal, ni tampoco puede afirmarse su participación en el mismo.

Para Roxin el dominio de la acción estará siempre en el que realice los elementos del tipo, a pesar de que otra persona ostente un dominio superior sobre el acontecimiento que aquél mismo realiza de propia mano. La superposición de diversos grados de dominio sobre un mismo acontecimiento posibilita considerarles a ambos autores, aunque con un distinto fundamento del dominio⁶⁴. Esto ocurre, según Roxin, aunque no siempre, en la autoría mediata, en la que el instrumento tiene el dominio de la acción pero es el sujeto de atrás quien tiene el dominio de la voluntad. En efecto “mientras allí –la autoría directa- la realización de propia mano de la acción típica fundamenta la autoría, aquí –la autoría mediata- tiene lugar respecto a los supuestos en los que justamente falta una acción ejecutiva del sujeto de atrás y el dominio del hecho sólo puede afirmarse sobre el poder de la voluntad conductora”⁶⁵. Esta segunda forma de dominar un hecho punible, que da lugar a una nueva forma de autoría –la mediata- no es incompatible con la directa, es decir, que sobre un

mismo acontecimiento típico pueden presentarse simultáneamente un dominio de la acción y un dominio de la voluntad. No obstante, parece cuestionable que exista dominio de la voluntad cuando el instrumento actúa completamente libre, es decir, cuando el sujeto de atrás no domina al que actúa por delante porque está sometido a un error.

Cerezo Mir ha tachado de artificiosa la distinción entre dominio de la acción y dominio de la voluntad, pues “la voluntad es el factor que impulsa y configura la acción. Si se tiene el dominio de la voluntad, se tiene el dominio de la acción”⁶⁶. Claro que, el que actúa directamente lo hace sobre un determinado ámbito, en el que se inserta otra voluntad –directamente sobre la voluntad del ejecutor o indirectamente sobre el hecho de éste–; el que actúa desde atrás lo hace sobre el sujeto de delante, justamente a través de la acción que éste realiza.

Existen diversas formas, según la doctrina planteada por Roxin⁶⁷, para realizar mediatamente un hecho:

- a) Utilizando en el plan delictivo a una persona que obra por error, que no comprende lo que en verdad está haciendo, debido a que el autor mediato disimula las circunstancias del hecho; es el caso del ladrón que le pide a un tercero que le pase

⁶⁴ Gallas. Beiträge. Cit. Pág. 98

⁶⁵ Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho... Cit. Pág. 142.

⁶⁶ Cerezo Mir, Juan. Problemas Fundamentales de Derecho Penal. Tecnos, 1982. Pág. 162; Jakobs. Strafrecht (AT), habla en la autoría mediata de un dominio superior de la decisión, mientras que en la autoría directa habla de dominio formal; Schild. Täterschaft als Tätherrschaft, pág. 13. También ha puesto de manifiesto la inapropiado de la expresión ‘dominio de la voluntad’, especialmente en los casos de coacción donde el instrumento tiene el dominio de la acción. Prefiere la expresión ‘dominio de la acción del tipo’. Dado que “no domina una voluntad superior sobre una subordinada; sino que la primera voluntad se realiza en una acción de coacción, la cual convierte al ejecutor en un instrumento, por lo que esa acción puede serle imputada como propia acción”.

⁶⁷ Roxin, Claus. Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Cit., 1970, pág. 62 y ss.

- la cartera que dice pertenecerle, en circunstancias de que es ajena, o cuando se recurre a un inimputable; en general en aquellos casos en que el autor mediato recurre al engaño para el logro de sus fines.
- b) Cuando emplea la coacción, presionando la voluntad de un tercero, sea mediante la amenaza de hacerle sufrir un mal, como presionándolo con un atentado a su vida si se niega a la realización del hecho que se le pide, o apremios semejantes.
- c) A través del dominio de la voluntad como sucede con un aparato organizado de poder, en que existe una estructura jerarquizada que puede ser de índole militar, política, ideológica, o una banda delictual, el Estado mismo, etc. Son los jefes de esas organizaciones los que emplean el instrumento de poder que ellas le confieren, dando las órdenes y pudiendo hacerlas cumplir intercambiando los ejecutores según su conveniencia, lo que anula o hace imposible toda resistencia u oposición a su voluntad. Aquél que imparte la orden es el autor mediato.

1.3.2 Dominio funcional

Cuando en la realización de un hecho converge una pluralidad de sujetos, todos los cuales deben ser considerados autores, puede ocurrir que cada uno de ellos realice por sí la totalidad de la acción típica, en cuyo caso no habrá la denominada autoría plural o autoría concomi-

tante⁶⁸, cuyo concepto emerge directamente del concepto de autor individual conforme a cada uno de los tipos en particular.

La autoría concomitante para Welzel⁶⁹ es el obrar conjunto de dos o más sujetos sin acuerdo previo para la producción del resultado, destacando que es propio de su problemática—cuando se da en la tipicidad dolosa—el aprovechamiento del plan delictivo ajeno para fines propios.

El principio general de la autoría concomitante o paralela es que cada autor es sólo responsable por lo que ha querido, en tratándose en su forma dolosa.

La importancia dogmática, que tiene la autoría paralela, se presenta en que por ser un supuesto de pluralidad de autores y sin embargo, no ser un caso de coautoría. Por lo que suele decirse que la autoría concomitante o paralela se presenta cuando no hay una decisión común al hecho, que es una característica esencial de la coautoría.

No habrá de ser el caso de la autoría concomitante la que ofrezca dificultades, sino aquella situación en que la pluralidad de autores se presente en la forma de coautoría caracterizada por el dominio funcional del hecho; esto es, cuando ninguno de quienes toman parte en el hecho realiza más que una parte de la conducta que el tipo describe, por efecto de una división de la tarea, pero ninguno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica. De esta manera, si en el hurto a un

⁶⁸ Zaffaroni, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo IV. México, Ed. Cárdenas, 1986. Pág. 305 y ss.

⁶⁹ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 12a ed. Traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez. Chile. 1969. Pág. 111.

banco, mientras uno de los autores amenaza al personal y al público con un arma, otro recoge el dinero de las cajas y lo coloca en una bolsa, cada uno de ellos realiza parcialmente la conducta típica, pero sería absurdo pretender que uno coacciona mientras el otro hurta, pues es evidente que ambos cometen el robo.

Para Díaz y García, explicar la coautoría como la división funcional del trabajo; no es suficiente estima que en la mayoría de los casos de code-lincuencia, tal división funcional del trabajo se da entre los intervinientes y, por tanto, en la práctica, conduciría a un concepto unitario de autor⁷⁰.

El dominio funcional, entonces, es el criterio de imputación a los coautores y hace referencia a la concurrencia de varias personas en la realización del hecho, según división de funciones de carácter necesario, acordada en común antes o durante la realización del hecho punible. Según Roxin los elementos serían: un plan común, referido al nexo subjetivo que debe existir entre los coautores, y los otros referidos al aspecto objetivo de la realización común como es la esencialidad de la contribución y la actuación en la fase ejecutiva.

1.3.2.1 Elementos del dominio funcional

1.3.2.1.1 El plan común

Para que haya coautoría, debe existir, como nexo subjetivo entre los

actuantes, un plan común, que se entiende como tal un mínimo acuerdo entre los coautores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho, es decir, un dolo común en el sentido de la teoría del acuerdo previo.

El acuerdo en la coautoría permite hacer responder a cada uno de los coautores por lo que hacen los demás; por ello supone, frente a la participación, que la imputación, que en el caso de la participación es sólo unilateral, de autor a partícipe, pero no viceversa, en la coautoría es recíproca, de cada autor a los demás⁷¹.

La importancia esencial del acuerdo en la coautoría, lo que hace que éste sea posible pero imprescindible en la participación en sentido estricto e imprescindible en la coautoría, es precisamente que el acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales; cuando esos actos parciales no serían suficientes por sí solos para determinar objetiva y positivamente el hecho, pero sí la conjunción de ellos, para poderse hablar de una acción. Acción, así, determinante, es necesaria para que la misma presente una conexión, que se explica estructuralmente por la existencia de un acuerdo con reparto de funciones⁷².

Para Jakobs⁷³, que el acuerdo sea común, en el sentido que todos sepan y acepten lo que hacen los otros, sólo es necesario en los casos en que la ejecución se divide en par-

⁷⁰ Díaz y García Miguel. La Autoría... Cit., Pág. 596.

⁷¹ Díaz y García Miguel. La Autoría... Cit., Pág. 642

⁷² Díaz y García Miguel. La Autoría... Cit., Pág. 650.

⁷³ Jakobs, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid. Marcial Pons. 1955. Pág. 392.

tes y cada parte se realiza por uno de los intervinientes.

El codominio del hecho es consecuencia de una decisión conjunta al hecho⁷⁴. Mediante la decisión común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al mismo: uno de los autores intimida a la víctima y el otro le quita el dinero; cada aporte esta conectado al otro mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta.

Para Jescheck⁷⁵, el acuerdo común es el componente subjetivo necesario de la coautoría. Lo que constituye la única justificación de la posibilidad de imputar recíprocamente las contribuciones al hecho. No basta un consentimiento unilateral, sino que todos deben actuar en una cooperación consciente y querida. El acuerdo puede producirse tácitamente o mediante actos concluyentes. No es preciso que los coautores se conozcan entre sí, sino responden en la medida en la que cada uno de ellos resulte ya consciente de que junto a él va a colaborar otro u otros, y éstos se hallan imbuidos de la misma conciencia.

Por su parte para Maurach, quien tome parte del dominio del hecho

de una pluralidad de personas, al mismo tiempo debe querer el dominio colectivo del hecho; “no es posible querer participar de un objeto y no querer el objeto mismo”⁷⁶. El elemento subjetivo de coautoría exige, simultáneamente con la voluntad de participación en el dominio colectivo del hecho, la voluntad del dominio común del hecho por la comunidad de personas⁷⁷. Lo que requiere entonces, en principio, un plan y una resolución delictiva comunes a todos los coautores que forman el ente colectivo.

La conexión de voluntades atañe al carácter común de la lesión a un bien jurídico que deberá ser provocada por la vía de la división del trabajo, es decir, el carácter común del hecho⁷⁸.

1.3.2.1.2 La esencialidad de la contribución

Cada interviniente, para que pueda considerarse coautor, debe efectuar una contribución objetiva al hecho⁷⁹. La cuestión es establecer qué se entiende por tal. Según la teoría del dominio del hecho todos los coautores deben haber intervenido en el ejercicio del dominio del hecho. Naturalmente, no toda la

⁷⁴ Bacigalupo. Principios de Derecho Penal. Cit., Pág. 228.

⁷⁵ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Barcelona, 1981. Pág. 936

⁷⁶ Maurach, R. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Barcelona. 1962. Pág. 375.

⁷⁷ Jakobs, Günther. Derecho Penal. Parte General. Cit., Pág. 512. Sin embargo este autor contempla como caso de auténtica coautoría, en que no es necesario el acuerdo común “cuando un delito sólo exige una acción ejecución o cuando, en caso de que sean necesarios varias acciones, todas las acciones ejecutivas son llevadas a cabo por una única persona, también, un interviniente, de cuya contribución no sabe nada el ejecutor, puede colaborar de un modo tan intensivo que codetermine esencialmente la configuración de las ejecuciones, según lugar, tiempo y modalidades. Ejemplo: alguien da a la víctima, a la que se va a dar muerte durante el sueño, un somnífero; sin estar de acuerdo con el ejecutor, abre además la puerta al autor, deja preparado incluso un instrumento adecuado y luego también utilizado para realizar el hecho, y finalmente impide, antes de la ejecución, que se acerquen terceras personas perturbadores de la realización del hecho. La autoría individual (autoría accesoria) del interviniente no existe por falta de acción ejecutiva de propia mano, la autoría mediata, por falta de inferioridad de ejecutor, finalmente la coautoría, según la doctrina mayoritaria, por falta del plan conjunto, así que sólo debe quedar la complicidad que resulta dudosa. Debería ser por tanto más correcto considerar suficiente en estos casos, en vez de una resolución conjunta del hecho en el sentido de un acuerdo recíproco, una resolución de adaptación, con la que el interviniente que colabora, no ejecutando inmediatamente, pero sí configurando el hecho, concreta su contribución con la acción del ejecutor. Si el ejecutor no sabe nada de esta contribución, a él no se le habrá de imputar su contenido delictivo, ello se deduce de las reglas generales”.

⁷⁸ Maurach, R. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Pág. 375. Por lo tanto están fuera de la coautoría aquellos casos en los cuales la colaboración, con carácter de autoría por parte de varios sujetos, se halla prevista por el propio tipo penal y no depende de la arbitrariedad de quienes actúan. La doctrina dominante considera estos casos, junto con otros, mayoritariamente bajo la descripción de participación necesaria.

⁷⁹ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Cit., Pág. 940.

función realizada en el seno de la división del trabajo convierte al sujeto en coautor, porque no toda función desarrollada le confiere el dominio funcional del hecho. Es preciso que esa función sea necesaria para la realización del hecho. Por necesaria suele entenderse lo que es esencial, en oposición a lo accidental o subsidiario.

El problema es delimitar concretamente lo que se entiende por necesaria o esencial en la realización del hecho. Para el efecto se deberá tener en cuenta, como indica Gómez Benítez⁸⁰, que una aportación esencial o necesaria no equivale a una aportación causal del resultado, sino por el contrario, debe entenderse por necesario o esencial aquello que, bien condiciona la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien reduce de forma esencial el riesgo de su realización.

La doctrina científica y la jurisprudencia han aportado distintas fórmulas para definir el aspecto esencial o necesario de la función desarrollada, que da lugar a que el sujeto se considere que domina el hecho: 1) la que alude a que el sujeto domina funcional el hecho si puede interrumpir la realización del hecho⁸¹ y 2) la propuesta por Roxin, que estima que le confiere tal dominio es al que “puede producir el desbaratamiento del plan total” si no realiza su función o su aporte al hecho. Esta autor se refiere al presente elemento de la coautoría cuando

indica “alguien es coautor si ha ejercido una función de significación esencial en la concreta realización del delito”⁸².

A estos planteamientos se le ha criticado por su generalidad o inconcreción y por la utilización soterrada de juicios hipotéticos de causalidad. ‘Interrumpir el hecho’, ‘desbaratamiento del plan’ resultan términos escasamente útiles, porque no se puede deducir de ellos claramente cuándo una aportación ha sido efectivamente necesaria, esencial para dar lugar a desbaratar el plan o interrumpir el hecho, pero sí puede llegar a establecer una hipótesis causal: si el interviniente no hubiese actuado como lo hizo, el hecho tal, en concreto o en abstracto, no se habría realizado (juicio hipotético de necesidad, en abstracto o en concreto). La realidad es que el interviniente actuó y que, por tanto, no es válido preguntarse qué habría pasado si no hubiese actuado. Frente a esa imposibilidad de acceder a lo que efectivamente fue ‘necesario’ para la realización del hecho, Gimbernat propone acudir al criterio objetivo de la escasez⁸³. Según ésta, sería necesaria la aportación de un bien o una conducta, escasos. Sería necesaria por escasa la entrega de una pistola a quien va a ejecutar un homicidio, si existiesen serias dificultades para que dicho sujeto consiguiera el arma. Este juicio se considera no depende de juicios hipotéticos, porque la entrega de la pistola es escasa en el caso concreto, con independencia

⁸⁰ Gómez Benítez, José Manuel. *Teoría Jurídica del Delito*. Cit., 1984. Pág. 126.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1963.

⁸² Roxin, Claus. Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. 1970. Pág. 67.

⁸³ Gimbernat. *Autor...* Cit., Pág. 154. Estima que para considerar ‘si una cosa es escasa (esto es: si su aportación al delito es necesaria) el mejor camino por seguir es,... pronunciar primero un juicio general y provisional. Este juicio provisional se convierte en definitivo cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares’.

de si el sujeto podría haberla conseguido de otra manera.

Para el profesor Bacigalupo, en la determinación de la coautoría es importante el aporte objetivo al hecho por parte del coautor. Sólo mediante este aporte puede determinarse si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia

si es o no coautor. Propone el profesor la siguiente fórmula para determinar la existencia del codominio del hecho: “habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse”⁸⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA GARCIA, Víctor Manuel. Coautoría y Complicidad: estudio histórico y jurisprudencial, Madrid. 1993.
- BACIGALUPO, E.: La noción de autor en el Código Penal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.
- Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal, ADPCP, 1970, págs. 35-48.
- Delitos impropios de omisión (Con un estudio analítico de tema en la jurisprudencia argentina referente a los delitos de homicidio, lesiones, estupro y estafa), Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. El Derecho Penal Económico. Un estudio de Derecho positivo español, ADPCP, 1973, págs. 91-139.
- La realización arbitraria del propio derecho, Ed. Civitas, Madrid, 1976.
- Observaciones para una futura reforma de la Ley de delitos monetarios, ADPCP, 1977, págs. 41-64.
- CEREZO MIR, J.: Notas a su traducción de «El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista», de Hans Weizel, Ed. Ariel, Barcelona, 1964.
- Problemas fundamentales del Derecho penal, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, volumen de recopilación sistemática de sus trabajos, de los que se han citado los siguientes:
- Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal español, págs. 25-38 (publicado en ADPCP, 1961, págs. 55-58).
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON: Derecho Penal. Parte General, Valencia, 1984.
- CORDOBA RODA, J.: Notas de Derecho Español a su traducción del Tratado de Derecho Penal de Maurach, 2 tomos, Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

⁸⁴ Bacigalupo. Principios de Derecho Penal. Cit., Pág. 229. El ‘no se hubiera podido cometer’ implica un aporte que revela el co-dominio del hecho. El sujeto que presta una colaboración sin la cual al hecho no habría podido cometerse decide sobre la consumación (Roxin. Täterschaft. Cit., 280).

CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO: Comentarios al Código penal, I, Ed. Ariel, Barcelona, 1972.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho Penal. Madrid, 1966.

—Introducción a la Parte General del Derecho Penal español, Madrid, 1979

—El sistema del Derecho Penal en la actualidad, en su libro Estudios de Derecho Penal, Ed. Civitas, Madrid, 1981, 2ª ed., págs. 131-154.

MIR PUIG: Derecho Penal. Parte General, Publicaciones Periódicas Universitarias, Barcelona, 1984.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M^a.: El hurto propio, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946.

—Derecho Penal español. Parte General, 8ª ed., Madrid, 1981

RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.: Notas de Derecho Español, a su traducción de la 2ª ed. alemana del Tratado de Derecho Penal de Mezger, II, 3ª ed., adicionada y puesta al día por Antonio Quintano Ripollés, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.